

Fecha de envío a las partes: 20 de agosto de 2007

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

En el arbitraje entre

**COMPAÑÍA DE AGUAS DEL ACONQUIJA S.A.
y
VIVENDI UNIVERSAL S.A.
Demandantes**

c.

**REPÚBLICA ARGENTINA
Demandada**

Caso No. ARB/97/3

LAUDO

Tribunal

Profesora Gabrielle Kaufmann-Kohler
Profesor Carlos Bernal Verea
J. William Rowley QC (Presidente)

Secretaria del Tribunal

Dra. Claudia Frutos-Peterson

Ayudante del Tribunal

Sra. Lisa Parliament

ÍNDICE

1.	INTRODUCCIÓN Y RESUMEN	11
1.1.	Panorama general.....	11
1.2.	Las partes.....	15
1.3.	Los representantes de las partes.....	16
1.4.	El Tribunal de Arbitraje y los Secretarios	17
2.	HISTORIA PROCESAL	19
2.1.	Laudo original.....	19
2.2.	Decisión sobre Anulación	21
2.3.	Nueva sumisión de la diferencia	22
2.4.	Argumentos y cronograma procesal acordado para la nueva sumisión de la diferencia	23
2.5.	Excepciones opuestas por Argentina a la jurisdicción del Tribunal.....	24
2.6.	Decisión sobre Jurisdicción.....	26
2.7.	Audiencia sobre el fondo del asunto y cuestiones probatorias	28
3.	CONTENIDO DE LA DIFERENCIA.....	35
3.1.	Enfoque del Tribunal.....	35
3.2.	Alegaciones de las Demandantes	35
3.3.	Pretensiones de la Demandada	38
4.	LOS HECHOS	40
4.2.	Privatización de servicios de agua y desagües cloacales en Tucumán	41
4.3.	Oferta inicial de CAA, oferta mejorada y aprobación de la oferta.....	46
4.4.	Ejecución del Contrato de Concesión y demoras en la toma de posesión	51
4.5.	Disposiciones clave del Contrato de Concesión.....	55

4.6.	Autoridades provinciales de Tucumán	59
4.7.	Estado del sistema cuando el concesionario se hizo cargo de la Concesión.....	65
4.8.	Reforma de la política de privatización	67
4.9.	Funcionamiento inicial de la Concesión.....	69
4.10.	Primeras cuentas remitidas por CAA a sus usuarios	71
4.11.	Manifestaciones de preocupación política posteriores a la elección.....	73
4.12.	Incidentes de turbiedad	76
4.13.	Respuesta regulatoria y política frente a los episodios de “calidad del agua” y de turbiedad.....	84
4.14.	Respuesta regulatoria y política a las facturas de CAA	92
4.15.	Primer intento de renegociación.....	101
4.16.	Segundo intento de renegociación	106
4.17.	Tercer intento de renegociación	110
4.18.	Rescisión, por parte de CAA, del Contrato de Concesión	116
4.19.	Tucumán rechaza la rescisión de CAA y da por terminado el Contrato.....	117
4.20.	Prestación de los servicios por parte de CAA después de la rescisión – el supuesto “Período de Cautividad”	119
4.21.	Actividades de recaudación realizadas por CAA tras la terminación	121
4.22.	Reclamación de impuestos posteriores a la terminación, por parte de la Demandada, contra CAA	124
5.	ARGUMENTOS DE LAS DEMANDANTES	125
5.1.	Enfoque del Tribunal.....	125
5.2.	Las autoridades de Tucumán se rehusaron a dar a las Demandantes un trato justo y equitativo.....	127
5.3.	Las autoridades de Tucumán expropiaron la inversión de las Demandantes.....	136
5.4.	La Demandada es responsable bajo el Tratado de las medidas que son objeto de queja de las Demandantes.....	147

5.5.	La Demandada debe responder por todo reclamo bajo el Tratado, incluyendo aquellos relacionados con cuestiones contractuales.....	148
5.6.	Las alegaciones de la Demandada de que CAA violó el Contrato de Concesión son engañosas y no justifican la rescisión.....	150
5.7.	Las Demandantes reclaman indemnización por privación de sus derechos bajo el Tratado	154
6.	ARGUMENTOS DE LA DEMANDADA.....	163
6.1.	Enfoque del Tribunal.....	163
6.2.	CAA no es una Demandante apropiada	164
6.3.	Los argumentos de las Demandantes se refieren exclusivamente a cuestiones contractuales.....	165
6.4.	CAA frustró su propio contrato y no cumplió con sus obligaciones de buena fe .	167
6.5.	Las medidas de las autoridades de Tucumán fueron responsables, proporcionales y no constituyeron expropiación.....	172
6.6.	Inexistencia de trato injusto o inequitativo en violación de las disposiciones del Artículo 3 del TBI	182
6.7.	La rescisión de la Concesión fue legítima y la prestación de servicios después de la rescisión no equivale a una expropiación	186
6.8.	La mayoría de los actos alegados por las Demandantes no entrañan una conducta del Estado legalmente recurrible en virtud del TBI	188
6.9.	La solicitud de indemnización por daños y perjuicios formulada por las Demandantes carece de fundamento, verificación y justificación.....	192
6.10.	Impuestos provinciales y municipales en las facturas de CAA	208
6.11.	Aumentos de tarifas en el segundo y tercer año del Contrato de Concesión	208
6.12.	Las autoridades de Tucumán no puedan ser responsables de ninguna pérdida que no resulte de actos administrativos o reglamentarios.....	210
6.13.	Costas	211
7.	EL ANÁLISIS Y LAS CONCLUSIONES DEL TRIBUNAL ACERCA DE LAS CUESTIONES PLANTEADAS	211
7.1.	Introducción	211

7.2.	¿Tiene CAA la calidad apropiada de Demandante?	212
7.3.	Competencia del Tribunal para considerar los presuntos incumplimientos del Contrato	217
7.4.	Trato justo y equitativo - Artículo 3	222
7.5.	Expropiación sin indemnización - Artículo 5	247
7.6.	Relación de causalidad	264
8.	DAÑOS Y PERJUICIOS	265
8.1.	Introducción	265
8.2.	Principios relativos a la adjudicación de indemnización	269
8.3.	Cálculo de los daños y perjuicios	275
8.4.	Consideraciones adicionales	284
9.	INTERESES	286
9.1.	Reclamación de intereses compuestos	286
9.2.	Conclusiones del Tribunal acerca de los intereses	286
10.	COSTAS	289
10.1.	Reclamaciones de las partes en la controversia sobre las costas	289
10.2.	Conclusiones del Tribunal sobre las costas	291
11.	DECISIÓN DEL TRIBUNAL	294

ÍNDICE DE TÉRMINOS DEFINIDOS EN EL LAUDO

“Consortio AA”	Aguas del Aconquija (que más adelante se convertiría en Compañía de Aguas del Aconquija S.A.) (aquí denominada también “Consortio”)
“Argentina”	República Argentina (aquí denominada también “República Argentina”)
“República Argentina”	República Argentina (aquí denominada también “Argentina”)
“Laudo”	Laudo Final emitido el 20 de agosto de 2007 en el Caso CIADI No. ARB/97/3, <i>Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal S.A. c. República Argentina</i>
“TBI”	Acuerdo entre la República Argentina y la República Francesa para la Promoción y la Protección Recíproca de las Inversiones (aquí denominado también “el Tratado”)
“CAA”	Compañía de Aguas del Aconquija S.A.
“CETI”	Centro de Estudio de Transporte e Infraestructura S.A.
“CGE”	Compagnie Générale des Eaux (ahora Vivendi Universal S.A.)
“Demandantes”	Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal S.A.
“Consortio”	Aguas del Aconquija (que más adelante se convertiría en Compañía de Aguas del Aconquija S.A.) (aquí denominado también “Consortio AA”)
“Decisión sobre Anulación”	Decisión sobre Anulación emitida por el Comité <i>ad hoc</i> formado el 3 de julio de 2002 y constituido por el Sr. Yves Fortier, Presidente,

el Profesor James Crawford y el Profesor José Carlos Fernández Rozas, en el caso CIADI No. ARB/97/3, *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal S.A. (antes Compagnie Générale des Eaux) c. República Argentina*

“Defensor del Pueblo”

Jefe de la oficina creada el 15 de agosto de 1995, por la Ley de Tucumán No. 6644, para la protección y defensa de los derechos e intereses legítimos de las personas y de la comunidad consagrados en las Constituciones Nacional y Provincial y en las leyes dictadas en su consecuencia frente a los actos, hechos y omisiones de la administración pública provincial, con los alcances previstos en esa ley (conocido también como “Defensor del Público” u “Ombudsman”)

“Defensor del Público”

Jefe de la oficina creada el 15 de agosto de 1995, por la Ley de Tucumán No. 6644, para la protección y defensa de los derechos e intereses legítimos de las personas y de la comunidad, consagrados en las Constituciones Nacional y Provincial y en las leyes dictadas en su consecuencia frente a los actos, hechos y omisiones de la Administración Pública Provincial, con los alcances previstos en esa ley (conocido también “Defensor del Pueblo” u “Ombudsman”)

“DiPOS”

Dirección Provincial de Obras Sanitarias

“DYCASA”

Dragados y Construcciones Argentina S.A.

- “ERSACT”** Ente regulador del agua de la Provincia de Tucumán, creado por la Ley de la Provincia de Tucumán No. 6529, del 18 de enero de 1994 (anteriormente “ERAT”) (aquí denominado también “Ente Regulador”)
- “Decretos reglamentarios”** Resoluciones o reglamentos dictados conforme a la Constitución de la Provincia de Tucumán por el Gobernador de dicha provincia sobre cuestiones a las que se hace referencia en leyes sancionadas por la Legislatura Provincial de Tucumán
- “Poder Ejecutivo”** El Poder Ejecutivo del gobierno provincial de Tucumán, formado por el Gobernador, el Vicegobernador y los Ministros nombrados por el Gobernador
- “Primer Laudo”** Laudo dictado el 21 de noviembre de 2000 en el Caso CIADI No. ARB/97/3, *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Compagnie Générale des Eaux c. República Argentina* (aquí denominado también “Laudo Original”)
- “Primer Tribunal”** Un tribunal debidamente constituido, formado por el Juez Francisco Rezek, Presidente, el Juez Thomas Buergenthal y el Sr. Peter Trooboff, para el Caso CIADI No. ARB/97/3, *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Compagnie Générale des Eaux c. República Argentina*, en virtud de una solicitud de arbitraje presentada por Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Compagnie Générale el 26 de diciembre de 1996 (aquí denominado también “Tribunal Original”)

“Convenio del CIADI”	Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados
“Artículos de la CDI”	Artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre la Responsabilidad del Estado (2002)
“Legislatura”	Legislatura Provincial de Tucumán
“Ombudsman”	Jefe de la oficina creada el 15 de agosto de 1995 por la Ley de Tucumán No. 6644, para la protección y defensa de los derechos e intereses legítimos de las personas y de la comunidad consagrados en las Constituciones Nacional y Provincial y en las leyes dictadas en su consecuencia frente a los actos, hechos y omisiones de la administración pública provincial, con los alcances previstos en esa ley (conocido también como “Defensor del Público” o “Defensor del Pueblo”)
“Laudo Original”	Laudo dictado el 21 de noviembre de 2000 en el caso <i>Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Compagnie Générale des Eaux c. República Argentina</i> (aquí denominado también “Primer Laudo”)
“Tribunal Original”	Un tribunal debidamente constituido, formado por el Juez Francisco Rezek, Presidente, el Juez Thomas Buergenthal y el Sr. Peter Trooboff, para en el Caso CIADI No. ARB/97/3, <i>Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Compagnie Générale des Eaux c. República Argentina</i> , en virtud de una solicitud de arbitraje presentada por Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y

	Compagnie Générale el 26 de diciembre de 1996 (aquí denominado también “Primer Tribunal”)
“Provincia”	La Provincia de Tucumán, República Argentina (aquí denominada también “Tucumán”)
“Informe Rais”	Estudio de caso: La Concesión de los servicios de agua potable y alcantarillado sanitario en Tucumán, por Jorge Carlos Rais, María Esther Esquivel, Sergio Sour, Consultores, abril de 2001.
“Ente Regulador”	Ente regulador del agua de la Provincia de Tucumán, creado por la Ley de la Provincia de Tucumán No. 6529, del 18 de enero de 1994 (antes “ERAT”) (aquí denominado también “ERSACT”).
“Roggio”	Benito Roggio e Hijos S.A.
“San Miguel”	San Miguel de Tucumán, capital de la Provincia de Tucumán
“Segunda solicitud”	Solicitud de arbitraje formulada por las Demandantes, fechada el 29 de agosto de 2003
“Supercemento”	Supercemento S.A.
“Tratado”	Acuerdo entre la República Argentina y la República Francesa para la Promoción y la Protección Recíproca de las Inversiones (aquí denominado también “TBI”)
“Tucumán”	Provincia de Tucumán, República Argentina (aquí denominada también “Provincia”)
“Convención de Viena”	Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 1969
“Vivendi”	Vivendi Universal S.A. (antes Compagnie Générale des Eaux)

1. INTRODUCCIÓN Y RESUMEN

1.1. Panorama general

1.1.1. El presente caso se origina en las relaciones complicadas que se desarrollan entre las partes a un “Contrato de Concesión” de 1995, por el que se privatizaron (finalmente, sin éxito) los servicios de agua y desagües cloacales de la Provincia de Tucumán (“Tucumán” o “la “Provincia”), en la República Argentina (“República Argentina” o “Argentina”). Los signatarios originales de dicho contrato fueron una compañía francesa, Compagnie Générale des Eaux (“CGE”, ahora Vivendi Universal S.A., “Vivendi”); su filial argentina, Compañía de Aguas del Aconquija S.A. (“CAA”); Benito Roggio e Hijos S.A. (“Roggio”); Dragados y Construcciones (“DYCASA”), y la Provincia.

1.1.2. La República Argentina no era parte del Contrato de Concesión, pero sí lo es de un tratado bilateral de inversiones suscrito el 3 de julio de 1991 con la República Francesa – Acuerdo entre la República Argentina y la República Francesa para la Promoción y la Protección Recíproca de las Inversiones (“TBI” o “Tratado”)¹. Tanto Argentina como Francia son también partes del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (“Convenio del CIADI”), que entró en vigor para ambos Estados con anterioridad a la firma del Contrato de Concesión².

¹ El TBI se promulgó como Ley Argentina No. 24.100, Boletín Oficial del 14 de julio de 1992; Acuerdo entre el Gobierno de la República Argentina y la República Francesa para la Promoción y la Protección Recíproca de las Inversiones, 3 de julio de 1991 (Prueba documental 310).

² Entró en vigor para Argentina el 18 de noviembre de 1984 y para Francia el 20 de septiembre de 1967.

- 1.1.3. El caso registra una larga historia, ya que la actual diferencia fue objeto de anteriores procedimientos CIADI seguidos ante el Centro, en las cuales, en virtud de una solicitud de arbitraje presentada por CGE y CAA el 26 de diciembre de 1996, un tribunal debidamente designado, formado por el Juez Francisco Rezek, Presidente, el Juez Thomas Buergenthal y el Sr. Peter Trooboff (“Primer Tribunal” o “Tribunal Original”) dictó un laudo el 21 de noviembre de 2000 (“Primer Laudo” o “Laudo Original”)³.
- 1.1.4. El 20 de marzo de 2001, CAA y la sucesora de CGE, Vivendi, presentaron una solicitud de anulación parcial, y el 3 de julio de 2002 un “Comité *ad hoc*” debidamente constituido, formado por el Sr. Yves Fortier, Presidente, el Profesor James Crawford y el Profesor José Carlos Fernández Rozas, dictó una Decisión sobre Anulación (“Decisión sobre Anulación”)⁴.
- 1.1.5. El Comité *ad hoc* decidió, entre otras cosas, que el Primer Tribunal se había declarado correctamente competente para entender de las reclamaciones que tenía ante sí, pero que había excedido sus facultades al no examinar el fundamento de las reclamaciones basadas en actos de las autoridades de Tucumán en el marco del TBI, por lo cual anuló el Laudo de dicho tribunal referente a esas reclamaciones. No anuló, en cambio, las conclusiones del Primer Tribunal relacionadas con las

³ El Laudo Original está publicado en 16 ICSID Rev.—FILJ 641 (2001); 40 ILM 426 (2001); 125 I.L.R. 1 (2004); 26 Y.B. Com. Arb. 61 (2001) (pasajes); la traducción al español del original en inglés en La Ley (Buenos Aires) Año LXV No. 25, 5 de febrero de 2001, pág. 1. El texto del Laudo Original puede consultarse asimismo en línea a través de <http://www.worldbank.org/icsid>.

⁴ La Decisión sobre Anulación está publicada en 19 ICSID Rev.—FILJ 89 (2004); 41 ILM 1135 (2002); 6 ICSID Rep. 340 (2004); 125 I.L.R. 58 (2004); la traducción al francés de los originales en inglés y español se encuentra en 130 Journal du droit international 195 (2003). El texto de la Decisión sobre Anulación puede consultarse asimismo en línea a través de <http://www.worldbank.org/icsid>.

reclamaciones “que se fundamentan directamente en supuestas acciones o en la falta de acción de la República Argentina” (las “Reclamaciones Federales”)⁵.

1.1.6. El 26 de agosto de 2002, la Demandada presentó al Secretario General del CIADI una solicitud de suplementación y rectificación de algunos aspectos de la decisión del Comité *ad hoc*. Por Decisión fechada el 26 de mayo de 2003 dicho Comité rechazó la referida solicitud de Decisión de suplementación y rectificación, esta última con una excepción menor (relativa a un error tipográfico)⁶.

1.1.7. En virtud de una solicitud de arbitraje fechada el 29 de agosto de 2003 (“segunda solicitud”), Vivendi y CAA (“las Demandantes” en los presentes procedimientos) volvieron a someter la diferencia al CIADI. Invocando el Artículo 55(1) de las Reglas de Arbitraje del Centro, las Demandantes promovieron el pronunciamiento de un nuevo tribunal sobre los temas en relación con los cuales se había anulado el Primer Laudo; a saber, el fundamento de sus reclamaciones en el marco del TBI por supuestos actos y omisiones de las autoridades de Tucumán. En cuanto al fondo del asunto, las Demandantes sostienen que las autoridades de Tucumán les denegaron un trato justo y equitativo en relación con el Contrato de Concesión y expropiaron su inversión sin compensación.

1.1.8. Las Demandantes manifiestan que la República Argentina incurrió en responsabilidad internacional por los actos y omisiones de las autoridades de

⁵ Decisión sobre Anulación, párrafo 16.

⁶ La Decisión del Comité *ad hoc* relativa a la Solicitud de Suplementación y Rectificación de la Decisión sobre anulación del Laudo (3 de mayo de 2003) esta publicada en 19 ICSID Rev.—FILJ 139 (2004); 8 ICSID Rep. 490 (2005). El texto puede consultarse asimismo en línea a través de <http://www.worldbank.org/icsid>.

Tucumán impugnados, y que por lo tanto ha violado los derechos que les confieren los Artículos 3 y 5 del TBI.

- 1.1.9. Las Demandantes solicitan que se condene a la contraparte a indemnizarles daños y perjuicios por la suma de US\$316.923.000,00, más intereses a una tasa de interés compuesta del 9,70% a partir del 27 de noviembre de 1997⁷.
- 1.1.10. Como sus inversiones se efectuaron en dólares de los Estados Unidos y/o francos franceses, las Demandantes solicitan que la suma que se les adjudique esté denominada en dólares de los Estados Unidos.
- 1.1.11. Como surgirá del presente laudo (“Laudo”) y de nuestra decisión previa sobre la jurisdicción, al “Tribunal” le han resultado sumamente útiles los escritos presentados por los abogados, quienes a su vez contaron con la asistencia de muchas otras personas cuyos nombres no aparecen en la transcripción de las audiencias. Por lo tanto corresponde dejar constancia, al comienzo del presente Laudo, de que valoramos el profesionalismo y la diligencia puestos de manifiesto por los abogados de las partes en la controversia en el curso de estos complicados y largos procedimientos, junto con sus respectivos peritos, ayudantes y otros asesores.

⁷ Memorial, párrafos 404-409.

1.2. Las partes

Demandantes

1.2.1. CAA es una compañía establecida y constituida conforme a la legislación de Argentina. La siguiente es la dirección de su lugar principal de operaciones:

Compañía de Aguas del Aconquija S.A.

Catamarca 444

C4000ITJ – San Miguel de Tucumán

Provincia de Tucumán

Argentina

1.2.2. Vivendi es una compañía establecida y constituida conforme a la legislación de Francia. La siguiente es la dirección de su lugar principal de operaciones:

Vivendi Universal S.A.

42 Avenue de Friedland

75008 Paris

Francia

1.2.3. En su Decisión sobre Jurisdicción⁸, el Tribunal concluyó que Vivendi era la sucesora en intereses de CGE, compañía establecida y constituida también conforme a la legislación francesa⁹.

⁸ Tal como se define más abajo, bajo el título “Decisión sobre Jurisdicción”.

⁹ Decisión sobre Jurisdicción, párrafo 82.

Demandada

1.2.4. La Demandada es la República Argentina.

1.3. Los representantes de las partes

1.3.1. Las Demandantes estuvieron representadas en este procedimiento por las siguientes personas:

Sr. Daniel Price	Juez Stephen M. Schwebel
Sr. Stanimir A. Alexandrov	1501 K Street, NWCP 112
Sr. Samuel Boxerman	Washington, DC 20004
Sra. Marinn F. Carlson	Estados Unidos de América
Sr. Patricio Grané	
Sr. Michael J. Smart	Sr. Ignacio Colombres Garmendia
Sidley Austin Brown & Wood LLP	Sra. Inés García González
1501 K Street, NWCP 112	Ignacio Colombres Garmendia y Asociados
Washington, DC 20004	San Martín 666 - 6° Piso
Estados Unidos de América	San Miguel de Tucumán
	Argentina
Luis A. Erize	
Abeledo Gottheil Abogados SC	
Ave. E. Madero 1020 – Piso 5	
1106 Buenos Aires	
Argentina	

1.3.2. La Demandada estuvo representada en este procedimiento por las siguientes personas:

Sr. Osvaldo César Guglielmino	Prof. Philippe Sands
Procurador del Tesoro de la Nación	Sra. Alison Macdonald
Sra. Leticia Sierra Lobos	Matrix Chambers
Sr. Ignacio Torterola	Griffin Building, Gray's Inn
Sr. Fabián Rosales Markaida	London WC1R
Sr. Jorge Barraguirre	
Sr. Diego Gosis	Sr. Bruce Heyman
Sra. Adriana Busto	Londres
Sr. Luciano Lombardi	
Sr. Juan Acosta	
Sr. Antonio Estofan	
Sr. Geofredo Rush	
Sra. Carolina Mordini	
Sra. María Guadalupe Iglesias	
Procuración del Tesoro de la Nación	
Posadas 1641	
CP 1112 Buenos Aires	
Argentina	

1.4. El Tribunal de Arbitraje y los Secretarios

1.4.1. El presente tribunal, constituido el 14 de abril de 2004, está integrado por:

Sr. J. William Rowley QC (Presidente)

McMillan Binch Mendelsohn

20 Essex Street Chambers

181 Bay Street

20 Essex Street

Suite 4400

London WC2R 3AL

Toronto, Ontario

Inglaterra

M5J 2T3

Prof. Gabrielle Kaufmann-Kohler

Schellenberg Wittmer

15bis, Rue des Alpes

P.O. Box 2088

CH-1211 Genève 1

Prof. Carlos Bernal Vereza

Noriega y Escobedo

Sierra Mojada 626

Lomas de Barrilaco

11010 México DF

- 1.4.2. La secretaria administrativa del Tribunal fue la Dra. Claudia Frutos-Peterson, Consejera Jurídica, CIADI, Banco Mundial, Washington, D.C. El Tribunal reconoce asimismo el considerable apoyo recibido del CIADI en general y, en

especial, de la Sra. Mercedes Kurowski, la Srita. Ashley Grubor, la Srita. Michelle Salomon y el Sr. Malkiat Singh.

- 1.4.3. La Sra. Lisa Parliament, de McMillan Binch Mendelsohn, Toronto, Canadá, actuó como Ayudante del Tribunal. Fue designada de común acuerdo por las partes en la controversia. Como Ayudante del Tribunal asumió obligaciones de imparcialidad, independencia y confidencialidad idénticas a las de los miembros del Tribunal.

2. HISTORIA PROCESAL

2.1. Laudo original

- 2.1.1. Como ya se señaló, el Primer Laudo fue parcialmente anulado. Puesto que algunos de los argumentos de las partes que tenemos ante nosotros se refieren a los fundamentos expresados por el Primer Tribunal y al análisis del Comité *ad hoc* sobre las consideraciones de dicho tribunal, es útil destacar aquí ciertos aspectos del Primer Laudo y de la Decisión sobre Anulación adoptada por el Comité *ad hoc*.

- 2.1.2. Dada su importancia para comprender el Primer Laudo y la Decisión sobre Anulación, es útil transcribir el Artículo 16.4 del Contrato de Concesión, que contiene la cláusula sobre jurisdicción exclusiva y establece:

“A los efectos de la interpretación y aplicación de este Contrato las partes se someten a la jurisdicción exclusiva de los Tribunales en lo Contencioso Administrativo de la Provincia de Tucumán”¹⁰.

¹⁰ Concesión del Servicio de Agua y Desagües Cloacales en la Provincia de Tucumán, Contrato de Concesión, con Anexos XIV, XX-XXIII, 18 de mayo de 1995 (Prueba documental 127), Artículo 16.4.

2.1.3. Habiendo unido a la consideración del fondo del asunto todos los temas planteados en relación con la jurisdicción, el Primer Tribunal, en su Laudo Original, rechazó cada una de las excepciones a la jurisdicción opuestas por la Demandada. También rechazó cada una de las denominadas “reclamaciones federales” de las Demandantes (las basadas en supuestos actos u omisiones de las autoridades federales). La conclusión global del Primer Tribunal en relación con esas reclamaciones fue la siguiente:

“En conclusión, el Tribunal resuelve que los autos en este procedimiento no ofrecen una base fáctica para dictaminar que la República Argentina faltó a su deber de responder a la situación en Tucumán y a las solicitudes de las demandantes de conformidad con las obligaciones del gobierno argentino bajo el TBI”¹¹.

2.1.4. En cuanto a las reclamaciones provinciales, el Primer Tribunal llegó a la siguiente conclusión:

“...la naturaleza de los hechos en que se fundamentan la mayor parte de las reclamaciones presentadas en este caso, hacen imposible que el Tribunal distinga o separe violaciones del TBI de violaciones del Contrato de Concesión sin antes interpretar y aplicar las disposiciones detalladas de ese acuerdo... En consecuencia, y porque las reclamaciones en este caso surgen casi exclusivamente de supuestos actos de la Provincia de Tucumán que se relacionan directamente con su cumplimiento del Contrato de Concesión, el Tribunal resuelve que las demandantes tenían el deber de hacer valer sus derechos con respecto a tales reclamaciones en contra de Tucumán ante los Tribunales en lo Contencioso Administrativo de Tucumán como lo exige la cláusula 16.4 de su Contrato de Concesión”¹².

¹¹ Primer Laudo, párrafo 92.

¹² Primer Laudo, Parte A, pág. 3.

2.2. Decisión sobre Anulación

2.2.1. Como ya se señaló, el Comité *ad hoc* decidió que el Primer Tribunal había concluido, con acierto, que era competente para entender en las reclamaciones que tenía ante sí, pero había rebasado los límites de sus atribuciones al no examinar los aspectos sustanciales de las reclamaciones correspondientes a actos de las autoridades de Tucumán en el marco del TBI.

2.2.2. Para llegar a su decisión sobre este último punto, el Comité *ad hoc* observó lo siguiente:

“...donde la “base fundamental de la reclamación” es[un] tratado asentando una norma independiente por la cual ha de juzgarse la conducta de las partes, la existencia de una cláusula de jurisdicción exclusiva en un contrato entre la demandante y el Estado demandado o una de sus subdivisiones no puede operar como impedimento a la aplicación de la norma bajo el tratado. A lo sumo, podría ser relevante —del modo en que el derecho interno muchas veces será relevante— al evaluar si ha habido un incumplimiento del tratado”¹³.

“En la opinión del Comité, no le está permitido a un tribunal del CIADI, con jurisdicción bajo un TBI respecto de una reclamación basada sobre las disposiciones sustantivas de dicho TBI, desestimar la reclamación a causa de que pudo o debió haber sido conocida por un tribunal nacional”¹⁴.

“Un Estado no puede apoyarse en una cláusula de jurisdicción exclusiva para evitar la caracterización de su conducta como internacionalmente ilícita bajo un tratado”¹⁵.

¹³ Decisión sobre Anulación, párrafo 101. El Comité *ad hoc* mencionó la posibilidad de que “meros” incumplimientos del contrato, no acompañados de mala fe u otras circunstancias agravantes, raramente constituyan un incumplimiento del criterio sobre trato justo y equitativo establecido en el Artículo 3. No obstante, el Primer Tribunal no ofreció interpretación alguna de ese artículo, ni trató de basar sus fundamentos en esa consideración.

¹⁴ Decisión sobre Anulación, párrafo 102.

¹⁵ *Ibid.*, párrafo 103.

“...una cosa es ejercer jurisdicción contractual (discutiblemente de competencia exclusiva de los tribunales administrativos de Tucumán en virtud del Contrato de Concesión) y otra es tomar en cuenta los términos de un contrato al determinar si ha habido incumplimiento de una norma independiente del derecho internacional como aquella reflejada el Artículo 3 del Acuerdo...”¹⁶.

“...el que una conducta particular conlleve el incumplimiento de un tratado no se determina mediante la pregunta de si la conducta conlleva el propósito de ejercer derechos contractuales”¹⁷.

2.2.3. Tras señalar que no era su cometido formular un juicio siquiera provisional acerca de si la conducta de Tucumán había representado o no violación del TBI, y expresar claramente que no lo había hecho, el Comité *ad hoc* concluyó, de todos modos, que la conducta alegada por las Demandantes, si se comprobaba, *podía* implicar la violación del TBI. En consecuencia, anuló la decisión del Primer Tribunal con respecto a la *totalidad* de las reclamaciones referentes a Tucumán.

2.3. Nueva sumisión de la diferencia

2.3.1. Tras la Decisión sobre Anulación, el 29 de agosto de 2003 las Demandantes volvieron a someter la diferencia al CIADI, promoviendo un pronunciamiento

¹⁶ *Ibid.*, párrafo 105.

¹⁷ *Ibid.*, párrafo 110. En relación con esta declaración, el Comité *ad hoc* citó los Artículos de la CDI, comentario al Artículo 4, párrafo (6); comentario al Artículo 12, párrafos (9) – (10), y también C. Amerasinghe, “State Breaches of Contract with Aliens and International Law”, *American Journal of International Law*, vol. 58 (1964), pág. 881, párrafos 910-912: “No es necesario fundamentar la proposición general de que, en los casos en que un Estado realiza un acto prohibido por un tratado del que es parte, incurre en una transgresión del derecho internacional con respecto a una o más partes del tratado. De acuerdo con ese mismo principio, un acto que constituya incumplimiento de un contrato implicaría incumplimiento del derecho internacional si se tratara de un acto en que el Estado está obligado a no incurrir, por prohibirlo un tratado del que él y el estado nacional del extranjero sean partes” (Traducción del Tribunal); R. Jennings y A. Watts, *Oppenheim’s International Law* (novena edición) (Harlow Longman, 1992), pág. 927: “Resulta dudoso que el incumplimiento, por parte de un Estado, de sus obligaciones contractuales frente a extranjeros constituya de por sí incumplimiento de una obligación internacional, a menos que exista algún elemento adicional, tal como denegación de justicia, expropiación, o incumplimiento de un tratado, en cuyo caso es ese elemento adicional el que constituirá la base de la responsabilidad internacional del Estado” (Traducción del Tribunal).

sobre el fondo de las reclamaciones con respecto a las cuales se anuló el Laudo Original. El caso planteado a través de la nueva sumisión mantiene el número asignado al caso original.

2.4. Argumentos y cronograma procesal acordado para la nueva sumisión de la diferencia

2.4.1. El presente Tribunal se constituyó el 14 de abril de 2004, y celebró su primera sesión con las partes el 7 de julio de 2004, en las oficinas del Banco Mundial en Washington, D.C.

2.4.2. En la primera sesión, las partes confirmaron el hecho de que no les merecía objeciones la constitución del Tribunal. Tras la expresión de las opiniones de las partes, y teniendo en cuenta los acuerdos mutuamente alcanzados por éstas, se estableció un cronograma de presentación de documentos, escritos y realización de una audiencia sobre el fondo del asunto.

2.4.3. En esa oportunidad las partes acordaron asimismo, *inter alia*, que el Tribunal no tuviera en cuenta declaraciones de testigos que no comparecieran a la audiencia oral para ser repreguntados. Las partes acordaron asimismo incluir en sus escritos no sólo sus argumentos jurídicos, sino también toda la prueba a través de la cual se propusieran apoyar argumentos jurídicos formulados en esos escritos. Las partes acordaron que el Tribunal no recibiera ninguna prueba testimonial o de otro género que no hubiera sido propuesta por escrito, a menos que el Tribunal concluyera que existían circunstancias excepcionales para admitirla. El acuerdo de las partes con respecto a la presentación de pruebas y a la comparecencia de

testigos resultó significativo en el curso de la audiencia, cuestión que se analiza más detenidamente en los puntos 2.7.6 *et seq.*

2.4.4. Antes de la audiencia sobre el fondo del asunto, y de acuerdo con el procedimiento y el cronograma establecidos por el Tribunal (con enmiendas subsiguientes en cuanto a presentaciones ulteriores), las partes en la controversia presentaron al Tribunal los siguientes escritos:

- (i) Memorial de las Demandantes, 24 de noviembre de 2004;
- (ii) Excepciones opuestas por la Demandada a la jurisdicción del Centro y a la jurisdicción del Tribunal, 7 de abril de 2005;
- (iii) Memorial de contestación de las Demandantes sobre la jurisdicción, 31 de mayo de 2005;
- (iv) Escrito de réplica de la Demandada sobre la jurisdicción (titulado Memorial de réplica sobre las excepciones opuestas), 21 de junio de 2005;
- (v) Escrito de súplica de las Demandantes sobre la jurisdicción, 12 de julio de 2005;
- (vi) Memorial de contestación de la Demandada, 29 de noviembre de 2005;
- (vii) Escrito de réplica de las Demandantes, 15 de febrero de 2006, y
- (viii) Memorial de súplica de la Demandada, 19 de mayo de 2006.

2.5. Excepciones opuestas por Argentina a la jurisdicción del Tribunal

2.5.1. Conforme al cronograma acordado, las Demandantes presentaron su Memorial el 24 de noviembre de 2004.

2.5.2. El 23 de marzo de 2005, aproximadamente dos semanas antes de la fecha de expiración del plazo para la presentación de su Memorial de contestación, la Demandada opuso una excepción a la jurisdicción de Centro y a la jurisdicción

del Tribunal, en que objetó la jurisdicción del Centro y de este Tribunal. El contenido de esas objeciones puede resumirse del modo siguiente:

- (i) Vivendi no ha probado ser la sucesora en intereses de CGE, sino que a través de una serie de complicados cambios institucionales que tuvieron lugar después de la presentación de la primera solicitud pero antes de la presentación de la segunda, Veolia Environment sucedió a la mayoría accionaria de CGE en CAA, y Vivendi actualmente sólo posee el 5,3% de las acciones emitidas y en circulación de Veolia Environment (a la fecha de la segunda solicitud sólo poseía el 20,4% de ellas);
- (ii) Siendo Vivendi en la actualidad tan sólo un accionista minoritario indirecto de CAA, sus actuales reclamaciones son de carácter derivado y tanto el derecho argentino como el derecho internacional prohíben las reclamaciones de ese género;
- (iii) En lo que respecta a las reclamaciones de CAA, ésta no obtuvo la nacionalidad francesa a los efectos de la protección del TBI Argentina-Francia y, en la medida en que haya obtenido alguna protección en el marco del Tratado, la obtuvo ilegítimamente, a través de transferencias y transacciones, en violación del Contrato de Concesión;
- (iv) CAA y Vivendi incumplieron el Artículo 36(2) del Convenio del CIADI y la Regla 2(1)(f) de las Reglas de Iniciación, y
- (v) La Decisión sobre Anulación del Comité *ad hoc* prohíbe considerar reclamaciones puramente contractuales (es decir, las planteadas por incumplimiento del Contrato de Concesión). En la medida en que el presente Tribunal posea jurisdicción, ésta se limita a las reclamaciones por incumplimiento del TBI basadas en una supuesta conspiración o en hechos que constituyan un esfuerzo concertado de las autoridades de Tucumán encaminado a frustrar el Contrato de Concesión.

2.5.3. El 12 de abril de 2005, habiendo considerado las excepciones a la jurisdicción opuestas por la Demandada y los escritos de las partes del 1 y el 7 de abril de 2005, el Tribunal decidió que las excepciones de la Demandada debían considerarse como cuestión preliminar. A continuación las partes intercambiaron una serie de escritos sobre la jurisdicción (que se describen en la sección inmediatamente anterior).

2.6. Decisión sobre Jurisdicción

2.6.1. Tras una audiencia oral sobre la jurisdicción de dos días de duración, que tuvo lugar los días 16 y 17 de agosto de 2005, en Washington, D.C., el Tribunal dictó su Decisión sobre Jurisdicción el 14 de noviembre de 2005, rechazando todas las objeciones de la Demandada¹⁸.

2.6.2. Como la Demandada sigue aduciendo defensas basadas en que CAA carece de legitimación procesal activa conforme al Tratado¹⁹, es útil enunciar algunas de las conclusiones a las que llegaron el Primer Tribunal, el Comité *ad hoc* y este Tribunal en relación con los sucesivos argumentos jurisdiccionales relativos a dicha legitimación.

2.6.3. Al rechazar las excepciones iniciales de Argentina a la jurisdicción, el Primer Tribunal concluyó:

“Este caso dice relación con una reclamación contra la República Argentina sometida al CIADI por CGE, una sociedad francesa que opera sistemas de aguas y cloacas en Francia y en otros países, y también por la filial argentina de CGE, CAA”²⁰.

2.6.4. El Primer Tribunal explicó en los siguientes términos esta conclusión en la nota al pie de página 6 del Primer Laudo:

“La demandada sostiene que CAA no debería de ser tratada como un inversor francés porque su adquisición tuvo lugar después de que las diferencias entre CGE y

¹⁸ El texto de la Decisión sobre Jurisdicción se publicó en línea en http://www.iisd.org/pdf/2006/itn_vivendi_decision.pdf.

¹⁹ Memorial, párrafos 407-415.

²⁰ Primer Laudo, párrafo 24.

Tucumán surgieran (Mem. Dda., Apéndice B, nota relativa a la adquisición de CGE). CGE respondió que la fecha crítica para los efectos de determinar el control conforme al artículo 25(2)(b) y conforme a interpretaciones anteriores del Convenio del CIADI es la fecha del consentimiento al arbitraje y ésta es la fecha a finales de 1996 cuando CGE sometió su diferencia a arbitraje. Todas las partes están de acuerdo en que a finales de 1996 CGE adquirió las acciones de Dycasa ... Con el objeto de resolver los puntos abordados en este Laudo, el Tribunal ha determinado que CGE controlaba a CAA y que CAA deberá ser considerada como un inversor francés desde la entrada en vigencia del Contrato de Concesión”.

2.6.5. El Comité *ad hoc* no anuló esta conclusión positiva, sino que declaró expresamente que la compartía.

“Más aún no puede argumentarse que CGE no tenía una “inversión” en CAA desde la fecha de la celebración del Contrato de Concesión, o que no era un “inversor” con respecto a su propia participación accionaria, aunque tuviera o no control de CAA en su conjunto. Cualquiera que haya sido la extensión de su inversión, le asistía el derecho en todo momento relevante de invocar el Acuerdo con respecto a conducta que supuestamente incumplía los Artículos 3 ó 5. También resulta claro que CGE controlaba CAA al momento de iniciarse el procedimiento, de modo que no había cuestión de que el Tribunal carecía de jurisdicción respecto de CAA como una de las demandantes en el arbitraje. En las circunstancias, y para los efectos del presente procedimiento, el Comité no necesita llegar a conclusión alguna acerca del alcance preciso de los derechos de CAA y CGE bajo el tratado en distintas épocas”²¹.

2.6.6. En definitiva, el Comité *ad hoc* concluyó que “[e]l Tribunal correctamente decidió que tenía jurisdicción respecto de las reclamaciones”²².

²¹ Decisión sobre Anulación, párrafo 50.

²² Decisión sobre Anulación, párrafo 119.

2.6.7. Entre las diversas objeciones opuestas en cuanto a la jurisdicción del Tribunal, la Demandada invocó hechos posteriores a la fecha en que CGE sometió a arbitraje su reclamación para demostrar que Vivendi no había probado su calidad de sucesora de CGE.

2.6.8. En cuanto a este aspecto de las excepciones opuestas por la Demandada, este Tribunal rechazó la alegación de la Demandada de que hubiera tenido lugar alguna modificación de la propiedad de CAA tras la Decisión sobre Anulación adoptada por el Comité *ad hoc*. A ese respecto, declaramos lo siguiente:

*“Las pruebas que tiene ante sí este Tribunal demuestran que en mayo de 1998 CGE cambió de nombre, pasando a llamarse Vivendi S.A., y que ésta se fusionó con varias otras compañías, creándose así la compañía Vivendi Universal. Esta última sigue siendo la titular de la mayoría de las acciones de CAA, adquiridas en su momento por CGE”*²³.

*“Por consiguiente, el Tribunal no experimenta dificultad alguna para concluir que las partes a la nueva sumisión del caso son las mismas que más abajo se mencionan”*²⁴.

2.7. Audiencia sobre el fondo del asunto y cuestiones probatorias

2.7.1. Del 24 de julio al 4 de agosto de 2006 (a lo largo de más de 11 días calendarios) se realizó una audiencia sobre el fondo del asunto, en la sede del Centro, en las Oficinas del Banco Mundial, en Washington, D.C. Se elaboró una transcripción de la audiencia.

²³ Decisión sobre Jurisdicción, párrafo 82.

²⁴ Decisión sobre Jurisdicción, párrafo 86. No obstante, también nosotros llegamos a esa conclusión, como consecuencia de la norma de derecho internacional firmemente establecida que enunció la CJI en el Caso *Lockerbie*, según la cual “[l]a consecuencia de esta regla es que, una vez establecida, la jurisdicción no puede quedar sin efecto. Sencillamente, no la afectan los hechos ulteriores. Ningún hecho que se produzca después que se haya incoado el procedimiento (salvo, en un caso como éste, una decisión de un Comité *ad hoc* de anular la conclusión anterior en materia de jurisdicción) puede privar al Tribunal de jurisdicción para entender en la controversia”. Véase la Decisión sobre Jurisdicción, párrafo 63.

2.7.2. En la audiencia, el Tribunal escuchó la declaración testimonial de los siguientes testigos presentados por las Demandantes:

Sr. Daniel Benquis	Sr. Christian Lefaix
Sr. Charles-Louis de Maud'huy	Sr. José Álvaro Padilla
Sr. José Manuel García González	Sra. Dominique Perrier
Dr. Herman J. Gibb	Sr. J. Alan Roberson
Sr. Gérald Guérin	Sr. François de Rochambeau
Sr. Régis Hahn	Sr. Walter Velarde

2.7.3. El Tribunal escuchó también las declaraciones testimoniales de los siguientes testigos presentados por la Demandada:

Sr. Daniel Esteban Arancibia	Sr. Ángel María García Pinto
Sr. Próspero Barrionuevo	Sr. Raúl Gil Romero
Sra. Silvia Estela Courel	Sr. Emilio Lentini
Sr. Franco Davolio	Sr. Raúl Roque Topa
Sr. Fortunato Carlos Duguech	Sr. Daniel Arturo Vaca

2.7.4. Además de las pruebas recibidas en la audiencia oral, las Demandantes presentaron declaraciones testimoniales escritas y/o dictámenes periciales de:

Daniel Benquis	Régis Hahn
----------------	------------

Alberto B. Bianchi	Herve Jauffret
Carmen Broudeur	Christian Lefaix
Juan Walter Velarde Carrión	Álvaro José Padilla
Charles-Louis de Maud'huy	Daniel José Paz
François de Rochambeau	Dominique Perrier
Herman J. Gibb	J. Alan Roberson
Gérald Guérin	Christoph Schrueur
José Manuel García González	José W. Vanetta

2.7.5. Análogamente, la Demandada presentó declaraciones testimoniales escritas y/o dictámenes periciales de:

Daniel Esteban Arancibia	Ismael Mata (sustituye al informe de Francisco Sassi Colombres)
Próspero Barrionuevo	Jorge A. García Mena
Maria Silvina Bosio	Alejo J. Molinari
Gabriel Bouzat	María Gilda Pedicone de Valls
Daniel Chudnovsky	Jorge Carlos Rais
Francisco Sassi Colombres (informe sustituido por el de Ismael Mata)	Raúl Gil Romero
Sylvia Estela Courel	Carlos F. Rosenkrantz
Franco Davolio	Raúl Roque Topa
Fortunato Carlos Duguech	Héctor Osvaldo Turk
Ángel María Manuel García Pinto	Daniel Arturo Vaca

Juan Carlos Jiménez

Daniel Enrique Yáñez

Michael C. Kavanaugh

Emilio Juan Lentini

- 2.7.6. El 10 de julio de 2006, las Demandantes hicieron saber a la Demandada y al Tribunal que uno de sus testigos, el Dr. Paz, no podría asistir a la audiencia sobre el fondo del asunto, por haberse enfermado gravemente. A solicitud del Tribunal, el 17 de julio de 2006, las Demandantes presentaron un certificado médico en que se describía el estado de salud del Dr. Paz y se hacía constar su imposibilidad de participar en la audiencia prevista.
- 2.7.7. En el curso de la audiencia, la Demandada hizo saber a las Demandantes y al Tribunal que el Sr. Jorge Rais también se había enfermado, y no podría asistir a la audiencia según lo originalmente previsto. A solicitud del Tribunal, la Demandada proporcionó a las Demandantes y al Tribunal un certificado médico en que se describía el estado de salud del Sr. Rais y se hacía constar su imposibilidad de participar en la audiencia prevista.
- 2.7.8. Las partes acordaron que, teniendo en cuenta los certificados médicos y aceptables proporcionados, la prueba consistente en las declaraciones escritas de los Sres. Rais y Paz debía admitirse como prueba ante el Tribunal, por más que esas personas no pudieran asistir a la audiencia oral²⁵.
- 2.7.9. Antes del comienzo de la audiencia oral, por cartas fechadas el 14 y el 19 de julio de 2006, la Demandada solicitó al Tribunal, *inter alia*, una orden que permitiera a

²⁵ Transcripción en español de la audiencia sobre el fondo del asunto, Día 8, pág. 1962 (31 de julio de 2006).

uno de sus peritos, el Sr. Michael Kavanaugh, prestar declaración mediante videoconferencia, en lugar de asistir personalmente a la audiencia oral. Las Demandantes dieron a conocer su posición sobre la solicitud de la Demandada en sus cartas del 18 y el 20 de abril de 2006.

- 2.7.10. El 21 de julio de 2006, habiendo considerado las posiciones respectivas de las partes, el Tribunal rechazó lo solicitado por la Demandada, señalando que no se había invocado razón alguna que justificara la inasistencia del Sr. Kavanaugh a la audiencia oral, según lo propuesto. El Tribunal se declaró dispuesto a reconsiderar la solicitud de la Demandada si ésta probara satisfactoriamente la imposibilidad de comparecer del Sr. Kavanaugh.
- 2.7.11. Al comienzo de la audiencia oral, la Demandada hizo saber al Tribunal que no había podido comunicarse con el Sr. Kavanaugh, y le solicitó que permitiera mantener en el expediente la declaración de esa persona, pese a su inasistencia, o que se permitiera al Sr. Kavanaugh declarar mediante videoconferencia.
- 2.7.12. Las Demandantes presentaron una contrapetición, en que solicitaron al Tribunal que mandara excluir del expediente la declaración del Sr. Kavanaugh, en virtud del acuerdo anterior de las partes y del hecho de que no se habían explicado las razones por las que dicho perito no había podido comparecer.
- 2.7.13. Inicialmente, el Tribunal hizo saber a las partes que postergaría un pronunciamiento sobre las peticiones contradictorias de las partes, y prefirió dar a la Demandada una nueva oportunidad para ponerse en contacto con el Sr. Kavanaugh y explicar las razones por las cuales no había comparecido.

- 2.7.14. Al octavo día de la audiencia, la Demandada hizo saber al Tribunal que uno de sus antiguos asesores letrados sabía, en el momento en que el Sr. Kavanaugh rindió su declaración, que éste, en virtud de un compromiso anterior, no iba a poder comparecer a la audiencia sobre el fondo del asunto y que si bien no se había podido comunicar con él, se esperaba que el Sr. Kavanaugh llegara a París esa noche o el día siguiente.
- 2.7.15. A continuación la Demandada reiteró su petición de que se recibiera la declaración del Sr. Kavanaugh y se le formularan repreguntas mediante videoconferencia. Las Demandantes reiteraron su petición de que la prueba relativa al Sr. Kavanaugh se rechazara del expediente²⁶.
- 2.7.16. Tras considerar las respectivas posiciones de las partes, el Tribunal rechazó la petición de la Demandada de que se formularan repreguntas al Sr. Kavanaugh mediante videoconferencia y accedió a la petición de las Demandantes de que se rechazara del expediente las declaraciones testimoniales de dicha persona. Esa decisión se basó, *inter alia*, en que se habían concedido a la Demandada numerosas oportunidades para explicar el paradero del Sr. Kavanaugh y las razones por las cuales éste no había podido asistir a la audiencia oral, y en que las Demandantes no estaban dispuestas a apartarse del acuerdo anterior de las partes, según el cual el Tribunal no debía aceptar las declaraciones de los testigos que no comparecieran en la audiencia oral para ser sometidos a repreguntas. Los

²⁶ Transcripción en español de la audiencia sobre el fondo del asunto, Día 8, págs. 1963-1967, 2098-2099 (31 de julio de 2006).

fundamentos invocados por el Tribunal aparecen en su totalidad en la transcripción de la audiencia²⁷.

2.7.17. Tras la audiencia sobre el fondo del asunto, y conforme a las directrices impartidas por el Tribunal, éste recibió escritos adicionales; a saber:

- (i) El 23 de agosto de 2006, tras la conclusión de la audiencia sobre el fondo del asunto, las Demandantes solicitaron la agregación de pruebas adicionales que no figuraban en el expediente para respaldar enfoques alternativos con respecto al cálculo de los daños y perjuicios. Por carta fechada el 1 de septiembre de 2006 explicaron que si bien “[c]iertamente, en el expediente, en su contenido actual, hay hechos que el Tribunal puede utilizar a esos fines” (traducción del tribunal), deseaban que el Tribunal ejerciera su discrecionalidad de aceptar pruebas adicionales ofrecidas por las Demandantes para dar al Tribunal el “cuadro completo” (traducción del tribunal), incluidos métodos de cálculo alternativos. En su escrito del 31 de agosto de 2006, la Demandada se opuso a esa pretensión de las Demandantes, alegando que por más que el Tribunal promoviera un debate adicional de las partes sobre los efectos de los diversos métodos de cálculo en el monto de los daños y perjuicios reclamados por las Demandantes, del expediente se desprendería claramente que no debían introducirse nuevas pruebas. Por carta fechada el 15 de septiembre de 2006, que se adjunta al presente laudo como Anexo A, el Tribunal notificó a las partes su decisión de no ejercer su facultad discrecional de aceptar las nuevas pruebas propuestas por las Demandantes;
- (ii) El 25 de agosto de 2006 cada una de las partes en la controversia presentó un escrito posterior a la audiencia;
- (iii) El décimo y el undécimo días de la audiencia sobre el fondo del asunto, para ayudar a las partes a elaborar sus argumentos finales y sus escritos posteriores, el Tribunal mencionó diversos temas con respecto a los cuales consideraba útil que las partes presentaran resúmenes de la prueba. El 12 de septiembre de 2006, la Demandada presentó al Tribunal diversas compilaciones y descripciones con respecto a los diversos organismos gubernamentales que resultaban pertinentes para las actuaciones. El 13 de septiembre de 2006, las Demandantes se opusieron a la agregación de esa documentación, basándose en que era extemporánea. Tras considerar cuidadosamente las posiciones expuestas por las partes en sus escritos del 13 y 19 de septiembre de 2006, el Tribunal decidió aceptar los resúmenes y

²⁷ Transcripción en español de la audiencia sobre el fondo del asunto, Día 8, págs. 2132-2135 (31 de julio de 2006).

compilaciones de pruebas ya proporcionadas por la Demandada. El Tribunal pudo haber dispuesto que las partes presentaran todas las compilaciones y descripciones con sus escritos posteriores a la audiencia, pero no lo hizo explícitamente. El Tribunal señaló que las Demandantes no habían manifestado que alguno de los documentos proporcionados por la Demandada incluyera pruebas que no estuvieran en el expediente, y que, en todo caso, la presentación de ese material al Tribunal no perjudicaba a las Demandantes;

- (iv) El 29 de septiembre de 2006, las partes presentaron sendos escritos relativos a las costas, y
- (v) El 6 de octubre de 2006, cada una de las partes presentó un escrito con comentarios sobre el escrito presentado por la otra parte con respecto a las costas.

2.7.18. El 25 de mayo de 2007, el Tribunal hizo saber a las partes que ese día había declarado cerrado el procedimiento, conforme a la Regla 38 de las Reglas de Arbitraje del CIADI.

3. CONTENIDO DE LA DIFERENCIA

3.1. Enfoque del Tribunal

3.1.1. Es útil resumir aquí los argumentos de las partes en esta la diferencia, para definir el trasfondo contextual para la próxima sección del Laudo, relativo al examen realizado por el Tribunal y a las conclusiones extraídas por éste con respecto a los hechos pertinentes en la diferencia.

3.2. Alegaciones de las Demandantes

3.2.1. Para las Demandantes, este caso se refiere exclusivamente al trato injusto infligido por las autoridades de la Provincia argentina de Tucumán a un inversionista francés. Las Demandantes manifiestan que casi inmediatamente después de hacerse cargo de las concesiones de servicios de agua y cloacas de Tucumán, CGE / Vivendi y CAA fueron atacadas por las autoridades provinciales

y privadas sistemáticamente de los derechos que les confiere el TBI Argentina-Francia. Añaden que las autoridades provinciales, valiéndose de su autoridad regulatoria, modificaron unilateralmente las tarifas, transgrediendo así las disposiciones del Contrato de Concesión e imponiendo un elevado costo a las Demandantes. Señalan que dichas autoridades, a través de sus facultades de supervisión, perjudicaron al concesionario con numerosas acusaciones injustificadas, al mismo tiempo que ellas mismas obraron en violación flagrante del Contrato. Sostienen que utilizaron los medios de comunicaciones y el ámbito público para generar en la ciudadanía hostilidad hacia las Demandantes en su calidad de empresas extranjeras, y que interfirieron directamente en las relaciones de CAA con sus clientes, incitando a éstos a no pagar sus facturas y a eludir sus obligaciones de pago. Agregan que tras obligar a las Demandantes a renegociar el Contrato de Concesión, dichas autoridades utilizaron sus facultades legislativas para rechazar o socavar las propuestas que podían haber puesto fin a la crisis y evitar el colapso de la Concesión.

3.2.2. Las Demandantes alegan que esos supuestos ataques disminuyeron el valor económico del Contrato de Concesión, y que a mediados de 1997 CGE/Vivendi y CAA no tuvieron otra alternativa que dar por terminada la Concesión, siendo ésta la primera vez, en los 150 años de historia de CGE / Vivendi en materia de concesiones de agua, que éstas se habían visto obligadas a dar por terminada una Concesión por incumplimiento del otorgante. Las Demandantes dicen que tras la rescisión del contrato fueron tomadas como “rehenes” por la Provincia y obligadas a seguir prestando servicios durante más de diez meses, y aunque en

octubre de 1998 fueron liberadas de esa obligación, las autoridades provinciales siguieron acosándolas, lo que culminó en la ejecución de una serie de disposiciones legales tendientes a impedir que CAA promoviera judicialmente el cobro de facturas pendientes y ulteriormente la ejecución de las sentencias que se dictaran.

3.2.3. Esos actos y omisiones de la Provincia, que según las Demandantes son jurídicamente imputables a la República Argentina, implicaron:

- (i) La violación de la norma de trato justo y equitativo expresada en los Artículos 3 y 5 (1) y (3) del TBI²⁸, y
- (ii) La expropiación total de la inversión de las Demandantes, contraria al Artículo 5(2) del TBI²⁹.

3.2.4. Habiendo sido privadas, en virtud de lo expuesto, de los derechos que les confieren los Artículos 3 y 5 del TBI, las Demandantes reclaman la indemnización de los daños que le fueron infligidos, evaluados, en función de las pérdidas de CAA, en un total de US\$316.923.000³⁰, más intereses compuestos a partir del 27 de noviembre de 1997 (fecha en que las Demandantes calcularon y definieron las sumas que reclaman)³¹, más sus costos y gastos, vinculados con el procedimiento de arbitraje.

²⁸ Memorial, párrafos 286-322.

²⁹ Memorial, párrafos 324-376.

³⁰ Memorial, párrafo 404, y Declaración de Cantidades Reclamadas, con informe de verificación de Ernst & Young, 19 de noviembre de 2004 (Prueba documental 7).

³¹ Memorial, párrafo 405, y Declaración de Cantidades Reclamadas, con informe de verificación de Ernst & Young, 19 de noviembre de 2004, Nota 8 (Prueba documental 7).

3.3. Pretensiones de la Demandada

3.3.1. Para la Demandada, este caso versa exclusivamente sobre cuestiones contractuales (es decir, diferencias surgidas en el contexto del Contrato de Concesión) con respecto a las cuales el Tribunal carece de jurisdicción³². La Demandada manifiesta también que la compra, por parte de CGE, de su participación accionaria de control en CAA, en junio de 1996, contravino términos expresos del Contrato de Concesión (conforme a las cuales la transferencia requería previo consentimiento del Poder Ejecutivo de Tucumán). Ese consentimiento nunca se otorgó, lo que hace inadmisibile la demanda promovida por las Demandantes por violación de derechos emanados del Tratado adquiridos ilegítimamente³³.

3.3.2. La Demandada sostiene que poco después de hacerse cargo de la Concesión, sin previo aviso para una población empobrecida y sin mejora destacada de los servicios, CAA duplicó las tarifas de las primeras boletas de agua remitidas a sus clientes. Luego hizo destruir la confianza a la población al suministrar, durante muchas semanas, por negligencia, agua negra, no potable y potencialmente dañina para la salud, lo que provocó una comprensible reacción airada de los usuarios, quienes, en algunos casos, se rehusaron a pagar facturas muy infladas. Luego CAA empeoró la situación, al reaccionar frente a las quejas de sus consumidores de manera confrontativa y agresiva.

³² Memorial de contestación, párrafo 2; Escrito de dúplica, párrafo 8.

³³ Memorial de contestación, párrafo 15.

- 3.3.3. La Demandada califica de insostenible la posición de las Demandantes en cuanto citan discursos pronunciados y actos realizados por legisladores, a título individual, en respuesta a los reclamos de sus representados (describiendo de manera impropia estos comentarios como actos arbitrarios del Estado). Nunca se ha entendido que los tratados bilaterales de inversiones protejan a los inversionistas de las consecuencias de sus propios errores ni les proporcionen una “póliza de seguro” contra el debido ejercicio de la actividad regulatoria del Estado, tanto más cuanto que el servicio prestado es tan vital como el de suministro de agua y saneamiento³⁴.
- 3.3.4. Cuando la Provincia, como era su derecho, quiso rescindir el Contrato de Concesión, los propietarios de CAA movilizaron en forma impropia su riqueza y su influencia para obligar a la Provincia a renegociarlo en términos más favorables para CAA. Aunque logró imponer nuevas condiciones contractuales a la Provincia, luego CAA abandonó en forma unilateral y rescindió antijurídicamente el Contrato de Concesión, al comprender que había perdido la confianza y la buena voluntad del pueblo de Tucumán³⁵.
- 3.3.5. Confrontada con los persistentes incumplimientos del Contrato de Concesión cometidos por las Demandantes, la Provincia tenía el derecho y la obligación de adoptar las medidas necesarias para garantizar la disponibilidad de agua potable segura para su población, en manera económicamente posible y accesible. Lejos de constituir una expropiación o un tratamiento injusto inequitativo, la conducta

³⁴ Memorial de contestación, párrafos 4-6.

³⁵ Memorial de contestación, párrafo 7.

de Tucumán consistió simplemente en el cumplimiento de su deber como autoridad, y como parte contratante³⁶. Sobre esa base, la Demandada alega que deben rechazarse los argumentos de las Demandantes.

3.3.6. Finalmente, la Demandada manifiesta, para el caso de que el Tribunal concluyera que las Demandantes tienen derecho a reparación de daños y perjuicios, que esa reparación debería limitarse al *damnum emergens*, y que las Demandantes no presentaron pruebas apropiadas y confiables de esas pérdidas. Las Demandantes no tienen derecho a la indemnización del *lucrum cessans*.

3.3.7. Al igual que las Demandantes, la Demandada pretende el resarcimiento de los costos y gastos vinculados con las presentes actuaciones.

4. LOS HECHOS

4.1.1. De un examen de los escritos de las partes en la controversia, las declaraciones de testigos y los testimonios orales vertidos en la audiencia oral se desprende que, con escasas excepciones, las partes coinciden en la matriz fáctica de la que emana esta diferencia, o no la cuestionan seriamente. Dicho de otro modo, la mayoría de las diferencias entre las partes tienen que ver con las consecuencias que emanan de la interpretación que ha de darse a los hechos que se fueron desarrollando. Existen diferencias reales acerca de lo que en realidad ocurrió o condujo a determinados hechos en relación con cuatro ámbitos principales. A saber:

- (i) Las causas y la previsibilidad de los episodios de turbiedad que afectaron al agua en San Miguel de Tucumán a fines de 1995 y enero de 1996;

³⁶ Memorial de contestación, párrafo 11; Escrito de réplica, párrafo 19.

- (ii) Cuál de las partes en la controversia inició (y por qué motivos) los intentos de renegociar el Contrato de Concesión, que se iniciaron a principios de 1996, poco después del fenómeno de turbiedad provocada por la presencia de manganeso en el agua;
- (iii) Si el ente regulador provincial del agua, ERSACT, adoptó medidas regulatorias contra CAA por el hecho de que ésta no cumplía sus obligaciones contractuales, y para garantizar un suministro adecuado de agua limpia y potable, o como parte de una campaña de hostigamiento contra CAA hasta que ésta accedió a renegociar las condiciones del Contrato de Concesión, y
- (iv) Si CAA había accedido anteriormente a la introducción de los cambios de que fue objeto el proyecto de ley del 6 de junio de 1997 (en que se establecen los términos de la propuesta de renegociación del Contrato de Concesión), cuando el proyecto se enmendó durante el proceso legislativo que culminó cuando fue sancionado como Ley N° 6826, el 13 de junio de 1997.

4.1.2. A continuación exponemos en cierto detalle un resumen de los hechos más pertinentes en relación con la diferencia, acordados, no cuestionados o considerados probados por el Tribunal. Luego, en las secciones 5 y 6, examinamos las posiciones mutuamente contradictorias de las partes en relación con sus respectivos derechos y obligaciones, a la luz de lo ocurrido.

4.2. Privatización de servicios de agua y desagües cloacales en Tucumán

4.2.1. La privatización de los servicios de agua y desagües cloacales en Tucumán coincidió con una amplia liberalización de las inversiones en toda la provincia y en todo el territorio argentino. Antes de la presidencia de Menem, que se inició en 1989, casi todos los servicios públicos del país eran de propiedad del Estado, que los operaba. El Presidente Menem introdujo un ambicioso conjunto de reformas económicas que incluía la privatización de muchos servicios que habían sido, tradicionalmente, de propiedad pública. La mayoría de las provincias, incluida

Tucumán, adoptaron medidas similares para contribuir a los programas nacionales de liberalización³⁷.

- 4.2.2. Antes de la privatización, los residentes de Tucumán recibían servicios de agua y desagües cloacales por alguna de las dos vías que a continuación se mencionan. La mayoría de ellos obtenían servicios de la entidad provincial (Dirección Provincial de Obras Sanitarias, “DiPOS”). Algunos, en zonas no atendidas por la DiPOS, recibían servicios de municipalidades, comunidades locales o entidades privadas. Algunos residentes carecían de servicios de agua y desagües cloacales.
- 4.2.3. A lo largo de los años la DiPOS experimentó varias dificultades. A comienzos de los años noventa sus ingresos cubrían tan sólo el 30% de sus gastos, y el resto de sus fondos operativos provenía de subsidios estatales. Además, pese a que entre 1991 y fines de 1994 la tasa de inflación acumulativa era de aproximadamente 60%, la DiPOS no aumentó sus tarifas, a lo que se agrega que la estructura física de la entidad se estaba deteriorando y requería inversiones en gran escala.
- 4.2.4. El 17 de enero de 1993, el Gobernador de la Provincia (en ese entonces Ramón Ortega) emitió el Decreto No. 7/1, en que se anunciaba el propósito de privatizar los servicios de agua y desagües cloacales de la provincia³⁸. Alrededor de tres semanas después Tucumán invitó a compañías nacionales e internacionales a

³⁷ Véase, por ejemplo, la Ley No. 6071, 15 de enero de 1991 (Prueba documental 102).

³⁸ Decreto No. 7/1, 17 de enero de 1993 (Prueba documental 103).

presentar ofertas para la Concesión de servicios de agua y desagües cloacales en Tucumán³⁹.

- 4.2.5. El 15 de abril de 1993 la Legislatura provincial de Tucumán (“la Legislatura”) promulgó la Ley No. 6445, que sentó los lineamientos básicos del proceso de privatización. Dicha ley encomendó al Tribunal de Cuentas (al que volveremos a referirnos más adelante) la supervisión del proceso de privatización⁴⁰.
- 4.2.6. El 11 de mayo de 1993 el Gobernador Ortega hizo un llamado a la presentación de ofertas a empresas de consultoría para que asesoraran a las autoridades provinciales sobre el proceso de privatización⁴¹. En julio de 1993 se adjudicó un contrato al Centro de Estudio de Transporte e Infraestructura S.A. (“CETI”), y en 1994 el CETI emitió su informe, en que citando normas sanitarias internacionales señaló, *inter alia*, que el importe de los cargos por servicios de agua potable no debían superar el 3% de los ingresos de una familia⁴².
- 4.2.7. En respuesta al llamado a la presentación de ofertas por la Concesión, representantes de cinco grupos interesados visitaron la Provincia a comienzos de 1993. Uno de ellos era el consorcio conocido como “Aguas del Aconquija”, que más tarde se convertiría en CAA (“Consorcio AA” o “Consorcio”).

³⁹ Decreto No. 288/93, 10 de febrero de 1993 (Prueba documental 104).

⁴⁰ Decreto No. Ley No. 6445, 15 de abril de 1993 (Prueba documental 105); Ley Provincial No. 6445 (Prueba documental 750).

⁴¹ Decreto No. 949/3, 11 de mayo de 1993 (Prueba documental 112).

⁴² Resolución No. 1189/3 de la DiPOS, 8 de julio de 1993 (Prueba documental 113); CETI, Capacidad de Pago de los Usuarios e Incidencia de la Facturación de los Servicios de Agua y Cloacas en el Ingreso Familiar para el Área de Prestación de DiPOS (Capacidad de Pago de los Usuarios), sin fecha, alrededor de 1994 (“el Informe del CETI”) (Prueba documental 8).

- 4.2.8. El 18 de enero de 1994, la Legislatura provincial promulgó la Ley No. 6529, que estableció los requisitos mínimos para la Concesión y el mandato, las facultades y obligaciones del nuevo ente provincial regulador del agua (“Ente Regulador” o “ERSACT”, anteriormente “ERAT”), creado el año anterior por la Ley No. 6445)⁴³.
- 4.2.9. El 20 de enero de 1994, los cinco consorcios interesados cumplieron los requisitos de precalificación que los habilitaban para formular ofertas para la Concesión⁴⁴. Una copia del “Pliego de Condiciones” (el borrador de un proyecto de Contrato de Concesión se adjuntó como Anexo XIII al Pliego de Condiciones) se entregó a cada uno de los cinco oferentes precalificados el 10 de mayo de 1994⁴⁵.
- 4.2.10. Dado que la DiPOS recurría en gran medida a subsidios provinciales, y dada su insatisfactoria infraestructura económica, las autoridades provinciales entendieron que la decisión de privatizar requería una renovación completa de los aspectos económicos del sistema, lo que significaba que el Pliego de Condiciones de la Provincia tendría que ser viable para los oferentes, desde el punto de vista financiero, sin perjuicio de seguir siendo compatible con los objetivos de la Provincia. En resumen, la decisión política adoptada por la Provincia de transferir el costo de los servicios del Tesoro Público (a través de subsidios) a los clientes que utilizaran el servicio hizo inevitable un incremento considerable de las tarifas.

⁴³ Ley Provincial No. 6529, 18 de enero de 1994 (Prueba documental 82).

⁴⁴ Acta de Apertura de Ofertas para Precalificación de Oferentes, 20 de enero de 1994 (Prueba documental 398).

⁴⁵ Concesión del Servicio de Agua y Desagües Cloacales en la Provincia de Tucumán: Pliego de Bases y Condiciones Generales para la Licitación (Pliego de Condiciones), con Anexos, 10 de mayo de 1994 (Prueba documental 115).

- 4.2.11. El Pliego de Condiciones (Artículo 3.8.1) imponía a los oferentes la obligación de incluir en sus propuestas un coeficiente de ajuste que reflejara las proyecciones de incremento de las tasas tarifarias correspondientes a cada categoría de usuario. El Artículo 15.3 del Pliego de Condiciones y el Artículo 9.2 del proyecto de Contrato de Concesión establecían que “[c]on excepción del Impuesto a las Ganancias y del Impuesto al Valor Agregado (I.V.A) o aquellos que los reemplacen, todos los demás tributos, ya sean nacionales, provinciales y municipales, que puedan afectar al Concesionario *son considerarán como costos* a los efectos del cálculo de las tarifas”⁴⁶ (énfasis agregado por el Tribunal).
- 4.2.12. El 20 de julio de 1994, en lo que fue una medida que más adelante adquirió considerable importancia, el Ministerio de Economía emitió la Circular No. 2, por la que se revisó el Pliego de Condiciones en cuanto disponía que los impuestos se trataran como costos a los efectos del cálculo de las tarifas. El Artículo 3.8.1 de la Circular establecía que “[d]e acuerdo a lo prescripto en el Artículo 51 de la Ley No. 6.529, y a los fines de selección, el Oferente propondrá coeficientes de ajuste sobre la base de valores representativos de la cantidad y tarifa efectiva para cada categoría de usuario. Para la determinación de dichos coeficientes *no se deberá computar como costos* de la Concesión *los impuestos, tasas y/o contribuciones municipales que graven el uso del espacio de dominio público, ni el impuesto de*

⁴⁶ Concesión del Servicio de Agua y Desagües Cloacales en la Provincia de Tucumán: Pliego de Bases y Condiciones Generales para la Licitación (Pliego de Condiciones), con Anexos, 10 de mayo de 1994 (Prueba documental 115).

sellos que correspondan abonar sobre el Contrato de Concesión” (traducción al español del traductor)⁴⁷ (énfasis agregado por el Tribunal).

4.3. Oferta inicial de CAA, oferta mejorada y aprobación de la oferta

4.3.1. Aunque cinco oferentes estaban precalificados, el 1 de agosto de 1994, fecha límite para la presentación de las ofertas, sólo se recibió una oferta: la del Consorcio AA, que a esa fecha estaba formado por CGE, DYCASA, Roggio y Supercemento S.A. (“Supercemento”)⁴⁸.

4.3.2. No está en disputa el hecho de que CGE y sus asociados analizaron las condiciones del mercado existentes en Tucumán antes de preparar su oferta para la Concesión⁴⁹. De hecho, antes de la presentación de su oferta final, a mediados de 1994, CGE realizó amplios análisis adicionales in situ en Tucumán (véase el párrafo 4.3.7, *infra*).

4.3.3. En su oferta inicial, el Consorcio propuso un coeficiente de aumento de la tarifa de 1,941. En términos un tanto diferentes, ese coeficiente habría generado una tarifa que superaba en un 94% la que estaba cobrando la DiPOS⁵⁰. Tal como lo

⁴⁷ Ministerio de Economía, Circular No. 2, 20 de julio de 1994 (Prueba documental 116).

⁴⁸ Resolución No. 10 de Legislatura de la Provincia de Tucumán, 28 de septiembre de 1995 (Prueba documental 143) y Resolución No. 2 de la Legislatura de la Provincia de Tucumán, 12 de diciembre de 1995 (Prueba documental 149).

⁴⁹ Memorial, párrafos 36 y 37; Memorial de contestación, párrafo 48. Técnicos de las tres compañías asociadas del Consorcio comenzaron a llegar a Tucumán ya en 1993, para analizar las condiciones financieras, técnicas y socioeconómicas que enfrentaría el Concesionario. Autoridades de CGE estudiaron las conclusiones del Informe del CETI, y el Consorcio preparó sus propios análisis internos sobre los niveles tarifarios apropiados basándose en los estudios de los informes de la Organización Mundial de la Salud y del Banco Mundial con respecto a niveles tarifarios apropiados vigentes en la región.

⁵⁰ Oferta Económico-Financiera de CAA (Oferta Económica), con Anexos, 1 de agosto de 1994 (Prueba documental 306).

requiere la Circular No. 2, en su oferta inicial el Consorcio *excluyó* los impuestos de la tarifa por prestación de servicios⁵¹.

4.3.4. Conforme al Pliego de Condiciones en que se basaba la oferta inicial, los oferentes debían tomar como hipótesis una tasa final de recaudación a los clientes del 85%. Específicamente, el Artículo 3.8.4 establecía: “[d]e acuerdo con lo estipulado en el Art. 77 de la Ley N° 6.529 el Concesionario será el responsable del grado de eficiencia de su sistema comercial, y no podrá incluir en sus planes o previsiones una tasa de incobrabilidad mayor al [quince por ciento] (15%) de su facturación total”⁵².

4.3.5. El 22 de agosto de 1994, tres semanas después de haber recibido la oferta del Consorcio, la “Comisión de Preadjudicación de la Provincia” (formada por miembros del Poder Legislativo y del Poder Ejecutivo provinciales), establecida para examinar las ofertas para la Concesión, recomendó la aceptación de la parte técnica de la oferta, presumiblemente tras haber recibido respuestas satisfactorias a varias preguntas que había formulado a CGE⁵³.

4.3.6. El Ministerio de Economía aprobó a continuación la parte técnica de la oferta inicial⁵⁴, pero solicitó al Consorcio que considerara revisiones a dicha oferta que

⁵¹ Oferta Económico-Financiera de CAA (Oferta Económica), con Anexos, 1 de agosto de 1994 (Prueba documental 306).

⁵² Concesión del Servicio de Agua y Desagües Cloacales en la Provincia de Tucumán: Pliego de Bases y Condiciones Generales para la Licitación, (Pliego de Condiciones) con Anexos, 10 de mayo de 1994 (Prueba documental 115).

⁵³ Comisión de Preadjudicación, Solicitud de Aclaraciones en Relación a la Oferta - su Respuesta, 22 de agosto de 1994 (Prueba documental 120); Carta de CAA a la Comisión de Preadjudicación, 31 de agosto de 1994 (Prueba documental 121); Resolución No. 261/MIN del Ministerio de Economía, 16 de septiembre de 1994 (Prueba documental 122).

⁵⁴ Resolución 261/MIN, 16 de septiembre de 1994 (Prueba documental 122).

dieran lugar a un menor coeficiente de ajuste de tarifas, así como proyecciones de la tasa de recuperación que arrojaran valores más altos⁵⁵.

4.3.7. A esa altura parecía probable que la Concesión se adjudicara al Consorcio, por lo cual autoridades de CGE y sus asociados comenzaron a realizar amplios análisis y preparativos para hacerse cargo de ella y operarla. Se solicitó al Sr. Gérald Guérin, en ese entonces Director del centro regional de CGE en Orleans, Francia, que coordinara esos preparativos y se convirtiera en el gerente general del Consorcio cuando éste comenzara a operar⁵⁶. Técnicos de las tres compañías asociadas del Consorcio visitaron Tucumán ya en 1993, para analizar las condiciones financieras, técnicas y socioeconómicas que enfrentaría el Concesionario. Ulteriormente, en octubre de 1994, el Sr. Guérin visitó Tucumán como representante del Consorcio, para inspeccionar, *inter alia*, las oficinas de la DiPOS, los sistemas de tratamiento de agua y desagües cloacales y el laboratorio y la estructura orgánica de la DiPOS⁵⁷.

4.3.8. Tal como lo había solicitado el Ministerio de Economía, el 7 de octubre de 1994 el Consorcio presentó una oferta económica mejorada. En ella se propuso un coeficiente menor de ajuste de la tarifa de 1,679, que se basó en el incremento de

⁵⁵ Carta del Ministro de Economía a CAA, 30 de septiembre de 1994 (Prueba documental 123).

⁵⁶ Declaración jurada de Guérin, 9 de febrero de 2006, párrafos 2-3 (Prueba documental 793).

⁵⁷ El Sr. Guérin visitó nuevamente Tucumán en febrero de 1995, momento en que se había reunido con el Director y otros funcionarios de la DiPOS, para analizar el plan del Consorcio para hacerse cargo de la Concesión y operarla.

las tasas de recuperación previstas del Consorcio, que pasarían de 85% a 89% en el primer año, a 90% en el segundo año y a 91% en el tercer año⁵⁸.

4.3.9. Todas las entidades gubernamentales competentes de Tucumán examinaron y aprobaron la oferta mejorada. El primer acto de aprobación fue dictado por la Comisión de Preadjudicación, que en un informe detallado publicado el 14 de octubre de 1994 concluyó que el coeficiente de ajuste de la tarifa propuesto era razonable desde el punto de vista comercial y económico⁵⁹.

4.3.10. Con respecto al aumento de la tasa de cobrabilidad prevista, la Comisión de Preadjudicación declaró que:

“...[a] pesar de una progresiva mejora en la gestión comercial, [la DiPOS] en la actualidad no alcanza una tasa de cobrabilidad del 55%. De cualquier modo, la tasa de cobrabilidad prevista por el Oferente para la facturación de los servicios es considerado insuficiente, ya que fija el 85% al inicio del período de Concesión, incrementándose paulatinamente hasta el 90% en el año 15 ...para las proyecciones propias se parte parten de un índice de cobrabilidad de 85%, alcanzando el 90% el año 3 y el 95% a partir del año 8 hasta el final de la Concesión. Esos rendimientos se consideran razonables teniendo en cuenta los resultados alcanzados por la Di.P.OS y las mejoras que puede lograr una gestión privada eficiente sobre la base de referencias de experiencias internacionales”⁶⁰.

⁵⁸ Carta de CAA a la Comisión de Preadjudicación (Oferta Económica Mejorada), 7 de octubre de 1994 (Prueba documental 124).

⁵⁹ Comisión de Preadjudicación, Informe de Evaluación de la Oferta, 14 de octubre de 1994 (Prueba documental 11).

⁶⁰ Comisión de Preadjudicación, Informe de Evaluación de la Oferta, 14 de octubre de 1994 (Prueba documental 11).

- 4.3.11. La Comisión de Preadjudicación concluyó que “los valores finalmente adoptados (en la oferta del Consorcio) resultan razonables tomando en consideración los indicadores de cobrabilidad logrados por la DiPOS y la mejora de eficiencia esperada para un operador privado”⁶¹.
- 4.3.12. Más tarde, el 18 de noviembre de 1994, el Poder Legislativo de Tucumán aprobó la recomendación de la Comisión de Preadjudicación de que se adjudicara la Concesión al Consorcio AA⁶².
- 4.3.13. Ulteriormente, el 26 de diciembre de 1994, el Gobernador adjudicó oficialmente la Concesión al Consorcio AA, a través del Decreto No. 3512/3⁶³. En él mencionó, *inter alia*, la opinión de la Comisión de Preadjudicación, según la cual la tarifa prevista en la oferta enmendada era “justa y razonable”. Aproximadamente tres meses después, el 10 de marzo de 1995, el Gobernador Ortega, a través del Decreto No. 459/3, aprobó el proyecto del Contrato de Concesión⁶⁴, que luego se puso a consideración del Tribunal de Cuentas.
- 4.3.14. En un informe del 28 de abril de 1995, un consultor de la Provincia, el Dr. Ismael Mata, se manifestó de acuerdo con la tarifa propuesta en la oferta mejorada del Consorcio, señalando que a su juicio el coeficiente de ajuste de la tarifa menor, de 1,679, combinado con los dos incrementos del 10% previstos en el proyecto de

⁶¹ Comisión de Preadjudicación, Informe de Evaluación de la Oferta, 14 de octubre de 1994 (Prueba documental 11).

⁶² Legislatura de la Provincia de Tucumán, Resolución que aprueba la Oferta de CAA, 18 de noviembre de 1994 (Prueba documental 125).

⁶³ Decreto No. 3512/3, 26 de diciembre de 1994, Artículo 1 (Prueba documental 128).

⁶⁴ Decreto No. 459/3, 10 de marzo de 1995 (Prueba documental 129).

Contrato de Concesión, en esencia implicaba aceptar su recomendación anterior a la Provincia, de introducción paulatina de los incrementos de tarifas⁶⁵.

4.3.15. El 17 de mayo de 1995, el Tribunal de Cuentas, tras haber completado su examen del proyecto de Contrato de Concesión, dictó la Resolución No. 398/95, de aprobación del proyecto condicionada a la introducción de ciertas enmiendas por parte del Poder Ejecutivo. Específicamente, el Tribunal de Cuentas señaló que en tanto el Poder Ejecutivo no corrija o modifique "...el texto contractual conforme a las indicaciones precedentes, no deberá ejecutarse el Decreto Nro. 459/3, ni los actos que sean consecuencia del mismo ..." ⁶⁶.

4.4. Ejecución del Contrato de Concesión y demoras en la toma de posesión

4.4.1. Antes de la ejecución del Contrato de Concesión se había previsto que la compañía adjudicataria se hiciera cargo de la Concesión el 1 de mayo de 1995. Más tarde la fecha se postergó, junto con la firma del Contrato de Concesión, debido a la intervención del Tribunal de Cuentas y de la Comisión Legislativa de Seguimiento de la Privatización de la DiPOS⁶⁷. Se dispuso que la firma del Contrato de Concesión se realizara el 5 de mayo de 1995, y que la compañía se hiciera cargo de la Concesión el 11 de mayo de 1995. Nuevas intervenciones del Tribunal de Cuentas hicieron que la firma del contrato y el comienzo de prestación de los servicios se demoraran en dos ocasiones más.

⁶⁵ Copia del telefacsímile enviado por el Dr. Ismael Mata al Ing. García Posse (DiPOS) con respecto a la oferta mejorada presentada por CAA el 7 de octubre de 1994 en el expediente 757/300-ME-94, incorporada al expediente 56-110-M-93, 28 de abril de 1995 (Prueba documental 416).

⁶⁶ Resolución No. 398 del Tribunal de Cuentas, 17 de mayo de 1995 (Prueba documental 130); Resolución No. 398/95 del Tribunal de Cuentas, 17 de mayo de 1995 (Prueba documental 421).

⁶⁷ Declaración jurada de Guérin, 9 de febrero de 2006, párrafo 27 (Prueba documental 793).

- 4.4.2. Conforme al Pliego de Condiciones, el concesionario debía ser una sociedad constituida de acuerdo al derecho local⁶⁸, por lo cual el 17 de mayo de 1995 los entonces miembros del Consorcio AA, CGE y las compañías argentinas DYCASA y Roggio constituyeron CAA como una compañía argentina; Supercemento había dejado de pertenecer al Consorcio en marzo de ese año⁶⁹.
- 4.4.3. Al día siguiente, 18 de mayo de 1995, el Gobernador Ortega aprobó el texto final del Contrato de Concesión a través del Decreto No. 852/3, y CAA y la Provincia firmaron el Contrato de Concesión⁷⁰. Se acordó que la compañía se haría cargo del servicio el 1 de junio de 1995⁷¹.
- 4.4.4. Estando ya firmado el Contrato de Concesión, y creyendo que la transferencia del servicio tendría lugar el 1 de junio de 1995, CAA adquirió suministros, tomó en arriendo edificios, transfirió personal y organizó una caravana de camiones proveniente de Buenos Aires para la entrega de los suministros. No obstante, pocas horas antes del momento de realización de la transferencia, un mensajero entregó una copia del Decreto No. 68/3-95, que volvía a postergar, hasta el 14 de junio de 1995, la toma de posesión del servicio⁷².

⁶⁸ Concesión del Servicio de Agua y Desagües Cloacales en la Provincia de Tucumán: Pliego de Bases y Condiciones Generales para la Licitación, con Anexos, 10 de mayo de 1994 (Prueba documental 115), Artículo 5.1.

⁶⁹ Carta fechada el 9 de marzo de 1995, remitida por el Consorcio al Gobernador Ortega, a quien le notifica el retiro de Supercemento (Prueba documental 417).

⁷⁰ Decreto No. 852/3, 18 de mayo de 1995 (Prueba documental 131).

⁷¹ Concesión del Servicio de Agua y Desagües Cloacales en la Provincia de Tucumán, Contrato de Concesión, con Anexos XIV, XX-XXIII, 18 de mayo de 1995 (Prueba documental 127).

⁷² Declaración jurada de Guérin, 9 de febrero de 2006 (Prueba documental 793), párrafo 28. El Decreto No. 68/3-95 se dictó a solicitud de la Comisión Legislativa de Seguimiento de la Privatización de la DiPOS, ostensiblemente para que la Comisión tuviera la posibilidad de examinar documentos referentes a varias enmiendas del Contrato de Concesión, según lo requerido por el Tribunal de Cuentas.

- 4.4.5. El 20 de junio de 1995, con posterioridad la firma del Contrato de Concesión, el Poder Ejecutivo dictó el Decreto No. 1142/3, relativo a la realización de las modificaciones anteriormente requeridas por el Tribunal de Cuentas⁷³. CAA lo recurrió el 11 de julio de 1995, a través de la vía administrativa pero el recurso fue rechazado⁷⁴.
- 4.4.6. El 18 de julio de 1995, la Provincia se pronunció sobre el mencionado recurso administrativo a través del Decreto No. 1371/3-1995, confirmando la validez de las aclaraciones al texto del Contrato de Concesión y señaló como fecha de transferencia de los servicios a CAA el 22 de julio de 1995, fecha en que CAA se hizo cargo de la Concesión⁷⁵.
- 4.4.7. Las partes en esta controversia difieren sobre las razones de la demora en la iniciación de los servicios; cada una de ellas culpa a la otra. La Provincia atribuye la demora a los inadecuados procesos observados por CAA para contratar a ex funcionarios de la DiPOS, y a que no haya obtenido los seguros requeridos por el Contrato de Concesión.
- 4.4.8. Aunque no es mucho lo que depende de la respuesta que se dé sobre ese tema, el Tribunal ha llegado a la conclusión de que CAA no es responsable de la demora⁷⁶. En el período que precedió a la fecha en que esa compañía se hizo cargo de los servicios, los asociados del Consorcio y, ulteriormente, CAA

⁷³ Decreto No. 1142/3, 20 de junio de 1995 (Prueba documental 423).

⁷⁴ Recurso administrativo de CAA contra el Decreto No. 1142/3, 11 de julio de 1995 (Prueba documental 546).

⁷⁵ Decreto No. 1371/3, 18 de julio de 1995 (Prueba documental 483).

⁷⁶ Véase Carta de CAA al Ministro de Economía, 7 de junio de 1995 (Prueba documental 819); Carta de CAA al Ministro de Economía, 15 de junio de 1995 (Prueba documental 897) y Declaración jurada de Guérin, 9 de febrero de 2006 (Prueba documental 793), párrafo 32.

operaron con un personal de aproximadamente 50 personas. Una de las tareas de ese equipo básico fue la contratación de empleados permanentes para que operaran la Concesión después que CAA se hubiera hecho cargo de los servicios. El Artículo 8.1 del Contrato de Concesión imponía a CAA la obligación de emplear a un mínimo de 1.000 empleados por lo menos en los primeros tres años de la Concesión, y que el concesionario contratara al 90% de sus empleados permanentes entre los funcionarios del proveedor saliente, DiPOS⁷⁷.

4.4.9. Para cumplir los requisitos sobre personal del Artículo 8.1, el Sr. Guérin y su personal establecieron un proceso de contratación basado inicialmente en el examen de los antecedentes de los empleados de la DiPOS. Tras una preselección, los candidatos más promisorios fueron entrevistados por miembros del equipo del Sr. Guérin, con la ayuda de dos psicólogos recomendados por Roggio. Según las actas de la reunión de la “Comisión Mixta DiPOS/CAA” (establecida en preparación y para facilitar la transferencia de los objetivos), al 17 de abril de 1995 CAA había realizado aproximadamente 1.500 entrevistas. Además había completado con éxito el proceso de realización de entrevistas de selección de más de 900 ex empleados de la DiPOS antes del 1 de junio de 1995, fecha prevista inicialmente para la transferencia⁷⁸.

4.4.10. En lo que respecta a los requisitos procesales previstos en el Artículo 3.9 del Contrato de Concesión, relativos a la verificación de las pólizas de seguros

⁷⁷ Concesión del Servicio de Agua y Desagües Cloacales en la Provincia de Tucumán, Contrato de Concesión, con Anexos XIV, XX-XXIII, 18 de mayo de 1995 (Prueba documental 127).

⁷⁸ Comisión Mixta DiPOS – Compañía de Aguas del Aconquija – Actas de la Reunión No. 19, 22 de mayo de 1995 (Prueba documental 895) y Comisión Mixta DiPOS – Compañía de Aguas del Aconquija – Actas de la Reunión No. 20, 23 de mayo de 1995 (Prueba documental 811).

propuestas por CAA, el Ministerio de Economía aprobó los proyectos de pólizas de seguros propuestas de CAA el 18 de mayo de 1995⁷⁹. El Tribunal de Cuentas certificó ulteriormente que había examinado las pruebas de que CAA había obtenido las pólizas de seguros requeridas por el Contrato de Concesión y las consideraba satisfactorias⁸⁰.

4.4.11. Antes de hacer referencia a lo ocurrido cuando CAA se hizo cargo de la Concesión es útil examinar brevemente algunas de las disposiciones más importantes del Contrato de Concesión y describir los órganos del Gobierno provincial y los organismos provinciales que se interrelacionaron con CAA durante el proceso en que ésta estuvo a cargo de la Concesión.

4.5. Disposiciones clave del Contrato de Concesión

Marco jurídico

4.5.1. El Artículo 1.6 del Contrato de Concesión establece las normas aplicables y los instrumentos que han de considerarse (y su orden de prelación), para interpretar sus disposiciones:

1.6 NORMAS APLICABLES

”Las normas aplicables a este Contrato según Cláusula 1.5 del Pliego, serán la Ley N° 6.529 modificada por Ley 6.537, la Ley N° 6.445, la Ley N° 5.995, la Ley N° 6.071, el Decreto acuerdo 7/1, el Decreto 288/93 y en lo pertinente la Ley N° 5.241.

⁷⁹ Resolución No. 118 del Ministerio de Economía, Expte. No. 238/300-C-1995, 18 de mayo de 1995 (Prueba documental 892).

⁸⁰ Resolución 508/95 del Tribunal de Cuentas, 22 de junio de 1995 (Prueba documental 898); véase también Declaración complementaria de Hahn, 14 de febrero de 2006 (Prueba documental 788), párrafo 23.

En caso de duda o falta de previsión se acudirá a los siguientes documentos en el orden indicado:

1.6.1. El presente Contrato de Concesión y su correspondiente Decreto aprobatorio.

1.6.2. La Oferta del adjudicatario y su mejora en los términos que fuera calificada por Actas 7 y 16 de la Comisión de Preadjudicación.

1.6.3. El Pliego de Bases y Condiciones para la Privatización de Di.P.O.S., aprobado por Decreto 1.053/3/94 y sus circulares aclaratorias.

1.6.4. El Pliego de Precalificación y sus circulares aclaratorias.

Este Contrato de Concesión debe ser interpretado en el marco de las obligaciones descritas en el Pliego y sus circulares aclaratorias, y la legislación mencionada. En caso que existieran discrepancias o contradicciones entre esta documentación y el Contrato de Concesión, que no admitan ninguna interpretación que mantenga en vigor todas las cláusulas en cuestión, prevalecerán las disposiciones de este Contrato”.

Tarifas

4.5.2. La tarifa que puede cobrar CAA está prevista en el Artículo 12.1

“12.1. RÉGIMEN TARIFARIO APLICABLE

... se considera Régimen Tarifario de la Concesión al siguiente: La metodología de cálculo de las tarifas es la que realiza al presente la Di.P.O.S., basándose en lo estipulado en los Decretos del Poder Ejecutivo Nacional 9.022/63 y 1.333/74, y los Decretos Provinciales 2.611/82 y 1.277/85. Las normas y los elementos que se utilizan para el antedicho cálculo se incluyen en el ANEXO XX. Durante el primer año de la Concesión, las tarifas correspondientes a cada una de las categorías y clases de Usuarios, surgen de aplicar al cuadro tarifario vigente el coeficiente de

ajuste ofertado (K=1,679). Los valores resultantes se adjuntan en el ANEXO XXI. Durante el segundo año de la Concesión, las tarifas correspondientes a cada una de las categorías y clases de Usuarios surgen de aplicar al cuadro tarifario vigente durante el primer año (cuyos valores se detallan en el ANEXO XXI) un coeficiente multiplicador igual a UNO CON DIEZ CENTÉSIMOS (1,10). Los valores resultantes se adjuntan en el ANEXO XXII. Durante el tercer año de la Concesión y los sucesivos a éste, las tarifas a aplicar a cada una de las categorías y clases de Usuarios, surgen de aplicar al cuadro tarifario vigente durante el segundo año (cuyos valores se detallan en el ANEXO XXII) un coeficiente multiplicador igual a UNO CON DIEZ CENTÉSIMOS (1,10). Los valores resultantes se adjuntan en el ANEXO XXIII”.

- 4.5.3. El Artículo 12.3 estipulaba que esos valores tarifarios eran los máximos que podía cobrar el concesionario.

Tratamiento de los impuestos

- 4.5.4. El Artículo 9.2 se refería en los términos siguientes al tema de los impuestos, gravámenes y contribuciones:

*“9.2 INCLUSIÓN EN LA TARIFA
No se computan como costos de la Concesión los impuestos, tasas y/o contribuciones municipales, ni el impuesto de sellos que corresponde abonar sobre el contrato de concesión. Cualquier modificación en más o en menos, la creación de nuevos tributos y la eliminación de tributos existentes, que aconteciere a partir de la fecha de presentación de la Oferta, permitirá renegociar los valores tarifarios y precios de manera de reflejar adecuadamente tales modificaciones en los costos”.*

Obligación de inversión

- 4.5.5. Conforme al Contrato de Concesión, CAA se obligó a invertir US\$386 millones a lo largo de los 30 años de vida del contrato (véase, en especial, el Anexo XIV del

Contrato de Concesión). El 54% de esa inversión (US\$209 millones) se asignó a la ampliación de la red, el 10% (US\$37 millones) a nuevas instalaciones de tratamiento de aguas cloacales y el 36% (US\$140 millones) a la renovación del sistema de tratamiento de aguas cloacales existente.

Derecho de ejecución del concesionario

4.5.6. Para que CAA pudiera recibir efectivamente el pago, de los consumidores, por los servicios dispensados, se le concedió el derecho de desconectar el servicio a los clientes en mora, con sujeción a ciertas condiciones especificadas en el Artículo 12.9 del Contrato de Concesión⁸¹. CAA no podría interrumpir el servicio a los clientes que hubieran celebrado un convenio de pago de sus deudas, ni cuando el ERSACT hubiera dictado una orden de desconexión temporal (tales órdenes sólo podrían dictarse en situaciones imprevistas y extraordinarias, y con base en una resolución “motivada”)⁸².

Rescisión y daños y perjuicios por incumplimiento

4.5.7. El Artículo 15.3 del Contrato de Concesión permitía al Gobernador rescindir unilateralmente el contrato si se daban ciertas condiciones específicas; por ejemplo violación grave e injustificada, por parte de CAA, de leyes, reglamentos del ERSACT o disposiciones contractuales pertinentes.

⁸¹ Comisión de Preadjudicación, Informe de Evaluación de la Oferta (Informe de la Comisión de Preadjudicación), 14 de octubre de 1994 (Prueba documental 11).

⁸² Concesión del Servicio de Agua y Desagües Cloacales en la Provincia de Tucumán, Contrato de Concesión, con Anexos XIV, XX-XXIII, 18 de mayo de 1995 (Prueba documental 127), Artículo 12.9.7.

- 4.5.8. Análogamente, el Artículo 15.4 facultaba a CAA a rescindir el contrato en caso de actos u omisiones del ERSACT o de la Provincia que implicaran violaciones graves e injustificadas de obligaciones previstas en el mismo. No menos de 15 días antes de la rescisión, CAA debía intimar a la Provincia a subsanar el incumplimiento, concediéndole para ello un plazo de 15 días.
- 4.5.9. El Artículo 15.8.3 del Contrato de Concesión disponía que si la rescisión de CAA obedecía a un incumplimiento sustancial por parte de la Provincia, podía condenarse a ésta a pagar a CAA los daños y perjuicios correspondientes.

4.6. Autoridades provinciales de Tucumán

- 4.6.1. El Gobierno de la provincia de Tucumán tiene tres poderes principales: Ejecutivo, Legislativo y Judicial⁸³.

Poder Legislativo

- 4.6.2. El Poder Legislativo comprende la “Legislatura”, que por mayoría de votos tiene la autoridad de promulgar leyes, y declaraciones legislativas a través de resoluciones⁸⁴, todas las cuales son obligatorias en todo el territorio de la Provincia⁸⁵.

⁸³ Constitución Provincial (Prueba documental 397), Artículo 87.4.

⁸⁴ Memorial de Contestación, párrafo 23; Constitución Provincial (Prueba documental 397), Artículos 1 y 63.

⁸⁵ Constitución Provincial (Prueba documental 397), Artículo 1.

4.6.3. Pueden ser electos hasta 40 legisladores, a quienes la Constitución Provincial concede inmunidad (fuero) por cualquier opinión que expresen mientras estén en cumplimiento de los cometidos propios del cargo⁸⁶.

Poder Ejecutivo

4.6.4. El Poder Ejecutivo (“Ejecutivo”) está representado por el Gobernador y el Vicegobernador⁸⁷. El Gobernador, que ejerce los poderes de gobierno y administración provincial, es la más alta autoridad del Poder Ejecutivo. Por disposición constitucional, el Vicegobernador es el Presidente de la Legislatura. En el período pertinente (fines de 1995 a 1999), esa función estuvo a cargo del Vicegobernador Raúl Roque Topa.

4.6.5. El Gobernador está facultado para dictar decretos reglamentarios en asuntos previstos en leyes sancionadas por el Poder Legislativo, conforme a lo previsto por la Constitución Provincial⁸⁸. Puede dictar también decretos sobre asuntos generales en caso de “necesidad y urgencia”, es decir cuando circunstancias excepcionales hagan imposible el cumplimiento de los trámites ordinarios previstos por la Constitución. Esos decretos son provisionales y deben ser ratificados por la Legislatura⁸⁹.

4.6.6. Los Ministros, que suelen llamarse “las manos del Gobernador”, son funcionarios no electos designados por el Gobernador. Integran el Poder Ejecutivo. Durante el

⁸⁶ Constitución Provincial (Prueba documental 397), Artículos 58 y 59.

⁸⁷ Declaración testimonial de Raúl Roque Topa, Transcripción en español de la audiencia sobre el fondo del asunto, Día 7, página 1931 (30 de julio de 2006).

⁸⁸ Constitución Provincial (Prueba documental 397), Artículo 87, inciso 3.

⁸⁹ Ley No. 6686 (Prueba documental 999); véase también Memorial de contestación, párrafo 26.

Gobierno del Sr. Bussi había cinco ministros: los de Gobierno y Justicia, Asuntos Sociales o Salud, Producción, Economía y Educación⁹⁰.

4.6.7. El Fiscal de Estado es el principal asesor jurídico del Poder Ejecutivo y el contralor legal de la administración. Es la cabeza, no electo, de la Fiscalía de Estado, y tiene rango ministerial. Depende directamente del Gobernador, y conforme a la Ley Provincial No. 3623 posee, entre otras, las siguientes atribuciones⁹¹:

- (i) Asesorar al Gobernador y sus Ministros en todo asunto jurídico que le sea consultado, a cuyo efecto podrá solicitar los informes, antecedentes y expedientes necesarios a las oficinas de la Administración;
- (ii) Realizar los estudios necesarios para actualizar las leyes y reglamentos vigentes;
- (iii) Intervenir en todos los actos y funciones colegislativas del Poder Ejecutivo, e
- (iv) Intervenir en los asuntos administrativos en los que esté controvertida la interpretación de normas vigentes.

Poder Judicial

4.6.8. El Poder Judicial está formado por la Corte Suprema de Justicia, el Tribunal de Apelaciones y los tribunales de primera instancia con jurisdicción en diferentes materias (tribunales administrativos, del trabajo, penales, y comerciales y civiles, etc.)⁹².

⁹⁰ Declaración testimonial de Topa, Transcripción en español de la audiencia sobre el fondo del asunto, Día 7, páginas 1933-1934 (30 de julio de 2006).

⁹¹ Ley No. 6823 (Prueba documental 749).

⁹² Declaración testimonial de Topa, Transcripción en español de la audiencia sobre el fondo del asunto, Día 7, páginas 1934-1935 (30 de julio de 2006).

Otras entidades

4.6.9. Tres de las entidades administrativas de la Provincia cumplieron un papel importante en los hechos que se desarrollaron, por lo cual es útil presentar una descripción sucinta de cada una de ellas. Se trata del ente regulador del agua de la Provincia, ERSACT, el Defensor del Pueblo (también conocido como Defensor del Público u Ombudsman Provincial - colectivamente “Ombudsman”) y el Tribunal de Cuentas.

EL ERSACT

4.6.10. El ERSACT se creó el 15 de abril de 1993 como organismo provincial independiente en virtud de la ley de privatización inicial, Ley Provincial No. 6445. En todos los períodos pertinentes cumplía cometidos de aplicación coercitiva de normas relacionadas con la regulación y el control del servicio de agua potable y saneamiento en la Provincia de Tucumán.

4.6.11. Las siguientes son algunas de las numerosas facultades y obligaciones del ERSACT:

- (i) Hacer cumplir las disposiciones de las Leyes No. 6445 y No. 6529;
- (ii) Supervisar la concesión y los servicios prestados por el concesionario a los usuarios;
- (iii) Realizar el seguimiento de la observancia, por parte del titular de la Concesión, de sus obligaciones en materia de inversiones, planes de expansión, y oportuna y adecuada aplicación de las escalas de precios y tarifas;
- (iv) Atender las quejas de los usuarios por servicios deficientes o sobrefacturación, y

- (v) Adoptar las medidas necesarias para alcanzar esos objetivos, con sujeción a la ley vigente y a las disposiciones pertinentes del Contrato de Concesión⁹³.

4.6.12. Conforme a la ley aplicable, los recursos del ERSACT dependen de los pagos de tarifas del concesionario⁹⁴.

La Oficina del Ombudsman

4.6.13. La oficina del Ombudsman fue creada el 15 de agosto de 1995 por la Ley No. 6644, cuyos Artículos 1 y 2 explican su finalidad y alcance:

“Artículo 1 - Créase la Defensoría del Pueblo para la protección y defensa de los derechos e intereses legítimos de las personas y de la comunidad, consagrados en la Constitución Nacional, Provincial y en las leyes dictadas en su consecuencia frente a los actos, hechos y omisiones de la Administración Pública Provincial, con los alcances previstos en esta ley, cuyo titular es un funcionario denominado ‘Defensor del Pueblo’”.

“Artículo 2 - COMPETENCIA. Dentro del concepto de administración pública provincial, a los efectos de la presente ley quedan comprendidas la administración centralizada y descentralizada; entidades autárquicas; empresas del Estado; Sociedades del Estado, Sociedades de Economía Mixta; Sociedades con participación Estatal mayoritaria; y todo otro organismo del Estado Provincial, cualquiera fuere su naturaleza jurídica, denominación, ley especial que pudiera regirlo, o lugar donde preste su servicio. Quedan comprendidas dentro de la competencia de la Defensoría del Pueblo, las personas jurídicas públicas no estatales que ejerzan prerrogativas públicas y las privadas prestadoras de servicios públicos. En este caso, y sin perjuicio de las restantes facultades otorgadas por esta ley, el Defensor del Pueblo puede instar de las autoridades administrativas competentes el ejercicio de las facultades otorgadas por ley. Quedan exceptuados del ámbito de competencia de la Defensoría del Pueblo, el

⁹³ Memorial de contestación, párrafo 33; Ley 6529 (Prueba documental 751).

⁹⁴ Ley No. 6529 (Prueba documental 751), Artículo 13.

*Poder Judicial y el Poder Legislativo*⁹⁵ (énfasis agregado por el Tribunal).

- 4.6.14. El Ombudsman tiene la autoridad de emitir únicamente recomendaciones, sin carácter jurídicamente vinculante. La Defensoría del Pueblo es un “organismo independiente”, que debe actuar con justicia y equidad y conforme a la ley⁹⁶. El Ombudsman tiene la obligación de examinar todas las reclamaciones frívolas o de mala fe, y quienes ocupen cargos públicos tienen la obligación de ayudar a la Defensoría a cumplir sus cometidos⁹⁷.

Tribunal de Cuentas

- 4.6.15. El Tribunal de Cuentas, órgano administrativo creado por el Decreto Provincial No. 960/3, es responsable de revisar el gasto de fondos públicos de todas las entidades gubernamentales provinciales. También posee control *ex post facto* sobre todos los actos administrativos, incluidos los adoptados por funcionarios públicos, en que se utilicen fondos públicos⁹⁸. En el período pertinente estaba formado por directores propuestos por el Gobernador y cuyo nombramiento fue ratificado luego por la Legislatura. Entre 1995 y 1999 los directores prestaban servicios por un plazo fijo y sólo podían ser separados del cargo tras un procedimiento político especial conocido como “juicio político”. Los directores no integran la judicatura⁹⁹. Aunque el Tribunal de Cuentas conceptualmente no es

⁹⁵ Ley No. 6644 (Prueba documental 450), Artículos 1 y 2.

⁹⁶ Ley No. 6644 (Prueba documental 450), Artículos 4, 5 y 13.

⁹⁷ Ley No. 6644 (Prueba documental 450), Artículo 12.

⁹⁸ Decreto No. 960/3, 24 de abril de 1986 (Prueba documental 471), Artículo 131.

⁹⁹ Declaración testimonial de Topa, Transcripción en español de la audiencia sobre el fondo del asunto, Día 7, página 1936 (30 de julio de 2006).

un órgano judicial, sus decisiones son obligatorias y pueden ser impugnadas ante la Cámara Contencioso-Administrativa, que sí lo es¹⁰⁰.

4.7. El estado del sistema cuando el concesionario se hizo cargo de la Concesión

4.7.1. El estado de los servicios de agua y cloacas en Tucumán a la fecha en que se transfirieron a CAA, a fines de julio de 1995, era sumamente inadecuado, y se había deteriorado rápidamente en los meses inmediatamente anteriores a la transferencia. Este acelerado proceso parece haber sido causado por diversos factores, como descuido (que se inició tras la aprobación de la privatización, en abril de 1993, por parte de la Provincia, que en general retiró su apoyo financiero, mientras la DiPOS era aún el operador oficial del sistema)¹⁰¹, abusos y saqueos.

4.7.2. El deterioro general del sistema ocurrido en ese período no fue objeto de disputa en sus aspectos esenciales, y se reflejó en las actas de la Comisión Mixta

DiPOS/CAA:

“[En relación con el estado de las instalaciones en el momento de su transferencia] CAA manifiesta que coincide con lo expuesto por la DiPOS, siendo que además ha notado un sensible deterioro en la organización y en el estado de los equipos, plantas, etc. de modo tal que la puesta en un régimen normal [de] todos ellos se hace cada vez más onerosa y más difícil”¹⁰².

4.7.3. Los Sres. Guérin y Lefaix presentaron pruebas no controvertidas de que a la fecha en que CAA se hizo cargo de la Concesión, muchas cañerías de la red estaban rotas, presentaban fugas o estaban permanentemente obstruidas. Los caños

¹⁰⁰ Decreto No. 960/3, 24 de abril de 1986 (Prueba documental 471), Artículo 120.

¹⁰¹ Declaración jurada de Lefaix, 3 de noviembre de 2004 (Prueba documental 2), párrafo 10.

¹⁰² Actas de las Reuniones Nos. 12 y 13 de la Comisión Mixta DiPOS/CAA, abril de 1995 (Prueba documental 319).

cloacales desbordaban, y se habían producido roturas, pérdidas o hurtos de vehículos, equipos y herramientas. Cientos de expedientes de clientes estaban desparramados por los pisos en la DiPOS, y cientos de expedientes más habían sido arrojados al exterior, en montones, cerca de camiones y basureros.

Análogamente, el laboratorio central de la DiPOS al parecer había sido saqueado, y carecía de casi todos sus suministros¹⁰³.

4.7.4. En el Acta de una reunión conjunta de CAA/ERSACT, que tuvo lugar el 27 de julio de 1995 (cinco días después de que CAA se hiciera cargo de la Concesión) se describía el estado del laboratorio en los siguientes términos: “ en condiciones de EXTREMA DEFICIENCIA”¹⁰⁴.

4.7.5. De hecho, en el período inmediatamente anterior a la toma de posesión de la Concesión, el sistema se había deteriorado a tal punto que muchas plantas de cloración no funcionaban y, en muchos casos, las bombas de inyección de cloro necesarias habían sido sustituidas por sistemas improvisados. Como consecuencia, CAA comenzó a proporcionar voluntariamente a la DiPOS suministros y equipos básicos antes de hacerse cargo de la Concesión, incluido cloro y camiones necesarios para destapar líneas cloacales obstruidas¹⁰⁵.

4.7.6. En resumen, el acelerado deterioro experimentado por el sistema de agua y desagües cloacales en los diez meses comprendidos entre la presentación de la

¹⁰³ Véanse fotografías de vehículos de la DiPOS, archivos de la DiPOS desparramados y arrojados a la basura; Declaración jurada de Guérin (Prueba documental 793), párrafo 40, y Declaración jurada de Lefaix, 3 de noviembre de 2004 (Prueba documental 2), párrafo 11.

¹⁰⁴ Actas de la Reunión No. 2 de CAA/ERSACT, 27 de julio de 1994 (Prueba documental 318).

¹⁰⁵ Véase Declaración jurada del Sr. Rochambeau, 5 de noviembre de 2004 (Prueba documental 1), párrafo 33; Declaración jurada de Lefaix, 3 de noviembre de 2004 (Prueba documental 2), párrafo 9.

oferta económica de CAA, en octubre de 1994, y la transferencia del servicio, a fines de julio de 1995, dejó a CAA con un sistema cuyo estado era considerablemente peor que el analizado por la empresa a la fecha de presentación de su oferta.

4.8. Reforma de la política de privatización

4.8.1. La opinión favorable a la privatización sustentada por el Gobierno de Ortega no era compartida por diversos partidos de oposición provinciales de la época y el Contrato de Concesión, cuando se ejecutó, a fines de 1994, se había convertido en una cuestión bastante candente en la campaña electoral provincial iniciada a principios del año. La oposición de larga data del partido Fuerza Republicana, encabezado por el General Bussi, que a fines de 1995 iba a suceder al gobierno del Partido Justicialista de Ortega, es un factor clave para comprender los hechos acaecidos en los seis a nueve meses que siguieron a la fecha en que CAA se hizo cargo de la Concesión, a partir de fines de julio de 1995.

4.8.2. En diciembre de 1994, durante la campaña electoral provincial, el General Bussi y su partido habían proclamado su “más sólida oposición a la transferencia de bienes patrimoniales de la Provincia”¹⁰⁶. El Vicegobernador Topa explicó, en la declaración que presentó: “nuestro partido había presentado como una de sus acciones de gobierno —si resultaba electo— la posibilidad de analizar los detalles

¹⁰⁶ “FR sostiene una posición coherente”, *Siglo XXI*, 4 de diciembre de 1994 (Prueba documental 1081).

del contrato de concesión... tomando en consideración los intereses de los usuarios” y que el contrato había “nacido defectuoso”¹⁰⁷.

- 4.8.3. A nivel municipal, algunas rechazaron públicamente el Contrato de Concesión, sosteniendo que carecía de validez jurídica. La Municipalidad de Aguilares “municipaliz[ó] la anterior DiPOS” y estableció la Dirección Municipal de Obras Sanitarias, en tanto que autoridades municipales de Monteros promovieron formalmente la suspensión de la Concesión¹⁰⁸.
- 4.8.4. En el informe de 2001 que presentó al Banco Mundial (Estudio de Caso sobre la Privatización del Sistema de Agua en Tucumán – “Informe Rais”), el Dr. Jorge Rais, entonces Subsecretario de Recursos Hídricos del Ministerio Nacional de Economía (y testigo propuesto por la Demandada) explicó la dinámica política de la época en los siguientes términos: “Para evitar la confrontación con la propaganda antiprivatista de la oposición política, el [Gobierno de Tucumán (GdT)] prefirió entonces no esclarecer los objetivos y procedimientos relativos a la transformación de DiPOS, prescindiendo de toda estrategia comunicacional”. Agregó que “[l]a decisión de privatizar DiPOS obtuvo generalizada repulsa de las fuerzas políticas locales (una de las cuales, corto tiempo después pasó a ser gobierno)...”¹⁰⁹.

¹⁰⁷ Declaración jurada de Topa, 10 de noviembre de 2005 (Prueba documental 386), párrafos 8 y 72.

¹⁰⁸ Declaración jurada del Sr. Rochambeau, 5 de noviembre de 2004 (Pruebas documentales 134-136), párrafo 92.

¹⁰⁹ Estudio de Caso, La concesión de los servicios de agua potable y alcantarillado sanitario en Tucumán, República Argentina, por Jorge Carlos Rais, María Esther Esquivel, Sergio Sour, Consultores, abril de 2001 (Prueba documental 858), párrafos 16 y 17.

4.8.5. El General Bussi ganó las elecciones el 2 de julio de 1995 y asumió su cargo el 30 de octubre, poco después de que CAA hubiera emitido sus primeras facturas. En ese momento, como se explica con mayor detalle más adelante, la oposición política había aumentado dentro de la Legislatura, lo que creó las condiciones políticas propicias para la intensa fiscalización a que iba a someterse a la Concesión y al concesionario.

4.9. Funcionamiento inicial de la Concesión

4.9.1. La Demandada alega que las Demandantes precipitaron una crisis de confianza en la Concesión incrementando inmediatamente las tarifas hasta llevarlas al máximo contractualmente permisible (lo que equivalía a duplicar el importe más alto de las cuentas de agua que los clientes jamás hubieran recibido anteriormente) y faltando al cumplimiento de sus obligaciones sobre realización de inversiones y pruebas de calidad del agua (lo que permitió la infiltración de manganeso en el sistema de suministro de agua domiciliario e hizo que los clientes, durante semanas, recibieran por sus canillas agua turbia, y en algunos casos totalmente negra)¹¹⁰. Lo realmente ocurrido, sin embargo, lleva a pensar en una explicación diferente de los hechos de turbiedad que ocurrieron en diciembre de 1995 / enero de 1996 y la eventual crisis de confianza en el servicio de agua de la Provincia.

4.9.2. Resulta claro que al producirse la transferencia del servicio, CAA adoptó medidas de emergencia para reducir riesgos bacteriológicos graves, mejorar, en forma más general, la calidad del agua, y mejorar la infraestructura de agua y desagües cloacales. En los primeros cinco meses de la Concesión (agosto – diciembre de

¹¹⁰ Memorial de contestación, párrafos 115-118.

1995) CAA renovó los sistemas de cloración en las plantas de agua potable (reemplazando aproximadamente el 45% del sistema de cloración en los pozos de Tucumán), organizó la limpieza del sistema de distribución de agua potable y gastó casi US\$140.000 en la reconstrucción del antiguo laboratorio de la DiPOS y en la compra de suministros y nuevos equipos¹¹¹.

4.9.3. Christian Lefaix, quien ocupó el cargo de Gerente de Operaciones de CAA entre el 22 de julio de 1994 y mediados de febrero de 1998, rindió declaración sobre el inadecuado estado de los servicios de agua y saneamiento en Tucumán y el considerable deterioro del sistema ocurrido en el período de seis meses que precedió a la fecha en que CAA se hizo cargo de la Concesión. También describió las mejoras efectuadas por CAA entre 1995 y 1998 en los servicios de agua y cloacas en cuanto a calidad del agua, pruebas, operaciones técnicas y mejoras. En el cuadro siguiente se resumen las pruebas presentadas por el Sr. Lefaix con respecto a las mejoras efectuadas en los últimos cinco meses de 1995. Esa prueba no fue refutada y el Tribunal la acepta como expresión fidedigna de la actividad inicial de CAA.

Mejoras iniciales introducidas por CAA en el sistema¹¹²

	1995 Últimos cinco meses
Reparaciones a la red de agua	5,018

¹¹¹ Declaración jurada del Sr. Rochambeau, 5 de noviembre de 2004 (Prueba documental 1), párrafos 40, 42 y 46.

¹¹² Declaración jurada de Lefaix, 3 de noviembre de 2004 (Prueba documental 2), párrafo 26.

Válvulas cambiadas y renovadas	188
Interconexiones nuevas (m)	5,070
Purga y eliminación de costra de tubería (m)	18,150
Conexiones nuevas y renovadas (m)	118
Nuevos dispositivos de cloración	115
Remoción de tableros eléctricos	51
Cambio de bombas de pozos	42
Reparaciones de fugas de desagües cloacas	405
Reparaciones de tapas de bora de cloaca	166
Eliminación de obstrucciones de redes de desagües cloacas	2,596
Renovación de terminal de bombas de desagües cloacales	2
Limpieza de tuberías de desagües cloacas (m)	295,800
Análisis de agua (número de pruebas)	3,044
Análisis de agua (Parámetros de pruebas)	15,220

4.10. Primeras cuentas remitidas por CAA a sus usuarios

4.10.1. El 1 de agosto de 1995, el Gerente General de CAA, Gérald Guérin, escribió a cada una de las municipalidades de Tucumán, explicándoles que conforme a los términos del Contrato de Concesión los impuestos debían figurar separadamente de la tarifa de servicios en las facturas de CAA, y solicitó que cada municipalidad

hiciera saber a ésta los impuestos y contribuciones aplicables que debía agregar a las facturas que enviara a los residentes de esas municipalidades¹¹³.

4.10.2. Poco después, el 4 de agosto de 1995, CAA escribió al ERSACT comunicándole que pronto comenzaría a emitir facturas a sus clientes, y adjuntó una copia de la carta dirigida por el Sr. Guérin a las municipalidades. (También agregó un modelo de factura).

4.10.3. A mediados de septiembre de 1995, CAA comenzó a enviar a sus clientes las facturas correspondientes al primer período de facturación (julio – agosto de 1995)¹¹⁴. Las tarifas respectivas reflejaron un incremento promedio del 67,9% con respecto a las anteriormente aplicadas por la DiPOS. Las facturas correspondieron precisamente al modelo anteriormente presentado al ERSACT y, como ocurría en el modelo, también contenían un cargo adicional por concepto de impuestos, que comprendía impuestos provinciales, gravámenes municipales e impuestos federales. En total, las primeras facturas de CAA reflejaban, en promedio, un incremento de aproximadamente 110% con respecto a las tarifas anteriormente cobradas por la DiPOS, pero ese incremento no era uniforme, debido a la reclasificación de numerosos usuarios. Esto llevó a un incremento mayor a nivel del sector medio y superior, variando poco o nada la situación de la población de más bajos ingresos¹¹⁵.

¹¹³ Carta de CAA a Municipalidades de la Provincia de Tucumán, 1 de agosto de 1995 (Prueba documental 831).

¹¹⁴ La Demandada alega que el período inicial de facturación fue de tan sólo de 41 días, por lo cual los clientes en un comienzo no habrían valorado el impacto del incremento de tarifas y la facturación de impuestos: Escrito de dúplica de la demandada, párrafos 205-209.

¹¹⁵ Factura de CAA, 1 de marzo de 1996 (Prueba documental 139). Véase también Informe Rais, párrafo 46.

4.10.4. El 17 de septiembre de 1995, el ERSACT publicó en *La Gaceta y Siglo XXI* un anuncio en que señalaba que el incremento tarifario del 67,9%, la facturación por separado de los impuestos municipales, provinciales y federales, y la contribución del 6% al ERSACT eran mecanismos ajustados a lo dispuesto en el Contrato de Concesión¹¹⁶.

4.10.5. Pese al considerable incremento de los cargos aplicados a los usuarios, el coeficiente de cobro de CAA correspondiente a sus primeras facturas, para el período de facturación de julio – agosto de 1995, fue de 64,5%, si bien, como expresó el Sr. de Rochambeau al ser repreguntado, el coeficiente real estuvo más próximo a 74%, ya que CAA no tenía las direcciones de 15.000 de los 170.000 consumidores cuando envió sus primeras facturas¹¹⁷.

4.11. Manifestaciones de preocupación política posteriores a la elección

4.11.1. Como se señaló en 4.8, *supra*, a la fecha en que el Gobernador Bussi asumió sus funciones, las opiniones políticas sobre la privatización de los servicios de agua en general, y en especial sobre el Contrato de Concesión, habían variado. Tal como lo confirmó el Vicegobernador Topa al ser repreguntado, tanto él como la Legislatura sostenían que el Contrato de Concesión había “nacido con fallas”:

“No desde el punto de vista jurídico sino con todos los sucesos que se estaban produciendo. Evidentemente había desajuste respecto de ecuación de posibilidad de posibilidad de prestación y sobre posibilidad de pago de la

¹¹⁶ Anuncio del ERSACT, *La Gaceta*, 17 de septiembre de 1995 (Prueba documental 140).

¹¹⁷ Declaración jurada del Sr. Rochambeau, 5 de noviembre de 2004 (Prueba documental 1), párrafo 78, Declaración testimonial del Sr. Rochambeau, Transcripción en español de la audiencia sobre el fondo del asunto, Día 2, pág. 378-379 (25 de julio de 2006).

comunidad, por más que jurídicamente estuviera absolutamente ajustado”¹¹⁸.

4.11.2. Un ejemplo de la preocupación inicial de un legislador es la proclama de Gumersindo Parajón, del 6 de septiembre de 1995, antes de que CAA emitiera sus primeras facturas, según la cual “[e]l pueblo tiene que estar en la resistencia civil y no pagar las abultadas facturas que recibirán por los servicios de agua potable y cloacas”¹¹⁹.

4.11.3. La preocupación del legislador Parajón no era una voz que clamaba en el desierto. Pese a que el ERSACT inspeccionó las primeras facturas, la publicación de sus primeros anuncios el 17 de septiembre de 1995 y la confirmación, por parte de representantes del ERSACT, el 28 de septiembre de 1995, según la cual

“Hasta el momento no detectamos ningún error en la primera factura que la compañía de Aguas del Aconquija envió a los usuarios: la facturación coincide con lo que expresan el contrato de concesión y el anexo XIII[,] que el Poder Ejecutivo firmó por la concesión del servicio sanitario”,¹²⁰

la Legislatura aprobó ese mismo día una resolución que ordenaba al ERSACT suministrar información sobre el incremento de tarifas e invitaba al público a dar su opinión acerca de las tarifas. En la resolución se encomendaba también al Tribunal de Cuentas que investigara la legalidad de cada rubro que aparecía en las

¹¹⁸ Declaración testimonial de Topa, Transcripción en español de la audiencia sobre el fondo del asunto, Día 7, pág. 1794-1795 (30 de julio de 2006).

¹¹⁹ “Parajón insta a resistir y no pagar el agua”, *La Gaceta*, 6 de septiembre de 1995 (Prueba documental 137).

¹²⁰ “Revisaron Facturas de agua”, *La Gaceta*, 28 de septiembre de 1995 (Prueba documental 142).

facturas de CAA. Además, esto ocurrió antes de que el nuevo Gobierno asumiera sus funciones, el 30 de octubre de 1995¹²¹.

4.11.4. Después del 30 de octubre de 1995, la oposición al Contrato de Concesión se incrementó en forma sostenida. El 31 de octubre de 1995, los legisladores promovieron una nueva evaluación del proceso de privatización¹²². Alrededor de dos semanas después, el 17 de noviembre de 1995, el Fiscal de Estado señaló que las tarifas de CAA no eran realistas, y promovió un “nivel de tarifas ajustado a la realidad económica a la que se enfrenta la Provincia”¹²³. En el mismo marco cronológico algunos legisladores comenzaron a reclamar la suspensión lisa y llana de la estructura tarifaria de CAA y la revocación pura y simple de la privatización¹²⁴.

4.11.5. Pese a las protestas formuladas por CAA ante el Gobernador Bussi de que lo que estaba ocurriendo en la Legislatura afectaba su situación al reducir sus posibilidades de cobrar sus facturas, y era incompatible con las obligaciones que imponía el Contrato de Concesión a la Provincia, de cooperar con el concesionario, el 12 de diciembre de 2005 la Legislatura adoptó la Resolución No. 2, que recomendó al Gobernador la imposición unilateral de una reducción temporal de las tarifas, a un nivel que no debía superar en más del 35% al de la antigua tarifa de la DiPOS. Esa modificación debía tener retroactividad al 22 de

¹²¹ Resolución No. 10 de la Legislatura de la Provincia de Tucumán, 28 de septiembre de 1995 (Prueba documental 143), párrafos 1, 2 y 4. Tal como lo señaló el Dr. Rais, el Gobierno culpó al Gobierno anterior, y a los legisladores —aun a los del partido que había aprobado la privatización— se consideraron ajenos al asunto y libres para sumarse a la oposición.

¹²² “Los motores a toda marcha”, *Siglo XXI*, 31 de octubre de 1995 (Prueba documental 144).

¹²³ “La Legislatura quiere suspender el aumento de la tarifa del agua”, *Siglo XXI*, 17 de noviembre de 1995 (Prueba documental 145).

¹²⁴ “DiPOS: objetan privatización”, *La Gaceta*, 29 de noviembre de 1995 (Prueba documental 147).

julio de 1995 (fecha en que CAA se hizo cargo de la Concesión) y sería seguida por “[el establecimiento de] un nuevo sistema tarifario justo y razonable”¹²⁵.

4.11.6. El año finalizó con un debate legislativo en que el legislador Virgilio Núñez se pronunció a favor de la partida de CAA, el “señor feudal”, en lugar de exigir a la población que pagara las tarifas “abusivas”. El Sr. Núñez concluyó comparando a las autoridades de CAA con “piratas” que se adueñaban de “los tesoros que pertenecen al pueblo de Tucumán”¹²⁶.

4.11.7. Con este trasfondo de críticas e incertidumbres políticas, el coeficiente de cobro inicial de las facturas de CAA bajó del 64,5% al 57,6% y luego al 52,6% (para los períodos de facturación julio – agosto, septiembre – octubre y noviembre – diciembre, respectivamente)¹²⁷.

4.12. Incidentes de turbiedad

4.12.1. Entre diciembre de 1995 y febrero de 1996 se produjeron en ciertas zonas de Tucumán incidentes de turbiedad en el agua potable, cuya causa, magnitud e impacto dieron lugar a discrepancias entre las partes de la controversia. Durante la audiencia oral se ofrecieron abundantes pruebas y se dedicó mucho tiempo al respecto.

4.12.2. Por su parte, las Demandantes sostuvieron que era necesario distinguir entre la “turbiedad rojiza” localizada que se produjo en ciertas zonas de Tucumán en

¹²⁵ Resolución No. 2 de la Legislatura de la Provincia de Tucumán, 12 de diciembre de 1995 (Prueba documental 149).

¹²⁶ Legislatura de la Provincia de Tucumán, Debate legislativo, 28 de diciembre de 1995 (Prueba documental 151), pág. 3971.

¹²⁷ Declaración jurada del Sr. Rochambeau, 5 de noviembre de 2004 (Prueba documental 1), párrafos 73 y 77.

diciembre de 1995 y enero de 1996 (causada, según ellas, por óxidos de hierro y de cobre, que eran subproductos inevitables de las actividades de limpieza y de las mejoras de los sistemas realizadas por CAA en ese momento, y que no planteaban riesgos para la salud humana) y la “turbiedad por manganeso” que se produjo a fines de enero y principios de febrero de 1996 (causada por el ingreso imprevisible de manganeso proveniente del fondo del embalse de El Cadillal, en el sistema de agua de San Miguel de Tucumán), turbiedad que, según expresaron, tampoco planteaba riesgos para la salud humana.

4.12.3. Según la Demandada, la turbiedad era una sola, y se inició a mediados de diciembre y duró hasta febrero de 1996. La Demandada alegó que CAA debió haber previsto el riesgo de aparición de manganeso, y que el “agua negra” era eminentemente previsible y evitable¹²⁸.

4.12.4. Sobre estas cuestiones, el Tribunal concluye que hubo dos incidentes claramente distintos y aislados de turbiedad del agua en el sistema de suministro de agua de Tucumán; que ninguno de ellos planteó ningún riesgo sanitario para la población de Tucumán, y que ambos fueron resueltos prontamente de tal forma que se demostró la eficiencia y el profesionalismo de CAA.

Aparición de turbiedad rojiza

4.12.5. A fines de 1995 y a principios de 1996 apareció en forma intermitente un color rojizo en partes localizadas del sistema de agua de la capital provincial, San Miguel de Tucumán (“San Miguel”). Tal como lo señaló el Sr. de Rochambeau,

¹²⁸ Memorial de contestación, párrafos 165-168.

esa turbiedad se había presentado periódicamente cuando el sistema estaba sujeto a la administración de la DiPOS, y es improbable que haya sorprendido a los consumidores de San Miguel. Casi con certeza esa turbiedad obedecía, como había ocurrido a fines de 1995, al desprendimiento y liberación en el suministro de agua de productos de corrosión interna, tales como óxidos de hierro y cobre¹²⁹.

4.12.6. Irónicamente, el episodio de turbiedad rojiza de diciembre de 1995 fue un efecto secundario de mejoras introducidas en el sistema inicial de CAA. Se desprendieron de los caños elementos corroídos, lo que obedeció en parte al aumento de la presión de agua y en parte al cambio de sentido de la corriente de agua tras la instalación de nuevas interconexiones en la red. Cuando se produjo la turbiedad rojiza, CAA respondió purgando el sistema e inyectando soda cáustica en las instalaciones de tratamiento de agua, con lo cual se resolvió adecuadamente el problema.

4.12.7. El Tribunal acepta la prueba testimonial presentada por las Demandantes (las declaraciones de los Sres. de Rochambeau, Lefaix y Roberson y del Dr. Gibb), según la cual los efectos de los incidentes de aparición de turbiedad rojiza fueron leves. Según datos que lleva CAA, dicha turbiedad apareció sólo en el agua que circulaba por la parte del sistema interconectada con caños de hierro forjado, y afectó, en forma intermitente, tan sólo a una proporción de 5% a 10%, aproximadamente, de los clientes de CAA. Un hecho importante, reconocido por

¹²⁹ Declaración jurada del Sr. Rochambeau, 5 de noviembre de 2004 (Prueba documental 1), párrafo 100. Los consumidores de Tucumán habían venido experimentando episodios de turbiedad roja en forma recurrente desde hacía muchos años; véase Subcomité ERSACT / CAA sobre Calidad del Agua, Informe Final, mayo de 1996 (Prueba documental 870). Un hecho importante es que la turbiedad roja no es peligrosa para la salud humana.

el propio ERSACT, es que esos episodios nunca plantearon ningún riesgo sanitario, y que la repetición periódica del proceso de tratamiento arriba descrito impidió toda repetición de esos hechos¹³⁰.

Aparición de la turbiedad por manganeso

- 4.12.8. A fines de enero de 1996 en el sistema de suministro de agua de ciertas zonas de San Miguel de Tucumán apareció también una turbiedad oscura, negruzca, debido a la presencia en el agua de manganeso proveniente del embalse de El Cadillal. Esa turbiedad era mucho más generalizada que la de los anteriores episodios de turbiedad rojiza y, dado el aspecto poco atractivo del agua, cabía la posibilidad de que inquietara fuertemente a los consumidores, lo que sin duda ocurrió.
- 4.12.9. Este episodio de turbiedad obedeció a una complicada reacción química, cuyas causas databan de hacía muchos años. En términos simples, el manganeso está presente en el lodo que se encuentra en el fondo de los lagos (generalmente viejos lagos) y en ciertas circunstancias se disuelve en el agua de los mismos, oscureciéndose cuando se pone en contacto con cloro u oxígeno.
- 4.12.10. Para comprender por qué se produjo el problema del manganeso es necesario conocer las características del agua de El Cadillal. Durante el verano, el agua se estratifica en dos capas. La temperatura en la capa superior se eleva, lo que la hace circular y oxigenarse en gran medida. La capa del fondo es relativamente

¹³⁰ Declaración jurada del Sr, Rochambeau, 5 de noviembre de 2004 (Prueba documental 1), párrafos 100-102; Declaración jurada de Lefaix, 3 de noviembre de 2004 (Prueba documental 2), párrafos 31 y 36; Declaración jurada de Roberson, 11 de febrero de 2006 (Prueba documental 798), párrafos 6-17, e Informe Gibb, 10 de febrero de 2006 (Prueba documental 797), párrafos 8-11, 26-28 y 36-37. En su Resolución No. 21/96, del 19 de enero de 1996, el ERSACT dijo que los análisis de laboratorio realizados mostraron que el agua era adecuada para el consumo humano y no planteaba riesgo alguno para la salud humana (Prueba documental 832).

fría, no circula libremente y contiene muy poco oxígeno. Las dos capas no se mezclan bien.

- 4.12.11. Aunque El Cadillal es un lago bastante nuevo, se ha comprobado que el limo existente en el fondo de la cuenca contiene manganeso cristalizado. Este metal es soluble en agua no oxigenada, y en enero de 1996 el manganeso cristalino existente en el limo del fondo de El Cadillal se disolvió en la capa de agua no oxigenada del fondo. Los cristales de manganeso no se disuelven fácilmente; ello sólo ocurre en determinadas condiciones, que se dieron en ese mes de enero.
- 4.12.12. Tal como lo explicó el Sr. Lefaix en su declaración testimonial, el agua de la cuenca de El Cadillal no se renovaba desde hacía algún tiempo (hacía meses que no llovía en Tucumán y se habían cerrado las salidas de aguas profundas de la cuenca para impedir deslizamientos de lodo en el fondo del embalse, similares a los ocurridos en 1983). Estos factores, junto con la presencia de algas, redujeron aún más el nivel de oxígeno en el fondo del lago e incrementaron el volumen de la capa de agua no oxigenada del fondo. Aunados, esos hechos hicieron que los cristales de manganeso se disolvieran en el agua no oxigenada existente en el fondo del lago.
- 4.12.13. En diciembre de 1995 y hasta mediados de enero de 1996, CAA había venido bombeando agua del embalse a la planta de tratamiento, provocando el ingreso de agua no tratada. CAA realizó pruebas de manganeso en la entrada de la planta en diciembre de 1995 y enero de 1996, sin que se detectara la presencia de ese metal.

- 4.12.14. A la fecha en que CAA se hizo cargo del servicio de agua, una segunda entrada de agua, ubicada en la estación de bombeo flotante, no funcionaba. En noviembre y diciembre de 1995, CAA había renovado la estación de bombeo superficial, para volver a ponerla en servicio. El 17 de enero de 1996 puso a prueba la estación de bombeo flotante. En ese momento no se produjo la turbiedad de manganeso.
- 4.12.15. El 22 de enero de 1996, en cambio, la capa inferior de agua no oxigenada se había elevado hasta superar el nivel del conducto de ingreso de agua no tratada, lo que significaba que el agua que se estaba bombeando a la estación de tratamiento a través de ese conducto contenía manganeso disuelto. Por lo tanto, el agua con manganeso en solución se introducía por bombeo en toda la red, pero como esa agua no estaba oxigenada el manganeso se mantenía en solución y el agua seguía siendo clara. No obstante, el manganeso en solución comenzó a acumularse en las paredes de los caños, en todo el sistema, a través del proceso de absorción.
- 4.12.16. Aproximadamente en ese período resultaba difícil efectuar el tratamiento del agua del embalse que pasaba por el conducto de ingreso de agua no tratada, por lo cual CAA decidió comenzar a bombear agua de la estación de bombeo superficial renovada. Pocas horas después comenzó a aparecer turbiedad en el agua, y al amanecer del 26 de enero de 1996 apareció una turbiedad generalizada en la red de San Miguel. Como se estaba bombeando agua sumamente oxigenada en el sistema desde la capa superficial de agua de la estación de bombeo flotante, el manganeso disuelto en el agua que ya estaba en el sistema (o se había depositado en las paredes de los caños) se precipitó, y enturbió el agua.

- 4.12.17. Las partes en la controversia mantienen pronunciadas discrepancias en cuanto a la previsibilidad de un problema de turbiedad de manganeso a la fecha en que CAA se hizo cargo de la Concesión. Según la Demandada el problema potencial era totalmente previsible y pudo y debió haberse evitado. Las Demandantes alegaron que en la historia del servicio nada sugería la posibilidad de que el problema ocurriera, y que sus causas fueron singulares, y razonablemente imprevisibles.
- 4.12.18. A esta altura, el Tribunal acepta como válida la prueba consistente en la declaración del Sr. Lefaix de que ni la DiPOS ni CAA conocían la presencia de manganeso antes del problema, en enero de 1996, y que ningún registro histórico indicaba la presencia de manganeso en el limo existente en el fondo del embalse de El Cadillal.
- 4.12.19. Esa prueba fue confirmada por la testigo propuesta por la Demandada, Dra. Courel, quien al ser repreguntada declaró que la DiPOS no había tomado muestras para detectar manganeso. Como la Dra. Courel estaba a cargo del servicio de control de calidad del agua del ERSACT en enero de 1996 y trabajaba en la DiPOS desde 1984, esta prueba resulta convincente, y el hecho de que en ninguna de las plantas de tratamiento de Tucumán existieran plantas de tratamiento de manganeso indica que el episodio de turbiedad de manganeso que se produjo en enero de 1996 no era previsible¹³¹.

¹³¹ Declaración jurada de Lefaix, 3 de noviembre de 2004 (Prueba documental 2), párrafo 41, y Declaración testimonial de Courel, Transcripción en español de la audiencia sobre el fondo del asunto, Día 9, págs. 2208-2209 (2 de agosto de 2006).

4.12.20. También consideramos probado que la respuesta de CAA frente al episodio del manganeso fue rápida, profesional y eficaz. CAA diagnosticó la causa de la turbiedad pocas horas después de que apareciera, y adoptó medidas correctivas a primeras horas de la mañana del 26 enero de 1996. Ese mismo día notificó al ERSACT que creía conocer la causa de la turbiedad¹³². Antes de que transcurrieran 72 horas del máximo nivel de turbiedad, CAA había establecido un programa de tratamiento estándar para separar el dióxido de manganeso del agua mediante inyección de permanganato de potasio y utilización ulterior de filtros y decantadores. También había establecido un programa intensivo de toma de muestras y análisis, para impedir futuros incidentes de ese género. A comienzos de febrero, pocos días después de que apareciera la turbiedad oscura, el agua distribuida a través de la red ya tenía concentraciones de manganeso inferiores al nivel especificado en el Contrato de Concesión¹³³. El Subcomité Conjunto ERSACT/CAA sobre Calidad del Agua llegó a la misma conclusión, señalando asimismo que el control realizado por CAA con respecto a la calidad del agua en los días que siguieron al incidente, y que incluyó más de 500 análisis de turbiedad por semana, había sido “excepcional”¹³⁴.

4.12.21. Aunque en general se conoce bien el hecho de que la presencia de manganeso en el agua no plantea riesgos para la salud, CAA contrató a un médico argentino, experto en enfermedades infecciosas transmitidas por el agua, quien realizó un detallado estudio y confirmó la inexistencia de riesgos para la salud. En todo ese

¹³² Carta de CAA al ERSACT, 26 de enero de 1996 (Prueba documental 853).

¹³³ Declaración complementaria de Lefaix, 8 de febrero de 2006 (Prueba documental 789), párrafo 83.

¹³⁴ Subcomité del ERSACT / CAA sobre Calidad del Agua, Informe Final, mayo de 1996 (Prueba documental 870).

período se hizo saber a la población que no existían riesgos para la salud, y poco después del incidente CAA ofreció una conferencia de prensa para explicar el fenómeno a sus clientes. En definitiva, el episodio del manganeso se resolvió en alrededor de dos semanas, y en ese mismo período el fenómeno se fue disipando¹³⁵.

4.13. Respuesta regulatoria y política frente a los episodios de “calidad del agua” y de turbiedad

4.13.1. No obstante las medidas adoptadas inicialmente por CAA para mejorar el servicio de agua de Tucumán; aunque se confirmó que las primeras facturas de CAA eran las preceptuadas por el Contrato de Concesión, y aunque en el contrato se había previsto un período de gracia de seis meses (para evitar la imposición de multas regulatorias por inobservancia de controles de calidad)¹³⁶, a principios de diciembre y en los meses siguientes el ERSACT inició contra CAA una serie de procedimientos “regulatorios” por supuestos problemas referentes a la calidad del agua y a las facturas. En ese mismo período, funcionarios del Poder Ejecutivo y algunas entidades provinciales también se ocuparon públicamente de esos asuntos.

4.13.2. Es esencial conocer que fue lo que dio origen a esas reacciones regulatorias y políticas frente al funcionamiento inicial de la Concesión de CAA, las facturas de

¹³⁵ Declaración jurada de Lefaix, 3 de noviembre de 2004 (Prueba documental 2), párrafos 64-67, Declaración jurada del Sr. Rochambeau, 5 de noviembre de 2004 (Prueba documental 1), párrafos 113 – 115, y evaluación microbiológica del sistema de aguas de San Miguel de Tucumán del Dr. Pedro Cahn, febrero de 1996 (Prueba documental 54), Declaración testimonial de Roberson, Transcripción en español de la audiencia sobre el fondo del asunto, Día 5, págs. 1256-1258 (28 de julio de 2006) y Declaración testimonial de Gibb, Transcripción en español de la audiencia sobre el fondo del asunto, Día 5, págs. 1307-1311, 1326-1329 (28 de julio de 2006).

¹³⁶ Concesión del Servicio de Agua y Desagües Cloacales en la Provincia de Tucumán, Contrato de Concesión, con Anexos XIV, XX-XXII, 18 de mayo de 1995 (Prueba documental 127), Artículo 14.8.2.

CAA y los episodios de turbiedad arriba descritos, para establecer si en el caso de que se trata se violaron o no los derechos conferidos a las Demandantes por el Tratado.

101 imputaciones de violación de obligaciones de control de la calidad del agua

- 4.13.3. El 6 de diciembre de 1995 el ERSACT acusó a CAA de haber incumplido de las obligaciones de controlar la calidad del agua que le imponía el Contrato de Concesión, por no haber tomado muestras ni realizado pruebas en 78 diferentes localidades del interior en agosto y septiembre de 1995.
- 4.13.4. Por carta fechada el 8 de enero de 1996 (por error, “1995”), CAA negó toda responsabilidad, solicitó que las 78 reclamaciones separadas se consolidaran en un único procedimiento, e invocó los derechos que le confería el período de gracia.
- 4.13.5. El 7 de febrero de 1996 el ERSACT rechazó las defensas de CAA e impuso a ésta 78 multas por un total de US\$78.000. En esa misma fecha acusó a CAA de 23 transgresiones adicionales de las obligaciones de control de la calidad del agua que le imponía el Contrato de Concesión, consistentes en no haber tomado muestras ni realizado pruebas en 23 localidades del interior en octubre de 1995. (El organismo regulador no impuso sanciones en ese momento, pero tramitó los procedimientos respectivos 20 meses después; el comportamiento observado por el ERSACT a fines de 1997 se considera más adelante en el presente Laudo).

4.13.6. En su declaración testimonial, el Dr. Daniel Paz (entonces Director de Asuntos Jurídicos de CAA) manifestó que poco después de la imposición de esas primeras multas solicitó (y se le concedió) una audiencia con el Subinterventor del ERSACT, Ingeniero Franco Davolio (como después se explica, el ERSACT fue intervenido por el Poder Ejecutivo el 26 de enero de 1996), que era el segundo en jerarquía de los directivos del ERSACT. Dada la relación cada vez más tensa de CAA con el ERSACT, el Dr. Paz manejaba con mayor prudencia sus relaciones con el Ente Regulador, y había solicitado una reunión en persona para cotejar (con los originales) que los anexos de una Resolución del ERSACT recientemente notificada a CAA estuvieran completos. Se señaló como fecha de la reunión el viernes 16 de febrero de 1996 a última hora del día, y el Dr. Paz solicitó al Escribano Público Sr. José Padilla que lo acompañara para levantar un acta oficial de lo actuado. (Conforme a la legislación argentina, los hechos ocurridos en presencia de un Escribano Público y asentados por éste en forma de acta y autenticados con su firma deben considerarse plenamente auténticos, no sólo *entre partes*, sino también *respecto de terceros*)¹³⁷.

4.13.7. Aunque el Ingeniero Davolio negó que se hubiera realizado la reunión del 16 de febrero de 1996, el Tribunal tiene la certeza de que sí tuvo lugar en esa fecha y según lo descrito por los Sres. Paz y Padilla. (Esta conclusión se basa (i) en la carta contemporánea, preparada por CAA en el curso ordinario de sus operaciones y remitida al Sr. Fogliata (superior del Sr. Davolio) el 19 de febrero de 1996 (el lunes siguiente a la reunión del viernes), que se refiere específicamente a la

¹³⁷ Declaración jurada de Padilla, 6 de enero de 2006 (Prueba documental 794), párrafo 3. La prueba presentada al respecto no fue impugnada.

reunión, su finalidad, las deliberaciones que en ella se realizaron y el hecho de que se había levantado un acta notarial¹³⁸, (ii) en la declaración testimonial de los Sres. Paz y Padilla, y (iii) en el contenido del Acta No. 60 del Sr. Padilla¹³⁹. Al ser repreguntado, el Sr. Davolio declaró que había visto la carta confirmatoria de CAA en ese momento, pero que en lugar de responder, él y el Sr. Fogliata se limitaron a “dejarla de lado”¹⁴⁰.

4.13.8. Dada su importancia, se transcribe enteramente la parte del Acta levantada por el Escribano Padilla sobre la conversación mantenida por Paz y Davolio sobre el tema de las 78 multas que acababa de imponer el ERSACT:

“[El Dr. Paz dijo luego al Sr. Davolio:] No le parece que nos estamos tapando de papeles con todos estos expedientes que se han [armado] últimamente, esta el caso de esas 78 multas ¿no le parece que se podría haber hecho una sola causa y no 78?” El Sr. Davolio contestó: “a mi me parece que sí, si de mi dependiera, la mayoría de las cosas que se están tramitando la solucionarían con una llamada por teléfono, en el caso ese de las 78 multas, yo estoy de acuerdo con Usted, pero de arriba me piden que presione a [CAA] para la renegociación de las tarifas”.

El Dr. Paz le dijo luego al Ingeniero Davolio: “últimamente nuestros Técnicos dedican más tiempo a asesorar para la contestación de resoluciones que a las cuestiones técnicas ¿a Usted le parece que se puede mantener una relación en esos términos por 30 años?”.

“A lo que el Ingeniero. Davolio manifiesta: ‘mire, todo este lío se ha armado por el tema de las tarifas altas y para peor ustedes han tenido la desgracia que les pase lo del manganeso, que es algo que nunca sucedió en Tucumán. Por esto, hasta que no se renegocien las tarifas como

¹³⁸ Carta de CAA a ERSACT, 19 de febrero de 1996 (Prueba documental 860).

¹³⁹ Acta No. 60, Escribano Público Álvaro Padilla, 16 de febrero de 1996 (Prueba documental 859).

¹⁴⁰ Transcripción en español de la audiencia sobre el fondo del asunto, Día 8, págs. 1984-1986 (31 de julio de 2006).

quiere el Gobierno quiere, la orden de arriba es presionar y presionar con todo lo que se tenga a mano”.

Luego el Sr. Davolio dijo: “no sabe lo que espero irme de aquí. Seguro que en ese momento alguien está llamando por teléfono. Diciendo ¿que hace el Ingeniero Davolio reunido más de media hora con gente de la Empresa? Pero a mi no me importa, Ustedes salen de acá y yo niego todo”¹⁴¹ (énfasis agregado).

- 4.13.9. Tras dar respuesta a las repreguntas que se le formularon, el Sr. Davolio fue invitado por el Presidente del Tribunal a reconsiderar su declaración de que la reunión del 16 de febrero de 1996 nunca se había producido, basándose en la carta que CAA dirigió al Sr. Fogliata el 19 de febrero de 1996 y que posiblemente le refrescaría la memoria. El Sr. Davolio se negó, declarando: “estoy totalmente seguro de ello, que no ocurrió”¹⁴².
- 4.13.10. Por las razones que se señalan en 4.13.7, *supra*, el Tribunal acepta como acertadas las declaraciones de los Sres. Paz y Padilla sobre lo ocurrido el 16 de febrero de 1996.

Respuesta regulatoria y política frente a los episodios de turbiedad

- 4.13.11. Como ya se señaló, en San Miguel se habían experimentado durante muchos años episodios recurrentes de turbiedad rojiza, y se sabía que se trataba de un fenómeno inocuo. De hecho, el 19 de enero de 1996, alrededor de una semana antes de que se produjera la turbiedad de manganeso, el ERSACT confirmó que sus propios análisis de laboratorio mostraban que en San Miguel el agua no

¹⁴¹ Declaración jurada de Padilla, 6 de enero de 2006, Anexo B (Prueba documental 794).

¹⁴² Transcripción en español de la audiencia sobre el fondo del asunto, Día 8, págs. 2028 (31 de julio de 2006).

planteaba riesgo alguno para la salud humana y era apta para el consumo humano¹⁴³.

4.13.12. Análogamente, existen claras pruebas de que la turbiedad de manganeso, aunque desagradable, como la calificó Gérald Guérin, e incluso “repugnante”¹⁴⁴, nunca planteó riesgo alguno para la salud humana. Los peritos presentados por las Demandantes a ese respecto hicieron eco del anuncio del ERSACT, publicado en los dos principales diarios de Tucumán el 26 de enero de 1996, de que la turbiedad relacionada con el manganeso no representaba un peligro para la salud humana¹⁴⁵.

4.13.13. No obstante, en lugar de tratar de calmar a los consumidores en ese período de dificultades, como habría cabido esperar, los Ministros de Gobierno y el Poder Ejecutivo, a través de sus actos, perjudicaron al operador de servicios de agua y al Ente Regulador. El 24 de enero de 1996, bajo el título “Guraiib dice que el agua daña la salud”, *La Gaceta* informó que el Ministro de Salud de Tucumán había manifestado a la Legislatura que el agua de San Miguel podía causar cólera, fiebre tifoidea y hepatitis¹⁴⁶. Ulteriormente, el 31 de enero de 1996, el Ministro de Salud, en el curso de un debate legislativo, dijo que CAA estaba suministrando “[agua] bacteriológicamente contaminada”¹⁴⁷.

¹⁴³ Resolución No. 21/96 del ERSACT, 19 de enero de 1996 (Prueba documental 832).

¹⁴⁴ Carta de Gérald Guérin (CAA) al ERSACT, en el expediente 128/300 (“Tan repugnante como inofensiva”), 28 de febrero de 1996 (Prueba documental 661).

¹⁴⁵ Informe Gibb, 10 de febrero de 2006 (Prueba documental 797), párrafo 40; anuncio del ERSACT publicado en *Siglo XXI* y *La Gaceta*, 26 de enero de 1996 (Prueba documental 152).

¹⁴⁶ *La Gaceta*, 24 de enero de 1996 (Prueba documental 548).

¹⁴⁷ Legislatura de la Provincia de Tucumán, Debate legislativo, 31 de enero de 1996 (Prueba documental 160).

- 4.13.14. En la audiencia oral, el Vicegobernador Topa declaró que el Ministro de Salud había ido a verlo antes de realizar la declaración anterior. Manifestó que cuando dijo que el Ministro creía que el agua podía plantear peligros para la salud humana, presumía que antes de efectuar esas declaraciones públicas un especialista en salud, como el Ministro, habría realizado “algunos análisis con sus técnicos para decir que ese agua no era potable”¹⁴⁸. No obstante, la Demandada no presentó prueba alguna de que se hubieran realizado análisis de ese tipo.
- 4.13.15. Dos días después de la primera declaración del Ministro de Salud, y el día en que el ERSACT publicó los anuncios en que procuraba tranquilizar al público en cuanto a que la turbiedad de manganeso no planteaba peligros para la salud, el Vicegobernador Topa, en nombre del Gobernador Bussi, “tom[ó] disponiendo la intervención del ente”, sustituyó a su Directorio y designó al Sr. Franco Fogliata como Interventor, confiándole la dirección del ERSACT en calidad de “inspector jefe del Gobierno”. (Antes de que fuera designado Interventor, el Sr. Fogliata había desempeñado —y seguía desempeñando— el cargo de Ministro de Producción de Tucumán). Tres días después se designó al Sr. Franco Davolio como Subinterventor, y el 7 de marzo de 1996 como Interventor, “cargo que le confirió el Ministro de Producción”¹⁴⁹.
- 4.13.16. Conforme a la legislación argentina, la intervención de un ente como el ERSACT sólo puede disponerse en caso de emergencia. El cometido de un interventor no

¹⁴⁸ Transcripción en español de la audiencia sobre el fondo del asunto, Día 7, pág. 1747 (30 de julio de 2006).

¹⁴⁹ Transcripción en español de la audiencia sobre el fondo del asunto, Día 7, págs. 1953-1954 (30 de julio de 2006); Declaración jurada de Davolio, 29 de septiembre de 2005 (Prueba documental 383), párrafo 2.

consiste en dirigir permanentemente al ente, sino en reorganizarlo y resolver la emergencia¹⁵⁰.

4.13.17. El Vicegobernador Topa explicó la decisión de la Provincia de intervenir al ERSACT señalando que se basaba en “una situación de alerta pública”, “una situación pública de una extrema presión sobre el Gobierno” provocadas por “aumento tarifario con un exabrupto de ciento y pico por ciento en la primera factura”, “el episodio de la turbiedad del agua” y el hecho de que el ente regulador no respondiera con claridad, sino en forma ambigua¹⁵¹.

4.13.18. No cabe duda de que a partir de ese momento el Poder Ejecutivo “politicizó” y dirigió las decisiones del ERSACT. Al ser repreguntado sobre el proceso de adopción de decisiones en el período en que el Sr. Fogliata era interventor, y posteriormente, el Sr. Davolio declaró:

“R. La función del ente regulador era controlar el cumplimiento del contrato en todos los aspectos. Y cuando había lo que se denominan incumplimientos, en ese caso se emitía una resolución. Cuando esa resolución estaba verificando ese incumplimiento, era un incumplimiento fundado y estaba debidamente comprobado. ¿A eso llama usted resolución en contra de CAA?”

P. Gracias por la aclaración. Cuando una resolución de esa índole iba a emitirse, la decisión en última instancia acerca de si se debía o no emitir una resolución en ese sentido, ¿correspondía al ministro Fogliata?”

R. Exactamente, hasta el día que asumí como interventor. A pesar de eso, aún después de eso, siempre le

¹⁵⁰ Informe Bianchi, 13 de febrero de 2006 (Prueba documental 801), párrafos 192-196.

¹⁵¹ Transcripción en español de la audiencia sobre el fondo del asunto, Día 7, págs. 1666-1667 (30 de julio de 2006).

consultaba”... “Mientras él era el interventor no es que la emitiera; se la elaboraba el ERSACT y se la llevaba al ministro Fogliata para que él defina o decida si la consideraba correspondiente. Él veía desde el punto de vista político, más allá de la resolución y en función de como estaban un poco las relaciones con la compañía.”¹⁵².

4.13.19. El mismo día en que fue intervenido, el ERSACT adoptó la Resolución 51/96, declarando, en relación con el incidente del manganeso, que CAA había incurrido *en incumplimiento*, y le impuso a ésta *como sanción* la obligación de prestar servicios gratuitos durante 35 días a los consumidores afectados.

4.14. Respuesta regulatoria y política a las facturas de CAA

4.14.1. Como se señaló en 4.11.3, *supra*, la legalidad de las primeras facturas de CAA (específicamente, el hecho de que se agregaran a ellas ciertos impuestos federales, provinciales y municipales) fue cuestionada inicialmente por la Legislatura a través de una Resolución del 28 de septiembre de 1996 en que se encomendaba al Tribunal de Cuentas el examen de las facturas. Esa medida fue seguida poco después por el establecimiento de una Comisión Especial de la Legislatura y por el llamamiento efectuado a CAA por el Fiscal de Estado para que ajustara sus tarifas, que calificó de “no realistas”, para que reflejaran la realidad económica de la Provincia.

4.14.2. Dada la importancia que asumió en esa controversia el componente tributario de las facturas de CAA es útil resumir brevemente en qué consistían esos impuestos.

¹⁵² Transcripción en español de la audiencia sobre el fondo del asunto, Día 8, págs. 1989-1990 (31 de julio de 2006).

4.14.3. Cuando se adoptó la decisión de privatizar, la Provincia optó por imponer seis nuevos impuestos (o cargos) a los usuarios del servicio de agua, a saber:

- i) Un impuesto provincial sobre los “Ingresos Brutos” (“IB”) de CAA, equivalente al 2,5% de la tarifa por prestación de servicios;
- ii) El PACIS, un impuesto municipal equivalente al 1,2% de la tarifa por prestación de servicios;
- iii) La Contribución de Ocupación de Suelos (“OS”), impuesto municipal que variaba de una municipalidad a otra pero que en San Miguel de Tucumán equivalía al 6,0% de la tarifa por prestación de servicios;
- iv) Un gravamen municipal de retención en la fuente (“RM”), que se recaudaba para las municipalidades y equivalía al 2,0% de la tarifa por prestación de servicios;
- v) Un impuesto federal sobre el valor agregado (“IVA”), equivalente al 21% de la suma de la tarifa por prestación de servicios y de los impuestos por el IB, el PACIS y la OS, y
- vi) El “ENTE”, un cargo pagadero al ERSACT, equivalente al 6% de la suma de la tarifa por prestación de servicios y de los impuestos por el IB, el PACIS, la OS, el RM y el IVA.

4.14.4. El valor total de esos seis impuestos era de aproximadamente 38,7% de la tarifa por prestación de servicios de CAA (una proporción ligeramente superior expresada en cifras brutas, según lo preceptuado), y la posición actual de la Demandada es que la controversia de las partes con respecto a los impuestos se refería exclusivamente al hecho de que se agregaran a las tarifas de CAA las modificaciones del IB (2,5%), el PACIS (1,21%) y un impuesto municipal sobre el servicio de suministro de agua y desagües cloacales en la red (4,52%)¹⁵³. Dicho

¹⁵³ Escrito posterior a la audiencia de las Demandantes, párrafo 9. En su escrito posterior a la audiencia (párrafos 11, 14 y 16) la Demandada señala que la Provincia nunca cuestionó la interpretación de CAA con respecto al impuesto en lo referente al gravamen municipal del espacio público (párrafo 14), pero parece claro que el cargo

de otro modo, independientemente de lo que pareciera haber estado en cuestión en ese momento, las partes actualmente coinciden en que correspondía cobrar un total de aproximadamente 30% de la tarifa por prestación de servicios de CAA, que se agregaría al 67,9% de incremento de las tarifas anteriores de la DiPOS permitido en el primer año (lo que, en consecuencia, implicaba un incremento total no cuestionado del 98% con respecto a la tarifa de la DiPOS).

4.14.5. Aunque resulta clara la posición inicial del ERSACT con respecto a que CAA estuviera facultada o no a agregar los impuestos en cuestión a la tarifa que cobraba por sus servicios, el anuncio que el ente publicó en *La Gaceta* el 17 de septiembre de 1995 establecía:

“2. La facturación de “AGUAS DEL ACONQUIJA S.A.” contempla un incremento del 67,9% sobre los valores tarifarlos de la última facturación de DiPOS, más el costo que representan para el Concesionario los impuestos provinciales, tasas municipales (sobre la tarifa de servicios neta de IVA) y el aporte del 6% para el Ente Regulador”¹⁵⁴.

Carlos Barrionuevo, entonces Director del ERSACT, manifestó al Directorio del organismo el 20 de septiembre de 1995, que “el Contrato de Concesión cont[enía] disposiciones absurdas” (traducción al español del traductor) y le solicitó que “dict[ara] el acto administrativo que disponga la suspensión de la pretensión de cobro de todas las cargas”¹⁵⁵. Las actas del Directorio registran un debate sobre el alcance de la facultad del Ente Regulador de interpretar las disposiciones

correspondiente a ese tributo era objeto de controversia, dada la posición de la Demandada de que estaba derogado cuando CAA lo incluyó en sus facturas (párrafo 16).

¹⁵⁴ Anuncio del ERSACT, *La Gaceta*, 17 de septiembre de 1995 (Prueba documental 140).

¹⁵⁵ Acta No. 9 del Directorio del ERSACT, 20 de septiembre de 1995 (Prueba documental 434).

contractuales, pero no habiéndose presentado una copia completa de las actas no es posible establecer lo ocurrido.

- 4.14.6. El 25 de septiembre de 1996, cinco días después de la exposición del Sr. Barrionuevo ante el Directorio, el ERSACT solicitó al Fiscal de Estado que dictaminara sobre la diferencia entre el Contrato de Concesión suscrito y el Pliego de Condiciones. Tres días después, el 28 de septiembre de 1996, la Legislatura ordenó al ERSACT que proporcionara información sobre el incremento tarifario; invitó al público a formular comentarios sobre las tarifas, y encomendó al Tribunal de Cuentas que investigara la legalidad de cada uno de los rubros de las facturas de CAA.
- 4.14.7. El 16 de noviembre de 1996, legisladores del partido de Gobierno presentaron un proyecto de ley con el fin de crear una comisión encargada de investigar la estructura tarifaria de la Concesión. Al mismo tiempo, legisladores de la oposición presentaron otro proyecto, de creación de una comisión para investigar el proceso de privatización. Al día siguiente se fusionaron ambos proyectos y se formó una Comisión Investigadora encargada de ambos cometidos, en la que se incluyó al Sr. Próspero Barrionuevo (miembro de la Legislatura y del Partido Justicialista de oposición; no debe confundirse con Carlos Barrionuevo, Director del ERSACT).
- 4.14.8. Menos de un mes después, el 12 de diciembre de 1996, y *antes* de recibir informes del Fiscal de Estado, del Tribunal de Cuentas o de la Comisión

Investigadora, la Legislatura adoptó una resolución que preveía la reducción de las tarifas de CAA con retroactividad al 22 de julio de 1995.

4.14.9. Un mes después, el 15 de enero de 1996, el Fiscal de Estado emitió su dictamen, según el cual la Circular No. 2 (que se describe *supra*, en 4.2.12) no justificaba el Artículo 9.2 del Contrato de Concesión, pues ese tipo de circulares ministeriales sólo pueden modificar disposiciones no esenciales. No obstante, el Fiscal no expresó que CAA hubiera actuado en forma impropia, ni que los procedimientos de facturación hubieran transgredido el Contrato de Concesión. Tampoco recomendó la imposición de sanciones a CAA, ni aconsejó a la Provincia que enmendara por sí misma el Contrato de Concesión, sino que señaló: “es necesario convocar al directorio de Aguas del Aconquija, a través de su presidente o representante, para *llegar a un acuerdo* que haga posible reestructurar la tarifa ... de acuerdo con nuestras conclusiones”¹⁵⁶ (énfasis agregado).

4.14.10. Alrededor de tres semanas después (dos semanas después de la intervención), el 9 de febrero de 1996, el ERSACT dictó la Resolución 170/96, en la que se concluye que los procedimientos de facturación de CAA son “*actos nulos*” y “orden[ó] su revocación o sustitución por *razones de ilegitimidad*...[para evitar que el ERSACT dictara] una norma resolutive en sede administrativa que oblig[ara] a la CAA a hacer decaer a su actual liquidación tarifaria...[que cobraba]”(énfasis agregado)¹⁵⁷. La resolución imponía también a CAA la obligación de presentar, dentro del plazo de 48 horas, los cuadros tarifarios rectificadas, basada en el

¹⁵⁶ Dictamen del Fiscal de Estado, 15 de enero de 1996 (Prueba documental 159), págs. 3 y 4.

¹⁵⁷ Resolución No. 170/96 del ERSACT, 9 de febrero de 1996 (Prueba documental 154).

dictamen del Fiscal de Estado y sujeta a la aprobación del ERSACT. Se intimaba a CAA a abstenerse de emitir nuevas facturas o cobrar facturas pendientes hasta que se le hubiera notificado esa autorización. La resolución disponía asimismo que su contenido se diera a conocer ampliamente a las asociaciones de usuarios y consumidores y se comunicara a la Fiscalía de Estado.

- 4.14.11. Al día siguiente, en su declaración a la prensa, el Ministro del Interior, Alberto Germanó, señaló que el Contrato de Concesión debía rescindirse, porque CAA prestaba “un muy mal servicio, pretendiendo cobrar una tarifa alta”. El Ministro agregó que la Provincia estaba dispuesta a hacerse cargo de la Concesión¹⁵⁸.
- 4.14.12. El 13 de febrero de 1996 el ERSACT dictó la Resolución No. 173/96, en que disponía que CAA prestara servicios gratuitos a los consumidores afectados durante 35 días (del 2 de enero al 6 de febrero de 1996), y la confirmó a través de la Resolución 213/96, del 19 de marzo de 1996.
- 4.14.13. CAA recurrió la Resolución 170/96 el 14 de febrero de 1996. Cuestionó el dictamen del Fiscal de Estado pero señaló que aunque el dictamen se aceptara, la resolución era incompatible con su contenido.
- 4.14.14. El 15 de febrero de 1996, en una declaración a la prensa, el Gobernador Bussi anunció la intención de su gobierno de rescindir el Contrato de Concesión:

“Periodista – ¿Se va a rescindir el contrato? ¿Está siguiendo el [Poder Ejecutivo] con esa causa?”

¹⁵⁸ Declaración a la prensa, 10 de febrero de 1996 (Prueba documental 436).

Sr. Bussi – Esa es la intención. Salvo que se produzca un milagro, yo en los milagros creo, pero...

Periodista – ¿Usted cree que está cerca ese milagro?

Sr. Bussi – No, no. Lo he dicho y le repito: yo no veo en mis proximidades ninguna posibilidad de milagro”¹⁵⁹.

4.14.15. Al día siguiente, 16 de febrero de 1996, el Tribunal de Cuentas emitió su dictamen. En él confirmó la interpretación del Fiscal de Estado y concluyó que CAA no debía facturar el IB (2,5%) ni el PACIS (1,21%). Concluyó que el RM (2%) era el único impuesto *municipal* que podía agregarse a la tarifa por prestación de servicios (énfasis agregado). El Tribunal de Cuentas hizo suya la recomendación del Fiscal de Estado de que el ERSACT negociara con CAA la solución del asunto¹⁶⁰.

4.14.16. Ese mismo día apareció en *ÁMBITO Financiero* un anuncio titulado “El problema del agua en Tucumán, informe del Gobernador Bussi a la Legislatura Tucumana sobre ‘Aguas del Aconquija’”. El anuncio llevaba al pie el nombre y el título del Gobernador Bussi, y contenía, *inter alia*, las siguientes manifestaciones pertinentes:

“La Empresa...no ha tenido miramiento al tratar de convertir su incumplimiento contractual en una cuestión política...”

“La empresa concesionaria viene sistemáticamente escamoteando y eludiendo cumplir con el contrato.”

“Ni...los Embajadores referidos (de Francia y España) tuvieron que soportar lo que si padecieron 700.000

¹⁵⁹ Declaración a la prensa del Gobernador Bussi, 15 de febrero de 1996 (Prueba documental 141).

¹⁶⁰ Resolución No. 015 del Tribunal de Cuentas, 16 de febrero de 1996, Artículo 3 (Documentos de prueba 170 y 170A).

sufridos tucumanos durante buena parte del mes de enero, período durante el cual se distribuyó por las cañerías una sustancia que era cualquier cosa, menos agua, que no era ni potable ni utilizable”.

“La eventual aplicación a la empresa Aguas del Aconquija de la máxima sanción prevista en el contrato de concesión —la rescisión— no es un acto caprichoso del gobernador Bussi; es la respuesta a un requerimiento unánime de todo el espectro social, político, gremial y empresario de la Provincia, representado en plenitud por la Honorable Legislatura, que viene respaldando sin hesitaciones las acciones emprendidas por el P.E.”.

“No me temblaré el pulso para llevar adelante personalmente las medidas de administración, como así también impulsar las acciones legislativas y de jurisdicción, que sean necesarias para solucionar el problema que afecta al pueblo tucumano”¹⁶¹.

- 4.14.17. El 19 de marzo de 1996 el ERSACT dictó la Resolución 212/96, por la cual (i) rechazaba el recurso de CAA, (ii) sostenía que CAA había incurrido en incumplimiento del Contrato de Concesión, (iii) declaraba que el ERSACT no había aprobado la factura de CAA, (iv) ordenaba a CAA corregir sus facturas para el futuro y otorgar crédito a los usuarios por los rubros incluidos en forma impropia en anteriores facturas, y (v) daba cuenta al Poder Ejecutivo del “grave e injustificado incumplimiento” cometido por CAA de la Resolución anterior del ERSACT, N° 170/96¹⁶². En la Resolución 212/96 se señalaba que la Resolución 170/96 era de aplicación inmediata pese a que un recurso de CAA estaba en trámite, y declaraba que CAA había incurrido en violación de sus disposiciones, y que debía notificarse, entre otros, a los usuarios y asociaciones de consumidores

¹⁶¹ Anuncio del Gobernador Bussi, *ÁMBITO Financiero*, 16 de febrero de 1996 (Prueba documental 167).

¹⁶² Resolución No. 22/96 del ERSACT, 19 de marzo de 1996 (Prueba documental 157).

existentes. El ERSACT fundó su resolución en que el dictamen del Fiscal de Estado, que compartía, “conlleva[ba] la necesidad y obligación de tomar *medidas urgentes*, ante los *graves perjuicios* que [podían] ocasionar o atenuar los ya producidos por la incorrecta facturación realizada, además de la *gran repercusión social*”. Se añadía que “el usuario [era] la primera víctima de esta situación, debido al cobro injustificado realizado, y que se trata[ba] de una *desobediencia grave... dadas las elevadas sumas en cuestión...*” (énfasis agregado).

- 4.14.18. En lo que respecta al monto del asunto, los tres impuestos en cuestión (IB, PACIS y OS o, como ahora se alega, “los impuestos municipales que gravan la prestación de servicios por las redes de agua y saneamiento”, representan conjuntamente entre el 8,2% y el 9,7%, aproximadamente, del cargo por servicios. Teniendo en cuenta la prueba no cuestionada consistente en la declaración testimonial del Sr. de Rochambeau, de que el importe mensual de la factura promedio por servicios de agua y saneamiento en Tucumán durante el funcionamiento de la Concesión fue de \$25,92, el Tribunal concluye que el monto al que se refiere la controversia entre las partes con respecto a los cargos “impropios” se sitúa, aproximadamente, entre \$2,10 y \$2,50 por mes, lo que aun en Tucumán es una suma relativamente pequeña para el consumidor medio. Desde la perspectiva de CAA, en cambio, una reducción del 3,7% de los ingresos era sustancial en comparación con la tasa de retorno del 11,7% prevista en las proyecciones que había elaborado al formular su oferta económica mejorada¹⁶³.

¹⁶³ Declaración jurada del Sr. Rochambeau, 5 de noviembre de 2004 (Prueba documental 1), párrafo 27.

4.14.19. El 21 de marzo de 1996 el Fiscal de Estado instó a los consumidores “a no pagar la última boleta (enero – febrero), hasta tanto la empresa responda a la intimación emitida por el ERSACT en el sentido de abstenerse de cobrar el servicio presentado entre el 6 de enero al 6 de febrero”¹⁶⁴.

4.15. Primer intento de renegociación

4.15.1. El 20 de febrero de 1996 el Gobernador Bussi escribió al Presidente de CGE, invitándolo a una reunión para debatir “la grave situación” enfrentada entre la Provincia y CAA.

4.15.2. La reunión solicitada por el Gobernador tuvo lugar el 26 de febrero de 1996. CAA y CGE/Vivendi estuvieron representadas por el Sr. de Maud’huy (Vicepresidente del Directorio de CAA y representante de CGE) y el Sr. Erize (Director de CAA y Asesor Jurídico de CAA/CGE). Los acompañó un representante de la embajada francesa. El Sr. de Maud’huy rindió declaración sobre lo ocurrido en la reunión. La declaración no fue cuestionada, y el Tribunal la acepta a ese respecto.

4.15.3. El Sr. de Maud’huy recordó que el Gobernador Bussi había comenzado por decir que había habido “malos entendidos” entre él y CAA, y agregó que los impuestos estaban incluidos en la tarifa de CAA, y que ésta no debía cobrarlos a sus clientes además de la tarifa, lo que representaba una causal suficiente de incumplimiento del Contrato de Concesión por parte de la Provincia. No obstante, teniendo en cuenta el viaje que estaba por realizar a Francia el Presidente Menem, él (el Gobernador Bussi) estaba dispuesto a negociar una solución. Solicitó a los

¹⁶⁴ “El fiscal Frías Silva instó a no pagar el agua”, *Siglo XXI*, 21 de marzo de 1996 (Prueba documental 171).

inversionistas de CAA que formularan una propuesta de reducción de tarifas y los correspondientes ajustes a las disposiciones contractuales conexas, en función de la capacidad de pago de la población de Tucumán. El Sr. de Maud'huy replicó que las tarifas previstas en el Contrato de Concesión eran compatibles con las condiciones estipuladas por la Provincia a la fecha de la privatización y se habían adaptado a la capacidad de pago de la población, pese a lo cual, si era necesario, CAA/ CGE negociarían una solución a la crisis. El Gobernador respondió que quienes habían efectuado inversiones en CAA no habían respondido a su invitación anterior a renegociar, y que CAA no parecía comprender plenamente el riesgo que enfrentaba de que el Contrato de Concesión fuera declarado nulo y carente de eficacia. Hizo saber que no estaba dispuesto a proseguir el debate y se proponía poner el asunto a consideración del Fiscal de Estado Provincial, y que si CAA deseaba resolver los asuntos planteados mediante negociación debía presentar una propuesta firme sobre nuevas tarifas. Concluyó la reunión manifestando que esperaría tan sólo ocho días más antes de rescindir el Contrato¹⁶⁵.

- 4.15.4. El 6 de marzo de 1996 CAA presentó al Gobernador Bussi una propuesta de renegociación del Contrato de Concesión. En ella se preveía, *inter alia*, la reducción del territorio de la Concesión, la reducción de las obligaciones de realización de inversiones, la modificación del sistema de tarifas, con la adopción de un sistema basado en el consumo real, y la disminución de las tarifas.

¹⁶⁵ Declaración jurada de de Maud'huy, 5 de noviembre de 2004 (Prueba documental 4), párrafos 15-22.

- 4.15.5. El 11 de marzo de 1996, el Ministro de Gobierno Germanó rechazó la propuesta de CAA. Señaló que la compañía no parecía haber “recogido las sugerencias” del Gobernador Bussi¹⁶⁶.
- 4.15.6. El 18 de marzo de 1996, el Ministro Germanó dio a conocer a CAA las condiciones previas estipuladas por el Gobierno para la negociación, que incluían una reducción inmediata de las tarifas en un 30%.
- 4.15.7. El 27 de marzo de 1996, CAA y representantes de la Provincia se reunieron como “Comisión de Renegociación del Contrato de Concesión”, bajo la presidencia del Ministro Germanó. En el curso de la reunión las partes acordaron trabajar en un análisis de una propuesta presentada en esa misma fecha por CAA (esencialmente similar a la presentada el 6 de marzo de 1996). Las partes acordaron también las condiciones que regirían en el período de las negociaciones, en marzo y abril. Específicamente, acordaron una disminución temporal del 25% de las tarifas y la suspensión de las obligaciones de CAA en materia de inversiones. También acordaron, en principio, una futura reducción del territorio de la Concesión y la propuesta de CAA de transición a una nueva estructura tarifaria basada en el uso¹⁶⁷.
- 4.15.8. Como consecuencia del acuerdo al que se llegó en principio en esa reunión, la Provincia accedió a suspender durante la renegociación la ejecución de las Resoluciones 212/96 y 213/96 del ERSACT. Esta decisión se hizo efectiva según

¹⁶⁶ Carta del Ministro Germanó a CAA, CGE y DYCASA, 11 de marzo de 1996 (Prueba documental 174).

¹⁶⁷ Comisión de Renegociación del Contrato, Actas de la Reunión No. 1, 27 de marzo de 1996 (Prueba documental 16).

lo previsto el 14 de abril de 1996, a través de la Resolución No. 289/96 del ERSACT¹⁶⁸.

- 4.15.9. El efecto de la suspensión de las Resoluciones 212/96 y 213/96 consistió en que CAA pudo comenzar a facturar nuevamente sus servicios a sus clientes (con una reducción del 25%), y a facturar los impuestos y cargos en disputa. También quedó en suspenso la obligación que le había impuesto el ERSACT de prestar servicios gratuitos durante 35 días (no así la de prestar servicios gratuitos durante 10 días, que CAA había propuesto a la fecha del incidente de turbiedad provocada por el manganeso). La Provincia accedió también a promover el pago, en un período de 90 días, de todas las facturas pendientes.

Fracaso de la primera renegociación

- 4.15.10. Inicialmente la primera renegociación parecía promisorio para poner fin a la crisis, pero fracasó debido a preocupaciones provocadas por la publicación, el 10 de mayo de 1996, del Informe Final de la Comisión Especial Investigadora de la Privatización de la DiPOS por la Legislatura¹⁶⁹.
- 4.15.11. En el informe se criticaba el proceso de privatización y se expresaba preocupación ante posibles actos de corrupción. Según el informe, se preveía que el Fiscal de Estado pusiera en marcha investigaciones penales sobre las supuestas

¹⁶⁸ Resolución No. 289/96 del ERSACT, 30 de abril de 1996 (Prueba documental 175).

¹⁶⁹ Legislatura de la Provincia de Tucumán, Informe de la Comisión Especial Investigadora del Proceso de Privatización de la EX Di.P.O.S., 10 de mayo de 1996 (Prueba documental 176).

irregularidades y que el Gobernador adoptara medidas apropiadas, incluida, si era necesario, la anulación del Contrato de Concesión¹⁷⁰.

4.15.12. Ulteriormente, el Fiscal de Estado concluyó que las imputaciones contenidas en el informe eran infundadas, pero intensificó las críticas formuladas contra CAA. El Ministro Germanó declaró que si la Legislatura concluía que el Contrato de Concesión “estaba lleno de ‘irregularidades’ que podían ser delitos”, “[e]l Gobierno no podía seguir tratando con delincuentes”, y el 14 de mayo de 1996 se suspendieron las renegociaciones hasta que se recibieran instrucciones de la Legislatura¹⁷¹.

4.15.13. Pocos días después, una decisión del ERSACT puso fin al régimen provisional acordado para regir las primeras negociaciones. El 16 de mayo de 1996, el ente dictó la Resolución No. 322/96, que reactivó las Resoluciones No. 212/96 (que prohibía a CAA cobrar el importe de los impuestos municipales separadamente de su tarifa por prestación de servicios) y No. 213/96 (que prohibía a CAA facturar los servicios prestados entre el 2 de enero y el 6 de febrero de 1996)¹⁷².

4.15.14. Aunque el Gobernador ordenó al Interventor que revocara la Resolución No. 322/96 —lo que el ERSACT cumplió el 29 de mayo de 1996 a través de la Resolución No. 333/96— el Tribunal de Cuentas declaró ilegal esa resolución del ERSACT.

¹⁷⁰ Legislatura de la Provincia de Tucumán, Informe de la Comisión Especial Investigadora del Proceso de Privatización de la EX Di.P.O.S., 10 de mayo de 1996 (Prueba documental 176).

¹⁷¹ “*El Gobierno decidió suspender la negociación con la concesionaria*”, *Siglo XXI*, 8 de mayo de 1996 (Prueba documental 179).

¹⁷² Resolución No. 322/96 del ERSACT, 16 de mayo de 1996 (Prueba documental 180).

4.15.15. Asimismo, el 30 de mayo de 1996 el Ombudsman dictó su propia resolución, en la que expresó su aprobación respecto a la Resolución No. 212/96 del ERSACT, y al día siguiente estableció un procedimiento de quejas que permitiera a los consumidores de CAA rehusarse a pagar sus facturas de agua y desagües cloacales¹⁷³.

4.16. Segundo intento de renegociación

4.16.1. Pese a la precariedad del entorno y a que el primer intento de renegociación había fracasado, a mediados de 1996 comenzó una segunda serie de renegociaciones, con la asistencia de representantes del Gobierno federal (en especial el Subsecretario de Recursos Hídricos, Dr. Jorge Rais) y del Banco Mundial. En el curso de esas negociaciones, CAA accedió a no ejercer la facultad que le concedía el Artículo 12.1 del Contrato de Concesión de incrementar las tarifas en un 10% en el segundo año de la Concesión.

4.16.2. El segundo intento de renegociación prosiguió durante el invierno argentino y llegó a su conclusión provisional el 30 de agosto de 1996, cuando las partes celebraron un “Acuerdo Marco para la Reformulación del Contrato de Concesión del Servicio de Agua y Cloacas” (“Acuerdo Marco”)¹⁷⁴. Ese mismo día la Provincia, el Gobierno nacional y el Banco Mundial suscribieron una carta de

¹⁷³ Resoluciones Nos. 66/96 y 67/96 del Ombudsman, 30-31 de mayo de 1996 (Pruebas documentales 184 and 185).

¹⁷⁴ Acuerdo Marco para la Reformulación del Contrato de Concesión del Servicio de Agua y Cloacas (Acuerdo Marco), 30 de agosto de 1996 (Prueba documental 187).

intención destinada a proporcionar asistencia para la implementación de un eventual acuerdo entre las partes, de modificación al Contrato de Concesión¹⁷⁵.

- 4.16.3. En el Acuerdo Marco se preveía, *inter alia*, la reducción del territorio de la Concesión, la introducción de modificaciones en la estructura de personal de CAA, reducciones de las tarifas aplicadas a los consumidores y una indemnización a la concesionaria por la reducción de las facturas, *inter alia* a través de la atenuación de las obligaciones en materia de inversiones. Conforme a la cláusula cuarta del Acuerdo Marco, los clientes obtendrían, en promedio, una reducción del 28% a lo largo de determinado período. En contraposición con las condiciones del Contrato de Concesión de 1995 relativas a la aplicación de cargos separados por servicios e impuestos, la reducción del Acuerdo Marco se aplicaba al “total facturado”; en otros términos, a la suma de la tarifa por prestación de servicios y de los impuestos y otros cargos incluidos en la factura.
- 4.16.4. El Acuerdo Marco fue enviado luego a la Legislatura, con miras a su ratificación. Las partes habían acordado que si la Legislatura lo rechazaba seguiría en vigor el Contrato de Concesión en los términos negociados originalmente.
- 4.16.5. Aunque la Provincia participó en esta segunda serie de renegociaciones, el Contrato de Concesión, las facturas de CAA y el intento de la compañía de cobrarlas siguieron siendo blanco de ataques.

¹⁷⁵ Carta de Intención suscrita por la Provincia de Tucumán, ENOHSA y el Banco Mundial, 30 de agosto de 1996 (Prueba documental 188).

- 4.16.6. El 28 de junio de 1996, Carlos Barrionuevo —ex Director del ERSACT y actual asesor del Tribunal de Cuentas— emitió un informe, que le había encomendado el Tribunal de Cuentas, y en él cuestionó las prácticas de facturación de CAA¹⁷⁶.
- 4.16.7. Basándose en ese informe, el Tribunal de Cuentas reiteró su rechazo a la Resolución 333/96 del ERSACT y adoptó la posición de que CAA no debía facturar separadamente a sus clientes los impuestos municipales, y de que debían restablecerse las Resoluciones 212/96 y 213/96 del ERSACT¹⁷⁷.
- 4.16.8. El 15 de agosto de 1996 CAA hizo saber al ERSACT que si bien cumpliría con una eventual orden oficial de no facturar separadamente a sus consumidores los impuestos municipales, haría responsable a la Provincia de las pérdidas significativas que de ello resultasen¹⁷⁸.
- 4.16.9. El 22 de agosto de 1996, el ERSACT aceptó oficialmente los dictámenes del Sr. Barrionuevo y del Tribunal de Cuentas y dictó la Resolución 484/96, que puso nuevamente en vigencia las Resoluciones No. 212/96 y 213/96¹⁷⁹. Por lo tanto, se prohibió nuevamente a CAA cobrar a sus clientes los impuestos municipales además de la tarifa por prestación de servicios, y cobró vigencia una vez más la obligación de CAA de prestar servicios gratuitos durante 35 días.

¹⁷⁶ Dictamen de Carlos Barrionuevo para el Tribunal de Cuentas, 28 de junio de 1996 (Prueba documental 189).

¹⁷⁷ Resolución No. 470 del Tribunal de Cuentas, 2 de agosto de 1996 (Prueba documental 190).

¹⁷⁸ Carta de CAA al ERSACT, 15 de agosto de 1996 (Prueba documental 191).

¹⁷⁹ Resolución No. 484/96 del ERSACT, 22 de agosto de 1996 (Prueba documental 192).

- 4.16.10. A mediados de octubre de 1996 CAA hizo saber públicamente que interrumpiría o reduciría el suministro de agua a los morosos en el distrito de Yerba Buena, zona residencial próxima a la capital.
- 4.16.11. El 4 de noviembre de 1996, el Tribunal de Cuentas, al que se había remitido una copia del Acuerdo Marco, para su revisión, emitió un dictamen que contenía severas críticas sobre dicho instrumento, calificándolo de violatorio de las Leyes No. 6445 y No. 6529 (leyes originales sobre privatización)¹⁸⁰.
- 4.16.12. Alrededor de las mismas fechas, el legislador Próspero Barrionuevo publicó una circular en que dio a conocer los procedimientos que debían seguir quienes quisieran formular reclamaciones contra CAA impugnando sus facturas en virtud de la calidad del servicio. En ella incluyó un modelo de carta que podrían usar los clientes para efectuar esas reclamaciones. También explicó que CAA no tenía derecho de interrumpir el suministro de agua a quienes hubieran planteado una reclamación fundada contra la compañía¹⁸¹. Junto con los legisladores Seguí y Sangenis, Barrionuevo instaló asimismo una mesa en la zona céntrica de San Miguel para asesorar a los clientes de CAA que optaran por no pagar sus facturas sobre el procedimiento judicial que podían seguir para evitar la interrupción del servicio.
- 4.16.13. El 22 de noviembre de 1996, el Ombudsman ofreció los servicios de su oficina para asesorar a los consumidores sobre la manera de presentar reclamaciones contra CAA.

¹⁸⁰ Resolución No. 709 del Tribunal de Cuentas, 4 de noviembre de 1996 (Prueba documental 193).

¹⁸¹ Circular del Legislador Próspero Barrionuevo, noviembre de 1996 (Prueba documental 88).

4.16.14. Fue con esos antecedentes que el 2 de diciembre de 1996 el Acuerdo Marco se puso a consideración de la Legislatura con miras a su ratificación. La Legislatura lo rechazó el 3 de diciembre de 1996, alegando “no cumplía con el Marco Legal derivado de las leyes Nos. 6445 y 6529, las Condiciones de la Oferta y las Propuestas Económicas de la Empresa”¹⁸². Al mismo tiempo la Legislatura se rehusó a reafirmar el Contrato de Concesión original, señalando que “se deb[ía] revisar”, y declaró jurídicamente improcedentes la facturación separada de determinados impuestos en el marco del Contrato de Concesión y los incrementos del 10% previstos en el segundo y el tercer año de la Concesión.

4.16.15. El 10 de diciembre de 1996, tras el colapso político del Acuerdo Marco, el Ombudsman dictó la Resolución 504, en que señalaba que la Provincia ofrecería servicios de defensa jurídica (incluida la posibilidad de solicitar una orden judicial) si CAA impugnara la falta de pago de los consumidores en mora o les cortara el servicio¹⁸³.

4.16.16. El 26 de diciembre de 1996, tras el fracaso del segundo intento de renegociación, CAA y CGE iniciaron procedimientos de arbitraje ante el CIADI. La Provincia y el ERSACT fueron notificados ese mismo día.

4.17. Tercer intento de renegociación

4.17.1. A principios de 1997 comenzó el tercer y último intento de renegociación del Contrato de Concesión.

¹⁸² Resolución No. 6 de la Legislatura de la Provincia de Tucumán, 3 de diciembre de 1996 (Prueba documental 196).

¹⁸³ Resolución No. 504/96 del Ombudsman, 10 de diciembre de 1996 (Prueba documental 48).

- 4.17.2. El 8 de enero de 1997, el Vicegobernador Topa hizo saber a las autoridades de CAA/CGE que la Provincia iniciaría renegociaciones adicionales si se suspendiera el procedimiento ante el CIADI. A ello siguió una serie de reuniones entre autoridades de CAA y CGE y autoridades federales y provinciales, para analizar posibles renegociaciones. Los funcionarios federales intensificaron considerablemente su participación en las negociaciones tras la iniciación de los procedimientos ante el CIADI.
- 4.17.3. Pese a esas reuniones, el 17 de enero de 1997 el Vicegobernador Topa declaró públicamente que el Contrato de Concesión original era “inaplicable” y “inejecutable”¹⁸⁴, y el 20 de enero de 1997 el Ombudsman provincial dictó una resolución adicional en la que concluía que CAA había incurrido en incumplimiento del Artículo 12.7.3 del Contrato de Concesión, y la intimaba a reembolsar a sus consumidores las costas judiciales en que hubieran incurrido en los procedimientos judiciales promovidos contra ellos por CAA por falta de pago de facturas¹⁸⁵.
- 4.17.4. El 7 de febrero de 1997 el Gobernador Bussi entregó a CAA y CGE una nota en la que las invitaba a renegociar el Contrato de Concesión bajo los auspicios de una “Comisión de Negociación *Ad Hoc*” formada por diversos interesados de todos los segmentos del espectro político de Tucumán¹⁸⁶. CAA y CGE aceptaron la invitación, y el 27 de febrero de 1997 acordaron la suspensión de los procedimientos pendientes ante el CIADI a la fecha de comienzo de las

¹⁸⁴ “Es inaplicable el contrato con Aguas del Aconquija”, 17 de enero de 1997 (Prueba documental 210).

¹⁸⁵ Resolución No. 33/97 del ERSACT, 20 de enero de 1997 (Prueba documental 209).

¹⁸⁶ Carta del Gobernador Bussi a CGE, 7 de febrero de 1997 (Prueba documental 203).

negociaciones (3 de marzo de 1997)¹⁸⁷. El 3 de marzo de 1997, CAA presentó a la Comisión de Negociación *Ad Hoc* una nueva propuesta de renegociación del Contrato de Concesión.

4.17.5. Una semana más tarde el Vicegobernador Topa concedió una entrevista televisiva en que analizó la posibilidad de imponer de una moratoria de dos a tres años para el pago de todas las facturas pendientes de los consumidores, por el hecho de que las facturas excedían los medios económicos del consumidor y se habían emitido “bajo una gran incertidumbre”¹⁸⁸.

4.17.6. En el curso de una reunión de la Comisión de Negociación *Ad Hoc* celebrada el 15 de marzo de 1997, las partes analizaron términos revisados para la Concesión, que se incorporaron a un “Acta” firmada¹⁸⁹.

4.17.7. El 18 de marzo de 1997, día en que el Gobernador Bussi debía comparecer en televisión para hacer saber que aprobaba el Contrato de Concesión revisado, el legislador provincial Pedicone encabezó en San Miguel una concentración pública contra CAA, en que descalificó las intenciones que perseguía CAA en Tucumán, y describió a CAA y a sus inversionistas como “franceses hijos de puta”. En cuanto a los proyectos de revisión del Contrato de Concesión, manifestó:

“[l]a Provincia ha puesto las cosas en su lugar ... los franceses han dado un paso atrás en sus ambiciones desmedidas, que tenían como objeto que la ciudadanía, y sobre todo la gente de más escasos recursos, realmente la

¹⁸⁷ Las partes prorrogaron el período de suspensión varias veces, en la última ocasión por 110 días: Carta de CAA y CGE al Gobernador Bussi, 27 de febrero de 1997 (Prueba documental 207).

¹⁸⁸ Transcripción de crónicas periodísticas (Prueba documental 141).

¹⁸⁹ Comisión de Negociación *Ad Hoc*, Acta, 15 de marzo de 1997 (Prueba documental 212).

[pasara] muy mal con este avasallamiento que hicieron ellos, con esta privatización del gobierno anterior”¹⁹⁰.

- 4.17.8. El 8 de abril de 1997, las partes declararon formalmente que estaban de acuerdo con el Acta, y el Gobernador Bussi, el Presidente de la Legislatura, CAA, un representante del sindicato de trabajadores del sector sanitario de Tucumán, así como el Subsecretario de Recursos Hídricos del Gobierno Federal, suscribieron el “Acuerdo del 8 de abril”¹⁹¹.
- 4.17.9. El 22 de abril de 1997, el Gobernador Bussi presentó a la Legislatura un proyecto de ley de implementación del Acuerdo del 8 de abril¹⁹². Explicó que el proyecto de ley, que contenía unas pocas modificaciones menores acordadas al Acuerdo del 8 de abril, se basaba en el Informe del 15 de marzo y en el Acuerdo del 8 de abril (el proyecto de ley incluía varios documentos, entre los cuales un proyecto detallado del nuevo Contrato de Concesión propuesto)¹⁹³.
- 4.17.10. El 6 de junio de 1997 el Gobernador Bussi retiró de la Legislatura el proyecto de ley original y lo sustituyó por un nuevo proyecto, que contenía modificaciones (“Segunda Versión del Contrato de Concesión Revisado”)¹⁹⁴.

¹⁹⁰ Transcripciones de crónicas periodísticas, 18 de marzo de 1997 (Prueba documental 141).

¹⁹¹ Autenticación del Acuerdo del 8 de abril de 1997 (Prueba documental 213); Acta Acuerdo sobre Modificaciones al Marco Regulatorio del Contrato de Prestación de los Servicios de Abastecimiento de Agua Potable y Desagües Cloacales (Acuerdo y Protocolo Notarial del 8 de abril de 1997, con Acta del 15 de marzo de 1997 adjunta, Proyecto de Ley, Anexos al Proyecto de Ley, Documento “Reformas Finales” y Carta del Sindicato) 8 de abril de 1997 (Prueba documental 900).

¹⁹² Proyecto de Ley, con Anexos, 22 de abril de 1997 (Prueba documental 901).

¹⁹³ Carta del Gobernador Bussi a la Legislatura, 22 de abril de 1997 (Prueba documental 218).

¹⁹⁴ Segunda Versión del Contrato de Concesión Revisado, enviado por el Gobernador Bussi a la Legislatura, 6 de junio de 1997 (Prueba documental 219).

- 4.17.11. Entre el 6 y el 13 de junio de 1997, la Legislatura de Tucumán introdujo cambios en la Segunda Versión del Contrato de Concesión Revisado, que aprobó el 13 de junio de 1997 como parte de la Ley No. 6826.
- 4.17.12. En definitiva, el 13 de junio de 1997 la Legislatura sancionó una versión del contrato renegociado que contenía aproximadamente 70 modificaciones al proyecto de ley puesto a su consideración el 22 de abril de 1997. Las partes discreparon sustancialmente sobre la cuestión de si los cambios eran de poco alcance, dados a conocer por anticipado a CAA o negociados por anticipado con CAA. Aunque el Tribunal ha concluido que ese desacuerdo es intrascendente a los efectos del presente Laudo, a continuación resumimos brevemente lo ocurrido.
- 4.17.13. El 23 de junio de 1997 se publicó la Ley No. 6826, sin los anexos (es decir, sin el borrador adjunto del contrato); esos anexos se publicaron recién el 11 de julio de 1997. Como la mayoría de los cambios que se habían efectuado figuraban en el texto del contrato, no estaban de manifiesto cuando se aprobó el proyecto.
- 4.17.14. No fue sino hasta fines de junio cuando CAA se enteró de que el proyecto de ley presentado por el Gobernador Bussi a la Legislatura el 22 de abril había sido modificado sustancialmente. En ese momento, el Vicegobernador Topa y el Sr. de Maud'huy estaban en Washington, visitando el Banco Mundial como integrantes de una delegación de Tucumán. Se hizo saber telefónicamente al Sr. de Maud'huy que el nuevo acuerdo negociado contenía aproximadamente 70 modificaciones. El Sr. de Maud'huy planteó inmediatamente sus preocupaciones al Vicegobernador

Topa, quien restó importancia a los cambios y señaló que podían corregirse a través de la reglamentación de la ley¹⁹⁵.

- 4.17.15. Tras protestar ante el Gobernador Bussi, CAA, por carta del 30 de junio de 1997, solicitó al Fiscal de Estado una copia oficial de los Anexos de la Ley No. 6826¹⁹⁶. El Fiscal de Estado respondió el 4 de julio de 1997, señalando que los Anexos se publicarían el 7 de julio de 1997¹⁹⁷.
- 4.17.16. Inicialmente el Gobernador Bussi pasó por alto las protestas de CAA, y el 17 de julio de 1997 le solicitó que suscribiera el contrato modificado, a lo que CAA se rehusó. En su respuesta, fechada el 23 de julio de 1997, CAA señaló que el texto del contrato modificado, tal como figuraba en la Ley No. 6826, era inaceptable, porque afectaba desfavorablemente, en forma significativa, el valor económico del contrato renegociado¹⁹⁸.
- 4.17.17. Basándose en la declaración inequívoca de CAA de que los cambios introducidos en el proyecto de Contrato de Concesión entre la versión del 22 de abril de 1997 y la que contiene la Ley 6826 no habían sido acordados por anticipado, y basándose asimismo en la declaración equívoca de la Demandada sobre este tema¹⁹⁹, el Tribunal concluye que los cambios fueron introducidos unilateralmente por la Legislatura, y que esos cambios unilaterales modificaron, en algunos casos sustancialmente, las condiciones del contrato renegociado.

¹⁹⁵ Transcripción en español de la audiencia sobre el fondo del asunto, Día 4, págs. 882-883 (27 de julio de 2006).

¹⁹⁶ Carta de CAA al Fiscal de Estado, 30 de junio de 1997 Ref.: PB/FR/97014 (Prueba documental 903).

¹⁹⁷ Carta del Fiscal de Estado a CAA, 4 de julio de 1997 (Prueba documental 904).

¹⁹⁸ Carta de CAA al Gobernador Bussi, 23 de julio de 1997 (Prueba documental 225).

¹⁹⁹ Declaración testimonial de Topa, Transcripción en español de la audiencia sobre el fondo del asunto, Día 7, págs. 1657-1669 (30 de julio de 2006).

4.17.18. El 25 de julio de 1997, CAA se reunió con el Gobernador Bussi y con un representante del Ministerio de Economía Nacional y reiteró su posición de que el contrato modificado era inaceptable. El Gobernador Bussi contestó que no era posible modificar la ley²⁰⁰.

4.18. Rescisión, por parte de CAA, del Contrato de Concesión

4.18.1. A mediados de julio de 1996, las autoridades de CAA habían comenzado a deliberar sobre el paulatino deterioro de la situación en Tucumán y autorizaron al Sr. de Maud'huy a adoptar todas las medidas necesarias para resolver el problema. Por lo tanto, el 27 de julio de 1997, el Sr. de Maud'huy hizo saber al Secretario de Obras Públicas y Transporte del Gobierno Nacional, Federal Guibert que CAA se proponía rescindir el Contrato de Concesión, y que ello era inminente.

4.18.2. Esperando resolver de algún modo la crisis, las autoridades federales solicitaron a CAA que postergara la rescisión.

4.18.3. Tras una serie de postergaciones diarias, el 4 de agosto de 1997 CAA decidió llevar a cabo la rescisión y comunicó esa decisión a la Embajada de Francia en Argentina y a la Embajada de Argentina en París.

4.18.4. Tras intervenciones adicionales de funcionarios de alto rango de los Gobiernos de Francia y de Argentina se postergó una vez más la decisión rescisoria para que el Sr. Jorge Rottenberg, Jefe de Personal del Jefe del Gabinete del Presidente Menem, tratara de salvar la Concesión.

²⁰⁰ Declaración jurada de García González, 22 de noviembre de 2004 (Prueba documental 5), párrafo 39.

4.18.5. Tras varias reuniones infructuosas, la misión Rottenberg fracasó, y el 18 de agosto de 1997 CAA concluyó que no había esperanza alguna de encontrar una solución a la crisis. No obstante, como un miembro del Gobierno francés estaba realizando una visita oficial a Argentina, CAA esperó hasta el 27 de agosto de 1997 para comunicar al Gobernador Bussi que había rescindido el Contrato de Concesión, por incumplimiento de la Provincia.

4.18.6. El mismo día la Legislatura Provincial sancionó la Ley No. 6837, que revocó la Ley No. 6826 y restableció el Contrato de Concesión original.

Tarifa de recuperación aplicada por CAA a la facturación bimestral – 22 de julio de 1995 a 27 de agosto de 1997

4.18.7. En el período comprendido entre el día en que CAA se hizo cargo de la Concesión (22 de julio de 1995) y la fecha en que rescindió el Contrato de Concesión, los coeficientes de recuperación de CAA a través de sus facturas se redujeron en forma sostenida. De un nivel máximo del 64,50% correspondiente al primer período bimestral, las cifras bajaron consecutivamente a 57,60%, 52,60%, 46,60%, 48,60%, 44,50%, 41%, 39,20%, 36,50%, 33,90%, 34,30%, 24,70% y 20,10%²⁰¹.

4.19. Tucumán rechaza la rescisión de CAA y da por terminado el Contrato

4.19.1. La reacción inicial de la Provincia frente a la notificación de rescisión efectuada por CAA fue una serie de respuestas regulatorias, la primera de las cuales tuvo lugar el 3 de septiembre de 1997 y consistió en la Resolución 558/97 del

²⁰¹ Declaración jurada del Sr. Rochambeau, 5 de noviembre de 2004, (Prueba documental 1), párrafos 77 y 78.

ERSACT, fechada tres semanas antes, el 13 de agosto de 1997, en que se sostenía que CAA no había cumplido el plan de inversión previsto en el Contrato de Concesión.

- 4.19.2. Al día siguiente el ERSACT notificó a CAA la Resolución No. 616/97, en que se alegaba incumplimiento de las obligaciones previstas en el Contrato de Concesión sobre adopción de planes de prevención y de emergencia²⁰².
- 4.19.3. Entre el 2 y el 4 de septiembre de 1997, CAA recibió del ERSACT las notificaciones de 19 resoluciones (algunas de las cuales adoptadas meses atrás), según las cuales CAA no había cumplido con el Contrato de Concesión²⁰³. Simultáneamente, el ERSACT comenzó a promover el cumplimiento de todas las resoluciones pendientes, algunas de las cuales databan de 1995.
- 4.19.4. El 10 de septiembre de 1997 el Gobernador Bussi dictó el Decreto No. 2270/1, informando a CAA que daba por rescindido el Contrato de Concesión por repetidas violaciones cometidas por la compañía y por el intento inaceptable e ilegal de ésta de rescindirlo unilateralmente.

²⁰² Resolución No. 616/97 del ERSACT, 2 de septiembre de 1997 (Prueba documental 31).

²⁰³ Resolución No. 495/97 del ERSACT, 22 de julio de 1997 (Prueba documental 17); Resolución No. 514/97 del ERSACT, 29 de julio de 1997 (Prueba documental 18); Resolución No. 515/97 del ERSACT, 29 de julio de 1997 (Prueba documental 19); Resolución No. 558/97 del ERSACT, 13 de agosto de 1997 (Prueba documental 20); Resolución No. 595/97 del ERSACT, 4 de septiembre de 1997 (Prueba documental 21); Resolución No. 607/97 del ERSACT, 1 de septiembre de 1997 (Prueba documental 22); Resolución No. 608/97 del ERSACT, 1 de septiembre de 1997 (Prueba documental 23); Resolución No. 609/97 del ERSACT, 1 de septiembre de 1997 (Prueba documental 24); Resolución No. 610/97 del ERSACT, 1 de septiembre de 1997 (Prueba documental 25); Resolución No. 611/97 del ERSACT, 1 de septiembre de 1997 (Prueba documental 26); Resolución No. 612/97 del ERSACT, 1 de septiembre de 1997 (Prueba documental 27); Resolución No. 613/97 del ERSACT, 1 de septiembre de 1997 (Prueba documental 28); Resolución No. 614/97 del ERSACT, 1 de septiembre de 1997 (Prueba documental 29); Resolución No. 616/97 del ERSACT, 2 de septiembre de 1997 (Prueba documental 31); Resolución No. 617/97 del ERSACT, 2 de septiembre de 1997 (Prueba documental 32); Resolución No. 620/97 del ERSACT, 2 de septiembre de 1997 (Prueba documental 33); Resolución No. 138/97 del ERSACT, 10 de marzo de 1997 (Prueba documental 51), y Resolución No. 576/97 del ERSACT, 20 de agosto de 1997 (Prueba documental 232).

4.19.5. El Decreto No. 2270/1 rechazó asimismo formalmente la rescisión dispuesta por CAA y prorrogó el período de prestación de servicios de CAA por 18 meses o hasta que la Provincia pudiera encontrar a un sustituto, basándose para ello en el Artículo 15.11 del Contrato de Concesión²⁰⁴.

4.19.6. El 25 y el 30 de septiembre de 1997, CAA impugnó el Decreto No. 2270/1²⁰⁵. Casi un año después, el 11 de agosto de 1998, el Gobernador Bussi respondió a las objeciones de CAA rechazando el Decreto No. 2270/1²⁰⁶.

4.20. Prestación de los servicios por parte de CAA después de la rescisión – el supuesto “Período de Cautividad”

4.20.1. El 21 de octubre de 1997 el Poder Ejecutivo promovió ante la judicatura de lo contencioso administrativo provincial el dictado de una sentencia que declarara que la Provincia estaba legalmente facultada para obligar a CAA a seguir prestando servicios durante 18 meses. También solicitó, infructuosamente, una orden judicial provisional de cumplimiento mientras estuviera pendiente el litigio.

4.20.2. El plazo de 90 días dado por las Demandantes para la rescisión del Contrato de Concesión expiró el 27 de noviembre de 1997, sin que se transfieran los servicios.

4.20.3. Por carta que remitió al Gobernador Bussi, fechada el 2 de diciembre de 1997, CAA explicó que el 27 de noviembre de 1997 había concluido la responsabilidad jurídica de CAA como concesionaria, por lo cual el riesgo económico de la Concesión se había transferido a la Provincia. CAA agregó que la Provincia debía

²⁰⁴ Decreto No. 2270/1, 10 de septiembre de 1997 (Prueba documental 172).

²⁰⁵ Carta de CAA al Gobernador Bussi, Respuesta al Decreto 2270/1, 25 de septiembre de 1997 (Prueba documental 234); Carta de CAA al Gobernador Bussi, Respuesta complementaria al Decreto 2270/1, 30 de septiembre de 1997 (Prueba documental 235).

²⁰⁶ Decreto No. 1332/1, 11 de agosto de 1998 (Prueba documental 236).

indemnizarle todos los daños y perjuicios atribuibles al incumplimiento en que había incurrido²⁰⁷.

4.20.4. Al mismo tiempo, CAA solicitó orientación en cuanto a la tarifa que había de aplicarse con respecto a la continua prestación de los servicios. El 2 de enero de 1998, el Gobernador Bussi le informó que debía aplicar una tarifa compatible con el Contrato de Concesión original de 1995 y con la Ley No. 6529, pero invocó las legítimas expectativas del Gobierno y de la población de que CAA la redujera significativamente hasta llevarla a un nivel inferior al establecido en el Contrato de Concesión de 1995 porque, tras la rescisión, CAA ya no estaba obligada a realizar inversiones²⁰⁸.

4.20.5. El 28 de enero de 1998, el Gobernador Bussi aprobó las Condiciones de la licitación para la designación de un nuevo concesionario. No obstante, el 5 de junio de 1998 el Gobierno anunció el fracaso de la licitación para la selección de un proveedor transitorio de servicios²⁰⁹.

4.20.6. El 6 de julio de 1998 el Presidente de Vivendi, Messier, escribió al Presidente Menem, expresándole su preocupación frente al hecho de que CAA estaba siendo obligada a prestar un servicio pese a la rescisión del Contrato de Concesión, y el 10 de julio de 1998 el Gobierno federal propuso que la prestación de servicios de

²⁰⁷ Carta de CAA al Gobernador, 2 de diciembre de 1997 (Prueba documental 229).

²⁰⁸ Carta del Gobernador Bussi a CAA, 2 de enero de 1998 (Prueba documental 238).

²⁰⁹ Decreto No. 1058/3 (MP), 5 de junio de 1998 (Prueba documental 249).

agua y cloacas en Tucumán se realizara, transitoriamente, a través del ENHOSA²¹⁰.

4.20.7. El 5 de agosto de 1998, el Gobierno federal y la Provincia suscribieron un acuerdo en virtud del cual el ENOHSA prestaría los servicios por delegación de la Provincia. El acuerdo fue refrendado por la Legislatura el 7 de septiembre de 1998, y en él se preveía que el ENHOSA se hiciera cargo del servicio dentro de un plazo de 30 días²¹¹.

4.20.8. Finalmente, el 7 de octubre de 1998 el ENHOSA se hizo cargo del servicio y realizó su prestación a través de una entidad pública argentina denominada Obras Sanitarias de Tucumán (“OST”). Los cometidos de CAA como operador de los servicios de agua y desagües cloacales de Tucumán terminaron, en la práctica, en esa fecha.

4.21. Actividades de recaudación realizadas por CAA tras la terminación

4.21.1. A partir del 8 de octubre de 1998, tras la terminación del servicio, CAA mantuvo un reducido grupo de funcionarios, así como un asesor jurídico local en Tucumán, para proseguir los esfuerzos tendientes a recaudar el pago por los servicios que había prestado a sus clientes.

4.21.2. En 2000, CAA decidió llevar a cabo un nuevo plan de recaudación preparando notificaciones jurídicas formales que contenían una relación detallada de los pagos en mora de cada cliente. Entre julio y octubre de 2000, CAA remitió por

²¹⁰ Carta de Vivendi al Presidente argentino Menem, 6 de julio de 1998 (Prueba documental 250).

²¹¹ Ley No. 6894, 7 de septiembre de 1998 (Prueba documental 252).

correo registrado 146.559 notificaciones a sus clientes morosos. Inicialmente esa labor tuvo cierto éxito, ya que inmediatamente después del envío de la primera de esas notificaciones los clientes comenzaron a remitir pagos, a razón de aproximadamente 3.000 pesos por día.

- 4.21.3. No obstante, la recaudación de CAA se redujo significativamente cuando el Ombudsman y algunos legisladores hicieron saber a los clientes, a medida que llegaban a las oficinas de CAA, que no tenían por qué pagar sus facturas. En ese período, CAA recibió más de 17.000 ejemplares de la carta modelo distribuida por el Ombudsman, más de 5.000 de la distribuida por los legisladores Próspero Barrionuevo y Guido Luis García, y más de 1.700 de la distribuida por DUDAS, una asociación de defensa del consumidor.
- 4.21.4. Cuando quedó en claro que sus renovados esfuerzos de recaudación serían infructuosos, CAA decidió promover juicios ejecutivos contra 2.000 de sus deudores de mayor porte. Como a esa altura había más de 150.000 cuentas en mora, CAA esperaba que si lograba sentencias favorables a corto plazo contra un número significativo de sus clientes, los restantes deudores optarían por pagar, en lugar de exponerse a ser demandados²¹².
- 4.21.5. A esta altura intervinieron el Ombudsman y la Legislatura. El 20 de noviembre de 2001 el Ombudsman inició un procedimiento sumario de suspensión de los

²¹² Declaración jurada de Hahn, 5 de noviembre de 2004 (Prueba documental 3), párrafos 26-30.

procedimientos en todos los juicios promovidos por CAA contra sus clientes en mora, y de prohibición de que CAA iniciara nuevos juicios de ese género²¹³.

4.21.6. El 20 de diciembre de 2001, rechazados esos procedimientos, principalmente por razones procesales, la Legislatura sancionó la Ley No. 7196, que prohibía a CAA iniciar acciones de cobro durante 180 días²¹⁴. Esta ley fue declarada inconstitucional por un tribunal de lo civil de Tucumán el 20 de agosto de 2002²¹⁵.

4.21.7. Sin tomar en cuenta esta sentencia, el 5 de septiembre de 2002 la Legislatura adoptó un enfoque diferente y sancionó la Ley No. 7234, que prohibía a CAA *ejecutar*, durante un período de 180 días, sentencias ya dictadas o que llegaran a dictarse en procedimientos seguidos contra deudores. El carácter temporal de esa ley fue ilusorio, ya que la Legislatura sancionó una nueva versión de la misma cada 180 días; la cuarta entró en vigencia a la fecha en que las demandantes expusieron sus alegatos del caso²¹⁶.

4.21.8. En una declaración formulada durante el debate legislativo con respecto a la Ley No. 7322, el Legislador Terán Nogues (sucesor del ex Vicegobernador Sr. Topa,

²¹³ *Defensor del Pueblo de Tucumán vs. Compañía Aguas del Aconquija S.A. s/ Amparos Colectivos*, Demanda—Inicio Acción de Amparo Colectivo, 20 de noviembre de 2001 (Prueba documental 263).

²¹⁴ Ley No. 7196, 14 de febrero de 2002 (Prueba documental 265).

²¹⁵ *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. c. Omodeo, Pedro César s/ Cobro Ejecutivo*, Sentencia, 20 de agosto de 2002 (Prueba documental 267). El Ombudsman volvió a proceder judicialmente tres años después, solicitando al tribunal que declarara que CAA no podía promover el cobro a través de juicios ejecutivos y pidiendo que se dictaran medidas provisionales que impidieran a CAA iniciar toda nueva acción de ese tipo. CAA opuso excepciones en octubre de 2004.

²¹⁶ Ley No. 7234, 5 de septiembre de 2002 (Prueba documental 268); Ley No. 7274, 2 de mayo de 2003 (Prueba documental 269); Ley No. 7322, 20 de noviembre de 2003 (Prueba documental 270); y Ley No. 7402, 15 de julio de 2004 (Prueba documental 271).

que había dejado el Poder Ejecutivo un mes antes), explicó la necesidad de sancionar esa tercera versión de la ley:

“A los fines que quede constancia para el registro histórico, quiero ser preciso que los ciudadanos tucumanos están siendo víctimas de una situación de indefensión en que los colocaron dos poderes del Estado: el Poder Ejecutivo primero y, luego, el Poder Judicial. Con la única salvedad de la salvaguarda que la Honorable Legislatura en sucesivas composiciones fue brindando en defensa de sus derechos.

*El Poder Ejecutivo en su momento le dijo a los ciudadanos tucumanos que no paguen la boleta de agua, se lo dijo en todos los tonos y de todas las formas; les dijo además que el sistema de facturación no respondía a los cánones contractuales. Por eso la gente no pagó el agua, amén de la falta de una cultura de pago de servicios, etc., pero hubo una petición explícita del Poder Ejecutivo en el sentido de que no se pague el agua.... Pero el hecho cierto es que a pesar de mi natural talante que me lleva a no sancionar normativas obstructivas de los procesos judiciales entre particulares, el hecho cierto es que en la actualidad los ciudadanos fueron instados por el Poder Ejecutivo a no pagar”*²¹⁷. (énfasis agregado)

4.22. Reclamación de impuestos posteriores a la terminación, por parte de la Demandada, contra CAA

- 4.22.1. El 30 de julio de 2004, la Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP) formuló una demanda administrativa contra CAA para el pago de aproximadamente 4,5 millones de pesos por concepto de obligaciones tributarias correspondientes a los ejercicios fiscales del período 1998-2002. En su demanda, la AFIP sostiene que en ese período CAA debía haber pagado un impuesto sobre la renta mínimo presunto sobre las facturas impagas de sus clientes y los activos que CAA transfirió a la Provincia al final del supuesto “período de cautividad”.

²¹⁷ Legislatura de la Provincia de Tucumán, Debate Legislativo, 20 de noviembre de 2003 (Prueba documental 69).

- 4.22.2. CAA respondió el 21 de septiembre de 2004, cuestionando el avalúo de impuestos realizado por la AFIP²¹⁸.
- 4.22.3. El 20 de octubre de 2004 agentes de la AFIP obtuvieron una sentencia judicial de embargo de todos los activos de CAA existentes en cuentas bancarias en Tucumán²¹⁹.

5. ARGUMENTOS DE LAS DEMANDANTES

5.1. Enfoque del Tribunal

- 5.1.1. En la presente sección resumimos el contenido y el alcance de las reclamaciones formuladas por las Demandantes, tal como se exponen en sus alegatos y escritos y en el curso de la audiencia oral.
- 5.1.2. Las Demandantes formulan dos argumentos principales. Primero, los actos y omisiones de la Provincia de Tucumán no pueden reconciliarse con la obligación asumida por Argentina en virtud del Tratado, de conceder un trato justo y equitativo a los inversionistas franceses y a sus inversiones. Segundo, los actos de la Provincia constituyen una expropiación de la inversión de las Demandantes, por la que éstas nunca fueron indemnizadas.

²¹⁸ Administración Federal de Ingresos Públicos, Avalúo de Impuestos contra CAA correspondiente a los ejercicios fiscales de 1998-2002, 30 de julio de 2004 (Prueba documental 276); *Fisco Nacional (AFIP-DGI) c. Compañía Aguas del Aconquija S.A. s/ Ejecución Fiscal*, Orden de Embargo, 20 de octubre de 2004 (Prueba documental 277).

²¹⁹ Contestación de CAA al Avalúo de Impuestos de la AFIP, 21 de septiembre de 2004 (Prueba documental 280).

CAA posee legitimación procesal activa

- 5.1.3. Las Demandantes sostienen también que la excepción de falta de legitimación procesal activa de CAA opuesta por la Demandada debe rechazarse, ya que esta cuestión se decidió en el primer procedimiento y pasó en autoridad de cosa juzgada. Las Demandantes invocan la Decisión sobre Jurisdicción, en que el Tribunal concluyó: “[c]omo el Primer Tribunal concluyó que CAA era una compañía francesa conforme al Convenio del CIADI y al TBI y el Comité *ad hoc* no anuló esa conclusión, ésta sigue vigente y ha pasado en autoridad de cosa juzgada”²²⁰. Las Demandantes sostienen que de todos modos el argumento de la Demandada se basa en dos premisas erróneas. Primero, CAA recién se convirtió en una compañía francesa cuando CGE adquirió más del 50% de sus acciones; segundo, CGE adquirió su mayoría accionaria en violación del Contrato de Concesión, ya que la Provincia no consintió la transferencia de acciones²²¹.
- 5.1.4. Con respecto al primer argumento de la Demandada, las Demandantes señalan que CAA ha sido considerada como nacional “francesa” desde su constitución. Invocan el Artículo 1(2)(c) del TBI, por el que Francia y Argentina convienen que determinadas compañías que tengan la nacionalidad de una de las partes sean tratadas como nacionales de la otra parte si están efectivamente controladas, directa o indirectamente, por nacionales de la otra parte. En consecuencia, una compañía argentina reunirá los requisitos necesarios para ser considerada nacional de Francia cuando más de la mitad de su capital pertenezca a una compañía

²²⁰ Decisión sobre Jurisdicción, párrafo 97; Escrito de réplica, párrafo 221.

²²¹ Escrito de réplica, párrafos 112-119.

francesa o cuando esté sometida a la “influencia decisiva” de una compañía francesa²²².

5.1.5. Basándose en las conclusiones fácticas a las que llegó el Primer Tribunal, las Demandantes sostienen que CGE evidentemente ejerció “influencia decisiva” sobre los procesos de adopción de decisiones de CAA en todo momento desde la constitución de CAA, y que ésta, en consecuencia, posee legitimación procesal activa, por haber adquirido los derechos que le confiere el Tratado el día en que se constituyó.

5.1.6. Con respecto a las objeciones de la Demandada en referencia al proceso a través del cual CGE/Vivendi adquirió el 85% del capital de CAA que actualmente posee, las Demandantes alegan que todas las adquisiciones de acciones fueron aprobadas por la Provincia o no tenían por qué ser aprobadas por ésta²²³.

5.1.7. Las Demandantes invocan también la conclusión del Tribunal Original, que no fue anulada y es *res judicata*, según la cual “el Tribunal ha determinado que CGE controlaba a CAA y que CAA debe considerarse como inversor francés a partir de la fecha de vigencia del Contrato de Concesión”²²⁴.

5.2. Las autoridades de Tucumán se rehusaron a dar a las Demandantes un trato justo y equitativo

5.2.1. Las Demandantes sostienen que el objeto y la finalidad del Tratado consisten en garantizar la protección y promoción recíproca de inversiones. Basándose en parte

²²² Escrito de réplica, párrafos 223-225.

²²³ Escrito de réplica, párrafos 228-235.

²²⁴ Laudo, párrafo 9, Nota 6; Escrito de réplica, párrafo 236.

en los objetivos enunciados en el Preámbulo y, en parte, en las conclusiones del tribunal que entendió en el caso *MTD c. Chile*, las Demandantes dicen que las obligaciones de los Estados signatarios conforme al Tratado deben considerarse como proactivas, y no como prescripciones de un comportamiento pasivo, como la de evitar un comportamiento o conducta inadmisibles para con el inversionista²²⁵.

5.2.2. Las Demandantes rechazan el argumento de la Demandada de que por obligación de dispensar un trato justo y equitativo debe entenderse el nivel mínimo internacional de trato²²⁶. Sostienen que la interpretación restrictiva que promueve la Demandada carece de respaldo en el texto del Artículo 3 del Tratado, y se basa en la injustificada invocación de la disposición sobre trato justo y equitativo contenida en el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (“TLCAN”)²²⁷. Las Demandantes alegan que el argumento de la Demandada sobre el nivel mínimo de trato justo y equitativo carece de respaldo fuera del contexto del TLCAN²²⁸.

5.2.3. Las Demandantes alegan que el estándar de trato justo y equitativo ha evolucionado con respecto al nivel mínimo de trato que le atribuía de largo tiempo atrás el derecho internacional, y que las autoridades pertinentes han encontrado contenido en la obligación de conceder un trato justo y equitativo, que incluye la obligación de (i) abstenerse de una conducta arbitraria o

²²⁵ Memorial, párrafo 291.

²²⁶ Memorial de contestación, párrafo 550.

²²⁷ Tratado de Libre Comercio de América del Norte (“TLCAN”), Artículo 1105.

²²⁸ Escrito de réplica, párrafos 289-293.

discriminatoria; (ii) actuar en forma transparente y en observancia del debido proceso; (iii) actuar de buena fe, y (iv) dar seguridades de expectativas razonables, respaldadas por inversiones²²⁹. A continuación se resume la posición de las Demandantes sobre cada una de esas cuatro proposiciones.

Los ataques de las autoridades de Tucumán contra las Demandantes y sus inversiones fueron arbitrarios y discriminatorios

5.2.4. Según las Demandantes, las autoridades de Tucumán —la Legislatura, el Gobernador, las autoridades reguladoras de la Provincia— “atacaron” implacablemente a CAA y al Contrato de Concesión casi desde un comienzo, tratado de presionar a CAA y a sus inversionistas para que renegociaran las condiciones de la Concesión (en especial, la tarifa)²³⁰. Como consecuencia de ese acoso regulatorio, así como de las modificaciones unilaterales directas introducidas en el Contrato de Concesión, la Provincia deterioró el principal activo de un concesionario —la corriente de pagos previstos a cargo de sus clientes— al exhortar a los clientes a no pagar sus facturas y hallar mecanismos a través de los cuales los clientes pudieran abstenerse de efectuar los pagos sin temor de sufrir consecuencias desfavorables.

5.2.5. Se afirma que los “implacables ataques” de la Provincia contra las Demandantes, considerados en forma individual o colectiva, son incompatibles con las obligaciones asumidas por Argentina, en virtud del Tratado, de dispensar un trato justo y equitativo a los inversionistas y a sus inversiones, y son diametralmente

²²⁹ Memorial, párrafo 288; Escrito de réplica, párrafo 295.

²³⁰ Memorial, párrafos 135-141.

opuestos a la obligación positiva de Argentina de proteger y promover inversiones.

5.2.6. Las Demandantes dicen que las autoridades provinciales actuaron arbitrariamente cuando:

- i) A través de un uso impropio de su facultad regulatoria, la Provincia adoptó una postura excesiva y sistemáticamente hostil a CAA —quizás el ejemplo más elocuente consiste en la emisión simultánea de docenas de resoluciones y la imposición de docenas de multas por parte del ERSACT, no para alcanzar objetivos regulatorios sino como esfuerzo deliberado tendiente a “presionar” a CAA para que accediera a reducir sus tarifas.
- ii) Los agentes públicos inflamaron los ánimos de la población, incitaron a la realización de protestas contra CAA, y las dirigieron, y promovieron y facilitaron activamente el incumplimiento de las obligaciones de pago de las facturas a CAA.
- iii) El ERSACT y la Legislatura privaron a CAA de todos sus recursos jurídicos contra los clientes morosos, primero impidiendo que CAA dejara de prestarles servicios; luego tratando de impedirle la utilización de procesos judiciales expeditivos, y en definitiva, en forma directa, privándola de acceso al sistema judicial para hacer efectivo su derecho a recibir pagos²³¹.

5.2.7. Las Demandantes mencionan también el trato dado por la Provincia a la sucesora de CAA, OST —trato que, como puede demostrarse, fue más favorable que el dispensado a CAA, pese a los problemas de servicios existentes— y la admisión expresa por parte de OST de que no estaba en condiciones de mantener o prestar adecuadamente el servicio²³². En contraste con el tratamiento dado a CAA, la Provincia respaldó públicamente a OST, le otorgó subsidios, la eximió de obligaciones significativas en materia tributaria y de realización de inversiones,

²³¹ Memorial, párrafo 294.

²³² Memorial, párrafo 298.

protegió su capacidad de realizar el cobro a sus clientes e incluso de restringir los servicios a los clientes en mora²³³. Además restó importancia a significativos problemas del servicio. Las Demandantes alegan que un trato discriminatorio injustificado es, por definición, injusto y contrario a la equidad²³⁴.

5.2.8. Las Demandantes alegan también que los actos de las autoridades tributarias federales consistentes en embargar las cuentas bancarias de CAA y amenazar a ésta con imponer obligaciones tributarias basadas en las facturas impagas de CAA, cuyo valor había aniquilado la Provincia, representan violaciones adicionales de la obligación de dispensar un trato justo y equitativo²³⁵.

5.2.9. Las Demandantes afirman que al proceder de ese modo la Provincia, y a través de ella Argentina, dieron muestras de hostilidad arbitraria y caprichosa hacia las Demandantes y hacia el Contrato de Concesión en cuyo marco realizaron sus inversiones las Demandantes, lo que implica, de parte de la Demandada, la violación de su obligación de dispensarles el trato justo y equitativo previsto en el Artículo 3 del Tratado²³⁶.

Falta de transparencia y debido proceso en el trato dado a las Demandantes

5.2.10. Las Demandantes definen la transparencia como la obligación de que el marco jurídico de las operaciones de un inversionista sea fácilmente identificable y de que toda decisión que afecte al inversionista emane de ese marco. Señalan que el

²³³ Memorial, párrafo 297-298.

²³⁴ Memorial, párrafo 298.

²³⁵ Memorial, párrafo 297.

²³⁶ Memorial, párrafo 295.

debido proceso, o “proceso justo”, es un complemento esencial de la transparencia, y comprende, *inter alia*, la adecuada notificación de los actos jurídicos y la oportunidad de comparecer y de ser oído. El debido proceso puede violarse no sólo a través de sentencias judiciales, sino también de actos legislativos y administrativos²³⁷.

5.2.11. Las Demandantes sostienen que la Provincia violó los principios de transparencia al no brindarles las garantías del debido proceso en múltiples ocasiones, y que esas violaciones configuran, individual y colectivamente, el incumplimiento de la obligación de brindarles el trato justo y equitativo previsto en el Artículo 3 del TBI²³⁸.

5.2.12. Para ilustrar esa afirmación, las Demandantes ofrecen seis ejemplos de trato objetable dispensado a CAA por la Provincia:

- i) El ERSACT revocó unilateralmente las disposiciones del Contrato de Concesión al dictar, arbitrariamente y sin fundamento jurídico alguno, la Resolución 212/96 (que aplicó la Resolución 170/96). Además, la Resolución 212/96 fue repetidamente impuesta, suspendida y luego restablecida una y otra vez, en un procedimiento que según las Demandantes reflejó la necesidad de la Provincia de fortalecer su posición en diferentes fases de sus renegociaciones con CAA.
- ii) La Provincia creó un entorno de incertidumbre jurídica, faltando así al cumplimiento de sus obligaciones de establecer un entorno jurídico transparente y previsible.
- iii) El ERSACT dictó 78 resoluciones e impuso otras tantas multas en un mismo día, no con fines regulatorios legítimos sino con la intención confesa de presionar a las Demandantes para que renegociaran las disposiciones del Contrato de Concesión. Ese proceder representó también una violación directa

²³⁷ Memorial, párrafo 300.

²³⁸ Memorial, párrafo 301.

de las disposiciones expresas del Contrato de Concesión, que durante un período de seis meses privaron al ERSACT de su facultad de sancionar a CAA.

- iv) Las medidas adoptadas por las autoridades de Tucumán frente a una turbiedad relacionada con el manganeso, fenómeno cuya inocuidad se ha admitido -situación que CAA no creó, ni podía prever y que, actuando en forma profesional y con celeridad, procuró corregir— fueron ilegítimas e implican injusticia frente a CAA.
- v) Los actos del ERSACT y del Gobernador tras la notificación de CAA de que rescindía el Contrato de Concesión en virtud de los incumplimientos de la Provincia confirman aún más la falta de transparencia y debido proceso en el trato dado por Tucumán a CAA. Tras la notificación efectuada por CAA, el ERSACT dictó varias resoluciones que CAA no recibió oportunamente, violándose así las obligaciones de transparencia y debido proceso propias de una adecuada notificación. Más tarde el Gobernador se basó en las Resoluciones del ERSACT contenidas en el Decreto 2270/1 para rescindir el Contrato de Concesión por (supuesto) incumplimiento de CAA.
- vi) El Gobernador y la Legislatura —en forma unilateral y secreta— introdujeron alrededor de 70 modificaciones en el texto del Acuerdo del 8 de abril sobre enmiendas al Contrato de Concesión, y las presentaron a las Demandantes como “*fait accompli*”²³⁹.

Mala fe de la Provincia durante las renegociaciones del Contrato

5.2.13. Las Demandantes manifiestan que para probar la violación de la norma de trato justo y equitativo no es imprescindible probar la mala fe, sin perjuicio de lo cual el hecho de que un Gobierno actúe de mala fe frente a un inversionista es un proceder necesariamente incompatible con el Artículo 3 del Tratado²⁴⁰.

5.2.14. Basándose, *inter alia*, en el principio de la buena fe desarrollado en el caso *Aminoil*²⁴¹, las Demandantes manifiestan que habiendo sido invitadas por la Provincia y por el Gobierno Nacional a participar en una tercera serie de

²³⁹ Memorial, párrafos 301-307

²⁴⁰ Memorial, párrafo 308.

²⁴¹ *Gobierno del Estado de Kuwait c. American Independent Oil Co.*, 21 ILM 976 (1978) (“*Aminoil*”).

renegociaciones a principios de 1997, tenían derecho a esperar que la Provincia actuara de buena fe en esas negociaciones. Sostienen, sin embargo, que la presentación a la Legislatura de la versión unilateralmente enmendada del acuerdo y las ulteriores enmiendas unilaterales efectuadas por la Legislatura no sólo violaron los principios de transparencia y estabilidad y las expectativas legítimas de las Demandantes, sino también el requisito elemental de actuar de buena fe. En especial, la manera en que se realizaron las enmiendas —unilateralmente y sin tratar de notificar a las Demandantes ni realizar consultas con ellas— no puede reconciliarse en modo alguno con ninguna noción de buena fe²⁴².

Los actos realizados por Tucumán privaron a las Demandantes de sus legítimas expectativas con respecto a la Concesión

- 5.2.15. Las Demandantes alegan asimismo que la norma del trato justo y equitativo impone al Gobierno la obligación positiva de tratar a los inversionistas de buena fe, en forma razonable y con mesura, respetando las disposiciones contractuales en las que residen las expectativas de las partes y promoviendo la realización de sus expectativas —incluida la de que el inversionista obtenga una ganancia justa.
- 5.2.16. Según las Demandantes, la Provincia no sólo faltó a su obligación de proteger, sino que atacó directamente, las expectativas legítimas de las Demandantes, respaldadas por inversiones, en relación con la Concesión otorgada por Tucumán, cuando:

²⁴² Memorial, párrafos 313-314.

- i) Modificó directa y unilateralmente los términos del Contrato de Concesión. Esto ocurrió cuando el ERSACT dictó la Resolución 212/96, que revocó las especificaciones precontractuales de la propia Provincia y contravino las disposiciones del Contrato de Concesión al imponer a CAA la obligación de tener en cuenta determinados impuestos para calcular los máximos de sus tarifas; cuando se impidió a CAA interrumpir la prestación de servicios a los clientes en mora y cuando la Legislatura estableció tarifas reducidas y otras disposiciones contractuales económicamente perjudiciales en el marco de la Ley 6826;
- ii) Incitó a la población de Tucumán a rehusarse a pagar las cuentas de CAA y protegió a los clientes de la compañía frente a las consecuencias jurídicas de esa negativa, y
- iii) Obligó a CAA a seguir prestando servicios en Tucumán durante más de 10 meses, en violación del régimen de rescisión previsto en el Contrato de Concesión²⁴³.

Las autoridades de Tucumán privaron a las Demandantes de un trato justo y equitativo consistente en protección y plena seguridad

5.2.17. Las Demandantes sostienen que el texto de las disposiciones del Artículo 5(1) del Tratado vincula íntimamente los mecanismos de protección que él otorga con lo estipulado en el Artículo 3, con lo cual esa protección y plena seguridad es una aplicación del principio de trato justo y equitativo.

5.2.18. Las Demandantes alegan que el requisito de protección y plena seguridad no se limita a la seguridad física, sino que comprende la seguridad de no ser objeto de un hostigamiento que vaya en detrimento del funcionamiento normal de los negocios de un inversionista. Sostienen que las autoridades de Tucumán no sólo faltaron a su obligación de garantizarles protección y plena seguridad, sino que, dando un paso más, tomaron parte activa en la realización e instigación de actos

²⁴³ Memorial, párrafos 318-319.

positivamente encaminados a comprometer esa seguridad. Dichas autoridades hicieron objeto a CAA de un acoso regulatorio ilegítimo e incitaron deliberadamente a la población a infligir perjuicios a las inversiones de las Demandantes.

5.3. Las autoridades de Tucumán expropiaron la inversión de las Demandantes

5.3.1. Las Demandantes invocan seis argumentos principales para respaldar su aseveración de que la Provincia expropió su inversión sin compensación, violando así el Artículo 5(2) del Tratado:

- i) La garantía del Tratado contra la expropiación no compensada es amplia;
- ii) El Artículo 5 prohíbe la expropiación de concesiones y derechos contractuales;
- iii) El hecho de que las autoridades de Tucumán hayan privado a las Demandantes de beneficios económicos que razonablemente esperaban obtener configura una expropiación;
- iv) Tomados individualmente o en conjunto, los actos y omisiones de la Provincia constituyen una expropiación;
- v) Imponer la obligación de prestar servicios durante el supuesto “período de cautividad” equivale a expropiar, y
- vi) Los efectos de los actos de las autoridades de Tucumán son decisivos²⁴⁴.

La garantía del Tratado contra la expropiación no compensada es amplia

5.3.2. Las Demandantes manifiestan que el concepto de “expropiación” ha sido definido en forma amplia en la jurisprudencia del CIADI, e incluye toda interferencia injustificada en el goce de la propiedad de un inversionista que prive a éste del

²⁴⁴ Memorial, págs. 154-185.

uso o el valor de la misma. Por ejemplo, un Estado es responsable de una expropiación ilegal cuando somete a bienes ajenos a medidas regulatorias o de otro género de carácter confiscatorio, o que impidan, interfieran en forma no razonable o retrasen indebidamente el goce efectivo de esos bienes. Además, el Artículo 5(2) del Tratado se ha redactado con especial cuidado de darle amplio alcance, ya que se refiere no sólo a medidas de expropiación indirectas, sino también a medidas equivalentes, que surtan un efecto similar al de la desposesión.

El Artículo 5 prohíbe la expropiación de concesiones y derechos contractuales por parte de las autoridades de Tucumán

5.3.3. Las Demandantes señalan que el Artículo 1 del Tratado define específicamente el término “inversiones”, incluyendo en la definición a las “concesiones acordadas por la ley o en virtud de un contrato”. Por lo tanto las disposiciones del Tratado son compatibles con el principio de derecho internacional firmemente establecido de que la privación de derechos contractuales constituye una expropiación o una medida equivalente a expropiación. En consecuencia, el hecho de que la Provincia haya desposeído a las Demandantes de derechos contractuales con valor económico que habían adquirido en virtud de la Concesión, o se los haya denegado, así como la destrucción del valor económico de la Concesión misma, constituye una expropiación que afecta a la “inversión” de las Demandantes, tal como la define el Artículo 1, por lo cual corresponde una compensación según lo previsto en el Artículo 5(2) del Tratado.

5.3.4. En casos como éste, referentes a los derechos que confiere a un inversionista un contrato celebrado con el gobierno mismo, el derecho internacional distingue entre incumplimiento meramente comercial y expropiación de un derecho contractual. Según las Demandantes existe expropiación cuando el Gobierno no actúa en cuanto parte comercial del contrato sino que ejerce sus potestades soberanas para eliminar las expectativas de las partes, reduciendo el valor del contrato, o privado a éste de valor.

5.3.5. A ese respecto, los actos de la Provincia no pueden caracterizarse, en circunstancia alguna, como meros incumplimientos comerciales de disposiciones contractuales, y representan precisamente el tipo de actos soberanos que constituyen expropiación realizada por una autoridad pública. Se señala que tres ejemplos no exhaustivos de modificaciones unilaterales de derechos contractuales dispuestas por la Provincia son especialmente significativos en cuanto a sus efectos sobre el equilibrio económico de la Concesión.

- i) Primero, el Gobierno Provincial utilizó su autoridad reguladora para obligar a CAA a dejar de facturar determinados impuestos a sus clientes, en contravención de las instrucciones anteriores de la propia Provincia y de las disposiciones expresas del Contrato de Concesión. Específicamente, las Demandantes alegan que la Resolución 170/96 del ERSACT, la Resolución No. 015 del Tribunal de Cuentas y la Resolución 212/96 del ERSACT obligaron a CAA a reducir sus tarifas casi un 10%, lo que afectó gravemente al equilibrio económico de la Concesión;
- ii) Segundo, la Provincia utilizó la autoridad que ejercía con respecto a CAA para impedir en la práctica los incrementos de tarifas del 10% que tenía derecho de introducir CAA en el segundo y en el tercer año de la Concesión. En la atmósfera hostil que habían creado las autoridades gubernamentales de Tucumán, CAA no tuvo más remedio que tratar de renegociar el acuerdo, no una ni dos, sino tres veces, durante la vida efectiva de la Concesión, es decir durante dos años y medio, y

iii) Tercero, en junio de 1997, la Legislatura modificó unilateralmente el marco jurídico que regía a CAA, modificando drásticamente el equilibrio económico de la Concesión. La Ley 6826 estaba destinada, presuntamente, a promover la aprobación de un nuevo contrato que rigiera la Concesión, pero el texto sancionado contenía aproximadamente 70 modificaciones económicamente significativas de las condiciones acordadas por las Demandantes y el Gobernador en el Acuerdo del 8 de abril. No obstante, la Ley 6826 entró en vigencia sin más trámite, y se mantuvo en vigencia desde el 1 de mayo de 1997 (el tercer período bimestral de facturación correspondiente a 1997) hasta que fue derogada, el 27 de agosto de 1997.

5.3.6. Las Demandantes sostienen asimismo que como parte del Contrato de Concesión, la Provincia tenía la obligación de abstenerse de socavar activamente la viabilidad del Contrato. El Ente Regulador provincial tenía además la obligación expresa de “cooperar con la concesionaria de manera de facilitar el cumplimiento del Contrato de Concesión, ejerciendo su poder para vigilar, regular y controlar de manera razonable...”.

5.3.7. Las Demandantes alegan que las autoridades de Tucumán infringieron esas obligaciones al atacar en forma vigorosa y sostenida a CAA, con lo cual despojaron de valor a la Concesión, al provocar la disminución de los coeficientes de recaudación de la compañía.

5.3.8. Esos actos de la Provincia destruyeron el valor de la inversión de las Demandantes en la Concesión de Tucumán, y la perspectiva de que esas pérdidas continuaran obligó a la rescisión del Contrato de Concesión, lo que completó la expropiación, por parte de la Provincia, de la inversión que habían realizado.

La privación, por parte de las autoridades de Tucumán, de los beneficios económicos razonablemente esperados por las Demandantes constituye una expropiación

5.3.9. Según las Demandantes, es un principio reiteradamente establecido en las decisiones internacionales sobre arbitraje que la expropiación puede originarse no sólo en la privación de derechos contractuales con valor económico a través de actos soberanos, como arriba se examina, sino también en la interferencia gubernamental en la capacidad de un inversionista de obtener, a través de su inversión, beneficios económicos que había previsto razonablemente.

5.3.10. En el presente caso, basándose en los compromisos asumidos por la propia Provincia en el Contrato de Concesión, las Demandantes tenían la legítima expectativa de que el desarrollo de su inversión y el régimen que se le aplicaría fueran compatibles con esas condiciones. Por lo tanto, los actos de la Provincia constituyeron una expropiación, no sólo en cuanto privación directa de derechos valiosos sino también como interferencia con los beneficios económicos que las Demandantes razonablemente esperaban obtener a través de su inversión en la Concesión. Las autoridades de Tucumán alteraron también el activo que constituye el aspecto medular de una inversión en una Concesión: la corriente de ingresos provenientes de pagos realizados por los usuarios del servicio. Las Demandantes tenían la legítima expectativa de que se les pagaran los servicios que iban a prestar, pero las autoridades de Tucumán, activa e implacablemente, deterioraron esa expectativa.

5.3.11. Como respaldo de esa aseveración, las Demandantes señalan que los ataques realizados por el Gobierno contra la Concesión comenzaron en julio y agosto de 1995, cuando las municipalidades exigieron el control de los servicios de agua y cloacas. Esos actos fueron seguidos rápidamente por declaraciones públicas del Gobernador, legisladores y el Fiscal de Estado, que condenaron la Concesión. Al final de 1995 la Legislatura había introducido una serie de proyectos de ley y otras propuestas de anulación o renegociación del Contrato de Concesión. La Legislatura designó también a una Comisión Investigadora para que revisara el régimen de privatización y analizara las alternativas de renegociación de la tarifa. Franco Davolio, el Ingeniero Supervisor Comisionado del ERSACT, aclaró la finalidad de esos actos cuando al ser interrogado acerca de las razones que llevaban al ERSACT a hostigar a CAA, en violación del texto y el espíritu del Contrato, declaró: “pero de arriba me piden que presione a [CAA] para la renegociación de las tarifas. ... por eso, hasta que no se renegocien las tarifas como el Gobierno quiere, la orden de arriba es presionar y presionar con todo lo que se tenga a mano”.

5.3.12. Las Demandantes sostienen que los ataques continuaron en 1996, cuando el Fiscal de Estado emitió un dictamen en que impugnaba la validez del Contrato de Concesión. Luego, el ERSACT adoptó la Resolución 170/96, que prohibía a CAA emitir facturas, y la Resolución 212/96, que confirmó la Resolución 170/96 y obligó a CAA a reducir sus tarifas a niveles inferiores a los que permitía el Contrato de Concesión. La Resolución 212/96 fue, alternativamente, suspendida y

reactivada en varias ocasiones, lo que agravó la confusión con respecto a las tarifas aplicables que habían precipitado los actos arbitrarios del Gobierno.

5.3.13. Los legisladores distribuyeron en la vía pública 3.000 solicitudes para alentar al público a presentar reclamaciones contra CAA y bloquear las medidas de cobro iniciadas por CAA. Análogamente, el Ombudsman estableció un procedimiento de reclamaciones que permitiría a los usuarios rehusarse a pagar los servicios de CAA. También dictó una resolución formal que en la práctica impidió a CAA cortar el servicio a los clientes que se rehusaran a pagar sus cuentas, y estableció un mecanismo de defensa jurídica para los clientes, para el caso de que CAA impugnara su negativa a pagar.

5.3.14. Las Demandantes sostienen que en 1996 y 1997 la Provincia y el Gobierno argentino no dejaron a las Demandantes otra opción que participar en múltiples series de intentos de renegociación. No obstante, las autoridades provinciales siguieron demorando y tratando de hacer fracasar los procedimientos, exigiendo la anulación o renegociación del Contrato de Concesión. Y aunque las partes en dos ocasiones estuvieron en condiciones de llegar a acuerdos preliminares sobre un Contrato de Concesión renegociado en 1996, el Gobierno Provincial se apartó rápidamente de esos procesos. El golpe final a la Concesión se produjo cuando el Gobernador, unilateral y clandestinamente, dio una nueva redacción al Acuerdo del 8 de abril y luego promovió su aprobación por la Legislatura.

5.3.15. En el contexto de este implacable ataque, el coeficiente de recuperación de CAA se redujo en forma sostenida a lo largo de toda la vida de la Concesión, aun

después de la rebaja de las tarifas. A la fecha en que CAA notificó a las autoridades la rescisión del Contrato de Concesión, el coeficiente de recuperación de CAA era de alrededor del 20%, en pronunciado contraste con los porcentajes de 89% a 90% que se tomaban como premisa en el Contrato de Concesión. Esta interferencia en las expectativas legítimas de las Demandantes constituyó una evidente privación de su propiedad. Además, cuando las autoridades públicas incitan a la población a tomar medidas contra una entidad extranjera específica, como ocurrió aquí, el Gobierno, conforme al derecho internacional, es responsable de los actos que realice la población.

Tomados individualmente o en conjunto, los actos y omisiones de la Provincia constituyen una expropiación

5.3.16. Las Demandantes hacen hincapié en que es un principio bien establecido de derecho internacional que aunque un único acto u omisión de un gobierno no constituya una violación de una obligación internacional, varios actos, tomados en conjunto, pueden justificar la conclusión de que esa obligación se ha infringido. Este concepto se refleja en el Artículo 15(1) de los *Artículos sobre la Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos* de la Comisión de Derecho Internacional (2002) (“Artículos de la CDI”). Además, según la definición dada por el Artículo 15(1), un acto compuesto se ‘produce’ en el momento en que tiene lugar el último acto u omisión que, tomado en conjunto con los restantes actos u omisiones, basta para constituir el acto ilícito, sin que sea necesariamente el último de la serie.

5.3.17. En el presente caso, las Demandantes sostienen que los actos de la Provincia, que se iniciaron en los meses iniciales de la Concesión y culminaron con las modificaciones secretas y unilaterales introducidas en el Acuerdo del 8 de abril, en 1997, tuvieron como consecuencia obligar a CAA a rescindir el Contrato de Concesión. La acumulación de obligaciones incumplidas por la Provincia, incluidas las obligaciones previstas en el Contrato de Concesión y las de actuar de buena fe en sus actividades comerciales, dieron lugar a la rescisión, y por lo tanto a la expropiación, de la inversión de las Demandantes.

Las acciones de las autoridades de Tucumán relacionadas con el supuesto “período de cautividad” constituyó una expropiación

5.3.18. Las Demandantes manifiestan que aun después de que culminó la expropiación de su inversión en la Concesión (es decir tras la rescisión del Contrato de Concesión), las autoridades de Tucumán realizaron una expropiación adicional al obligar a CAA a seguir prestando servicios a la Provincia sin que ninguna disposición contractual así lo regulara o lo dispusiera. En la práctica, la Provincia se apropió, para sí y para sus habitantes, del valor de los servicios de CAA por un período de más de 10 meses, además, no pagó compensación alguna a CAA por los servicios recibidos.

5.3.19. Las Demandantes sostienen que habiendo notificado a la Provincia de la rescisión del Contrato de Concesión por incumplimiento del otorgante el 27 de agosto de 1997, la Concesión debió haber terminado 90 días después, el 27 de noviembre de 1997. Los actos de autoridades gubernamentales que obligaron a CAA a prestar

servicios más allá de esa fecha constituyeron un acto de expropiación separado e independiente.

5.3.20. Las Demandantes subrayan que las disposiciones del Artículo 15.11 del Contrato de Concesión que prevén la prórroga por 18 meses del plazo de que disponía el concesionario tras la terminación, no son aplicables aquí, y ello por dos razones.

5.3.21. La primera es que la norma aplicable del Contrato de Concesión no es el Artículo 15.11, sino el Artículo 15.9.5, que establece las normas y procedimientos especiales que rigen la rescisión basada en el incumplimiento de la Provincia.

5.3.22. La segunda es que la prórroga por 18 meses prevista en el Artículo 15.11 del Contrato de Concesión está condicionada expresamente a que la Provincia no logre encontrar otro operador que se haga cargo del servicio. Por lo tanto, aunque la Provincia pueda imponer la prórroga por 18 meses a un proveedor que haya rescindido el contrato basándose en el incumplimiento de la Provincia, el ejercicio de esa prerrogativa debe ser acompañado por la confirmación efectiva de la inexistencia de un operador (público o privado) en condiciones de hacerse cargo del servicio. En el caso de que se trata, en cambio, la Provincia había operado el servicio durante años, y desde todo punto de vista estaba en condiciones de hacerse cargo del mismo. En tales circunstancias, la Provincia incurrió en abuso de autoridad al obligar a CAA a seguir siendo el proveedor del servicio conforme al Artículo 15.11.

5.3.23. Al exigir a CAA que prestara servicios en ese período, la Provincia la obligó a seguir absorbiendo todos los costos vinculados con la operación de la Concesión.

La Provincia no le ofreció en ningún momento una compensación por esos costos de operación, cuyo monto superaba los US\$10,5 millones. Las Demandantes alegan que simplemente no existe ningún principio de derecho internacional que pueda justificar los actos realizados por las autoridades gubernamentales en el presente caso, por lo cual tienen derecho a recuperar todos los costos en que incurrieron para operar el servicio durante los más de 10 meses en el llamado “período de cautividad”.

Los efectos de los actos de las autoridades de Tucumán constituyen un factor decisivo

5.3.24. Las Demandantes alegan que para establecer si una privación de propiedad constituye una expropiación es especialmente importante examinar el efecto que haya suscitado ese acto en los derechos de los inversionistas. Los efectos constituyen un factor decisivo, y es un principio firmemente establecido que la intención o falta de intención de expropiar que tenga el Gobierno no es un factor fundamental.

5.3.25. Esto significa que cualesquiera hayan sido los móviles que llevaron a la Provincia a actuar contra la concesionaria, para analizar la expropiación a la luz del Artículo 5 del Tratado lo decisivo son los efectos económicos destructivos de esos actos. Las Demandantes sostienen, por lo tanto, que aunque los móviles de las autoridades de Tucumán no sean claros, el Tribunal sólo tiene que concluir que esas autoridades en la práctica privaron a las Demandantes del valor de su inversión, aunque no haya sido esa su intención.

5.4. La Demandada es responsable bajo el Tratado de las medidas que son objeto de queja de las Demandantes

5.4.1. En lo que respecta a la defensa de la Demandada según la cual los actos de determinados legisladores provinciales y del Ombudsman no pueden atribuirse a Argentina, las Demandantes comienzan por observar que la Demandada no niega responsabilidad por actos (que pueden constituir un incumplimiento del Tratado) de la Legislatura (como órgano), del Poder Ejecutivo y de organismos provinciales como el ERSACT, el Fiscal de Estado o el Tribunal de Cuentas.

5.4.2. Luego, citando los Artículos 4 y 5 de los Artículos de la CDI, las Demandantes sostienen:

- i) Que los legisladores provinciales de Tucumán, ejerciendo, como lo hacen, funciones “legislativas” en una “división territorial del Estado”, son, individual y colectivamente, “organismos del Estado”, cuya conducta debe considerarse como acto del Estado conforme al derecho internacional, y
- ii) Que el Ombudsman, habida cuenta de sus funciones gubernamentales, su relación con la Legislatura y su plena autoridad, tiene también el carácter de “organismo del Estado”, por cuyos actos el Estado es responsable. Y aun cuando el Tribunal tuviera que concluir que el Ombudsman no es un organismo del Estado, es ciertamente una entidad “facultada por el derecho” de Argentina “para ejercer atribuciones del poder público” dentro del marco del Artículo 5, de las que el Estado debe hacerse responsable.

5.4.3. Por estas razones, las Demandantes dicen que la Demandada no está en lo cierto cuando alega que los actos de los legisladores provinciales de Tucumán y del Ombudsman no pueden atribuirse a la Demandada. Su conducta, que según las Demandantes representa una violación del Tratado, es imputable a la Demandada, quien, por lo tanto, tiene la obligación de compensar a las Demandantes conforme al Tratado.

5.5. La Demandada debe responder por todo reclamo bajo el Tratado, incluyendo aquellos relacionados con cuestiones contractuales

5.5.1. Las Demandantes rechazan los argumentos de la Demandada de que sólo han formulado reclamaciones contractuales; de que la existencia de una cláusula de selección de foro impide al Tribunal pronunciarse sobre el significado del contrato, y de que las Demandantes deben probar que la conducta de las autoridades de Tucumán representa algo más que una mera violación contractual —que deben probar una “violación y algo más”— para que se configure la violación del Tratado conforme al derecho internacional.

5.5.2. Las Demandantes sostienen que el Comité *ad hoc* concluyó que un nuevo tribunal podría (incluso debería) considerar y decidir las cuestiones contractuales que puedan ser necesarias para pronunciarse sobre reclamaciones de las Demandantes basadas en el Tratado.

5.5.3. Las Demandantes señalan que el Comité *ad hoc* describió el estándar del Tratado como “independiente”, es decir diferente, pero no necesariamente agregado, a cuestiones de cumplimiento o violación del contrato. Por lo tanto, la prueba de la violación de los Artículos 3 ó 5 no depende de que se pruebe “algo más” que la violación de un contrato y, en las circunstancias apropiadas, la prueba de uno o más incumplimientos contractuales puede servir de base para probar —o inclusive puede en sí misma constituir— una violación del Tratado. No obstante, aunque se requiera “algo más”, ese “algo más” está presente aquí, puesto que el Gobierno actuó no en cumplimiento de actos de comercio, sino utilizando su autoridad

soberana para abatir las expectativas de las partes y privar de valor al contrato. Las Demandantes invocan las decisiones adoptadas en los casos *Shufeldt*²⁴⁵, *Phillips Petroleum*²⁴⁶, *Seaco*²⁴⁷, y *SPP*²⁴⁸ para ilustrar el hecho de que los tribunales imponen sistemáticamente la obligación de indemnizar en caso de utilización de la autoridad soberana para destruir o modificar unilateralmente derechos contractuales²⁴⁹.

5.5.4. En resumen, las Demandantes alegan que la Demandada debe responder a todas y cada una de las reclamaciones relativas al Tratado planteadas por las Demandantes, incluidas las basadas en el impacto de los actos de la Provincia con respecto a los derechos que confería la Concesión a las Demandantes. Además, en la medida en que para pronunciarse sobre las reclamaciones de las Demandantes en el marco del Tratado el Tribunal tenga que evaluar lo alegado por las partes con respecto a sus derechos contractuales, debe hacerlo. Según las Demandantes, es inadmisibile que la Demandada sostenga, desconociendo las decisiones jurisdiccionales a las que se ha llegado en el presente caso, que el Tribunal no es competente para entender en todas las reclamaciones que se basen en cuestiones contractuales, o que violaciones contractuales como tales no pueden servir de respaldo para reclamaciones basadas en el Tratado, a menos que exista “algo más”.

²⁴⁵ *Shufeldt Claim (Estados Unidos c. Guatemala)*, Decisión del Árbitro del 24 de julio de 1930, 2 INT’L ARB AWARDS 1083, 1095-96.

²⁴⁶ *Phillips Petroleum Company Iran c. República Islámica del Irán y NIOC*, Laudo No. 425-39-2, Laudo del 29 de junio de 1989, 21 Iran – U.S. C.T.R. 79, párrafos 765-76.

²⁴⁷ *Searco, Inc. c. República Islámica del Irán*, Laudo No. 531-260-2, Laudo del 25 de junio de 1992, 12 Iran – U.S. C.T.R. 335, párrafo 45.

²⁴⁸ *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited c. la República Árabe de Egipto* (Caso CIADI No. ARB/84/3), Laudo sobre el fondo del asunto del 20 de mayo de 1992, 32 I.L.M. 937 (1993), párrafos 164-65.

²⁴⁹ Memorial, párrafos 329-34; y Escrito de réplica, párrafo 269.

5.6. Las alegaciones de la Demandada de que CAA violó el Contrato de Concesión son engañosas y no justifican la rescisión

- 5.6.1. Las Demandantes sostienen que las alegaciones de la Demandada de que CAA violó el Contrato de Concesión son engañosas y no justifican la rescisión del contrato por parte de la Provincia.
- 5.6.2. Las Demandantes afirman que inmediatamente después de recibir la notificación de rescisión efectuada por CAA, el ERSACT esgrimió múltiples resoluciones, nuevas y viejas, imputando a CAA todo tipo de violaciones del Contrato de Concesión. Dos semanas después, la Provincia promulgó el Decreto 2270, en que se mencionaban todos los incumplimientos que acababa de invocar el ERSACT y que supuestamente rescindía el Contrato de Concesión.
- 5.6.3. Las Demandantes describen el Decreto 2270 y las múltiples resoluciones del ERSACT que lo precedieron como el ejercicio descarnado de actos políticos —un ejemplo perfecto de la "parodia de regulación" de inspiración política que se impuso a CAA durante el período de su Concesión. Las Demandantes invocan la simple falsedad fáctica de tantas de esas alegaciones de incumplimiento como prueba de su naturaleza “vergonzosa”.

El presunto incumplimiento de CAA de realizar inversiones

- 5.6.4. En lo que respecta a la manifestación de la Demandada de que CAA no cumplió sus obligaciones contractuales de realizar inversiones de capital anuales, las Demandantes invocan el informe de abril de 1998 de Barbier Frinault & Associés (Arthur Andersen) (Prueba documental 882), que demuestra que al final del

segundo año de la Concesión, las inversiones realizadas por CAA diferían en US\$75.000 de los objetivos estipulados en el contrato, tras haber invertido una suma casi cuatro veces mayor a las inversiones requeridas para el primer año de la Concesión.

- 5.6.5. Las Demandantes dicen que los testigos propuestos por la Demandada no tienen en cuenta la estructura contractual de las obligaciones de la compañía en materia de inversiones. Dentro del total de las inversiones correspondiente a cada año había una parte destinada a "ampliaciones". Éstas, sin embargo, estaban sujetas a la condición de que CAA recibiera pedidos de clientes para realizarlas y a ciertos niveles de compromisos de los clientes para financiar parcialmente las obras. CAA no realizó las ampliaciones porque no recibió solicitud alguna a través de ese procedimiento, y por lo tanto no estaba obligada a efectuar las inversiones para "ampliaciones". Esto no significa que la red no se haya modificada en ese período; por el contrario, se realizaron más de 10.300 ampliaciones, pero todas contratadas por los clientes mismos, no utilizándose, por lo tanto, el procedimiento previsto en el Artículo 12.2 del Contrato de Concesión.

Presuntas deficiencias del programa de muestreo y pruebas de agua de CAA

- 5.6.6. Con respecto a la aseveración de la Demandada de que CAA no cumplió su obligación contractual de llevar a cabo un programa de control de la calidad del agua, las Demandantes manifiestan que en la medida en que el número de pruebas no realizadas fue escaso, CAA cumplió en todo momento los requisitos de realización de pruebas y toma de muestras de agua necesarias para tener la certeza

de que el agua que proporcionaba a sus clientes era de la mayor calidad posible, y la realización de esas pruebas fue reconocida posteriormente por la Provincia como un régimen más apropiado y eficaz. De hecho, la Provincia en definitiva adoptó, con leves modificaciones, el régimen de realización de pruebas y control de calidad del agua propuesto por CAA, y se proponía imponer a todo futuro concesionario la ejecución de ese programa.

5.6.7. Las Demandantes sostienen que en aspectos importantes, reconocidos y aceptados por los profesionales técnicos del ERSACT, el régimen aplicado por CAA fue mejor que el que estaba obligada a aplicar según el Contrato de Concesión. La conclusión lógica es que fue exclusivamente por razones políticas que el ERSACT siguió utilizando las alegaciones relacionadas con el Anexo XIII para hostigar a CAA.

Presunto déficit en el capital integrado de CAA

5.6.8. Con respecto a la posición de la Demandada de que CAA carecía de suficiente capital, las Demandantes sostienen que esa aseveración es absolutamente inexacta. Tal como lo certificaron los auditores independientes de CAA y consta en el registro de accionistas de CAA (Prueba documental 880), CAA estaba plenamente capitalizada, contando con US\$30 millones en mayo de 1997, antes de la fecha de expiración del plazo contractual del final del segundo año de la Concesión.

Supuesto incumplimiento, por parte de CAA, de mantener garantías de cumplimiento

5.6.9. Las Demandantes rechazan la alegación de la Demandada sobre incumplimiento consistente en falta de las garantías de cumplimiento contractualmente requeridas, señalando que antes de la expropiación de la Concesión CAA disponía de las garantías que cubrían US\$30 millones y US\$4,15 millones, y mantuvo vigentes las pólizas de seguros necesarias en todo el período en que estuvo en vigor el Contrato de Concesión.

Supuestas fallas del plan de emergencia de CAA

5.6.10. En lo que respecta a la afirmación de la Demandada de que CAA no presentó un plan de emergencia, o presentó un plan inadecuado, las Demandantes sostienen que el plan de emergencia presentado por CAA era totalmente adecuado y se basaba en un plan ya establecido y en funcionamiento en Poitiers, Francia. El hecho de que el ERSACT lo haya rechazado sumariamente constituye otro ejemplo de la actitud arbitraria e intransigente que adoptó el Ente Regulador con respecto a CAA.

Los supuestos servicios insatisfactorios de CAA

5.6.11. Las Demandantes sostienen que la Demandada describe falsamente los hechos referentes a los episodios de turbiedad cuando los presenta como prueba de los supuestos servicios insatisfactorios de CAA. Sostienen que esos hechos demuestran exactamente lo contrario. La breve e inocua turbiedad roja que se produjo en diciembre de 1995 fue el resultado inevitable de las reparaciones

necesarias realizadas por CAA en la red del agua, y la turbiedad, también inocua, que oscureció un tanto el agua a fines de enero de 1996, causada por la presencia de manganeso en el embalse —circunstancia que escapaba al control de CAA— demostró el profesionalismo con que CAA manejó un hecho de fuerza mayor imprevisible, y la eficiencia con que diagnosticó y enfrentó el problema.

5.6.12. En lo que respecta a esos hechos independientes de turbiedad, las Demandantes mencionan cinco puntos comunes a todos ellos. Primero, ninguno de los incidentes representó riesgo alguno para la salud de la población de Tucumán. Segundo, ninguno fue causado por negligencia de CAA. Tercero, ambos incidentes fueron detectados, diagnosticados y corregidos por CAA prontamente y en forma profesional. Cuarto, la información proporcionada por CAA a las autoridades y a sus clientes a lo largo de toda la duración de los episodios de turbiedad fue transparente y precisa. Quinto, las medidas adoptadas por CAA dieron la certeza de que similares problemas de turbiedad podrían prevenirse o mitigarse en el futuro.

5.7. Las Demandantes reclaman indemnización por privación de sus derechos bajo el Tratado

5.7.1. Las Demandantes sostienen que han sido privadas de los derechos que les confieren los Artículos 3 y 5 del Tratado, por haber sido sometidas a múltiples formas de trato injusto y falta de equidad, en violación del derecho internacional; además se les ha expropiado su inversión sin indemnización. Pretenden que se les indemnicen los daños y perjuicios correspondientes a esos daños que les han sido causados.

- 5.7.2. Las Demandantes manifiestan que ese daño proviene principalmente de los mismos actos y omisiones de la Provincia, ya sea que resulte de violaciones al Artículo 3 o al Artículo 5 del Tratado, pero que el modo de medirlo con más precisión consiste en considerar el valor total de los derechos de propiedad que les expropiaron las autoridades gubernamentales de Argentina.
- 5.7.3. Por lo tanto, las Demandantes inician solicitando la indemnización de los daños y perjuicios emanados de la reducción forzada de la tarifa y de la disminución del coeficiente de recuperación durante los dos años y medio de vida del Contrato de Concesión. Segundo, reclaman que se les indemnice por los daños causados por la rescisión prematura del Contrato de Concesión, incluido el lucro cesante de CAA, el valor de sus inversiones, el monto de los costos en que debió incurrir CAA para pagar indemnizaciones por despido, y los costos vinculados con el incumplimiento de subcontratos provocado por la rescisión de la Concesión. Por último, pretenden que se les indemnicen los daños y perjuicios correspondientes al período en que CAA se vio obligada a prestar servicios adicionales tras la rescisión del Contrato de Concesión, así como los daños y perjuicios que ha sufrido hasta ahora.
- 5.7.4. Las Demandantes subrayan que las decisiones internacionales han impuesto sistemáticamente a los gobiernos la obligación de pagar una indemnización equivalente al valor total de la propiedad expropiada. El Artículo 5(2) del Tratado establece el marco específico para ese caso, y da cabida a esos principios en forma directa, estableciendo que si Argentina “[adopta] de manera directa o

indirecta, medidas de expropiación o de nacionalización o cualquier otra medida equivalente que tenga un efecto similar de desposesión”, debe autorizar el pago de una indemnización pronta y adecuada, cuyo monto, calculado sobre la base del valor real de la inversión afectada, debe evaluarse en relación con la situación económica normal, y antes de cualquier amenaza de desposesión.

5.7.5. De acuerdo con lo manifestado por las Demandantes, en este caso el propio Contrato de Concesión establece la orientación más certera para establecer el valor de los bienes expropiados y el conocimiento que hayan tenido las partes de las condiciones económicas normales en que operaría la Concesión. Así, el valor de la inversión realizada por las Demandantes es esencialmente el valor de la Concesión, y la mejor manera de realizar esa valoración consiste en utilizar las condiciones económicas y supuestos financieros acordados en el propio Contrato de Concesión. Las Demandantes sostienen que las autoridades de Tucumán eliminaron o redujeron por otra vías derechos económicos valiosos que les confería el Contrato de Concesión, durante su vigencia. Las Demandantes sostienen también que las autoridades provinciales las privaron del valor de sus derechos contractuales durante los más de 27 años restantes del Contrato de Concesión, que CAA se vio obligada a rescindir en virtud de la conducta ilícita de la Provincia. Las Demandantes han calculado los daños y perjuicios adeudados conforme a esos dos componentes de sus reclamaciones a la fecha de rescisión del Contrato de Concesión, 27 de noviembre de 1997. También reclaman la indemnización de los daños y perjuicios causados en el período posterior a la rescisión durante el cual CAA se vio obligada a prestar servicios de agua y

tratamiento de aguas cloacales en Tucumán, y por las pérdidas netas en que incurrió después de esa fecha en relación con los programas de mitigación que habían establecido.

- 5.7.6. Las Demandantes reclaman una indemnización de daños y perjuicios por un monto de US\$316.923.000, más intereses compuestos y la restitución de las costas y gastos del litigio²⁵⁰. Para respaldar sus cálculos sobre los daños y perjuicios sufridos presentaron una Declaración de Cantidades Reclamadas, con el correspondiente informe de verificación de Ernst & Young²⁵¹.

Daños y perjuicios por pérdidas experimentadas durante la vigencia del Contrato de Concesión

- 5.7.7. Las Demandantes sostienen que la Provincia es responsable de los daños y perjuicios causados cuando menos por las tres modificaciones de las condiciones económicas esenciales del Contrato de Concesión.
- 5.7.8. Primero, la Resolución 212/96 impidió a CAA facturar a sus clientes los impuestos locales (IB, PACIS y OS). En los períodos en que rigió esa prohibición CAA se vio obligada a pagar el costo de estos impuestos, en un contexto en que sus tarifas por servicios estaban sometidas a topes máximos, lo que le provocó pérdidas por más de US\$3.578.000. Segundo, CAA sufrió pérdidas debido a que no le era posible aplicar los incrementos de tarifas del 10% permitidos en el segundo y tercer año de la Concesión; en total, estas pérdidas superaban

²⁵⁰ Escrito de réplica, párrafo 438.

²⁵¹ Declaración de Cantidades Reclamadas, con informe de verificación de Ernst & Young, 19 de noviembre de 2004 (Prueba documental 7).

US\$5.846.400. Tercero, la Ley Provincial 6826, sancionada en relación con la tercera renegociación, impuso reducciones de tarifas en consonancia con el texto unilateralmente modificado. La Ley 6826, a la que se dio retroactividad al 1 de mayo de 1997, siguió en vigente hasta el 27 de agosto de 1998, pese al fracaso de la renegociación causado por los actos de mala fe de la Provincia. Según las Demandantes, las pérdidas correspondientes a este período ascienden a US\$5.718.600.

5.7.9. Las Demandantes sostienen que los actos realizados por las autoridades durante la vigencia efectiva del Contrato de Concesión, es decir, en el período comprendido entre el 22 de julio de 1995 y el 27 de noviembre de 1997, redujeron el coeficiente de recuperación real de CAA, llevándolo a niveles considerablemente inferiores a los establecidos en el Contrato de Concesión. A este respecto las Demandantes pretenden que se les reembolse la suma de US\$47.658.000, compuesta por:

- i) US\$41.686.000 por pérdidas resultantes en la disminución de ingresos (calculados multiplicando la diferencia entre la tasa de recuperación supuesta en el Contrato de Concesión y la tasa de recuperación real, por la tarifa real);
- ii) US\$2.108.000 por pérdidas vinculadas con el cargo del CENTE del 6% pagadero al ERSACT. CAA se vio obligada a pagarlo no bien emitía una factura e independientemente de que el cliente pagara o no la factura, y
- iii) US\$3.864.000 por pérdidas correspondientes al financiamiento de costos emanados del déficit de efectivo experimentado por CAA, creado por la disminución de la tasa de recuperación.

Daños y perjuicios por pérdidas resultantes de la rescisión del Contrato de Concesión

5.7.10. Las Demandantes reclaman una indemnización plena del valor de la de Concesión a la fecha de la expropiación. Invocan, *inter alia*, el Artículo 15.8.3 del Contrato de Concesión, que según manifiestan es plenamente compatible con las normas de derecho internacional, y que en lo pertinente establece:

“En caso de rescate o rescisión por culpa del Concedente, se seguirá el procedimiento establecido en el Art. 15.9.5. del presente contrato. El Concedente restituirá la Garantía de Cumplimiento del Contrato, el valor no amortizado de los bienes adquiridos o construidos por el Concesionario, las inversiones en bienes de la concesión que no hubieren sido totalmente amortizados a la fecha del rescate, conforme al plan de amortizaciones e indemnizará al Concesionario por los daños emergentes de la rescisión, que se acrediten debidamente y deberá tomar a su cargo los subcontratos pendientes”.

5.7.11. Sobre esa base, las Demandantes reclaman:

- i) US\$12.117.000, correspondientes al valor de las inversiones amortizadas de CAA (que representan el valor neto de las inversiones realizadas por el Concesionario, definidas en el Artículo 15.8.3 del Contrato de Concesión);
- ii) US\$642.000 por daños y perjuicios accesorios relacionados con la rescisión del Contrato de Concesión (conforme al derecho internacional y a los Artículos 8.15 y 15.8.3 del Contrato de Concesión), y
- iii) US\$228.600.000, que representan el valor presente neto del lucro cesante de CAA por “la plena actividad” de la Concesión (calculada en relación con el valor de mercado anterior a la expropiación y los futuros flujos de caja contenidos en las proyecciones de flujo de caja en el Contrato de Concesión según lo previsto en el Artículo 15.8.3 de este último).

Daños y perjuicios experimentados durante y después del supuesto “Período de Cautividad”

5.7.12. Las Demandantes sostienen que la Provincia obligó a CAA a prestar servicios por un período de más de 10 meses después de la rescisión del Contrato de Concesión. Por lo tanto, los daños y perjuicios reclamados con respecto a ese período surgen, no de la expropiación de los derechos que poseía CAA en virtud del Contrato de Concesión, sino de la expropiación de servicios prestados por CAA después que culminó esa primera expropiación. Las Demandantes reclaman el pago de todos los gastos en los que incurrieron para prestar servicios extracontractuales durante más de 10 meses, y de los gastos en que incurrieron ulteriormente, cuando CAA realizó continuos esfuerzos de mitigación de daños, encaminados a cobrar facturas pendientes de pago.

5.7.13. Las Demandantes sostienen que los daños y perjuicios experimentados por CAA en el período de prestación forzada de servicios ascendieron a US\$10.580.000, a lo que se agregan daños por un monto de US\$4.409.000, sufridos después del supuesto “período de cautividad”, que corresponden a costos de cobro de facturas impagas, lo que hace una reclamación total de restitución correspondiente a esos períodos de US\$14.989.000.

Contingencia de responsabilidad tributaria

5.7.14. Con respecto a la reclamación de impuestos de la AFIP contra CAA, que se describe en el párrafo 4.22, *supra*, las Demandantes manifiestan que si se hace lugar a la reclamación de la AFIP, los daños y perjuicios experimentados por

CAA debido a la expropiación se verán incrementados en el monto de esa responsabilidad impositiva adicional. En consecuencia, se añade a los daños y perjuicios causados una reclamación contingente de no menos de US\$1.402.000, que representa la responsabilidad impositiva reclamada, excluidas sanciones o intereses (que las Demandantes se reservan del derecho de agregar cuando se conozca el monto definitivo de la responsabilidad).

Intereses

5.7.15. Las Demandantes alegan que tienen derecho a que se condene a la Demandada a pagarles intereses por el monto de los daños y perjuicios que reclaman, para recuperar la posición que habrían tenido si la Demandada hubiera pagado prontamente una adecuada indemnización a la fecha de la expropiación que realizó. Los intereses deberían comenzar a correr a partir del 27 de noviembre de 1997, fecha en que las Demandantes han calculado y declarado las sumas que reclaman.

5.7.16. Las Demandantes sostienen asimismo que en los casos de expropiación se debe aplicar una tasa de interés no simple sino compuesta, del 9,70%, que es la “tasa de redescuento” aplicada en el análisis realizado por las Demandantes mediante el método de actualización de los flujos de fondos para calcular el valor neto actualizado (al 27 de noviembre de 1997) correspondiente al plazo restante del Contrato de Concesión expropiado. Esa tasa se basa en la tasa del Bono del Tesoro “Argentina Rep 17”, de Argentina, cotizado en esa misma fecha. Las Demandantes alegan que esa cifra representa un valor sustitutivo razonable de la

tasa de interés que las Demandantes pudieron haber obtenido por la indemnización que se les debía a la fecha de expropiación si esta indemnización les hubiera sido pagada prontamente, el 27 de noviembre de 1997. Según las Demandantes, esa tasa representaría por lo tanto una adecuada indemnización por los costos de oportunidad provocados por el hecho de que la Demandada no pagó una compensación pronta y adecuada por los actos de expropiación, injustos y contrarios a la equidad, realizados por la Provincia.

Costas

5.7.17. Las Demandantes pretenden el reembolso de las costas y gastos judiciales en que incurrieron²⁵². En cumplimiento del acuerdo procesal celebrado por las partes el 6 de junio de 2006 y homologado por el Tribunal a través de la orden dictada el 16 de junio de 2006, las Demandantes presentaron su escrito sobre costos el 29 de septiembre de 2006. Por el referido concepto reclaman más de US\$6,3 millones, incluidos honorarios de asesores legales, en relación con la etapa de las actuaciones en que se consideró el fondo del asunto. Además, reiteraron su solicitud de restitución de US\$706.273,23 en relación con los costos en que incurrieron en las actuaciones jurisdiccionales, según se detalla en el informe sobre costos que presentaron el 31 de agosto de 2005.

Modo de pago

5.7.18. Las Demandantes efectuaron sus inversiones en Argentina, en dólares de los Estados Unidos de América y/o en francos franceses. Como los daños y perjuicios

²⁵² Memorial, párrafo 409.

que reclaman se calculan en dólares de los Estados Unidos, solicitan que el pago de la suma que se les adjudique se efectúe en esa misma moneda. Las Demandantes efectuaron sus inversiones con fondos transferidos a Argentina por CGE/Vivendi, por lo cual solicitan, conjuntamente, que el Tribunal disponga la realización del pago en Francia, en la cuenta de Vivendi.

6. ARGUMENTOS DE LA DEMANDADA

6.1. Enfoque del Tribunal

- 6.1.1. En esta sección resumimos los aspectos y alcances de las defensas y argumentos esgrimidos por la Demandada, según surge de los alegatos, escritos presentados y en el curso de la audiencia oral.
- 6.1.2. La Demandada se defiende sobre la base de seis proposiciones principales, que en síntesis pueden expresarse de la siguiente manera:
- i) ni CAA ni CGE/Vivendi son verdaderos demandantes conforme al Tratado en lo que respecta a las cuestiones de hecho²⁵³;
 - ii) los argumentos de las Demandantes se refieren exclusivamente a cuestiones contractuales, sobre las que el presente Tribunal carece de jurisdicción, ya que no revelan violaciones al Tratado²⁵⁴;
 - iii) CAA frustró el Contrato de Concesión, haciendo que fracasaran sus operaciones de Tucumán, debido a su propia mala administración, sus incumplimientos contractuales y errores de relaciones públicas²⁵⁵;
 - iv) la Provincia reaccionó —tanto en su calidad de parte contratante como de gobierno— de manera responsable, adecuada y proporcional al incumplimiento de las obligaciones contractuales de CAA. Las Demandantes siempre recibieron un trato justo y equitativo y siempre se

²⁵³ Memorial de contestación, párrafos 14-15.

²⁵⁴ Memorial de contestación, párrafo 2.

²⁵⁵ Memorial de contestación, párrafos 3 y 4.

les brindó plena protección y seguridad. Ninguna de las medidas de las autoridades provinciales constituyó una expropiación²⁵⁶;

- v) la Demandada tenía causa para rescindir el Contrato de Concesión y así lo hizo debidamente²⁵⁷. Exigir que CAA prestara servicios después de ello era lícito y no constituía una expropiación, y
- vi) los argumentos de las Demandantes también deben desestimarse sobre la base de que su reclamación por daños y perjuicios carece de fundamento, respaldo y justificación. En caso de que el Tribunal llegara a la conclusión de que las Demandantes tienen derecho a indemnización por daños y perjuicios, éstos deberían limitarse al *damnum emergens*, sobre la base de pruebas confiables de la pérdida sufrida. En ningún caso tienen las Demandantes derecho a recibir un de *lucrum cessans*²⁵⁸.

6.2. CAA no es una Demandante apropiada

6.2.1. La Demandada sostiene que CAA no está autorizada a reclamar, bajo ninguna consideración un daño porque adquirió sus derechos en violación del Contrato de Concesión²⁵⁹. Como CGE recién se convirtió en accionista mayoritaria de CAA en junio de 1996, CAA no era una empresa “francesa” en el sentido del Artículo 1 (2) del TBI cuando se firmó el Contrato de Concesión, puesto que CAA no estaba bajo el control directo o indirecto de CGE²⁶⁰.

6.2.2. La Demandada alega además que la adquisición por CGE de su participación controlante en CAA era contraria a las disposiciones del Artículo 2.3.2 del Contrato de Concesión, porque el Poder Ejecutivo no autorizó la transferencia de la propiedad de las acciones de CAA que llevó a que la participación de CGE fuera de 85%. En consecuencia, CAA adquirió el derecho a presentar una reclamación en virtud del TBI sólo a través de la expresa violación de los

²⁵⁶ Memorial de contestación, párrafo 3.

²⁵⁷ Memorial de contestación, párrafo 11.

²⁵⁸ Memorial de contestación, párrafo 17.

²⁵⁹ Escrito de réplica, párrafos 140-142.

²⁶⁰ Escrito de réplica, párrafos 408-410.

términos del Contrato de Concesión. La Demandada afirma que la reclamación de CAA debe desestimarse porque se ha planteado de mala fe y que, por razones de política, no se debería permitir a CAA presentar una reclamación por violación de los derechos del Tratado que adquirió en forma ilegítima.

- 6.2.3. La Demandada acepta la jurisdicción del Tribunal para decidir sobre la reclamación de CAA, pero sostiene que, en el marco del debido ejercicio de esa jurisdicción, la reclamación de CAA debe desestimarse por estas razones.

6.3. Los argumentos de las Demandantes se refieren exclusivamente a cuestiones contractuales

- 6.3.1. Las Demandada aduce que el Tribunal carece de jurisdicción sobre cualquier diferencia que surja del Contrato de Concesión. En lo que respecta a la Concesión, la tarea del Tribunal se limita a “tener en cuenta los términos del contrato” a los fines de determinar —principalmente— si Argentina ha incurrido en un incumplimiento de la obligación de otorgar un trato justo y equitativo de acuerdo con los principios del derecho internacional. Si el Tribunal llega a la conclusión de que las medidas de la Provincia de Tucumán están verosímilmente justificadas teniendo en cuenta los términos del Contrato de Concesión, y si no ha habido denegación de justicia respecto del foro para la solución de las diferencias contractuales, es difícil ver sobre qué base Argentina podría ser responsable a nivel internacional por los supuestos actos de la Provincia.
- 6.3.2. En el curso de los argumentos de cierre presentados por la Demandada durante la audiencia sobre el fondo del asunto, la Demandada trató de aclarar su posición

respecto de la medida en que el Contrato de Concesión podría y debería ser considerado por el Tribunal²⁶¹.

6.3.3. Según la Demandada, la Decisión sobre Anulación no indicaba que el Primer Tribunal podría o debería haber decidido acerca del Contrato de Concesión, sino que “debería haber tratado más de ver si alguno de los hechos del caso podían ser separados de la disputa judicial, y si esos hechos encajaban en la categoría de poder soberano y si se había utilizado el poder soberano para incumplir una norma del Tratado”²⁶².

6.3.4. La Demandada adujo que las disposiciones del Artículo 16.4 del Contrato de Concesión impiden al Tribunal interpretar o aplicar el contrato, pero no exigen que el Tribunal ignore cuestiones de hecho relacionadas con el contrato²⁶³. En respuesta a una pregunta del Tribunal respecto de la aparente contradicción entre la posición de la Demandada y sus alegaciones de que las Demandantes habían violado el Contrato de Concesión, la Demandada alegó que analizar la “razonabilidad que estaba implícita en el contrato” no era interpretar ni aplicar el contrato²⁶⁴. La Demandada expresó además que el Tribunal podía y debía tener en cuenta los argumentos de la Demandada y analizar si es verosímil que las

²⁶¹ Transcripción en español de la audiencia sobre el fondo del asunto, día 11, páginas 3027-3036 (4 de agosto de 2006).

²⁶² Transcripción en español de la audiencia sobre el fondo del asunto, día 11, página 3031 (4 de agosto de 2006).

²⁶³ Transcripción en español de la audiencia sobre el fondo del asunto, día 11, página 3033 (4 de agosto de 2006).

²⁶⁴ Transcripción en español de la audiencia sobre el fondo del asunto, día 11, página 3034 (4 de agosto de 2006).

acciones de la Demandada estuvieran justificadas en virtud del Contrato de Concesión²⁶⁵.

6.4. CAA frustró su propio contrato y no cumplió con sus obligaciones de buena fe

- 6.4.1. La Demandada aduce que las Demandantes frustraron el Contrato de Concesión en el momento en que CAA dejó de cumplir con sus obligaciones contractuales de buena fe²⁶⁶.
- 6.4.2. En opinión de la Demandada, CAA aplicó una política comercial errónea al aumentar las tarifas en 110% en su primera facturación, cuando de acuerdo con el principio de “precios máximos” establecido en el Contrato de Concesión, lo podrían haber hecho de manera gradual o progresiva²⁶⁷. La Demandada expresa que esto destruyó efectivamente la credibilidad de CAA a los ojos de sus usuarios.
- 6.4.3. De acuerdo con la Demandada, CAA no realizó las inversiones a que estaba obligada. La Demandada aduce que cuando CAA asumió la Concesión, una de las prioridades más urgentes era la mejora del laboratorio, incluida la adquisición de los equipos necesarios para realizar las pruebas de calidad del agua estipuladas en el Contrato de Concesión. Sin embargo, CAA descuidó los equipos y las operaciones del laboratorio de pruebas, y durante más de tres meses, hasta noviembre de 1995, no mejoró el edificio del laboratorio. Aún entonces, según la Demandada, CAA gastó tan sólo montos ínfimos que eran insuficientes para que

²⁶⁵ Transcripción en español de la audiencia sobre el fondo del asunto, día 11, paginas 3035-3036 (4 de agosto de 2006).

²⁶⁶ Memorial de contestación, párrafos 423-430.

²⁶⁷ Memorial de contestación, párrafo 424.

CAA pudiera contar con los equipos necesarios para probar adecuadamente el abastecimiento de agua y mantener la infraestructura de suministro de agua²⁶⁸.

6.4.4. Mientras que las Demandantes afirman que CAA gastó casi ARS 140.000 en los primeros seis meses de la Concesión para reconstruir el laboratorio y comprar nuevos equipos y suministros, la Demandada señala que en el “Informe Anual de CAA de Avance del Plan Quinquenal” se indica que CAA invirtió tan sólo ARS 62.414,90 en el laboratorio durante todo el primer año de la Concesión, lo que representa tan sólo el 0,4% de la inversión total exigida a CAA durante el primer año de la Concesión²⁶⁹.

6.4.5. Según la Demandada, el hecho de que se tardara seis meses en “poner el laboratorio en condiciones de funcionamiento”²⁷⁰ demuestra la falta de compromiso de CAA con lo que debería haber sido una elevada prioridad. Es así que durante este período CAA no estableció un adecuado control de la calidad del agua ni cumplió con sus obligaciones en virtud del Contrato de Concesión. Al respecto, la Demandada afirma que CAA nunca compró la mayor parte de los equipos de laboratorio que debían adquirirse e instalarse en el laboratorio central y en los laboratorios de las principales plantas de tratamiento de agua a fin de cumplir con el Pliego de Condiciones²⁷¹.

²⁶⁸ Memorial de contestación, párrafo 118, con cita del informe del ERSACT sobre la inversión en el laboratorio (Prueba documental 592).

²⁶⁹ Memorial de contestación, párrafos 118-119.

²⁷⁰ Declaración jurada del Sr. de Rochambeau, 5 de noviembre de 2004 (Prueba documental 1), párrafo 42.

²⁷¹ Memorial de contestación, párrafo 122.

6.4.6. La Demandada afirma que desde el principio de la Concesión, el Ente Regulador exigió que CAA cumpliera con su obligación contractual de desarrollar un programa de muestreo para asegurar la calidad del agua. No obstante, la Demandada aduce que CAA no equipó el laboratorio adecuada y expeditamente. A modo de ejemplo, la Demandada señala que CAA esperó más de dos meses desde que se hizo cargo de la Concesión y más de cuatro meses desde la celebración del Contrato para comprar un instrumento necesario (un espectrofotómetro), cuyo precio era inferior al sueldo de uno de sus gerentes²⁷².

6.4.7. Según la Demandada, los incumplimientos de CAA en relación con el laboratorio y la prueba de la calidad del agua son indicativos del incumplimiento general de sus obligaciones de realizar inversiones durante toda la vigencia de la Concesión en Tucumán²⁷³. CAA tampoco realizó las inversiones necesarias para cumplir con sus obligaciones de ampliar el área de servicio²⁷⁴. Ésta era un requisito clave del Contrato de Concesión y, de hecho una de las razones principales por las que la Provincia decidió en primer lugar privatizar el servicio de agua potable. La insuficiencia resultante del suministro de agua potable planteó un grave riesgo de enfermedades a la población de las zonas más remotas de la Provincia²⁷⁵.

²⁷² Memorial de contestación, párrafo 123, (Prueba documental 56) donde se cita la factura de compra de un espectrofotómetro por valor de ARS 7.022 + IVA = 8.496,62, y una copia de la lista de sueldos reclamados por CAA a la Provincia, en el Expediente No. 849/300-C, 12 de septiembre de 1995 (Prueba documental 424).

²⁷³ Memorial de contestación, párrafo 127.

²⁷⁴ Memorial de contestación, párrafo 128.

²⁷⁵ Memorial de contestación, párrafo 128, donde se citan los siguientes documentos: Programa de Desarrollo de las Naciones Unidas, Perfil e Índice de Pobreza Humana (28 de enero de 1999); Organización Panamericana de Salud, Salud en las Américas, Edición 1998, Volumen I (adjunto como Prueba documental 27 al Memorial de contestación de la Demandada en el primer procedimiento de arbitraje) (“Deficiencias en la provisión de agua y deshechos residuales generan condiciones de alto riesgo que ponen en peligro especialmente a las áreas más pobres del país”).

6.4.8. En términos más generales, la Demandada afirma que CAA prestó un servicio deficiente, caracterizado por la constante falta de presión del agua, falta de prestación del servicio en los pueblos más pobres, y su negligencia al permitir la contaminación de la red con manganeso. Esta situación condujo a la distribución de agua de calidad “repugnante”, de apariencia negra que jamás se había visto antes y que conmocionó a los usuarios. La Demandada aduce que en diciembre de 1995 comenzó a fluir agua negra en los hogares de la población y que esta situación continuó durante aproximadamente seis semanas, hasta mediados de febrero de 1996. Al respecto, la Demandada expresa que:

- i) CAA hizo varios anuncios distintos, contradictorios y equívocos acerca de la causa de la contaminación y de si constituía o no un peligro para la salud²⁷⁶. A principios de enero de 1996, CAA explicó públicamente que la decoloración, a la que denominó “turbiedad roja”, se debía a la separación de partículas de óxido del interior de las redes de tuberías de hierro forjado después de algunas operaciones de limpieza realizadas por CAA en algunas zonas de San Miguel de Tucumán²⁷⁷. La Demandada rechaza las explicaciones de CAA acerca de la turbiedad inicial y expresa que la falta de diagnóstico adecuado por parte de CAA de la verdadera causa del problema de hecho empeoró la situación²⁷⁸. Sobre la base de este diagnóstico incorrecto de la contaminación bacteriológica, CAA trató el problema con el agregado de cloro, cuando en realidad la turbiedad se debía a la presencia de manganeso en el suministro de agua. El cloro inyectado en el sistema por CAA reaccionó con el manganeso lo que dio al agua una apariencia aún más oscura.
- ii) CAA no realizó las pruebas estipuladas en el Contrato de Concesión que hubieran impedido los problemas en la calidad del agua, se negó a dar respuesta a los reiterados pedidos del Ente Regulador de ver los resultados de los análisis, se quejaba de que las pruebas eran demasiado costosas y manifestó que no realizaría ninguna de las pruebas de control de la calidad si no se aumentaban las tarifas para cubrir los costos de explotación del contrato²⁷⁹. La Demandada expresa que las pruebas periódicas exigidas en

²⁷⁶ Memorial de contestación, párrafo 147.

²⁷⁷ Memorial de contestación, párrafos 147-149.

²⁷⁸ Memorial de contestación, párrafos 150-151.

²⁷⁹ Memorial de contestación, párrafo 157.

el Contrato de Concesión hubieran impedido el problema del agua negra²⁸⁰.

- iii) Al detectar que CAA había violado el Contrato de Concesión por no cumplir con la frecuencia de los controles de calidad del agua en agosto y septiembre de 1995, ERSACT estableció en consecuencia formalmente la existencia de 78 violaciones del Contrato de Concesión, y el 6 de diciembre de 1995 emitió las Resoluciones No. 38/95 a 115/95²⁸¹.
- iv) Independientemente del régimen contractual de los controles de calidad, la Demandada alega que CAA debió de haber previsto la posibilidad del acaecimiento del problema del agua negra²⁸². Al haber efectuado las debidas diligencias respecto de la infraestructura de abastecimiento de agua en Tucumán por más de 12 meses, CAA conocía o debería haber conocido los procedimientos correctos para extraer agua del depósito del dique El Cadillal sin originar riesgos de contaminación con manganeso²⁸³. Asimismo, según la Demandada, el problema del agua negra era indudablemente previsible y evitable, y el hecho de que CAA no lo haya previsto, ni en consecuencia evitado, se debió a su propio incumplimiento por parte de CAA de llevar a cabo los controles de calidad del agua exigidas contractualmente, así como de realizar con prontitud los trabajos de emergencia y las investigaciones pertinentes acerca de las características químicas y geológicas de uno de sus reservas más grandes²⁸⁴.

6.4.9. La Demandada afirma que CAA violó sustancialmente el Contrato de Concesión en docenas de ocasiones, y que las docenas de resoluciones emitidas en su momento por ERSACT dejan establecidos esos incumplimientos en forma concluyente. Ello es así por cuanto CAA nunca apeló ni pidió de otro modo la revisión judicial de las pertinentes resoluciones y las Demandantes no han

²⁸⁰ Memorial de contestación, párrafo 158. La Demandada se basa en cuatro publicaciones científicas que presentó como Prueba documental 18 en el primer arbitraje, las que, según la Demandada, explican “los medios para prevenir y controlar, mediante pruebas de la calidad y otras medidas, los procesos que tienen lugar en los lagos y diques como El Cadillal que pueden llevar a la contaminación del suministro de agua potable con manganeso”.

²⁸¹ Memorial de contestación, párrafos 159-160. La Demandada identifica las Resoluciones del ERSACT Nros. 38 a 115/95 (presentadas en el procedimiento llevado ante el Tribunal Original).

²⁸² Memorial de contestación, párrafos 163-168; Declaración jurada de Courel, 30 de septiembre de 2005 (Prueba documental 389).

²⁸³ Memorial de contestación, párrafo 163. Declaración jurada de Romero, 11 de noviembre de 2005 (Prueba documental 380), párrafo 22.

²⁸⁴ Memorial de contestación, párrafos 165-168.

presentado prueba alguna que permita al Tribunal examinar los méritos de ninguna de estas resoluciones del ERSACT²⁸⁵.

6.4.10. En síntesis, la Demandada expresa que para que las Demandantes puedan basarse en supuestos incumplimientos del Contrato de Concesión, ellas deben demostrar primero que cumplieron con sus propias obligaciones de buena fe en virtud del contrato²⁸⁶.

6.5. Las medidas de las autoridades de Tucumán fueron responsables, proporcionales y no constituyeron expropiación

6.5.1. La Demandada expresa que la propiedad de las Demandantes no fue objeto de expropiación según el significado que se da a ésta en el TBI por los siguientes motivos:

- i) los argumentos de las Demandantes en cuanto a la naturaleza y el contenido de la expropiación indirecta no son reconocidas en el derecho internacional y las afirmaciones de las Demandantes en el sentido de que el TBI debe interpretarse en sentido amplio no tiene sustento en los precedentes judiciales pertinentes;
- ii) las Demandantes afirman que dos tipos de propiedad han sido objeto de expropiación: derechos contractuales y “beneficios económicos razonablemente esperados” que se preveía que se derivarían de la Concesión. En cuanto a los primeros, la Demandada expresa que las autoridades de Tucumán no aniquilaron los derechos de las Demandantes bajo el Contrato. En cambio, fue la negativa de las Demandantes a cumplir con sus obligaciones contractuales lo que condujo a la rescisión del Contrato, que se mantuvo vigente hasta que las mismas Demandantes pusieron en marcha su rescisión. En cuanto a los segundos, la Demandada alega que el TBI no proveer seguro alguno contra inversiones no rentables ni garantiza que la inversión será rentable, especialmente cuando la mala gestión y los incumplimientos contractuales de las mismas Demandantes fueron la causa de la frustración de sus expectativas iniciales.

²⁸⁵ Memorial de contestación, párrafo 159, Nota 237.

²⁸⁶ Memorial de contestación, párrafos 423-430.

- iii) con relación a los actos legislativos, recae sobre las Demandantes la substancial carga de rebatir la fuerte presunción de legitimidad de la legislación reglamentaria del Estado. Los actos objetados fueron medidas legítimas y proporcionales que tenían por objeto proteger la salud pública y el bienestar de la población frente al incumplimiento de las Demandantes de prestar un suministro confiable de agua de buena calidad, una necesidad humana fundamental que el Estado tiene la responsabilidad de salvaguardar y atender.
- iv) algunos de los actos objeto de reclamación por parte de las Demandantes no fueron realizados ni consentidos por ninguna autoridad gubernamental. Dichos actos privados no pueden servir de base a una reclamación por expropiación.
- v) las autoridades de Tucumán tenían derecho, en virtud del Contrato, a exigir un período de servicios posterior a la rescisión del Contrato y así lo hicieron por razones totalmente legítimas tendientes a la protección de la salud pública y el bienestar general. Además, el Gobierno Federal tomó las medidas adecuadas para intervenir y acortar el período de servicios posterior a la rescisión del Contrato²⁸⁷.

6.5.2. La Demandada señala que las Demandantes al parecer sugieren que cualquier acto o medida de las autoridades de Tucumán que de alguna manera disminuyó la rentabilidad del Contrato puede y debe considerarse una medida “equivalente a la expropiación” y, por lo tanto, una violación de las disposiciones del Artículo 5(2) del TBI. Según la Demandada, este argumento es erróneo y carece de fundamento²⁸⁸.

6.5.3. La Demandada manifiesta que el TBI tenía por objeto incorporar un estándar de conducta basado en el derecho internacional consuetudinario²⁸⁹. Según la Demandada, los redactores del TBI no tuvieron la intención de ampliar el concepto de “expropiación” más allá del estándar establecido en el derecho

²⁸⁷ Memorial de contestación, párrafo 460.

²⁸⁸ Memorial de contestación, párrafo 461.

²⁸⁹ Memorial de contestación, párrafo 462.

internacional. De acuerdo con la Demandada, las Demandantes no presentaron prueba alguna en apoyo de la proposición de que era intención de los redactores del TBI proteger los “beneficios económicos razonablemente esperados” de los inversionistas, y que en cambio procedieron sobre la base de un malentendido manifiesto acerca del alcance del TBI, y en la medida en que el TBI tiene por objeto brindar comodidad y protección a los inversionistas²⁹⁰.

6.5.4. Además, la Demandada hace hincapié en que, en atención a las conclusiones del Comité *ad hoc*, el Tribunal, al considerar los argumentos de las Demandantes acerca de la expropiación, debería tener en cuenta la distinción que debe hacerse entre incumplimientos (en su caso) del Contrato de Concesión por las autoridades de Tucumán, y expropiación con el significado que este término tiene en el derecho internacional y en el TBI según se explicó. El Comité *ad hoc* señaló que “los Artículos 3 y 5 del TBI no se relacionan directamente con el incumplimiento de un contrato derecho interno. En su lugar establecen una norma independiente. Un estado puede violar un tratado sin violar un contrato y *viceversa*, y este por cierto es el caso de estas disposiciones del TBI”.

6.5.5. La Demandada expresa que, en consecuencia, todo incumplimiento del Contrato por parte de las autoridades de Tucumán sería insuficiente para sentar las bases de una reclamación por incumplimiento del TBI. Por lo tanto, recae sobre las Demandantes la carga de demostrar que la conducta por parte de las autoridades

²⁹⁰ Memorial de contestación, párrafo 462.

de Tucumán equivale a más que un mero incumplimiento del Contrato y, en cambio, se eleva al nivel de una expropiación conforme al derecho internacional.

6.5.6. La Demandada sostiene que las cuestiones específicas objeto de reclamación por parte de las Demandantes surgen de la aplicación de las disposiciones del Contrato de Concesión (la posibilidad de recuperar de los impuestos, el aumento de las tarifas en el segundo y tercer años y la renegociación de sus términos). Por lo tanto, es importante para el Tribunal tener en cuenta las distinciones que han hecho distinguidos juristas y tribunales entre una conducta que equivale a una expropiación y una conducta que no es susceptible de reparación en el ámbito del derecho internacional.

6.5.7. La Demandada sostiene la postura de que la jurisprudencia ha abordado específicamente el hecho de si puede establecerse que ha habido expropiación en virtud del supuesto incumplimiento del Contrato, cuando las Demandantes tuvieron la oportunidad de obtener reparación a través de un foro elegido contractualmente. En ese sentido, sólo cabe establecer que ha habido expropiación si la demandante prueba que ha habido denegación de justicia, o repudio de un derecho, que no podrían ser reparados por el foro elegido contractualmente, negándose de esa manera total o sustancialmente el ejercicio de ese derecho.

6.5.8. La Demandada manifiesta que ninguno de los hechos de este caso revela conducta alguna por parte de las autoridades de Tucumán que encuadre dentro del ámbito de una definición en sentido estricto de la expropiación según se ha reconocido en

el derecho internacional. En consecuencia, no ha habido ninguna conducta equivalente a una expropiación que dé lugar a responsabilidad en virtud del TBI.

- 6.5.9. Según el planteo de la Demandada, las acciones objetadas de las autoridades de Tucumán obedecen al debido ejercicio de la autoridad gubernamental y constituyen una respuesta razonable, proporcional y necesaria a la terrible emergencia ocasionada por la falta de cumplimiento por parte de CAA del suministro de agua potable, los graves y reiterados incumplimientos de sus obligaciones en virtud del Contrato de Concesión (según se describió antes) y las protestas del público por su suministro de agua no potable a precios inflados. Estos hechos revelan de manera incontrovertible que son las propias acciones de CAA —y no la de las autoridades de Tucumán— las que dieron lugar a que las Demandantes no pudieran obtener los beneficios previstos por ellas en virtud del Contrato de Concesión.

La respuesta del Ente Regulador

- 6.5.10. La Demandada sostiene que las resoluciones del ERSACT son correctas en lo que se refiere a la frecuencia y las pruebas de control de la calidad por las razones antes explicadas, en el párrafo 6.4.
- 6.5.11. En lo que respecta a las medidas adoptadas por el Ente Regulador para asegurar que CAA no facturara de más a los usuarios aplicándoles impuestos que CAA debía pagar y que debían haberse incluido ya en las tarifas, la Demandada señala que la respuesta del ERSACT:

- i) se ajustó a las quejas del público, que habían llevado al Defensor del Pueblo a pedir a CAA que aclarara su posición en una reunión que tuvo lugar el 26 de diciembre de 1995;
- ii) se basó en el asesoramiento que le proporcionó el Procurador General en cuanto a la legalidad y validez de la estructura tarifaria que había adoptado CAA;
- iii) tenía por objeto aclarar una cuestión que había sido abordada concreta y expresamente en el Pliego de Condiciones pero que quedó poco clara en el Contrato de Concesión y sujeta a interpretaciones, y
- iv) fue sostenida en última instancia por el Tribunal de Cuentas en una decisión, de efectos vinculantes tanto para el ERSACT como para el Poder Ejecutivo, la que no fue objetada por las Demandantes en los tribunales locales.

6.5.12. La Demandada sostiene que estos hechos no revelan acto alguno por parte de un organismo estatal que tuviera por efecto expropiar la inversión de las Demandantes. Las Demandantes tal vez no se hayan sentido felices con el Ente Regulador, pero la disconformidad con una norma reglamentaria válida no constituye una base valedera para una reclamación por expropiación en virtud del TBI.

Las Demandantes no han logrado refutar la presunción de legitimidad de la reglamentación del Estado

6.5.13. La Demandada rechaza la afirmación de las Demandantes de que la reglamentación por parte de las autoridades de Tucumán de las actividades de CAA en virtud del Contrato de Concesión era tan sólo un pretexto para forzar una renegociación. La Demandada afirma que la reglamentación gubernamental siempre afecta el valor de una inversión y el hecho de que el valor de la inversión

pueda haberse visto afectado por uno o más actos reglamentarios no dota a dicha reglamentación de carácter expropiatorio.

6.5.14. La Demandada alega que es una presunción necesaria que los Estados regulen cuando dicen que están regulando y, en este sentido, no debe presumirse ninguna responsabilidad del Estado por medidas reglamentarias de carácter no discriminatorio y que tienen por objeto y se aplican para proteger objetivos legítimos de bienestar público, como la salud pública, la seguridad y el medio ambiente. Además de la fuerte presunción de legitimidad que existe cuando los Estados regulan los derechos de propiedad, es un principio bien establecido que la reglamentación válida no constituye expropiación.

6.5.15. La Demandada sostiene que las medidas reglamentarias adoptadas por las autoridades de Tucumán tenían por objeto poner en vigor el Contrato de Concesión y “proteger los fines legítimos de bien común” en la Provincia de Tucumán, a saber: el suministro de cantidades accesibles de agua potable a la población en general. Es evidente que este proceso no revela la existencia de mala fe ni conducta *ultra vires* por parte de las autoridades de Tucumán.

6.5.16. En cuanto a la sugerencia de las Demandantes de que los diversos intentos de las partes por renegociar el Contrato de Concesión dan fundamento a sus reclamaciones basadas en los Artículos 3 y 5, la Demandada afirma que estas negociaciones lejos están de haber sido impuestas a las Demandantes. Más bien, la renegociación del Contrato de Concesión era una opción interesante para las Demandantes. Las posibilidades eran la rescisión del Contrato por la Provincia, en

razón de los numerosos incumplimientos de CAA, o seguir con la vigencia del Contrato, posiblemente por un plazo de 30 años. Ni CAA ni sus inversores querían ninguna de estas posibilidades²⁹¹.

- 6.5.17. La Demandada responde a las críticas de las Demandantes con respecto a discursos pronunciados y medidas adoptadas por legisladores y el gobierno señalando que ellos eran consecuencias naturales de la propia conducta de CAA. Un proveedor de un servicio esencial para la vida, como es el agua, debe esperar que su desempeño sea seguido de cerca por el público, incluidos legisladores y los medios de información.
- 6.5.18. En cuanto a las quejas de las Demandantes, basadas en la suspensión de las disposiciones del Contrato de Concesión que supuestamente autorizaban a CAA a aumentar las tarifas en 10% en el segundo y tercer años, la Demandada describe esta postura como insostenible.
- 6.5.19. Es más, a partir de marzo de 1996, CAA presentó propuestas de renegociación en las que se incorporaban reducciones de las tarifas. Por lo tanto, CAA sencillamente consideró que las tarifas eran un objeto adecuado de renegociación. Por ejemplo, en la reunión celebrada entre CAA y la Comisión de Renegociación el 27 de marzo de 1996, CAA propuso una reducción temporaria de las tarifas mientras esperaba el resultado de esas negociaciones. Más adelante, en agosto de 1996, CAA y la Provincia firmaron el Acuerdo Marco, en el que se disponía una reducción de 28% de las tarifas de CAA respecto de las aplicables en virtud del

²⁹¹ Memorial de contestación, párrafos 200-205.

Contrato de Concesión. Por último, en una propuesta hecha por CAA el 3 de marzo de 1997, CAA declaró que estaría dispuesta a acordar una reducción de las tarifas siempre que se ajustara a tres objetivos fundamentales: limitación geográfica de la zona abarcada por la Concesión; reducción del nivel exigido de inversiones, y la aplicación de cargos basados en el consumo. Para ese entonces, CAA sabía y aceptaba que no podía elevar las tarifas habida cuenta de su incapacidad para cumplir con niveles aceptables de servicio.

6.5.20. En síntesis, la Demandada afirma que el diferimiento del aumento de las tarifas al que CAA no tenía derecho y en lo que convino voluntariamente, no puede considerarse un acto del Estado destinado a privar a las Demandantes de sus derechos protegidos.

6.5.21. La Demandada expresa además que las afirmaciones de las Demandantes en el sentido de que el poder legislativo secreta y unilateralmente introdujo modificaciones sustanciales al Contrato del 8 de abril carecen de fundamento.

6.5.22. Las pruebas revelan que, después de un prolongado período de negociaciones, CAA obtuvo de las autoridades de Tucumán un nuevo Contrato de Concesión que, en esencia, proporcionaba a CAA los tres aspectos que ésta había procurado, y el proyecto de ley presentado al Poder Legislativo el 22 de abril de 1997 era el resultado de negociaciones y la redacción de las partes. Tras la reacción adversa frente al proyecto de ley en el Poder Ejecutivo, el Poder Legislativo y CAA realizaron un análisis general del proyecto de ley en la Comisión de Obras y Servicios Públicos del Poder Legislativo en mayo de 1997.

- 6.5.23. A partir de junio de 1997, la Demandada alega que legisladores oficialistas y técnicos del Ente Regulador analizaron con CAA las modificaciones a un nuevo proyecto de ley que luego fue presentado al Poder Legislativo por el Gobernador Bussi el 6 de junio de 1997. CAA aprobó el proyecto revisado de ley, como lo revela el hecho de que el 10 de junio de 1997 la misma CAA publicó un aviso en el que se promovían sus ventajas, y además el hecho de que CAA calculó sus facturas para el período de dos meses de mayo y junio de 1997 sobre la base de las disposiciones tarifarias del proyecto de contrato de concesión adjunto al proyecto revisado de ley.
- 6.5.24. La Demandada alega además que las Demandantes no presentaron prueba alguna de que las modificaciones introducidas en el nuevo contrato de concesión entre el momento de la firma del memorando de abril y la versión presentada al Poder Legislativo en julio de 1997 fueran “unilaterales”. Por el contrario, las pruebas revelan que las partes celebraron negociaciones para encontrar una solución mutuamente aceptable a los principales problemas que habían plagado el cumplimiento de la Concesión desde su inicio en 1995. Por lo tanto, cuando CAA repudió los términos del contrato revisado de concesión conforme a la Ley No. 6826, no tenía justificación alguna para alegar que hubieran existido modificaciones “sustanciales” y “unilaterales” al texto del contrato renegociado.
- 6.5.25. Teniendo en cuenta estos hechos, la Demandada concluye que deben rechazarse los argumentos de las Demandantes relativos a la existencia de una expropiación. Las autoridades de Tucumán habrían estado dispuestas a seguir tratando con CAA

en calidad de concesionaria si CAA no hubiera rescindido la Concesión. Las autoridades de Tucumán nunca intentaron nacionalizar la Concesión o despojar a CAA de sus activos. Tampoco fueron las medidas objeto de reclamación desproporcionadas ni irrazonables. La Demandada hace hincapié en que aún cuando la reglamentación por las autoridades de Tucumán tuviera el efecto de reducir la rentabilidad de la Concesión que las Demandantes esperaban, dicho efecto era una consecuencia incidental y adecuada de la reglamentación pública en aras del bienestar general. No fue, como aducen las Demandantes, un intento por “destruir la Concesión”, y no se presentó ante el Tribunal ninguna prueba que demostrara que lo fue. Por el contrario, hay pruebas claras de que la falta de rentabilidad de CAA se debió a la mala administración de la empresa por parte de la misma CAA. De cualquier manera, las autoridades de Tucumán sencillamente estaban ejerciendo su facultad reglamentaria para asegurar el suministro de agua potable a precios razonables. No puede caber duda de que este es un fin legítimo y una responsabilidad fundamental del gobierno local.

6.6. Inexistencia de trato injusto o inequitativo en violación de las disposiciones del Artículo 3 del TBI

6.6.1. La Demandada afirma que el contenido y alcance de las obligaciones previstas en el Artículo 3 del TBI son considerablemente más estrictos que los expuestos por las Demandantes y que, de todos modos, los hechos de este caso no permiten llegar a la conclusión de que ha existido violación alguna del Artículo 3, atendiendo ya sea a una interpretación “amplia” o “estricta” de la norma de trato “justo y equitativo”.

6.6.2. La Demandada indica que la norma de trato justo y equitativo siempre ha tenido la intención de ser un nivel mínimo del derecho internacional de tratamiento de los Estados hacia los inversores extranjeros. Pese a los intentos, principalmente de los círculos académicos, por proponer que ahora debe considerarse al “trato justo y equitativo” en un sentido más amplio que el previsto por la norma mínima del derecho internacional, la adopción de una norma más amplia no ha sido aceptada en la práctica.

6.6.3. La Demandada se basa en lo que según se dice se ha convertido en una formulación clásica de la norma mínima del derecho internacional, expresada por la Comisión de Reclamaciones entre Estados Unidos y México en el caso *Neer* de la siguiente manera:

“La corrección de los actos gubernamentales debe comprobarse frente a las normas internacionales... , para que constituya un incumplimiento internacional, el trato de un extranjero debe ser equivalente a un atropello, mala fe, negligencia maliciosa en el cumplimiento de un deber o deficiencia de una acción gubernamental tan distante de las normas internacionales que cualquier hombre razonable e imparcial la reconocería como deficiente” ²⁹².

6.6.4. Teniendo en cuenta casos como *Mondev*, *Loewen Group*, *Alex Genin* y *CME*, la Demandada alega que el examen de decisiones más recientes de los tribunales, tanto en el ámbito del TLCAN como de los TBI, revela que no se ha aceptado una interpretación más amplia de la norma mínima²⁹³.

²⁹² Caso *Neer*, Comisión General de Reclamaciones Estados Unidos-México, *Reports of International Arbitral Awards*, Vol. IV, pág. 60 (1926) (Traducción del Tribunal).

²⁹³ Memorial de contestación, párrafos 552-562, con cita de los casos *Mondev International Ltd. c. Estados Unidos de América* (Caso CIADI No. ARB (AF) /99/2), Laudo del 11 de octubre de 2002, 42 I.L.M. 85 (2003), 6 ICSID Reports 192; *The Loewen Group, Inc. y Raymond L. Loewen c. Estados Unidos de América* (Caso

- 6.6.5. La Demandada expresa que los intentos de las Demandantes por volver a caracterizar la obligación haciendo referencia a “componentes” especiales de la norma es algo novedoso, carente de respaldo y mal concebido. Al contrario, como cuestión práctica y de principio, los tribunales y órganos internacionales han reconocido y aplicado una norma de conducta de trato justo y equitativo ajustada al contexto específico que, de acuerdo con la norma mínima del derecho internacional, exige que la conducta sea equivalente “a un atropello, mala fe, negligencia maliciosa en el cumplimiento de un deber o deficiencia de una acción gubernamental tan distante de las normas internacionales que cualquier hombre razonable e imparcial la reconocería como deficiente.
- 6.6.6. Según la Demandada, las Demandantes no puede tener éxito en su reclamación por trato injusto e inequitativo porque las autoridades de Tucumán actuaron sólo en respuesta a graves y reiterados incumplimientos contractuales de las Demandantes, que generaron una auténtica ira e indignación por parte de los clientes de las Demandantes, los que en forma persistente recibieron un suministro de agua de mala calidad, mal servicio y facturas abultadas, y que por lo tanto tenían motivos suficientes para estar insatisfechos con los servicios prestados por las Demandantes. Las acciones objetadas de las autoridades de Tucumán constituyeron sencillamente la respuesta necesaria al cumplimiento deficiente de las obligaciones contractuales de las Demandantes, teniendo en

CIADI No. ARB (AF) /98/5), Laudo del 26 de junio de 2003, párrafo 128; *Alex Genin, Eastern Credit Limited, Inc. y A.S. Baltoil Genin c. República de Estonia* (Caso CIADI No. ARB/99/2, Laudo del 25 de junio de 2001 (rectificación denegada)); *CME Czech Republic B.V. (Países Bajos) c. la República Checa*, Laudo parcial del 13 de septiembre de 2001 (CNUDMI).

cuenta la necesidad de asegurar el suministro de cantidades accesibles de agua a la población de Tucumán.

6.6.7. Aunque los cuatro “principios componentes” de las Demandantes constituyeran factores pertinentes, las Demandantes no pueden probar que sus inversiones recibieron un trato injusto e inequitativo. No hubo nada arbitrario en la insistencia de las autoridades de Tucumán en que las Demandantes cumplieran con sus obligaciones contractuales de suministrar agua potable a sus clientes. No hay prueba de ninguna conducta “discriminatoria”, es decir, de concesionarias en situación semejante que recibieran un trato mejor que el recibido por las Demandantes. En opinión de la Demandada, las autoridades de Tucumán ciertamente actuaron en forma transparente, haciendo saber a CAA y al público en todo momento la necesidad de efectuar pruebas de la calidad del agua, de introducir mejoras en la infraestructura, proveer a un suministro adecuado de agua potable, etc. Las numerosas advertencias hechas a las Demandantes se ajustaron ciertamente al debido proceso. Para dar un ejemplo, la resolución del Ente Regulador con respecto a los cargos adicionales ilícitos aplicados a sus clientes por las Demandantes por concepto de impuestos se basó en una investigación e informe del Procurador General y no surgió sencillamente del Ente Regulador sin advertencia alguna.

Inexistencia de incumplimiento de la obligación de proporcionar protección y plena seguridad en violación de las disposiciones del Artículo 5 (1) del TBI

6.6.8. La Demandada también sostiene que el contenido y alcance de la obligación prevista en el Artículo 5(1) son significativamente más estrictos que los pretendidos por las Demandantes y rechaza la opinión de las Demandantes de que “la protección y seguridad requeridas se extienden más allá de la seguridad física, con el objeto de abarcar seguridad contra hostigamiento que afecte al funcionamiento normal de los negocios del inversor”. De todos modos, los hechos de este caso no permiten llegar a la conclusión de que ha existido violación alguna del Artículo 5(1), atendiendo ya sea a una interpretación “amplia” o “estricta” de esa disposición.

6.6.9. Según la Demandada, las Demandantes procuran presentar la situación como si ellas se hubieran visto obligadas a rescindir el contrato después de una campaña concertada contra ellas llevada a cabo por las autoridades de Tucumán. La Demandada aduce que, en realidad, las autoridades de Tucumán actuaron en respuesta a los graves y reiterados incumplimientos contractuales de las Demandantes y a las acciones de los usuarios de las Demandantes, que se rebelaron contra las Demandantes por su suministro de agua de mala calidad, servicio deficiente y aumentos injustificables de tarifas.

6.7. La rescisión de la Concesión fue legítima y la prestación de servicios después de la rescisión no equivale a una expropiación

6.7.1. La Demandada sostiene que en la supuesta rescisión del Contrato de Concesión por parte de CAA fue nula tanto en base a los términos del propio contrato como

en base al Derecho. La Demandada afirma además que, no obstante, el abandono por parte de CAA de sus obligaciones de prestar el servicio de abastecimiento de agua ocasionó una grave crisis dentro de la Provincia, planteando un grave riesgo para la salud pública, y que la Provincia se vio obligada a actuar.

- 6.7.2. En consecuencia, el 10 de septiembre de 1997, la Provincia emitió el Decreto del Poder Ejecutivo No. 2270/1, por el que se rescindió la Concesión sobre la base de las reiteradas violaciones al Contrato de Concesión por parte de CAA y su intento ilegítimo de rescindir el Contrato de Concesión.
- 6.7.3. Las Demandantes afirman que, conforme a las disposiciones del Artículo 15.11 del Contrato de Concesión, CAA acordó que podría exigírsele que continuara la Concesión por un período de 18 meses después de terminada la Concesión por cualquier motivo, en caso de que la Provincia no tuviera un reemplazante. Sobre esta base, la Demandada afirma que era lícita la exigencia del Decreto No. 2270/1, que exigía a CAA que continuara prestando los servicios de abastecimiento de agua y saneamiento durante 18 meses, o hasta que la Provincia pudiera encontrar un reemplazante.
- 6.7.4. La Demandada manifiesta que la Provincia actuó de acuerdo con su legítima responsabilidad gubernamental de preservar el suministro de agua a la población de la Provincia. Asimismo, al exigir a CAA que siguiera prestando servicios hasta que pudiera encontrarse una empresa reemplazante, Tucumán evitó un desastre para la salud pública.

- 6.7.5. Se afirma que Tucumán procuró minimizar la carga para CAA, realizando una búsqueda diligente y organizando un proceso de licitación para designar a un proveedor temporal.
- 6.7.6. La Demandada también sostiene que el Gobierno Federal fue más allá de lo exigido por la ley al asumir temporalmente la administración del sistema, el 7 de octubre de 1998, hasta tanto se identificara a un operador reemplazante adecuado, y liberó a las Demandantes de toda responsabilidad posterior por el funcionamiento de la Concesión.
- 6.7.7. En estas circunstancias, la Demandada alega que las Demandantes no brindan ninguna explicación verosímil acerca de cómo puede equivaler a una expropiación la decisión de exigir un período de prestación contractual de servicios después de la terminación de la Concesión, junto con asistencia federal con el objeto de liberar a las Demandantes antes del plazo contractualmente exigido.
- 6.8. La mayoría de los actos alegados por las Demandantes no entrañan una conducta del Estado legalmente recurrible en virtud del TBI**
- 6.8.1. La Demandada señala que la controversia entre las partes relativa a la responsabilidad que tiene Argentina por las acciones reclamadas por las Demandantes se centra en gran medida en supuestas acciones de legisladores provinciales y del Defensor del Pueblo. Afirma que ninguna de estas categorías de personas plantea ninguna causal de responsabilidad del Estado.

- 6.8.2. Argentina no desconoce que los Artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre Responsabilidad de los Estados representan, en parte, un resumen respetable del derecho internacional sobre atribución de responsabilidad a los Estados. Sin embargo, la regla general es que la única conducta atribuida al Estado a nivel internacional es la de sus órganos de gobierno, o la de otras personas que han actuado bajo la dirección, instigación o control de dichos órganos, es decir, como agentes del Estado.
- 6.8.3. Por lo tanto, la Demandada señala que, para cada persona u órgano por cuyas acciones se dice que es responsable, deben responderse dos preguntas:
- i) ¿es un órgano del estado?
 - ii) de no ser así, ¿actúa bajo la dirección, instigación o control de un órgano de gobierno, es decir, en calidad de agente del Estado?
- 6.8.4. En lo que respecta a los actos de distintos legisladores, en su mayoría de oposición, la Demandada señala que el eslabón perdido es la idea de “autoridad gubernamental”. La Demandada afirma que los distintos legisladores no están en sí mismos en condiciones de ejercer ninguna autoridad. Tan sólo pueden encauzar las opiniones de sus electores en la esperanza de que quienes ejercen la autoridad las tengan en cuenta. Como lo afirmó el tribunal en el caso *Salvador Commercial Company*, “... un Estado es responsable por los actos de sus mandatarios, ya sea que pertenezcan al poder legislativo, ejecutivo o judicial del gobierno, en la medida en que los actos tengan lugar en el desempeño de sus funciones

oficiales”²⁹⁴. Sin embargo, en opinión de la Demandada, un legislador, sobre todo del partido opositor, no es un “mandatario” en ningún sentido de la palabra cuando él o ella expresa las opiniones de sus representados. La Demandada menciona el caso *Tradex c. Albania*, donde el tribunal hizo hincapié en que el discurso de un político “no era un acto legislativo ni ejecutivo” y en consecuencia no podía llevar a la conclusión de que se hubiera incurrido en una expropiación²⁹⁵.

6.8.5. La Demandada afirma además que las Demandantes ignoraron indebidamente el contexto en que se tomaron las medidas o se pronunciaron los discursos de los legisladores. Según la Demandada, la gran mayoría de los legisladores a quienes se han referido las Demandantes eran miembros de partidos de la oposición y ninguno de los actos descritos por las Demandantes se realizó en nombre del Poder Ejecutivo. Aun aquellos que eran miembros del partido gobernante no integraban el propio Poder Ejecutivo.

6.8.6. La Demandada también aduce que estos legisladores, independientemente de su afiliación política, no estarían cumpliendo con sus obligaciones frente al pueblo que los eligió si ignoran sus quejas sobre cuestiones de salud y servicios públicos. No existió ningún ataque coordinado contra CAA. Los discursos pronunciados acerca de CAA en verdad no fueron más que el resultado natural de su conducta relativa a la Concesión y del trato que dispensaron a los usuarios, y los ejemplos citados por las Demandantes acerca de los comentarios y acciones de los

²⁹⁴ UNRIAA, Vol. XV, pág. 455 (1902), párrafo 477.

²⁹⁵ *Tradex Hellas SA c. República de Albania* (Caso CIADI No. ARB/94/2), Laudo definitivo del 29 de abril de 1999, párrafos 156-7.

legisladores no constituye más que pruebas de los propios incumplimientos de CAA en la Provincia y del malestar y convulsión derivados de su pésima prestación de los servicios y la deficiente gestión de la Concesión.

6.8.7. La Demandada también manifiesta que las Demandantes no pueden atribuir a Argentina las declaraciones o acciones del Defensor del Pueblo o de su despacho porque el Defensor del Pueblo no es ni un órgano ni un agente del Estado.

6.8.8. Al respecto, la Demandada se basa en la caracterización interna de las funciones del Defensor del Pueblo (considerada de importancia fundamental en los Artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre Responsabilidad de los Estados) como órgano opuesto al gobierno: tiene la función de hacer valer los derechos de las personas. Además, si bien la institución del Defensor del Pueblo está a cargo del Poder Legislativo ante el que rinde cuentas, la persona y la defensoría son totalmente independientes y ni el Poder Ejecutivo ni el Legislativo pueden ejercer control alguno sobre sus acciones principales

6.8.9. La Demandada sostiene que las funciones de defensa e inspección que cumple el Defensor del Pueblo son del tipo que normalmente cumplen las organizaciones no gubernamentales, y que el hecho de que dicha entidad sea financiada y rinda cuentas ante el Poder Legislativo no puede convertir estas funciones, que son intrínsecamente no gubernamentales, en funciones del Estado.

6.8.10. La Demandada expresa que las Demandantes tienen la carga de la prueba de que los usuarios de CAA no pagaron sus cuentas por haber sido incitados a ello por funcionarios de Tucumán en ejercicio de sus funciones oficiales. Las

Demandantes no pueden probarlo. Las pruebas demuestran, sin embargo, que el malestar de la población de Tucumán, incluida la falta de pago de las facturas enviadas por CAA, fueron consecuencia del incumplimiento por parte de CAA de los niveles siquiera mínimamente aceptables de servicio al mismo tiempo que de su duplicación inmediata de las tarifas, hechos que sólo se vieron agravados por la larga cadena de errores comerciales. De cualquier manera, las declaraciones en que se basan las Demandantes no fueron hechas por funcionarios del Estado en cumplimiento de sus funciones oficiales sino por distintos representantes en respuesta al enojo de sus representados.

6.9. La solicitud de indemnización por daños y perjuicios formulada por las Demandantes carece de fundamento, verificación y justificación

6.9.1. La Demandada esgrime cinco argumentos clave para rechazar la demanda por daños y perjuicios presentada por las Demandantes:

- i) la mayor parte de la reclamación de las Demandantes es por lucro cesante, pero dicha reclamación no forma parte del presente caso porque la cuantía de la indemnización no puede establecerse con certeza y, de todos modos, la doctrina del abuso del derecho y la protección del interés público también debe tenerse en cuenta para determinar el lucro cesante;
- ii) las Demandantes no pueden basarse en las disposiciones del Contrato de Concesión para calcular sus daños y perjuicios. En el caso de las reclamaciones en que se alega incumplimiento de un TBI, los daños y perjuicios deben calcularse de acuerdo con las normas vigentes del derecho internacional;
- iii) aunque fuera posible basarse en las disposiciones del Contrato de Concesión para evaluar los daños y perjuicios, los supuestos de rentabilidad y de una duración de 30 años son erróneos y engañosos. No se garantizaba un plazo de 30 años, ni tampoco existía la garantía de un nivel determinado de rentabilidad durante todo el período de 30 años;
- iv) las Demandantes no tuvieron en cuenta la crisis económica que soportó Argentina después de suscribir el Contrato de Concesión. La crisis habría

tenido un impacto enorme en la rentabilidad de la empresa de las Demandantes en Argentina durante el período de la Concesión, y

- v) las Demandantes calculan erróneamente los daños y perjuicios utilizando el método del flujo de efectivo actualizado (conocido por sus siglas en inglés “DCF”), pero la valoración según el DCF sólo es apropiada en el caso de una empresa auténticamente en plena actividad con un historial comprobado de rentabilidad. Si no se dan estas condiciones, la indemnización debería calcularse sobre la base del denominado método del valor de liquidación o, en caso de no ser éste viable, sobre la base del “valor de reposición” o el “valor contable”.

Las Demandantes no tienen derecho a indemnización por lucro cesante

6.9.2. La Demandada afirma que según el derecho público internacional general, el lucro cesante sólo es recuperable en forma excepcional y, sobre la base del Artículo 36 del Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad de los Estados aprobado por la CDI, sostiene que ello sólo se limita a las circunstancias en las que dicho lucro cesante pueda “establecerse”.

6.9.3. Por lo tanto, la existencia de lucro cesante en este tipo de procedimientos se limita a los casos en que:

- i) la pérdida es cierta (lo que no sucede en este caso), es decir, no debe existir incertidumbre ni especulación en torno tanto del hecho de que se ha sufrido la pérdida como a que ya se ha establecido la cuantificación. “Establecido” significa en este contexto que el monto de los daños y perjuicios es cierto, inobjetable y no se deriva de cálculos especulativos, y
- ii) ya se ha sufrido y establecido la pérdida al momento de resolverse la diferencia. En otras palabras, no hay recursos disponibles conforme al derecho internacional para recuperar el lucro cesante que las Demandantes esperaban obtener en el período posterior al dictado del laudo, y menos durante un período de 30 años.

- 6.9.4. Sobre la base de la jurisprudencia establecida, *inter alia*, en el caso *Levitt*, y en los casos CIADI *Metalclad, S.P.P.*, *AAPL* y *Wena*, la Demandada también aduce que cuando, como en este caso, la empresa no ha funcionado por un tiempo lo suficientemente prolongado como para establecer un historial de desempeño o no ha logrado obtener utilidades, no puede compensarse el lucro cesante, ni utilizarse para determinar el valor de mercado o de una empresa en plena actividad²⁹⁶.
- 6.9.5. La Demandada sostiene además que conforme a la doctrina de abuso del derecho, del derecho público internacional, un tribunal no puede hacer valer reclamaciones por lucro cesante cuando la inversión de la que dicho lucro debería derivarse aún no se ha realizado, o cuando se ha realizado tan sólo en parte y/o cuando la adjudicación de indemnización por tal motivo tendría un impacto mayor en un Estado en razón de su situación económica. Se espera que las partes actúen de buena fe en el ejercicio de sus derechos y cuando no lo hacen, que la conducta pueda clasificarse como de abuso del derecho, lo que limita su capacidad para recuperar las pérdidas.
- 6.9.6. Si bien no se discute que CAA invirtió algunos fondos en la Concesión, la Demandada aduce que la naturaleza limitada de la inversión indica que existe abuso del derecho por cuanto la reclamación de las Demandantes por lucro

²⁹⁶ Memorial de contestación, párrafos 602-611, donde se cita el caso *Levitt c. Irán*, 14 Tribunal de Reclamaciones entre Irán y Estados Unidos. Rep. 191, 209-10 (1987); *Metalclad Corporation c. Estados Unidos Mexicanos* (Caso CIADI No. ARB (AF) /97/1), Laudo del 30 de agosto de 2000; *S.P.P. c. Egipto* (Caso CIADI No. ARB/84/3), 20 de mayo de 1992 32 I.L.M. 933 (1993); *Asian Agricultural Products Ltd c. República de Sri Lanka* (Caso CIADI No. ARB/87/3), Laudo definitivo del 27 de junio de 1990 (4 ICSID Reports 246 (1990)); *Wena Hotels Ltd c. la República Árabe de Egipto* (Caso CIADI No. ARB/98/4), Laudo definitivo del 8 de diciembre de 2000.

cesante se basa en el nivel de inversiones que ellas aducen que habrían realizado durante la vigencia del Contrato de Concesión.

- 6.9.7. La Demandada señala que las reclamaciones por lucro cesante tampoco han procedido cuando el monto de los daños por *lucrum cessans* podría ser desproporcionado frente a la naturaleza, a la medida y las circunstancias del incumplimiento. La Demandada aduce que las reclamaciones por lucro cesante normalmente resultan improcedentes cuando el lucro cesante de la parte afectada no guarda relación con los beneficios que la parte incumplidora obtuvo al incurrir en el incumplimiento. En dichos casos, tal vez se haga justicia exigiendo a la parte incumplidora que pague a la demandante los gastos razonables en que haya incurrido de buena fe, pero no sus utilidades previstas.

No existe una base adecuada para reclamar el pago de daños y perjuicios según los supuestos establecidos en el Contrato de Concesión

- 6.9.8. La Demandada sostiene que los términos del Contrato de Concesión no pueden aportar la medida pertinente de los daños y perjuicios porque las Demandantes no tienen derecho a presentar dicha reclamación por incumplimiento de contrato en este procedimiento, por lo tanto la medida pertinente de los daños y perjuicios debe obtenerse por referencia al derecho internacional.
- 6.9.9. La Demandada describe como mal concebido, por varias razones, el argumento de las Demandantes en el sentido de que los supuestos del Contrato de Concesión revelan el “valor de la inversión”, a saber:

- i) mientras que “las condiciones económicas y supuestos financieros acordados” en el Contrato de Concesión tal vez brinden algunos antecedentes en cuanto a la hipótesis más optimista, constituyen una medida poco realista para evaluar las pérdidas efectivas en que las Demandantes podrían haber incurrido teniendo en cuenta el incumplimiento de CAA de sus obligaciones en virtud del Contrato de Concesión y la experiencia anterior de la DiPOS en materia de recuperación de pérdidas.
- ii) existen muchos factores que podrían afectar adversamente el valor de la inversión (tanto antes como después de la fecha en que tuvieron lugar los actos que supuestamente constituyeron una expropiación sucedieron) y que no se reflejan en las condiciones económicas y supuestos financieros óptimos básicos del Contrato de Concesión, en los que se basa el caso del lucro cesante de las Demandantes.
- iii) al momento de asumir la Concesión, las Demandantes tenían plena conciencia de que DiPOS no había logrado una tasa de recuperación superior a 55%. Las Demandantes conocían bien las dificultades inherentes al intento de privatización del suministro de agua en los países de América Latina y, es más, habían considerado la conveniencia de introducir aumentos de tarifas en forma paulatina, lo que no hicieron en el presente caso. Las Demandantes también conocían los riesgos inherentes a la explotación de la Concesión, los que fueron expresamente aceptados por las Demandantes en los términos del Contrato de Concesión. Estos riesgos deben necesariamente tenerse en cuenta al determinar una indemnización por daños y perjuicios.
- iv) en la medida en que la reclamación de las Demandantes involucra el lucro cesante, los hechos que se habrían producido si CAA hubiera seguido explotando la Concesión en Tucumán, evidentemente habrían tenido un impacto significativo en las utilidades de CAA, y ellos deben tenerse en cuenta al calcular una indemnización por daños y perjuicios por este motivo.
- v) ante la falta de información que demuestre un historial congruente de ingresos provenientes de dichas inversiones, no corresponde aplicar una proyección del desempeño futuro sobre la base de supuestos no comprobados para tratar de establecer la medida adecuada de los daños y perjuicios. La probabilidad de obtener utilidades respecto de dichas inversiones debe ser lo suficientemente cierta para que pueda otorgarse una indemnización respecto de dichas utilidades. En síntesis, que las Demandantes se basen, sin más, en los supuestos básicos del Contrato de Concesión equivale irremediablemente a engañar al Tribunal en cuanto al valor efectivo de los activos en cuestión.

Ausencia de garantía de utilidades en el Contrato de Concesión

6.9.10. La Demandada expresa que CAA no sólo conocía antes de celebrar el Contrato de Concesión la tasa de recuperación en virtud del régimen de la DiPOS, sino que también sabía que las tasas mínimas de recuperación de 85% establecidas en las Condiciones de la licitación eran y sólo podían ser un supuesto y no un reflejo de lo que podría suceder en la práctica. Es más, en el Contrato de Concesión se disponía expresamente que la Concesión se explotaría haciendo referencia a los principios usuales de riesgo de negocio. Esto constituye un reconocimiento *de facto* por ambas partes de que de ninguna manera se garantizaban las utilidades para la empresa concesionaria.

6.9.11. A juicio a de la Demandada, es totalmente inapropiado que las Demandantes formulen una reclamación sobre la base de una medida de los daños y perjuicios que no tiene en cuenta los riesgos que voluntariamente asumieron al celebrar el Contrato.

En la Demanda presentada por las Demandantes no se tiene en cuenta la crisis económica de Argentina

6.9.12. La Demandada señala que en el informe de Ernst & Young se calcula el flujo futuro de efectivo de la Concesión a partir de 1997 sin tener en cuenta los hechos ocurridos en Argentina desde 1997. Estos hechos afectaron profundamente la economía de Argentina, e inevitablemente habrían tenido un gran impacto en el flujo de efectivo que habrían podido obtener las Demandantes en la región en este período y con posterioridad. Según la Demandada, las Demandantes no hicieron

intento alguno por explicar los fundamentos de sus proyecciones, salvo su constante remisión a las condiciones de la oferta económica mejorada.

6.9.13. La Demandada afirma que las proyecciones formuladas por las Demandantes en la oferta económica mejorada en la práctica no podrían haberse concretado a largo plazo, teniendo en cuenta los hechos que afectaron la economía de Argentina especialmente en el curso del año 2001 y principios del año 2002. Durante ese período toda la economía del país se vio sujeta a un cambio y ajuste considerables. A modo de ejemplo únicamente, el peso se devaluó en enero de 2002 y rápidamente se depreció a un cuarto de su valor anterior, la inflación subió a 41% en 2002, el desempleo se elevó de 12.4% en 1998 a 38,3% en 2001 y 23,6% en 2002, la tasa de pobreza llegó a ser de 57,5% en 2002, los salarios ajustados para tener en cuenta la inflación bajaron 23,7% en 2002, y las ventas en los supermercados disminuyeron 5% en 2001 y 26% en 2002.

6.9.14. La Demandada expresa que las Demandantes no pueden hacer valer su reclamación por daños y perjuicios sin hacer referencia a estas cuestiones, que demuestran que el análisis según el DCF presentado por las Demandantes adolece de un defecto insalvable, ya que no tiene en cuenta hechos que de todos modos habrían afectado los resultados de la Concesión.

La Concesión de CAA no era una empresa en plena actividad y nunca fue rentable

6.9.15. Como se señaló, la Demandada afirma que, para obtener indemnización por daños y perjuicios por lucro cesante, las Demandantes deben probar que CAA tenía la “suficiente certeza” de recibir los ingresos necesarios para obtener las utilidades

que ahora procuran recibir. La Demandada afirma que las pruebas pertinentes constituyen una refutación contundente de la demanda por daños y perjuicios de las Demandantes.

- 6.9.16. En primer lugar, no se discute que la Concesión haya producido alguna vez ganancias. La Demandada afirma que, por ejemplo, mientras en las Condiciones de la licitación se suponía una tasa de cobro de 85%, CAA nunca logró una mayor de 64%.
- 6.9.17. En cuanto a la afirmación de las Demandantes de que la actividad de CAA en Tucumán constituía una empresa establecida en plena actividad, la Demandada expresa que esto es falso. Los servicios de abastecimiento de agua y cloacas antes y después de asumir CAA la Concesión estaban a cargo del gobierno, y no de una empresa concesionaria privada, en condiciones comerciales totalmente distintas, y las Demandantes no lograron explicar las tasas de cobro y los resultados financieros muy inferiores que caracterizaron a esos otros períodos.
- 6.9.18. La Demandada afirma que las Demandantes nunca establecieron un registro comprobado que pudiera sustentar sus cálculos del lucro cesante y esto impide totalmente la recuperación del lucro cesante. Como lo explicó el Tribunal en el caso *Metalclad*, cuando una empresa no ha estado en actividad “el tiempo suficiente para establecer su desempeño o no ha producido beneficios” las unidades futuras no pueden calcularse ni recuperarse. Análogamente, cuando falta

un historial comprobado de rentabilidad, “las ganancias futuras no pueden utilizarse para determinar el valor corriente ni el valor justo de mercado”²⁹⁷.

No existen pruebas que respalden la reclamación de que la conducta de Argentina ocasionó las pérdidas

6.9.19. La Demandada también expresa que las Demandantes deben probar un vínculo causal entre los hechos objeto de reclamación y sus supuestas pérdidas. En cuanto a la cuestión de la causalidad, las Demandantes no han tenido en cuenta los factores que afectaron adversamente su actividad como resultado de sus propios y reiterados incumplimientos del Contrato de Concesión.

6.9.20. En cuanto a la primera clase de daños y perjuicios alegada por las Demandantes (es decir, las pérdidas ocasionadas por la supuesta reducción forzada de las tarifas y la reducción de la tasa de recuperación), la Demandada señala el hecho de que las tarifas aplicadas por CAA inmediatamente después de asumir la Concesión no gozaban de popularidad alguna entre la población. También había considerable confusión y sospecha en torno al resultado de la inclusión en sus facturas de montos correspondientes a impuestos que no deberían haberse aplicado. Esto sin lugar a dudas contribuyó a las bajas tasas de recuperación de CAA y era totalmente atribuible a la propia administración de CAA de la Concesión y sus fallas en el suministro de los servicios, y no a ninguna medida adoptada por o en nombre de la República Argentina. La Demandada también afirma que la reducción de las tarifas tuvo lugar por efecto de la Ley No. 6826 a partir del 1º de

²⁹⁷ *Metalclad Corporation c. Estados Unidos Mexicanos* (Caso CIADI No. ARB (AF)/97/1), Laudo del 30 de agosto de 2000, 40 I.L.M. 36 (2001), 16 ICSID Rev. – Foreign Inv. L.J.

mayo de 1997, después de un prolongado proceso de renegociación por el que las Demandantes lograron tres objetivos estratégicos principales: la reducción del área de servicio, la reducción de las exigencias en materia de inversiones de la empresa concesionaria y una estructura tarifaria basada en la medición del consumo efectivo. En consecuencia, la nueva ley otorgó beneficios considerables a CAA, a lo que las Demandantes no hacen mención y por los que no se da crédito en sus cálculos de las pérdidas.

6.9.21. Con respecto a la reclamación de las Demandantes por la diferencia de ingresos que obtuvo CAA en virtud de la estructura tarifaria reducida y los que habría obtenido según el Contrato original de Concesión, la Demandada afirma que la tasa de recuperación de 90% prevista por las Demandantes no era un mínimo contractualmente garantizado que estuviera respaldado por alguna forma de indemnización a cargo de la República Argentina. Correspondía a CAA efectuar la recuperación de sus facturas, y la falta de pago de sus clientes no es una cuestión que pueda o deba ponerse a cargo de Argentina.

6.9.22. En cuanto a la reclamación de las Demandantes por la recuperación del valor de las inversiones efectuadas por CAA durante el funcionamiento de la Concesión, la Demandada alega que no se ha demostrado que esas inversiones se hayan perdido por actos de Argentina. En cambio, las pruebas si demuestran que CAA efectuó inversiones mientras participaba voluntariamente de la renegociación del Contrato de Concesión y antes de que abandonara la Concesión y sus inversiones.

- 6.9.23. En cuanto a las sumas reclamadas con relación a la responsabilidad de CAA frente a terceros, como resultado de la rescisión del Contrato de Concesión, estos costos surgen del hecho de que CAA optó, indebidamente, por rescindir el Contrato de Concesión. La Demandada también aduce que de conformidad con las disposiciones del Artículo 15.11 del Contrato de Concesión, la Provincia tenía derecho, en caso de rescisión, a exigir que las Demandantes siguieran prestando el servicio por un período adicional de 18 meses. Además, CAA tenía derecho a cobrar, durante todo el período adicional de prestación del servicio, lo que habría cobrado en el período ordinario. Por lo tanto no hay fundamentos para el reclamo de daños y perjuicios presentado por las Demandantes, en circunstancias en que las únicas “pérdidas” que pudiera haber sufrido CAA surgirían del hecho de que CAA no obtuvo el pago de los usuarios por la continuación de la prestación del servicio mientras no se designara un proveedor de reemplazo.
- 6.9.24. En cuanto a la reclamación de las Demandantes por lucro cesante, e independientemente de los importantes obstáculos para su recuperación como cuestión de principio del derecho internacional, la Demandada sostiene que es imposible, por una relación de causalidad, que las Demandantes hayan demostrado primero que la Concesión hubiera sido rentable de no haber sido por los actos de la República Argentina y, segundo, que si hubiera sido rentable, las ganancias hubieran sido del orden afirmado en su reclamación.
- 6.9.25. Al respecto, no se objeta que la tasa de recuperación obtenida por las Demandantes fuera, en el mejor de los casos, del orden de 64%, que no es de

ninguna manera comparable con la tasa de recuperación de por lo menos 89% que las Demandantes aducen que debía obtenerse de acuerdo con el Contrato de Concesión. La Demandada también hace hincapié en que, como ya se señaló, las Demandantes no han tenido en cuenta la situación económica reinante en toda Argentina, sobre todo durante la crisis de fines de 2001 y principios de 2002, que habría afectado la rentabilidad de la Concesión independientemente de cualquier actividad por parte de la República Argentina.

6.9.26. La Demandada también afirma que el modelo de DCF en el que se basan las Demandantes no está respaldado por ninguna prueba más que el informe de Ernst & Young. La Demandada aduce que los supuestos en los que se basa ese informe no están debidamente explicados ni sustentados en ninguna fuente verificable independientemente y que dicho informe no puede erigirse como la medida de los daños y perjuicios en estas circunstancias. La Demandada expresa además que la tasa de actualización seleccionada por las Demandantes es totalmente inapropiada, teniendo en cuenta los hechos acaecidos en Argentina desde la rescisión del Contrato de Concesión. Sobre todo, es objetable que las Demandantes se basen en el modelo de DCF que consta en el laudo emitido en el caso *Phillips Petroleum*, porque ese laudo se diferencia, a primera vista, de la situación del presente caso. Según la Demandada, no hay pruebas que indiquen que la participación de CAA en la Concesión en ninguna etapa produjera, o tuviera probabilidades de producir, ingresos del orden establecido en el modelo del flujo de efectivo actualizado que se ha preparado. A fin de realizar una “evaluación cuidadosa y realista del potencial de generación de ingresos” de la

Concesión, el Tribunal tendría que tener en cuenta los resultados de CAA anteriores a las cuestiones objeto de reclamación en este procedimiento. En opinión de la Demandada, la actualización debería ser mayor a fin de tener en cuenta los propios incumplimientos del contrato y los errores y omisiones en el desempeño en que incurrieron las Demandantes.

“Doble cálculo” de las Demandantes

- 6.9.27. La Demandada sostiene que las Demandantes pretenden recuperar daños y perjuicios en parte sobre la base del cálculo de la situación financiera en la que se habrían encontrado si hubieran explotado la Concesión durante toda su vigencia (a través de sus reclamaciones por supuestas pérdidas efectivamente sufridas en el período del Contrato de Concesión y del análisis del DCF del lucro cesante) y en parte sobre la base de la restauración del nivel de inversiones realizadas por ellas en la Concesión antes de rescindirse ésta (a través de su reclamación por la restauración del valor de sus inversiones en la Concesión).
- 6.9.28. La Demandada afirma que éste es obviamente un caso de doble cálculo. Las Demandantes procuran obtener una restitución, o bien una medida contractual de resarcimiento de daños y perjuicios que las ponga en la posición en que habrían estado si se hubiera cumplido el contrato. En opinión de la Demandada, las Demandantes no pueden obtener recuperación por ambas vías, si la Concesión se hubiera cumplido, el nivel de inversiones en ella de las Demandantes debería haberse tomado en cuenta en el cálculo de sus probables utilidades, y debería haberse reducido de sus utilidades a fin de presentar un panorama verídico de la

posición en que se encontrarían las Demandantes si se hubiera cumplido el plazo de 30 años.

Otro método para calcular los daños y perjuicios

6.9.29. Por último, de manera subsidiaria, la Demandada expresa que si las Demandantes logran que se atribuya alguna responsabilidad en este procedimiento, para fijar el pago de daños y perjuicios y una vez tenidos en cuenta los aspectos señalados en cuanto a la probabilidad de que las inversiones realmente hubieran producido alguna rentabilidad, el Tribunal debería tomar como punto de partida el valor contable de los activos de CAA, o bien el valor de las inversiones efectivamente realizadas por las Demandantes.

Los daños y perjuicios deben calcularse en pesos

6.9.30. En caso de que el Tribunal decida que deben pagarse daños y perjuicios, la Demandada aduce que no sería adecuado que se calcularan o su pago se ordenara en dólares de los Estados Unidos. Según la Demandada, no hay fundamentos para que las Demandantes puedan hacer valer el derecho a obtener reembolso en dólares de los Estados Unidos de acuerdo con el Contrato de Concesión (en el que ellas se basan para todo otro fin cuando los términos del Contrato de Concesión son favorables a la posición de las Demandantes) que se encuentra expresado en pesos argentinos. La Demandada aduce además que toda utilidad relativa al cumplimiento del Contrato de Concesión se habría pagado a las Demandantes en pesos argentinos.

Falta de mitigación de las pérdidas

- 6.9.31. La Demandada también aduce que las Demandantes no mitigaron las pérdidas que alegan provinieron de los supuestos incumplimientos del Tratado por parte de la República Argentina. La Demandada también afirma que la manera más evidente en que las Demandantes podrían haber mitigado sus pérdidas habría sido que CAA permaneciera como empresa concesionaria y cobrara a los usuarios el servicio de acuerdo con las disposiciones de la Ley No. 6826. Aunque las tasas recuperables de acuerdo con la Ley No. 6826 estaban por debajo de las permitidas según el Contrato de Concesión, deberían haber servido para contrarrestar las reclamaciones de las Demandantes por lucro cesante en tanto el tribunal adecuado no se pronunciara acerca de los derechos de las Demandantes. Al haber elegido no proceder de esa manera, la falta de mitigación por parte de las Demandantes debería ser tenida en cuenta por el Tribunal en el cálculo de cualquier pago de daños y perjuicios que se decida.
- 6.9.32. La Demandada hace hincapié en que CAA también esperó hasta 2001 para entablar acciones contra los usuarios que no habían pagado sus facturas de 1995, 1996 y 1997. Dicha demora evidentemente aumentó el riesgo de que no se lograra la recuperación de esos usuarios. La demora por parte de CAA en adoptar dichas medidas también debería tenerse en cuenta en el cálculo de cualquier pago de daños y perjuicios que el Tribunal decida.

Reducción de montos atribuibles a impuestos

- 6.9.33. En cuanto a las reclamaciones de las Demandantes basadas en impuestos por pagarse a la República Argentina, si el Tribunal concluye que dichos montos son recuperables por las Demandantes de conformidad con el Tratado, la Demandada expresa que estas sumas deben compensarse contra otro pago de daños y perjuicios a las Demandantes.

Deducción por la condición de propietarias a la fecha de incurrirse en las pérdidas

- 6.9.34. Por último, la Demandada señala que las reclamaciones presentadas por las Demandantes en sus alegatos se basan íntegramente en supuestas pérdidas sufridas por CAA. No se ha hecho ningún intento por determinar las pérdidas de CGE en su calidad de accionista.
- 6.9.35. Asimismo, en lo que respecta a la reclamación de CGE en su calidad de inversor, la Demandada alega que CGE no puede recuperar pérdidas más que las sufridas en su calidad de accionista de CAA y que dicha reclamación debe limitarse a su participación original de 36% en CAA.

6.10. Impuestos provinciales y municipales en las facturas de CAA

6.10.1. La Demandada señala que las Demandantes alegan que Tucumán “ejerció su facultad reglamentaria para obligar a CAA a dejar de facturar a los usuarios por algunos impuestos”. Esta reclamación surge de la Resolución No. 170 del Ente Regulator, aprobada el 9 de febrero de 1996, por la que se exigía a CAA no facturar a los usuarios por montos correspondientes a algunos impuestos provinciales y municipales.

6.11. Aumentos de tarifas en el segundo y tercer año del Contrato de Concesión

6.11.1. La Demandada señala que las Demandantes también basan su demanda por expropiación en su propio acuerdo con las autoridades de Tucumán durante el proceso de renegociación para suspender las disposiciones del Contrato de Concesión que supuestamente daba a CAA el derecho a aumentar las tarifas en 10% en el segundo y tercer año de la Concesión. La posición de la Demandada es que esta afirmación es francamente insostenible.

6.11.2. La Demandada expresa que el acuerdo fue celebrado por CAA voluntariamente con pleno conocimiento de que en la renegociación en marcha se estaba considerando una estructura tarifaria totalmente distinta, incluida la propuesta de basar las tarifas en el consumo efectivo de los usuarios.

6.11.3. La Demandada sostiene que, por otra parte, en el Contrato de Concesión no se disponía ningún derecho de las Demandantes a aumentar las tarifas en 10% en el segundo y tercer año. El Contrato de Concesión disponía expresamente que las tarifas fijadas en el Artículo 12.1 fueran las máximas y que no se permitiría a las

Demandantes aumentar las tarifas durante los primeros 10 años. Las disposiciones en las que se contemplaba la revisión de las tarifas se referían a la reducción de las tarifas cuando las Demandantes no estuvieran cumpliendo con el nivel exigido de inversiones. Por lo tanto, las Demandantes no tenían derecho al aumento de 10% de las tarifas, a que se hace referencia en sus presentaciones escritas y que podría haber sido base de expropiación.

6.11.4. Al respecto, la Demandada alega que la reglamentación de las autoridades de Tucumán con respecto a los cargos aplicados por las Demandantes a los usuarios y otros aspectos de su actividad no constituyó expropiación puesto que esta reglamentación constituía el ejercicio legítimo —es más, obligatorio— de la facultad de la Provincia de regular el interés público. El Estado tiene la responsabilidad de legislar y regular para proteger la salud pública, incluido el suministro de cantidades suficientes y accesibles de agua potable. Una medida que se considera esencial para el funcionamiento eficiente del Estado no puede tener carácter expropiatorio. Además no es función del derecho internacional excluir al inversor extranjero del sistema reglamentario de las leyes del Estado receptor.

6.11.5. En consecuencia, la posición de la Demandada es que las medidas reglamentarias que tienen un fin público, no son discriminatorias y se adoptan en base al principio del debido proceso, por lo que no equivalen, de acuerdo con el derecho internacional, a una expropiación.

6.11.6. La Demandada afirma que carece de fundamento alguno de derecho o de hecho el argumento de las Demandantes de que cabe atribuir a las autoridades de Tucumán responsabilidad por hechos no atribuibles a ningún acto reglamentario, administrativo o público de esas autoridades, pero que las Demandantes sostienen que ocasionaron la pérdida de “beneficios económicos razonablemente esperados” por ellas.

6.12. Las autoridades de Tucumán no puedan ser responsables de ninguna pérdida que no resulte de actos administrativos o reglamentarios

6.12.1. La Demandada observa que las Demandantes sostienen que los “beneficios económicos razonablemente esperados” por ellas fueron objeto de una expropiación.

6.12.2. La Demandada también aduce que las Demandantes no han logrado de manera alguna comprobar que las consecuencias que ellas alegan derivadas de la conducta de la República Argentina al respecto son la causa de las pérdidas reclamadas. Según la Demandada surge, de lo expuesto, que las pérdidas sufridas por las Demandantes en el período inicial durante el que explotaron la Concesión fueron consecuencia del incumplimiento de su parte de sus obligaciones en virtud de la Concesión en lo que respecta a la prestación de servicios satisfactorios a la población de Tucumán, y no de ninguna medida adoptada por la República Argentina.

6.13. Costas

- 6.13.1. La Demandada pide el reembolso de sus costas. La Demandada presentó su escrito sobre costas el 29 de septiembre de 2006. La Demandada solicita US\$1.151.119,35, incluidos US\$355.000 por pagos al CIADI, pero no incluye reclamación alguna relativa a la fase jurisdiccional del procedimiento.

7. EL ANÁLISIS Y LAS CONCLUSIONES DEL TRIBUNAL ACERCA DE LAS CUESTIONES PLANTEADAS

7.1. Introducción

- 7.1.1. Muchas de las cuestiones de hecho y argumentos legales correspondientes a las reclamaciones y defensas de las partes son iguales o se superponen. Sin embargo, es conveniente considerar las principales reclamaciones y defensas por separado teniendo en cuenta las decisiones de hecho ya adoptadas por el Tribunal en este Laudo. Conviene empezar por la afirmación de la República Argentina en el sentido de que, en el debido ejercicio de su jurisdicción, el Tribunal debe desechar la demanda de CAA en razón de que adquirió sus derechos en virtud del Tratado en violación de los términos del Contrato de Concesión. Pasamos luego a la cuestión amplia planteada por la Demandada —el ámbito de aplicación del Tribunal, al evaluar un posible incumplimiento del Tratado, para considerar si las partes en la controversia incurrieron en incumplimiento del Contrato de Concesión— antes de tratar los argumentos sustanciales planteados por las Demandantes en virtud de los Artículos 3 y 5 del Tratado. Más adelante se tratan las cuestiones relativas a la relación de causalidad y los daños y perjuicios.

7.2. **¿Tiene CAA la calidad apropiada de Demandante?**

7.2.1. Sobre la base de la Decisión sobre Anulación, la Demandada señala que CGE recién se convirtió en accionista controlante de CAA en junio de 1996, cuando CGE aumentó a 85% su participación en CAA. En estas circunstancias, la República Argentina afirma que CGE adquirió su participación controlante en contradicción a los términos expresos del Contrato de Concesión, cuyo Artículo 2.3.2 dispone:

“... el CINCUENTA Y UNO POR CIENTO (51%) como mínimo del capital social con derecho a voto, excluyendo el DIEZ POR CIENTO (10%) establecido en el punto 2.3.3 deberá estar constituido por acciones nominativas cuya titularidad no podrá ser transferida durante el período de vigencia de la Concesión, salvo autorización previa y expresa del Poder Ejecutivo”
(énfasis agregado).

7.2.2. Como el Poder Ejecutivo no autorizó la transferencia de la propiedad de las acciones de CAA que la llevó a una participación de 85%, CAA adquirió el derecho a reclamar, en virtud del TBI, sólo en caso de expresa violación de los términos del Contrato de Concesión. En estas circunstancias, la Demandada afirma que la demanda de CAA debe rechazarse, por haber sido presentada de mala fe. La Demandada concluye que, por razones normativas fundamentales, no debería permitirse a CAA reclamar derechos en virtud del Tratado adquiridos ilegítimamente.

7.2.3. La República Argentina procura hacer la distinción entre éste, su primer argumento, y la afirmación que había hecho anteriormente y que no prosperó, de

que el Tribunal carecía jurisdicción. Por lo tanto, para no dar lugar a dudas, acepta que el Tribunal tiene jurisdicción para decidir sobre la demanda de CAA, pero sostiene que, en el debido ejercicio de esa jurisdicción, la demanda de CAA debe rechazarse porque ha sido planteada de mala fe.

7.2.4. En opinión del Tribunal, con este argumento la Demandada pretende volver a litigar sobre las cuestiones de jurisdicción, esta vez en forma de una excepción de admisibilidad, que ya ha sido considerada y rechazada en el curso de la decisión acerca de sus excepciones jurisdiccionales.

7.2.5. La cuestión queda resuelta en nuestra Decisión sobre Jurisdicción. En esta se concluyó que el resumen del Primer Tribunal acerca de la historia de la propiedad del capital social de CAA revelaba que la mayoría del capital de CAA era de propiedad francesa mucho antes de que las partes consintieran someter esta controversia a arbitraje, originalmente, el 26 de diciembre de 1996, y de que el Comité *ad hoc* reafirmó la conclusión del Primer Tribunal en el sentido de que CAA era una empresa francesa según el Convenio del CIADI y el TBI²⁹⁸. En estas circunstancias, concluimos que,

“Como el Primer Tribunal concluyó que CAA era una compañía francesa conforme al Convenio del CIADI y al TBI y el Comité ad hoc no anuló esa conclusión, ésta se sigue vigente y ha pasado en autoridad de cosa juzgada”²⁹⁹.

7.2.6. De todos modos, es incorrecta la proposición de la Demandada de que CGE adquirió su participación mayoritaria en violación del Contrato de Concesión,

²⁹⁸ Decisión sobre Jurisdicción, párrafo 96.

²⁹⁹ Decisión sobre Jurisdicción, párrafo 97.

porque la Provincia no consintió esta transferencia de acciones. En el Contrato de Concesión se exigía el previo consentimiento de la Provincia sólo en cuanto a las transferencias de acciones que representaran el 51% de las acciones de CAA. Como se explicó en el Memorial de Contestación de las Demandantes sobre jurisdicción, los aumentos de la participación adquirida por CAA fueron aprobados por la Provincia, no estaban comprendidos dentro del 51% sobre el que la Provincia no tenía facultad reguladora, o fueron adquiridos después de rescindido el Contrato de Concesión.

- 7.2.7. CAA fue creada como una empresa argentina el 17 de mayo de 1995 con un capital social de 30 millones, dividido entre cuatro accionistas. CGE poseía inicialmente el 36% de las acciones. Los miembros del consorcio CGE: DYCASA, una empresa española, y Roggio, una empresa argentina, tenían inicialmente cada uno el 27% de las acciones. El 10% restante se reservó para ex empleados de la DiPOS que trabajaban en CAA³⁰⁰.
- 7.2.8. La transferencia de acciones de CAA fue limitada de varias maneras durante la vigencia del Contrato de Concesión. Lo más importante fue que el 51% de las acciones con derecho de voto sólo podía venderse con aprobación previa del Poder Ejecutivo de Tucumán³⁰¹. Asimismo, el operador (CGE) debía mantener la propiedad del 25% de las acciones con derecho de voto y no podía vender esas

³⁰⁰ Primer Laudo, N.6.

³⁰¹ Concesión del Servicio de Agua y Desagües Cloacales en la Provincia de Tucumán: Pliego de Bases y Condiciones Generales para la Licitación (Condiciones de la licitación), con Anexos, 10 de mayo de 1994 (Prueba documental 115), Artículos 5.2.3 y 5.2.4.

acciones sin el previo consentimiento del Poder Ejecutivo de Tucumán³⁰², y tanto DYCASA como Roggio debían mantener cada una a una participación de 13%³⁰³.

7.2.9. En enero de 1996, Roggio transfirió todas sus acciones a sus asociados. Roggio transfirió acciones (13%) que estaban sujetas a restricciones de transferibilidad, se solicitó la autorización del Poder Ejecutivo respecto de la parte restringida de la transacción. El Poder Ejecutivo de Tucumán autorizó la transferencia por Decreto 270/3³⁰⁴. Después de esta transacción, CGE y DYCASA tenían cada una 45% del capital social de CAA (13,5 millones de acciones cada una).

7.2.10. El 26 de marzo de 1996, DYCASA celebró un contrato con CGE para venderle 12 millones de acciones, que representaban el 40% del total de acciones de CAA³⁰⁵. Si bien la transferencia de la titularidad de las acciones iba a tener lugar más adelante, en dos etapas, en el contrato de venta se disponía que CGE gozaría de inmediato de los derechos de votos de las acciones, por lo que CGE se convertía en su propietaria.

7.2.11. El 19 de junio de 1996, en base de este contrato, DYCASA transfirió a CGE siete millones de acciones *no sujetas a restricciones* que representaban el 23,33% del capital social de CAA. Si bien no se exigía ninguna autorización del Poder Ejecutivo para la transferencia de dichas acciones, DYCASA y CGE notificaron

³⁰² Concesión del Servicio de Agua y Desagües Cloacales en la Provincia de Tucumán: Pliego de Bases y Condiciones Generales para la Licitación (Condiciones de la licitación), con Anexos, 10 de mayo de 1994 (Prueba documental 115), Artículo 5.2.3, y Concesión del Servicio de Agua y Desagües Cloacales en la Provincia de Tucumán, Contrato de Concesión (Contrato de Concesión), con Anexos XIV, XX-XXIII, 18 de mayo de 1995 (Prueba documental 127), Artículos 2.3.1 y 2.3.2.

³⁰³ Véase el Acta Constitutiva y Estatutos Sociales de CAA (Prueba documental 356), Cláusula 12.

³⁰⁴ Véase el Decreto No. 270/3, 5 de diciembre de 1995 (Prueba documental 357).

³⁰⁵ Véase el Contrato celebrado entre DYCASA y CGE, 26 de marzo de 1996 (Prueba documental 258), Cláusula C1.

la transacción en esa misma fecha al Gobernador de Tucumán. El Poder Ejecutivo nunca presentó ninguna objeción. Como resultado de esta transferencia de acciones *no sujetas a restricciones*, CGE obtuvo una participación de 68,33% en CAA. Así, al 19 de junio de 1996, CGE tenían la mayoría del capital social de CAA.

7.2.12. Además, también el 19 de junio de 1996, las partes solicitaron al Poder Ejecutivo la aprobación de la transferencia a CGE de la titularidad de cinco millones de acciones *sujetas a restricciones*, que representaban el 16,67% del capital social de CAA³⁰⁶. El Poder Ejecutivo nunca contestó la solicitud; de allí que la autorización nunca fue otorgada. Sin embargo, de acuerdo con los términos del contrato de marzo de 1996, CGE siguió siendo la propietaria efectiva de esos cinco millones de acciones³⁰⁷.

7.2.13. El 8 de octubre de 1998, las partes terminaron con la transferencia de los cinco millones de acciones³⁰⁸. En ese momento no se requería la autorización del Poder Ejecutivo puesto que las restricciones a las transferencias se eliminaron con la rescisión del Contrato de Concesión a fines de 1997. Por lo tanto, CGE se convirtió en propietaria *de jure* del 85% del capital social de CAA. Asimismo,

³⁰⁶ Véase la carta enviada por DYCASA y CGE al Gobernador Bussi, Solicitud de autorización, 19 de junio de 1996 (Prueba documental 360).

³⁰⁷ Véase el Primer Laudo, N.6 (en el que se expresa que, a junio de 1996, CAA había “adquir[ido] la propiedad en beneficio de un 16,67% adicional del capital accionario de CAA”).

³⁰⁸ Véase el Registro de acciones de CAA (Prueba documental 348).

como se sostuvo en nuestra Decisión sobre Jurisdicción, la sucesora de CGE, Vivendi, ahora es la titular de dichas acciones³⁰⁹.

7.2.14. En estas circunstancias, el Tribunal concluye que es infundada la afirmación de la Demandada de que la demanda de CAA debería rechazarse porque ha sido planteada de mala fe.

7.3. Competencia del Tribunal para considerar los presuntos incumplimientos del Contrato

7.3.1. De varias maneras y en diversas oportunidades en el curso de este procedimiento arbitral, la República Argentina procuró limitar el análisis del Contrato de Concesión por parte del Tribunal (es decir, la interpretación del Contrato de Concesión y toda evaluación de si la actuación de las autoridades provinciales ha constituido un incumplimiento de sus disposiciones). En su Memorial de contestación, la Demandada señala que:

“ ... Para determinar entonces si hubo o no una violación a los estándares contenidos en el TBI por parte de la Argentina, el derecho argentino en general, y el que regulaba el contrato de Concesión en particular, deben ser analizados por el Tribunal, sin perjuicio de que, como se dijo, supuestas violaciones a este último ordenamiento no dan lugar a una reparación que este Tribunal pueda otorgar”³¹⁰ (énfasis agregado).

7.3.2. La Demandada afirma además que:

“ ...la existencia de una cláusula de foro exclusivo impide que el Tribunal juzgue sobre ese contrato, no sólo por la expresa letra del instrumento cuya interpretación se está

³⁰⁹ Decisión sobre Jurisdicción, párrafo 83.

³¹⁰ Memorial de contestación, párrafo 421.

efectuando, no sólo para no violar el principio de mutualidad, ... ”³¹¹ (énfasis agregado).

7.3.3. Esta tesis fue elaborada más durante el curso de la audiencia oral y en los escritos de la Demandada posteriores a la audiencia. Allí, el abogado de la República Argentina interpretó las disposiciones del Artículo 16.4 del Contrato de Concesión en el sentido de que impedían al Tribunal interpretar o aplicar el contrato³¹². Asimismo, se afirmó que no podía legalmente permitirse que este Tribunal determinara si:

“...no se encontró un incumplimiento del contrato porque según decimos este resultado está reservado para que sea analizado por los Tribunales tucumanos mismos ”³¹³.

“ ... en lo que hace a nuestro análisis, ustedes no tienen jurisdicción para decidir si CAA o Argentina incumplió de hecho el contrato ”³¹⁴.

7.3.4. Frente a estas afirmaciones, la Demandada aceptó que el Contrato de Concesión no podía ser considerado irrelevante para la decisión del caso por parte del Tribunal. Asimismo, si bien se alega que el Artículo 16.4 impide al Tribunal interpretar o aplicar el contrato, la Demandada acepta que dicho artículo no exige al Tribunal ignorar las circunstancias de hecho vinculadas con el contrato. Admitió que a fin de que el Tribunal examine el caso debidamente deben tenerse en cuenta los antecedentes contractuales. Por lo tanto, el argumento de Argentina, de que las autoridades de Tucumán actuaron como lo hicieron de acuerdo con lo

³¹¹ Memorial de contestación, párrafo 436.

³¹² Transcripción en español de la audiencia sobre el fondo del asunto, día 11, páginas 3027-3040 (4 de agosto de 2006).

³¹³ Transcripción en español de la audiencia sobre el fondo del asunto, día 11, página 3036, renglones 3-11 (4 de agosto de 2006).

³¹⁴ Transcripción en español de la audiencia sobre el fondo del asunto, día 11, página 3035, renglones 6-8 (4 de agosto de 2006).

que ellas de manera responsable y de buena fe consideraron que eran incumplimientos contractuales de CAA, es una cuestión adecuada para evaluar al momento de decidir si los actos de las autoridades de Tucumán fueron razonables teniendo en cuenta su opinión de que se habían producido incumplimientos contractuales.

7.3.5. Desde el punto de vista de las Demandantes, al procurar limitar el análisis del Contrato de Concesión por el Tribunal de esta manera, la Demandada procuró revivir sus argumentos anteriores—rechazados por el Tribunal Original en el primer procedimiento, por del Comité *ad hoc* y por este Tribunal— que caracterizaron a los argumentos de las Demandantes como integrados por reclamaciones por incumplimientos contractuales, permitiéndole de esa manera eludir su análisis en virtud del Tratado. Sostienen que toda indicación de que la cláusula de selección de foro impide al Tribunal decidir acerca del significado del contrato y si una o más violaciones del contrato representaron una expropiación, o bien un trato injusto e inequitativo, es contraria a la decisión anterior en este caso que confirma que el Tribunal puede —y de hecho, debe; de otro modo corre el riesgo de ser objeto de anulación— considerar y decidir las mencionadas cuestiones contractuales que sean necesarias para decidir sobre las reclamaciones de las Demandantes en virtud del Tratado.

7.3.6. En su laudo, el Primer Tribunal expresó que a fin de determinar si el gobierno de Argentina era responsable en virtud del Tratado, debería “... emprender una

interpretación y aplicación detallada del Contrato de Concesión”³¹⁵. El Primer Tribunal también concluyó que era imposible separar las reclamaciones por posibles incumplimientos contractuales de las violaciones del TBI sin interpretar ni aplicar el Contrato de Concesión³¹⁶. Sin embargo, el Primer Tribunal decidió que no podía hacerlo —es decir, interpretar y aplicar el Contrato de Concesión—, porque esa tarea fue acordada expresamente a los tribunales locales. Por lo tanto concluyó que “... no [era] posible a este Tribunal determinar cuáles acciones de la Provincia fueron tomados en el ejercicio de su autoridad soberana y cuáles en el ejercicio de sus derechos como parte al Contrato de Concesión”³¹⁷.

7.3.7. El Comité *ad hoc* llegó a la conclusión contraria. Manifestó su desacuerdo con la conclusión del Primer Tribunal de que era imposible decidir las reclamaciones basadas en el Tratado porque el hacerlo exigiría que el Tribunal interpretara y aplicara el Contrato de Concesión. Pasó luego de afirmar que “...el Tribunal tenía jurisdicción para basar su decisión sobre el Contrato de Concesión”, por lo menos “en la medida necesaria para determinar si había habido incumplimiento de las normas sustantivas del TBI”³¹⁸.

7.3.8. Sin considerar, en esta etapa, si los actos u omisiones de las autoridades provinciales pueden haber constituido un incumplimiento del Contrato de Concesión, el Tribunal no acepta la limitación propuesta por la Demandada para determinar si puede haberse producido un incumplimiento del Tratado como

³¹⁵ Primer Laudo, párrafo 79.

³¹⁶ Primer Laudo, párrafo 81.

³¹⁷ Primer Laudo, párrafo 79.

³¹⁸ Decisión sobre Anulación, párrafo 110.

resultado o en atención, *inter alia*, a incumplimientos (de cualquiera de las partes) del Contrato de Concesión.

7.3.9. Ello se debe a que, en la cláusula de selección de foro contenida en el Contrato de Concesión, las partes se sometieron a la jurisdicción exclusiva de los tribunales de Tucumán *únicamente* “a los fines de la *interpretación y aplicación* de este contrato” (énfasis agregado)³¹⁹. El uso de la condición expresada en esta cláusula deja en libertad al Tribunal, en caso de que lo considerara necesario a los fines de su análisis de los incumplimientos del Tratado, para interpretar el Contrato de Concesión y llegar a la conclusión de si alguna de las partes no ha cumplido con todos sus términos. Al hacerlo, el Tribunal no estaría *aplicando* el contrato al decidir una cuestión contractual, determinar los respectivos derechos y obligaciones de las partes u otorgar reparación en virtud del contrato. Lo estaría haciendo en el marco de lo que la Demandada admite que es su derecho, es decir, tener en cuenta los antecedentes contractuales para determinar si se ha producido o no un incumplimiento del Tratado.

7.3.10. Determinar si se ha producido un incumplimiento contractual o un incumplimiento del Tratado entraña dos investigaciones distintas. Los Artículos 3 y 5 del TBI no se relacionan con incumplimientos de un contrato interno. En cambio, en estos artículos se establece una norma independiente. Un Estado puede incurrir en incumplimiento de un tratado sin incurrir en incumplimiento de un contrato, y también puede incurrir en incumplimiento de un tratado al mismo

³¹⁹ Concesión del Servicio de Agua y Desagües Cloacales en la Provincia de Tucumán, (Contrato de Concesión), con Anexos XIV, XX-XXIII, 18 de mayo de 1995 (Prueba documental 127), Artículo 16.4.

tiempo que en el de un contrato. Además, en este último caso, el Tribunal puede considerar dichos supuestos incumplimientos contractuales, no a los fines de determinar si alguna de las partes ha incurrido en responsabilidad en virtud del derecho interno, sino en la medida necesaria para analizar y determinar si se ha producido un incumplimiento del Tratado. Al hacerlo, el Tribunal no estaría de manera alguna ejerciendo jurisdicción sobre el contrato, sino sencillamente teniendo en cuenta la conducta de las partes en virtud y en relación con los términos del contrato a fin de determinar si se ha producido un incumplimiento de una norma específica del derecho internacional, como se refleja en los Artículos 3 y 5 del TBI.

7.3.11. Atento a lo expuesto, al llegar a las conclusiones mencionadas a continuación, no consideramos necesario expresar una opinión definitiva acerca de si alguna de las partes ha incurrido o no en incumplimiento del Contrato de Concesión³²⁰.

7.4. Trato justo y equitativo - Artículo 3

7.4.1. Como se señaló antes, las partes discrepan acerca del contenido y alcance de la obligación de otorgar un trato justo y equitativo, expresada en el Artículo 3 del Tratado. En el Artículo 3 se dispone lo siguiente:

“Cada una de las Partes Contratantes se compromete a otorgar, en su territorio y en su zona marítima, un tratamiento justo y equitativo, conforme a los principios de derecho internacional, a las inversiones efectuadas por los inversores de la otra Parte y a hacerlo de manera tal que el

³²⁰ Las Demandantes aceptan que, en los primeros días de sus operaciones y antes de que Subcomité Conjunto ERSACT/CAA sobre Calidad del Agua recomendara modificaciones en el programa de control de calidad del agua contenido en el contrato, CAA no realizó todas las pruebas exigidas en el Contrato de Concesión.

ejercicio del derecho así reconocido no sea de hecho ni de derecho obstaculizado”.

7.4.2. No se discute que el TBI sea un tratado. Por lo tanto debemos interpretar de acuerdo con las normas del derecho internacional de interpretación establecidas en el Artículo 31(1) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 (“Convención de Viena”), es decir, “de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a sus términos en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin”.

7.4.3. Como lo señaló el tribunal en el caso *Methanex*³²¹, el Artículo 31(1) de la Convención de Viena consta de tres principios separados. El primero, la buena fe, no requiere más explicación. En cuanto al segundo, la interpretación conforme al sentido corriente de los términos. Los académicos han señalado que no se trata sencillamente de un ejercicio semántico para revelar el significado literal de los términos³²². En lo que respecta al tercero, los términos no deben examinarse aisladamente o en abstracto, sino en el contexto del tratado y teniendo en cuenta su objeto y fin. El resultado de este tercer principio general es que, como lo señaló el Tribunal Internacional del Derecho del Mar en el caso *MOX Plant* (que también se aplicó en el caso *OSPAR*): “la aplicación de las reglas internacionales sobre interpretación de los tratados a disposiciones idénticas o semejantes de distintos tratados tal vez no dé los mismos resultados, habida cuenta de, *inter alia*, las

³²¹ *Methanex Corporation c. Estados Unidos de América*, Laudo del Tribunal sobre jurisdicción y fondo del asunto, 3 de agosto de 2005 (CNUDMI).

³²² Véase, por ejemplo, Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, segunda edición, 1984, pág. 121. Bin Cheng, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*, 1953, pág. 114.

diferencias en los respectivos contextos, objetivos y finalidades, prácticas posteriores de las partes y trabajos preparatorios”³²³.

7.4.4. En cuanto al objeto y la finalidad del TBI, el Tribunal observa el deseo de las partes, declarado en el preámbulo, de que el Tratado sirva para crear condiciones favorables para las inversiones francesas en Argentina, y *vice versa*, y su convicción de que se espera que la protección y promoción de dichas inversiones incentive la transferencia de tecnología y capital entre ambos países y promueva su desarrollo económico. Por lo tanto, al interpretar el TBI, tenemos presente estos dos objetivos. Las disposiciones del Artículo 2 también brindan contexto para la interpretación de los Artículos 3 y 5. En el Artículo 2 se dispone lo siguiente:

“Cada una de las Partes Contratantes admitirá y promoverá, en el marco de su legislación y de las disposiciones del presente acuerdo, las inversiones que efectúen los inversores de la otra Parte en su territorio y su zona marítima” (énfasis agregado).

7.4.5. Al abordar primero el argumento de la Demandada, en el sentido de que el trato justo y equitativo se limita al denominado nivel mínimo de trato del derecho internacional y que debe ponderarse frente a ésta, el Tribunal llega a la conclusión de que no hay fundamento para dicha limitación y que dicha interpretación es contraria al significado ordinario del texto del Artículo 3.

³²³ *El asunto de la fábrica MOX Plant (Irlanda c. Reino Unido)*, Resolución sobre medidas provisionales, 3 de diciembre de 2001, 51, 41 ILM 405, en 413 citado en *Access to Information Under Article 9 of the OSPAR Convention (Irlanda c. Reino Unido)*, 41, 42 ILM 1118, en 1144 (Traducción del Tribunal).

- 7.4.6. El Artículo 3 se refiere al tratamiento justo y equitativo *conforme a* los principios del derecho internacional, y no a la norma mínima de trato. Tanto las versiones en francés como en español del texto del Tratado respaldan esta proposición. El texto en francés dice “un traitement juste et équitable, conformément aux principes du Droit International”. En el texto en español se hace mención a “un tratamiento justo y equitativo, conforme a los principios de derecho internacional”.
- 7.4.7. El Tribunal no encuentra fundamento para equiparar los principios del derecho internacional a la norma mínima de trato. Primero, la referencia a los principios del derecho internacional respalda una interpretación más amplia que implica considerar un margen de principios de derecho internacional más amplios que tan sólo la norma mínima. Segundo, según la redacción del Artículo 3, el trato justo y equitativo debe ser *conforme a* los principios del derecho internacional, pero este requisito de conformidad puede servir tanto de límite mínimo como máximo de la norma de trato justo y equitativo del Tratado³²⁴. Tercero, las palabras de la disposición indican que se debe atender también a los principios contemporáneos del derecho internacional, no sólo a los principios de hace casi un siglo³²⁵.

³²⁴ *American Manufacturing & Trading, Inc. (AMT) c. la República Democrática del Congo* (Caso CIADI No. ARB/93/1), Laudo del 21 de febrero de 1997, reproducido en 36 ILM 1531 (1997); y *Alex Genin, Eastern Credit Limited, Inc. y A.S. Baltoil c. la República de Estonia* (Caso CIADI No. ARB/99/2), Laudo del 25 de junio de 2001, párrafo 367. El principio del límite mínimo y no máximo también fue aceptado hace poco por el Tribunal del caso *Azurix: Azurix Corp. c. la República Argentina* (Caso CIADI No. ARB/01/12), Laudo del 14 de julio de 2006, párrafo 361.

³²⁵ No cabe respaldar ninguna indicación de que la norma mínima permanece efectivamente invariable desde el caso *Neer* de 1926 (Comisión de Reclamaciones entre Estados Unidos y México, Reports of International Arbitral Awards, Vol. IV, pág. 60 (1926)). Es más, en los casos del TLCAN anteriores a la interpretación de la disposición sobre el trato justo y equitativo del Capítulo 11 hecha por la Comisión de Libre Comercio, (*por ejemplo, S.D. Myers, Inc. c. el Gobierno de Canadá*, Arbitraje del TLCAN según el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, Laudo del 13 de noviembre de 2000, y *Pope & Talbot Inc. c. el Gobierno de Canadá*, Arbitraje conforme al Capítulo 11 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (CNUDMI (TLCAN))), se afirma que la norma mínima ha evolucionado considerablemente con respecto al caso *Neer*. Asimismo, el Tribunal en

7.4.8. Como lo expresó en 1981 el Dr. F.A. Mann, una de las autoridades más importantes del siglo XX acerca de la interacción entre el derecho municipal y el derecho público internacional:

“los términos ‘trato justo y equitativo’ prevén una conducta que va más allá de la norma mínima y brindan una mayor medida de protección y conforme a una norma mucho más objetiva que cualquier otra expresión utilizada antes. No cabría a los Tribunales preocuparse por una norma mínima, máxima o promedio. Deberán decidir si en todas las circunstancias la conducta en cuestión es justa y equitativa o bien injusta e inequitativa. Es probable que toda norma definida por cualquier otra expresión carezca de importancia. Los términos deben entenderse e interpretarse independientemente y de manera autónoma”³²⁶.

7.4.9. Otros se han hecho eco de las conclusiones del Dr. Mann³²⁷. Al igual que lo hizo el Dr. Mann, en un Informe de la UNCTAD sobre trato justo y equitativo se llegó a la conclusión de que “cuando se invoca la norma del trato justo y equitativo, la principal cuestión continúa siendo sencillamente si las acciones en cuestión son en todas las circunstancias justas y equitativas o injustas e

el caso *ADF Group* sostuvo que la norma mínima no es una fotografía estática de 1927 (*ADF Group, Inc. c. Estados Unidos de América* (Caso CIADI No. ARB (AF)/00/1), (2003), 6 ICSID Reports 470, párrafo 179), y el Tribunal del caso *Mondev* manifestó que el contenido de la norma mínima en la actualidad no puede limitarse al contenido del derecho internacional consuetudinario reconocido en decisiones arbitrales de los años veinte. Agregó que, en la actualidad, lo que parece injusto o inequitativo no tiene porque equipararse a abusivo o escandaloso: *Mondev International Ltd. c. Estados Unidos de América* (Caso CIADI No. ARB (AF)/99/2), Laudo del 11 de octubre de 2002, 42 I.L.M. 85 (2003), 6 ICSID Reports 192, párrafo 116.

³²⁶ F.A. Mann, *British Treaties for the Promotion and Protection of Investments*, 52 BRIT. YB Int'l L. 241, 244 (1981) (Traducción del Tribunal).

³²⁷ Véase *CMS Gas Transmission Company c. la República Argentina* (Caso CIADI No. ARB/01/8), Laudo del 12 de mayo de 2005, párrafo 284; *Azurix Corp. c. la República Argentina* (Caso CIADI No. ARB/01/12), Laudo del 14 de julio de 2006, párrafo 361; *Técnicas Medioambientales Tecmed S.A. c. Estados Unidos Mexicanos* (Caso CIADI No. ARB (AF)/00/2), Laudo del 29 de mayo de 2003 (TBI celebrado entre España y México). Véase también UNCTAD, *Fair and Equitable Treatment* 40 (Publicaciones de la UNCTAD sobre temas relacionados con los acuerdos internacionales en materia de inversión) (1999).

inequitativas”³²⁸. Stephen Vascianne llegó a la misma conclusión en su amplio estudio sobre el concepto de trato justo y equitativo³²⁹.

- 7.4.10. En la medida en que la Demandada sostiene que la obligación del trato justo y equitativo rige para la conducta del gobierno sólo en caso de que los tribunales del Estado no puedan impartir justicia, esto al parecer es una fusión de los conceptos jurídicos de trato justo y equitativo por un lado y, por el otro, de la denegación de justicia.
- 7.4.11. Sin embargo, si este Tribunal fuera a restringir las reclamaciones por trato injusto e inequitativo a las circunstancias en que las Demandantes también han establecido la existencia de denegación de justicia, se destruiría la norma del trato justo y equitativo. Si bien comúnmente se entiende que la norma incluye la prohibición de denegación de justicia, el concepto se vería considerablemente disminuido si se limitara a las reclamaciones por denegación de justicia.
- 7.4.12. En cuanto al alegato de la Demandada en el sentido de que los llamados principios integrales de las Demandantes (descritos en el párrafo 5.2.3 anterior y siguientes) están mal concebidos, al no estar respaldados por una fuente autorizada, la diferencia entre las partes puede ser más aparente que sustancial. Es de hacer notar que, las partes están de acuerdo en aceptar la proposición de que, al

³²⁸ UNCTAD, *Fair and Equitable Treatment* 40 (Publicaciones de la UNCTAD sobre temas relacionados con los acuerdos internacionales en materia de inversión) (1999).

³²⁹ Stephen Vascianne, *The Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law and Practice*, 70 BRIT. Y.B. Int'l L 99, 144 (1999). (“Al igual que lo afirmó Mann, cuando se invoca la norma del trato justo y equitativo, la cuestión principal continúa siendo sencillamente, si las acciones en cuestión son en todas las circunstancias justas y equitativas o injustas e inequitativas”) (Traducción del Tribunal).

evaluar si se ha transgredido una norma, el Tribunal debe determinar si, en todas las circunstancias del caso se trata, de que la conducta debidamente atribuible al Estado ha sido justa y equitativa, o bien injusta e inequitativa. Que esta es una norma objetiva es algo que ha sido reconocido recientemente por el tribunal en el caso *CMS*, que observó que “...no guarda relación con que el Demandado haya o no tenido una intención deliberada o mala fe al adoptar las medidas en cuestión. Evidentemente, tal intención y mala fe pueden agravar la situación pero no son un elemento esencial del estándar”³³⁰. Sin embargo, antes de pasar a evaluar la conducta de la Demandada teniendo en cuenta esta norma, abordamos los argumentos de la Demandada con respecto a la interpretación de las disposiciones del Artículo 5(1) relativas a la protección y plena seguridad.

Protección y plena seguridad - Artículo 5(1)

7.4.13. Las Demandantes afirman en su Memorial que las acciones de las autoridades de Tucumán privaron a Vivendi/CAA del trato justo y equitativo en forma de protección y plena seguridad, que es el último componente del trato justo y equitativo³³¹. En el Artículo 5(1) del Tratado se establece que “... las inversiones ... gozarán... de protección y plena seguridad en aplicación del principio del tratamiento justo y equitativo mencionado en el art. 3º del presente acuerdo”. En síntesis, las Demandantes afirman que esta disposición del tratado se extiende más allá de la seguridad física, y abarca lo que puede catalogarse como una obligación

³³⁰ *CMS Gas Transportation Company c. la República Argentina* (Caso CIADI No. ARB/01/8), Laudo del 12 de mayo de 2005, párrafo 280.

³³¹ Memorial, IV Argumentos sobre el fondo del asunto, A. Sección 6, párrafo 320 y siguientes.

general del Estado receptor de otorgar decididamente seguridad frente al acoso que menoscabe el normal funcionamiento de la actividad comercial del inversor.

7.4.14. Por su parte, la República Argentina alega que las Demandantes no tienen fundamento viable para respaldar la proposición de que el principio de protección y plena seguridad imponga un deber general de asegurar un entorno empresarial o fiscal estable y previsible. En cambio, la jurisprudencia respecto de esta norma ha limitado constantemente su aplicabilidad a las “interferencias físicas”.

7.4.15. En cuanto a estas posiciones contrarias, el Tribunal señala que el texto del Artículo 5(1) no limita la obligación a otorgar protección y seguridad razonables frente a “interferencias físicas”, como se alega. Si las partes en el TBI hubieran tenido la intención de limitar la obligación a las “interferencias físicas”, podrían haberlo hecho incluyendo palabras al efecto en la pertinente sección. Ante la falta de dichas palabras de limitación, el alcance de la protección del Artículo 5(1) debería interpretarse como aplicable a cualquier acto o medida que prive a la inversión del inversor de protección y plena seguridad, siempre que, de conformidad con la redacción específica del Tratado, el acto o medida también constituya un trato injusto e inequitativo. Dichas acciones o medidas no deben necesariamente amenazar las posesiones físicas o los términos jurídicamente protegidos para el manejo de la inversión.

7.4.16. Esta interpretación guarda armonía con las decisiones de los tribunales internacionales recientes. El tribunal del caso *CME* interpretó la cláusula de “seguridad y protección plenas” del TBI celebrado entre la República Checa y los

Países Bajos en el sentido de que obliga al Estado receptor “a asegurar que la seguridad y protección acordadas y aprobadas de la inversión del inversor extranjero no se vea anulada ni disminuida por modificación de sus leyes o por actos de sus órganos administrativos”³³². En el caso *Československá Obchodní Banka A.S. c. la República Eslovaca*, el Tribunal concluyó que la denegación por parte de la demandada del derecho de CSOB a recibir pagos por concepto de un préstamo efectivamente garantizado por la República Eslovaca “privaría a CSOB de toda protección significativa de su préstamo y por lo tanto violaría el compromiso de la República Eslovaca de permitir a CSOB gozar de ‘protección y seguridad plenas’...”³³³. También, el tribunal del caso *Azurix* concluyó que la interrelación de los dos estándares (trato justo y equitativo y protección y seguridad plenas) “...indica que es posible infringir la obligación de dar protección y seguridad plenas aún cuando no se produzcan violencia física o daños materiales, como ocurrió en el caso de *Occidental v. Ecuador*”³³⁴.

7.4.17. En cambio, los casos citados por la Demandada no limitan la norma de protección y plena seguridad a la protección frente a violencia o secuestro directo de bienes. En *Case Concerning Elettronica Sicula S.p.A (“ELSI”)*³³⁵, si bien el reclamo de los Estados Unidos se basaba fundamentalmente en una ocupación física, en ninguna parte de la sentencia, a diferencia de lo afirmado por la Demandada, la

³³² *CME Czech Republic B.V. (Países Bajos) c. la República Checa*, Laudo parcial del 13 de septiembre de 2001 (CNUDMI), párrafo 613 (Traducción del Tribunal).

³³³ *Československá Obchodní Banka A.S. c. la República Eslovaca* (Caso CIADI No. ARB/97/4), Laudo del 29 de diciembre de 2004, párrafo 170.

³³⁴ *Azurix Corp. c. la República Argentina* (Caso CIADI No. ARB/01/12), Laudo del 14 de julio de 2006, párrafo 406.

³³⁵ *Case Concerning Elettronica Sicula S.p.A.* (Estados Unidos de América c. Italia) (*ELSI*), Sentencia del 20 de julio de 1989, 1989 WL 139016 (I.C.J. 1989).

Corte interpreta la obligación de protección y seguridad plenas como limitada a dichas circunstancias. Estados Unidos también adujo que una demora de 16 meses para obtener una decisión acerca de su apelación violaba el deber de Italia de otorgar protección y seguridad plenas. Si la norma de protección y plena seguridad se aplicara sólo a circunstancias de ocupación física, cabría esperar que la Corte lo hubiera dicho expresamente y hubiera desestimado la demanda de los Estados Unidos sobre esa base. En cambio, después de analizar los hechos en que se fundaba la posición de los Estados Unidos, llegó a la conclusión de que “... [D]ebe ponerse en duda si en *toda circunstancia*, la demora en el dictado de la decisión por el Prefecto en este caso puede considerarse como inferior [al] estándar” (énfasis agregado)³³⁶. En el caso *Wena Hotels*, el Tribunal llegó a la conclusión de que hubo un incumplimiento de la obligación de protección y seguridad plenas al haber permitido el demandado la ocupación de la propiedad de las demandantes pero, al igual que en el caso *ELSI*, el Tribunal no interpretó la obligación como limitada a esas circunstancias³³⁷. En el caso *Rankin*, el Tribunal sostuvo que las declaraciones de los líderes revolucionarios iraníes “no se ajustaban a los requisitos del Tratado de Amistad y al derecho internacional consuetudinario de otorgar protección y seguridad” porque cabría haber esperado razonablemente que iniciaran actos de “acoso”, así como también, de “violencia” contra extranjeros y sus bienes³³⁸. Análogamente, en el caso *Eureka c. Polonia*, si bien el Tribunal había concluido que la demandada no había incumplido su

³³⁶ *Ibid.*, párrafo 111 (Traducción del Tribunal).

³³⁷ *Wena Hotels Ltd. c. República Árabe de Egipto* (Caso CIADI No. ARB/98/4), Laudo del 8 de diciembre de 2000, 41 I.L.M. 896, en 911 (2002), párrafos 84-95.

³³⁸ *Rankin c. República Islámica del Irán*, Laudo No. 326-10913-2, Laudo del 3 de noviembre de 1987, 17 Iran-U.S. C.T.R. 135, párrafo 30 (c) (Traducción del Tribunal).

obligación, indicó que podría haber llegado a una conclusión distinta si hubiera habido “pruebas claras” de que la demandada “fuera la autora o inspiradora de los actos en cuestión”. Agregó que si los actos de acoso “fueran a reiterarse y mantenerse, bien podría suceder que la [demandada] incurriera en responsabilidad al no haberlos impedido”³³⁹. Por lo tanto, la protección y plena seguridad (o protección y seguridad plenas) puede aplicarse con un alcance más amplio que la seguridad física de un inversor o sus bienes, puesto que cualquiera de ellos podría verse sujeto a un acoso, sin ser sufrir un daño físico o ser secuestrado.

Conclusiones

- 7.4.18. Para llegar a nuestra conclusión de que las autoridades provinciales de Tucumán (por las que la República Argentina es responsable) violaron la norma del TBI del trato justo y equitativo, hemos considerado atentamente (y rechazado) las afirmaciones de la Demandada consistentes en que: a) CAA frustró el Contrato de Concesión al no cumplir plenamente con sus obligaciones y que, frente a sus incumplimientos, b) las respuestas reglamentarias y de otra naturaleza de Tucumán fueron responsables, proporcionales y adecuadas.
- 7.4.19. Atento a los hechos frente a los que nos encontramos, sólo es posible concluir que el Gobierno del Sr. Bussi, indebidamente y sin justificación alguna, montó una “campana” ilegítima contra la Concesión, el Contrato de Concesión y la empresa

³³⁹ *Eureka B.V. c. República de Polonia*, Laudo parcial, 19 de agosto de 2005, párrafos 236-237 (Traducción del Tribunal).

concesionaria “extranjera” desde el momento en que entró en funciones, con miras a revertir la privatización o bien forzar a la empresa concesionaria a renegociar (y bajar) las tarifas de CAA.

7.4.20. Como el propio testigo de la Demandada, Dr. Jorge Rais, describió la situación en su posterior estudio de caso preparado para el Banco Mundial:

“[El gobierno de Tucumán] en lugar de salir a explicar las causas de las modificaciones sumó su voz a las protestas. En verdad, se formó un verdadero coro, donde competían legisladores, periodistas, políticos y dirigentes de la sociedad civil, en presentarse como más virulentos ”³⁴⁰.

7.4.21. Es evidente que esta campaña no tenía nada que ver con el funcionamiento inicial de la Concesión de CAA (o con sus supuestos, o admitidamente menores, incumplimientos del Contrato de Concesión). Antes de asumir el cargo, el nuevo gobernador declaró reiteradamente a que no respetaría los nombramientos hechos por el gobernador saliente y que él dudaba de la necesidad del nuevo Ente Regulador de servicios de agua, ERSACT, porque rechazaba la privatización de la DiPOS³⁴¹. Cabe recordar también la declaración del General Bussi de diciembre de 1994, durante la campaña de elecciones provinciales, de la “más férrea oposición [de su partido] a la transferencia de patrimonios de la Provincia” y la prueba del Vicegobernador Topa de que “nuestro partido ha anunciado que —si fuera elegido— una de sus medidas de gobierno sería considerar el examen de los

³⁴⁰ Estudio de caso, abril de 2001 – La Concesión de los servicios de agua potable y alcantarillado sanitario en Tucumán, República Argentina, preparado por Jorge Carlos Rais, María Esther Esquivel y Sergio Sour, Consultores (Prueba documental 858), párrafo 47.

³⁴¹ *Ibid.*, párrafo 45.

pormenores del contrato de Concesión ... teniendo en cuenta los intereses de los usuarios,” y que el Contrato de Concesión había “nacido viciado”.

7.4.22. Es en este contexto que puede entenderse mejor la decisión del ERSACT del 25 de septiembre de 1995 de remitir las disposiciones tarifarias “*absurdas*” del Contrato de Concesión al Procurador General, menos de 10 días después de haber publicado su propio aviso de toda una página por el que se aprobaba que los impuestos fueran agregados a las tarifas del servicio aplicadas por CAA, y la constitución el 17 de noviembre de 1995 por el poder legislativo de una Comisión Investigadora para investigar tanto las tarifas de CAA como toda la privatización. La Demandada no aportó ninguna prueba convincente para explicar este aparente cambio de ideas del ERSACT respecto de la legitimidad de que los impuestos sean agregados a las tarifas de CAA. En estas circunstancias cabe inferir que la remisión por parte del ERSACT del Contrato de Concesión al Procurador General tenía motivaciones políticas.

7.4.23. El Dr. Rais describió estas medidas —que denominó (correctamente en nuestra opinión) como el "primer embate" de la Provincia— como actos que “... resta[ban] legitimidad formal a la facturación de la concesionaria ... lo que promovió una serie de resoluciones oficiales que decretaban la nulidad de la citada facturación. Hasta la propia Legislatura, emitió en Diciembre una suerte de condena a dicha facturación”. En cuanto a su efecto en la Concesión, observó que “[I]os usuarios [de CAA], en general recogieron de inmediato el mensaje que les transmitían desde todos los ámbitos, advirtiendo que el desempeño de CAA,

incluyendo todos sus actos revestían atributo de provisionalidad, con lo que fueron dejando gradualmente, de pagar sus facturas”³⁴².

7.4.24. A pesar del período de gracia contractual de seis meses (respecto del pago de multas reglamentarias relacionadas con los controles de calidad), Argentina procuró describir la aplicación por el ERSACT de 101 cargos independientes por incumplimientos del control de la calidad del agua a principios de diciembre de 1995 como procedimientos “reglamentarios” normales, lo que no eran. Aceptamos el testimonio del Dr. Paz de que el Sr. Davolio (el entonces Subinterventor del ERSACT) le dijo que él habría resuelto estas primeras cuestiones de las pruebas de la calidad del agua con un llamado telefónico, pero que en cambio el ERSACT aplicó 101 cargos independientes y 78 multas por valor de US\$1.000,00 (23 de los cargos no se tramitaron en este momento) porque sus superiores le habían pedido “... que presione a Aguas del Aconquija a negociar las tarifas.” El Sr. Davolio agregó que “... hasta que las tarifas se renegocien como quiere el gobierno, la orden de las más altas esferas es seguir aplicando presión con lo que tenemos”. Estos primeros cargos y las posteriores multas son prueba de lo que el Dr. Rais describió como primeros esfuerzos de los miembros del ERSACT “... por congraciarse con “la visión” política del nuevo Gobernador”³⁴³. Al haberse aplicado e impuesto “para presionar” a CAA “a renegociar las tarifas”, estos cargos y multas constituyen un evidente uso indebido de las facultades reglamentarias de la Provincia para fines ilegítimos.

³⁴² *Ibid.*, párrafo 48.

³⁴³ *Ibid.*, párrafo 45.

- 7.4.25. La Resolución No. 2 del Poder Legislativo, emitida el 12 de diciembre de 1995, en la que se recomendaba que el gobernador *aplicara unilateralmente una reducción temporaria de las tarifas* a fin de que éstas no superaran en más de 35% las antiguas tarifas de la DiPOS también arroja luz sobre la directriz inmediata del nuevo gobernador: “... el establecimiento de un *nuevo sistema tarifario justo y razonable*” (énfasis agregado).
- 7.4.26. Asimismo, como lo señaló el Dr. Rais, “[e]l episodio de agua turbia, no hizo sino acentuar la campaña de desprestigio de CAA”³⁴⁴. Mientras que los funcionarios provinciales sabían que nunca existió un riesgo para la salud, el episodio del manganeso llevó a “la abierta convocatoria al no pago por parte de toda la dirigencia política”, a que la Provincia “amenazando el GdT con dar por terminando el contrato”, y a la designación de un interventor en el ERSACT, “quién rápidamente se declaró en “guerra” contra el concesionario”³⁴⁵.
Concluimos que la reacción de la Provincia a los episodios de turbiedad del agua fue irresponsable, irrazonable y carente de proporcionalidad. Teniendo en cuenta su motivación, esta reacción evidentemente violó la norma del Artículo 3.
- 7.4.27. La apariencia desagradable de la turbiedad por manganeso en el sistema de abastecimiento de agua en partes de San Miguel a fines de enero de 1996 fue muy desafortunada; también fue imprevista e imprevisible. A pesar de ello, como lo afirmó el testigo de la Demandada, Sr. Arancibia, “[e]n 72 horas se implementa el tratamiento para oxidación de manganeso soluble incoloro detectable por análisis

³⁴⁴ *Ibid.*, párrafo 51.

³⁴⁵ *Ibid.*, párrafo 51.

químicos, posterior precipitación, filtración y como consecuencia remoción del mismo”³⁴⁶. Además, CAA adoptó las debidas medidas para informar al público acerca de lo que había sucedido y de las medidas que la empresa estaba tomando para solucionar el problema.

7.4.28. Por el contrario, en lugar de colaborar con CAA para entender el problema y calmar los temores de los usuarios, la mayoría de los funcionarios superiores de la Provincia actuaron de manera irresponsable. Por ejemplo, el Ministro de Salud hizo una declaración escandalizante al anunciar que CAA estaba suministrando agua “con contaminación bacteriológica”. Es más, antes de que apareciera la turbiedad por manganeso, afirmó públicamente que el agua podría causar cólera, fiebre tifoidea y hepatitis. Cuando se le repreguntó al Vicegobernador Topa acerca de los efectos de esa declaración, el vicegobernador Topa reconoció que “trae un gran impacto en la comunidad”³⁴⁷. Cuando se le repreguntó si sabía si el Ministro de Salud tenía alguna prueba que respaldara su última declaración, contestó: “[p]resumimos que era un hombre con la formación técnica y con la responsabilidad necesaria para afirmar lo que afirmaba”³⁴⁸. El Sr. Topa agregó: “Me imagino o presumo que un especialista en salud, que además es el Ministro [de Salud], que públicamente se atreve a hacer estas afirmaciones, previamente hizo algunos análisis...”³⁴⁹. La Demandada nunca presentó pruebas de la

³⁴⁶ Declaración jurada complementaria de Arancibia, 26 de marzo de 1999, Sección IX, párrafo 13 (Prueba documental 377).

³⁴⁷ Transcripción en español de la audiencia sobre el fondo del asunto, Día 7, pág. 1712, renglones 16-17 (30 de julio de 2006).

³⁴⁸ Transcripción en español de la audiencia sobre el fondo del asunto, Día 7, pág. 1744, renglones 1-9 (30 de julio de 2006).

³⁴⁹ Transcripción en español de la audiencia sobre el fondo del asunto, Día 7, pág. 1747, renglones 11-18 (30 de julio de 2006).

realización de dichos análisis. Esto tal vez no sea sorprendente puesto que por lo general se sabe bien que la presencia de manganeso en el agua no plantea ningún riesgo para la salud y que, como ya se señaló, CAA contrató a un médico argentino, un experto en enfermedades infecciosas transmitidas por el agua, que realizó un estudio minucioso y confirmó que no existía ningún riesgo para la salud.

7.4.29. Dos días después de la declaración del Ministro de Salud de 24 de enero de 1996 en la que advertía acerca de los peligros de contraer cólera y fiebre tifoidea, y el día en que el ERSACT publicó avisos asegurando al público que la turbiedad por manganeso no planteaba ningún riesgo para la salud, el Vicegobernador Topa, en nombre del Gobernador Bussi, puso al organismo bajo intervención oficial, despidió a sus directores y nombró al Sr. Franco Fogliata como Interventor. Antes de su designación, el Sr. Fogliata se había desempeñado, y siguió haciéndolo, como Ministro de Producción de la Provincia. No cabe duda de que desde entonces las decisiones de ERSACT estuvieron dirigidas políticamente por el Poder Ejecutivo. Desde esta fecha, el Dr. Rais consideró que ahora era la función del ERSACT: "... poner en práctica las directivas políticas que se le impartían". Lo dijo claramente en su informe: el Interventor "... rápidamente se declar[ó] "guerra" contra el [C]oncesionaria"³⁵⁰. Aceptamos la descripción más bien cruda del Dr. Rais como reflejo de la realidad.

³⁵⁰ Estudio de caso,– La Concesión de los servicios de agua potable y alcantarillado sanitario en Tucumán, República Argentina, preparado por Jorge Carlos Rais, María Esther Esquivel y Sergio Sour, Consultores, abril de 2001 (Prueba documental 858), párrafos 51 y 52.

- 7.4.30. Habida cuenta del testimonio del Sr. Paz y la opinión independiente expresada por el Dr. Rais en su informe de 2001 para el Banco Mundial³⁵¹, las medidas adoptadas por ERSACT después de la intervención del Ente deben considerarse como influenciadas y, por lo tanto, carentes de legitimidad, en razón de la decisión de la Provincia de rescindir el Contrato de Concesión o forzar a su renegociación.
- 7.4.31. Análogamente, mientras que habría sido totalmente adecuado que un nuevo gobierno con una perspectiva distinta de política en materia de privatización procurara renegociar un contrato de Concesión de manera transparente y no forzada, es sin duda alguna incorrecto (e injusto e inequitativo de acuerdo con el TBI) tratar de atraer a una empresa concesionaria a la mesa de negociaciones mediante amenazas de rescisión sobre la base de argumentos grandilocuentes después de haber privado indebidamente de legitimidad formal a las facturaciones de la empresa concesionaria. Sin embargo, esto es precisamente lo que sucedió en este caso.
- 7.4.32. El 9 de febrero de 1996, dos semanas después de haber sido intervenido, el ERSACT emitió la Resolución No. 170/96 en la que se da cuenta de la conclusión de que los procedimientos de facturación de CAA son “actos nulos” y se ordenó “... su revocación o sustitución por razones de ilegitimidad ...” a fin de impedir que [ERSACT] emita una resolución administrativa “que obligue a la CAA a

³⁵¹ Si bien el Dr. Rais aportó pruebas en nombre de la Demandada, sus opiniones expresadas en el Informe Rais pueden considerarse independientes, en el sentido de que el Informe fue preparado en 2001 como un estudio de caso para el Banco Mundial a fin de determinar las causas de la falta de participación del sector privado en el ámbito de los servicios públicos de abastecimiento de agua y alcantarillado.

hacer decaer su actual liquidación tarifaria”. Una semana después ordenó a CAA otorgar a sus clientes una exención del pago de tarifas por 35 días, y confirmó su “multa” anterior por la falta de CAA de que se da cuenta en la Resolución 51/96.

7.4.33. Al día siguiente, se sumó el Ministro del Interior, Alberto Germanó, al anunciar que el Contrato de Concesión debería rescindirse debido al “muy mal servicio prestado a una tarifa alta”. Al ser examinado, se pidió al Vicegobernador Topa que respondiera a la declaración del ministro de que la Provincia estaba “preparada a hacerse cargo inmediatamente de los servicios de agua y cloacas”. Respondió que: “...eso no es para nada serio”. Y agregó que: “... [el Gobierno] entendía que no estaba en absoluto en condiciones de tomar el servicio en ese momento y no tenía ningún plan alternativo que yo conociere y nunca me fue manifestado por el [G]obernador ...”³⁵². El Tribunal acepta el testimonio del Sr. Topa en el sentido de que el Gobierno no tenía ningún plan en ese momento para hacerse cargo de la Concesión, sino simplemente de amenazar con hacerlo. Y eso es exactamente lo que hizo el Gobernador Bussi cuando anunció a la prensa el 15 de febrero de 1996 que tan sólo un milagro podía salvar al Contrato de Concesión de ser rescindido por el Poder Ejecutivo. Esta amenaza y todo lo que la precedió llevó a las Demandantes a la mesa de negociaciones.

7.4.34. Como se ha concluido antes, la propuesta inicial de CAA de renegociar el contrato fue rechazada inmediatamente. Posteriormente, el 19 de marzo de 1996,

³⁵² Testimonio de Topa, Transcripción en español de la audiencia sobre el fondo del asunto, Día 7, págs. 1890 (renglones 1-8), y 1848 (renglones 1-2) (30 de julio de 2006). Testimonio de Topa, Transcripción en inglés de la audiencia sobre el fondo del asunto, Día 7, pág. 1847 (renglones 12-21) (30 de julio de 2006) (Traducción del Tribunal).

un día después de que el ministro Germanó notificó a CAA las condiciones previas impuestas por el Gobierno para las negociaciones, el ERSACT emitió la Resolución 212/96 relativa a las facturaciones iniciales de CAA y sus tarifas. Pese al hecho de que tanto el Procurador General como el Tribunal de Cuentas habían recomendado solamente que el ERSACT *negociara* con CAA respecto del agregado a sus tarifas de algunos de los impuestos municipales, la Resolución 212/96 fue un duro golpe. En la Resolución 212/96 se rechazó la apelación de CAA contra la Resolución 170 y se concluyó que CAA había incurrido en incumplimiento del Contrato de Concesión. También se sostuvo que la Resolución 170 había entrado en vigor el 9 de febrero de 1996 y se informaba al Poder Ejecutivo acerca del “grave e injustificado incumplimiento” de CAA de la misma, pese a estar pendiente de resolución la apelación de CAA.

7.4.35. Cabe recordar que en la Resolución 170 se había exigido a CAA que no emitiera nuevas facturas ni cobrara las facturas pendientes en tanto el ERSACT no hubiera aprobado una nueva estructura tarifaria para CAA teniendo en cuenta el dictamen del Procurador General.

7.4.36. Por las razones mencionadas antes, la Resolución 212/96 es un muy buen ejemplo de acto injusto e inequitativo de las autoridades gubernamentales de Tucumán. En la medida en que pueden haberse planteado interrogantes verosímiles acerca de qué impuestos exactamente tenía derecho a agregar CAA al cargo por el servicio en sus facturas, las referencias hechas por el ERSACT a la necesidad de “*medidas urgentes*”, “*graves pérdidas*”, “*grandes repercusiones sociales*”, “*desobediencia*”

grave” y los “*elevados montos involucrados*” señalan sin lugar a error el hecho de que se estaba usando indebidamente al Ente Regulador como instrumento de reingeniería política. Cabe recordar que los impuestos discutidos ascendían a un total de alrededor de tan sólo US\$2,50 por mes y que no se discutía que CAA tuvieren derecho a aumentar el cargo por sus servicios en aproximadamente 30% para cubrir impuestos por encima del aumento de 67,9% respecto de las tarifas anteriores de la DiPOS.

7.4.37. En cuanto a las renegociaciones interrumpidas una y otra vez que se llevaron a cabo desde fines de febrero de 1996 hasta mediados de mayo de 1997, no hace falta abordar cada una de las cuestiones que las Demandantes presentan como ejemplos de trato injusto e inequitativo en el curso de este período. Sólo basta observar que las Demandantes habían sido llevadas a la mesa de negociaciones por las reiteradas amenazas de rescisión hechas por el Gobernador Bussi y por la campaña inaceptable de la Provincia de revertir la privatización o forzar a CAA a renegociar, y permanecieron en ella (siguieron negociando durante todo el tiempo que creyeron que era posible salvar la Concesión en condiciones renegociadas) en virtud de las reiteradas suspensiones y reactivaciones de las Resoluciones Nos. 212/96 y 213/96 del Ente Regulador. Esta denominada actividad reglamentaria constituyó una conducta persistente, injusta e inequitativa porque no era más que una coerción impulsada por motivos políticos con el objeto de obligar a las Demandantes a acordar nuevas condiciones del Contrato de Concesión que fueran aceptables para el nuevo gobierno.

- 7.4.38. También concluimos que el efecto de la conducta del Ente Regulador durante este período, teniendo en cuenta el Informe tan crítico de la Comisión Especial Investigadora, las observaciones del Ministro Germanó acerca de seguir negociando con delincuentes, el ataque del Tribunal de Cuentas al Acuerdo Marco y los esfuerzos de los legisladores y el Defensor del Pueblo por ayudar a los usuarios de CAA a resistirse al pago de las facturas, tuvieron un efecto devastador en la viabilidad económica de la Concesión.
- 7.4.39. Conforme a la norma del trato justo y equitativo, no cabe duda alguna de la obligación del gobierno de no menoscabar ni socavar una Concesión (la norma de “no hacer daño”) que ha sido debidamente otorgada, aunque por un gobierno anterior, sobre la base de falsedades y con la motivación del deseo de rescindir la Concesión o forzar a su renegociación. Y eso es exactamente lo que pasó en Tucumán.
- 7.4.40. En el expediente quedó demostrada de manera concluyente la precisión de la descripción hecha por el Legislador Nogués de lo que el Gobierno de Bussi dijo a los usuarios de CAA. Como lo expresó, las autoridades provinciales:

“le dijo a los ciudadanos tucumanos que no paguen la boleta de agua, se lo dijo en todos los tonos y de todas las formas; les dijo además que el sistema de facturación no respondía a los cánones contractuales...hubo una petición explícita del Poder Ejecutivo en el sentido de que no se pague el agua...el hecho cierto es que en la actualidad los ciudadanos fueron instados por el Poder Ejecutivo a no pagar”³⁵³.

³⁵³ Poder Legislativo de la Provincia de Tucumán, Debate legislativo, 20 de noviembre de 2003 (Prueba documental 69).

- 7.4.41. Durante su interrogatorio, el Vicegobernador Topa atestiguó que la Provincia nunca hubiera desalentado el pago porque eso sería “incongruente con la letra del contrato”. Adujo que constantemente alentó a los usuarios sus facturas. Sin embargo, aunque también atestiguó que “todos los miembros de difusión estaban encima nuestro publicando cada punto y coma”³⁵⁴, No se presentaron pruebas ante el Tribunal de que el Vicegobernador Topa, ni ningún otro funcionario provincial, hayan efectuado alguna vez dichas declaraciones por las que se alentaba a los usuarios a no pagar.
- 7.4.42. En cambio, están bien documentadas las declaraciones y conductas contrarias. En la campaña electoral de 1995, el partido del General Bussi dijo a la población que las tarifas eran demasiado elevadas y que, de resultar electo, las corregiría. Después, el Poder Legislativo dictó su propia resolución objetando las facturas de CAA y exigiendo que se aplicara una que no fuera superior en 35% a la antigua tarifa de la DiPOS. En enero de 1996, el Ministro de Salud advirtió acerca de los riesgos de fiebre tifoidea y cólera cuando el ERSACT sabía que no existían dichos riesgos. El General Bussi y otros amenazaron con rescindir la Concesión y se tildó a sus accionistas como posibles delincuentes. En este caso, no causa sorpresa que la tasa de recuperación de CAA de sus facturas disminuyera cada vez más. En consecuencia, medida por la norma de “no hacer daño”, la Demandada socavó directamente las legítimas expectativas de las Demandantes

³⁵⁴ Testimonio de Topa, Transcripción de la audiencia sobre el fondo del asunto, Día 7, págs. 1708 (renglones 10-12) y 1672 (renglones 11-19) (30 de julio de 2006).

respecto de su inversión ³⁵⁵ y violó sus compromisos en virtud Artículo 3 del Tratado.

7.4.43. Como se señaló, después de enterarse de que el Poder Ejecutivo no había respaldado el Contrato del 8 de abril (cuando, a mediados de junio de 1997, aceptó unas 70 modificaciones unilaterales al proyecto de ley presentado ante el Poder Legislativo), CAA notificó formalmente con 90 días de antelación la rescisión del Contrato de Concesión el 27 de agosto de 1997. Atento a nuestro mandato de decidir acerca del incumplimiento del Tratado, no es preciso que emitamos una opinión, ni lo haremos, acerca de si CAA tenía fundamentos contractuales para rescindir el Contrato de Concesión en ese momento. Sin embargo, sí afirmamos que, cuando lo hizo, las autoridades de Tucumán (el Gobernador, el Vicegobernador, los Ministros del Poder Ejecutivo, el Poder Legislativo, el Procurador General y el Ente Regulador), cuyos actos cabe atribuir sin duda alguna a la República Argentina, habían incurrido en varios incumplimientos de la norma de trato justo y equitativo prevista en el Artículo 3.

7.4.44. Las partes dedicaron mucho tiempo al tema de la responsabilidad, o falta de ella, de la República Argentina por los actos de distintos legisladores del partido opositor y del Defensor del Pueblo. El Tribunal observa que la Demandada no discutió su responsabilidad por los actos del Poder Legislativo en ejercicio de su facultad gubernamental, del Poder Ejecutivo, del Procurador General o del Ente

³⁵⁵ Según el Tribunal, no era razonable que las Demandantes previeran lograr las tasas de recuperación o tasas de rentabilidad interna conforme a las cuales modelaron su inversión. Las inversiones siempre tienen riesgos y la rentabilidad pocas veces está garantizada. Empero, tenían todos los motivos para esperar que su asociada en la privatización, la Provincia, no montara una campaña ilegítima para forzarlas, bajo amenaza de rescisión, a renegociar tarifas más bajas.

Regulador. La Demandada tan sólo niega su responsabilidad por los actos de distintos legisladores, especialmente políticos opositores y el Defensor del Pueblo. No es preciso que decidamos esta cuestión habida cuenta de nuestra conclusión de que actos múltiples de miembros del Poder Ejecutivo, ministros y el Ente Regulador (que seguía las directivas políticas del Poder Ejecutivo) y el poder legislativo infringieron la norma establecida en el Artículo 3. De haber sido necesario, nos hubiéramos inclinado por concluir que muchos de los actos del Defensor del Pueblo que fueron objeto de reclamación entrañaron el ejercicio de la autoridad gubernamental y, en consecuencia, habrían sido atribuibles a Argentina si también constituyeran un incumplimiento de las disposiciones del Artículo 3.

7.4.45. En cuanto a la conducta de Tucumán después de la rescisión, también dejamos de lado las cuestiones contractuales vinculadas con el hecho de si la Provincia tenía o no derecho a exigir que CAA siguiera prestando servicios durante el supuesto “período de cautividad”. La respuesta a este interrogante no tendría importancia sustancial para el resultado. Sin embargo, no cabe de manera alguna justificar la sanción en 2001 por el Poder Legislativo de la Ley No. 7196, por la que se prohibía a CAA seguir sus juicios por cobro de facturas, y en 2002 la sanción de la Ley No.7234, por la que se prohibía a CAA ejecutar las sentencias dictadas o que se dicten en procedimientos contra los deudores. Estas medidas fueron, y sólo pueden considerarse una venganza haciendo uso del poder soberano para castigar a CAA y sus accionistas por rescindir el Contrato de Concesión y por ejercer sus derechos a someter las diferencias a arbitraje según las disposiciones del TBI. En

calidad de tales, esas medidas y las reiteradas sanciones de versiones posteriores de la Ley No. 7234 también infringen las disposiciones del Artículo 3 del TBI.

7.4.46. Por último, aunque hubiéramos aceptado la interpretación de la Demandada acerca del alcance de la norma del Artículo 3 (interpretación que este Tribunal ha concluido que es obsoleta), no nos cabe duda alguna de que los numerosos actos y omisiones de la Demandada constituyeron en conjunto un “incumplimiento internacional” según se lo define en el caso *Neer*³⁵⁶, y por lo tanto la Demandada infringió el “nivel mínimo de trato” en que se basa.

7.5. Expropiación sin indemnización - Artículo 5

7.5.1. Al igual que sucede con el Artículo 3, las partes en el presente caso discrepan en cuanto al alcance de la protección contra actos de expropiación contenida en el Artículo 5 del Tratado. En la parte pertinente, en el Artículo 5(2) se dispone:

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

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

³⁵⁶ Caso *Neer*, Comisión de Reclamaciones entre Estados Unidos y México, Reports of International Arbitral Awards, Vol. IV, pág. 60 (1926).

7.5.2. Es evidente que los derechos contractuales en cuestión en la presente diferencia (es decir, los previstos en el Contrato de Concesión) están comprendidos en la definición contenida en el Artículo 1 de derechos protegidos por el Tratado. En la parte pertinente del Artículo 1 se dispone:

“1. El término “inversiones” designa los activos tales como los bienes, derechos e intereses de cualquier naturaleza y, en particular, aunque no exclusivamente:

...

e) las concesiones acordadas por la ley o en virtud de un contrato, en particular las concesiones relativas a ... la explotación de recursos naturales ...”

7.5.3. Al parecer, la Demandada sostiene que un acto o medida violatoria de un contrato no puede dar lugar a una expropiación porque los incumplimientos contractuales podrían y, de acuerdo a derecho, deben abordarse en otros foros, sin acudir al Tratado.

7.5.4. Esta proposición es incorrecta. No puede haber duda de que los derechos contractuales pueden ser objeto de expropiación, y las diferencias contractuales han dado lugar a varios casos por incumplimiento de tratados. El mismo acto que puede ser violatorio de un tratado también puede ser violatorio de un contrato, o de ambos, el tratado y el contrato. El hecho de que haya superposición no impide que un tribunal considere al acto como posible violación de un tratado. Además, el hecho de que un acto determinado fuese violatorio, o fuera considerado por una de las partes como violatorio del contrato, bien puede ser de utilidad para la evaluación del Tribunal acerca de ese acto a los fines de una reclamación en virtud del tratado.

7.5.5. En el caso *Phillips Petroleum*, el Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos analizó si una reclamación por rescisión de un contrato de Concesión petrolera constituyó una “expropiación de derechos contractuales” y, “subsidiariamente, ... [un] incumplimiento y rechazo” del contrato³⁵⁷. La rescisión del contrato siguió a varios actos del gobierno iraní que lentamente fueron socavando los derechos de la demandante en virtud del contrato. El Tribunal de Reclamaciones sostuvo que “... la expropiación por parte de un Estado, o que pueda atribuirse a él, de los bienes de un extranjero hace nacer la responsabilidad, en virtud del derecho internacional, por el pago de una indemnización, y esto sucede ya sea que la expropiación sea formal o de hecho y que los bienes sean tangibles ... o intangibles, como los derechos contractuales en el presente caso”³⁵⁸. El Tribunal consideró “que los actos objeto de reclamación al parecer se adaptan más a la evaluación de la existencia de responsabilidad por expropiación de bienes de propiedad extranjera en virtud del derecho internacional que a la evaluación de los aspectos contractuales de la relación, de modo que decidió analizar la reclamación teniendo esto en cuenta”³⁵⁹.

7.5.6. Análogamente, el Tribunal en el caso *SPP c. Egipto* señaló que los derechos contractuales están amparados por la protección del derecho internacional y la expropiación de dichos derechos entraña la obligación de pagar una

³⁵⁷ *Phillips Petroleum Company Iran c. la República Islámica del Irán y NIOC*, Laudo No. 425-39-2, Laudo del 29 de junio de 1989, 21 Irán – U.S. C.T.R. 79, párrafo 75 (Traducción del Tribunal).

³⁵⁸ *Ibid.*, párrafo 76.

³⁵⁹ *Ibid.*, párrafo 75 (Traducción del Tribunal).

indemnización, y que se ha reconocido desde hace mucho tiempo que los derechos contractuales pueden ser objeto de expropiación indirecta³⁶⁰.

7.5.7. La Demandada cita los casos *Waste Management II* y *Azinian* en apoyo de la proposición de que el incumplimiento contractual de un Estado, sin más, no constituirá expropiación con el significado que se atribuye al término en un tratado de inversiones³⁶¹.

7.5.8. Sin embargo, las medidas identificadas en el párrafo 7.4 anterior, que integraron la campaña destructiva llevada a cabo por la Provincia contra CAA y CGE/Vivendi, no pueden de ninguna manera caracterizarse como simples actos comerciales de incumplimiento o relacionados con el incumplimiento de una contraparte contratante. Se trata de actos soberanos ilegítimos, llevados a cabo por la Provincia en su carácter oficial, respaldados por la fuerza del derecho y con todas las facultades del poder público.

7.5.9. En el caso *Jalapa Railroad* de 1948 se sostuvo que surgió la responsabilidad internacional cuando el gobierno de Veracruz salió de su función de parte contratante y procuró eludir las obligaciones fundamentales del contrato mediante el ejercicio de su poder público superior³⁶².

³⁶⁰ *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited c. República Árabe de Egipto* (Caso CIADI No. ARB/84/3), Laudo sobre el fondo del asunto del 20 de mayo de 1992, 321.L.M. 937 (1993).

³⁶¹ Véase el Memorial de contestación, párrafos 10, 474-489.

³⁶² *Jalapa R.R. & Power Co. Claim* (1948), *Whitesman's Digest of International Law*, Volumen 8, págs. 908-909 (1976) (Comisión de Reclamaciones entre Estados Unidos y México, de acuerdo con la Ley del Congreso aprobada el 18 de diciembre de 1942, Informe para el Secretario de Estado con Decisiones con indicación de los motivos para admitir o rechazar las reclamaciones (Publicación No. 2859 del Departamento de Estado, Serie sobre Arbitrajes No. 9) (1948)).

- 7.5.10. Por lo tanto, aunque se aceptasen los argumentos de la Demandada de argüir la existencia de algún elemento adicional a fin de determinar que los actos de naturaleza contractual constituyen una violación del Tratado, en el presente caso existen muchos de esos elementos. De cualquier modo, la exigencia del Artículo 5(2), de que las medidas del Estado no sean contrarias a un compromiso particular, indica que el incumplimiento de un compromiso por un Estado es un factor que debe considerarse para determinar si la actuación del Estado es de naturaleza expropiatoria.
- 7.5.11. En cuanto a la posición de la Demandada de que es novedosa y ambiciosa la sugerencia de las Demandantes de que el *valor* de sus inversiones ha sido expropiado, no es poco frecuente en casos de expropiación indirecta que el inversor sufra una privación sustancial del valor de su inversión. Muchos tribunales han prestado atención a la disminución del valor de la inversión a fin de determinar si la medida objetada es expropiatoria. La doctrina mayoritaria (que se analiza más adelante) al parecer señala una distinción entre sólo una privación parcial del valor (y no una expropiación) y una privación total o casi total del valor (expropiación).
- 7.5.12. En el caso Tecmed, el Tribunal sostuvo que una medida es equivalente a una expropiación si:

“la Demandante [como consecuencia de las acciones de la Demandada] se vio privada, de manera radical, de la utilidad económica de su inversión, como si los derechos relativos a ésta ... hubiesen cesado. Es decir, si a raíz de actuación atribuible a la Demandada, los bienes en

cuestión han perdido valor o utilidad para quien se beneficia de los mismos ...”³⁶³.

7.5.13. El Tribunal en este caso también reconoció que, si bien expresiones como “equivalente a la expropiación” o “tantamount to expropriation” (denominada expropiación indirecta o progresiva), no se prestan a una definición clara o unívoca, “... se reconoce generalmente que se traducen a través de conducta o actos que no explicitan en sí mismos el objetivo de privar al sujeto pasivo de sus derechos o bienes, pero que en los hechos operan tal privación”³⁶⁴.

7.5.14. En el caso *CME* el Tribunal reconoció análogamente que la destrucción del valor o los beneficios de la propiedad puede constituir una expropiación:

“Las expropiaciones de hecho o indirectas, es decir, las medidas que no entrañan una confiscación abierta pero que neutralizan eficazmente los beneficios de los bienes de un propietario extranjero, pueden ser objeto de reclamaciones por expropiación. Esto resulta indiscutible según el derecho internacional...”³⁶⁵.

7.5.15. El Tribunal del CIADI en el caso *Santa Elena* también hizo hincapié en que “la proposición de que un bien ha sido expropiado se halla bien fundada cuando el efecto de las medidas adoptadas por el Estado ha sido privar al propietario del título, posesión o *acceso a los beneficios y utilidad económica de su propiedad* ...”³⁶⁶ (énfasis agregado).

³⁶³ *Técnicas Medioambientales Tecmed S.A. c. Estados Unidos Mexicanos* (Caso CIADI No. ARB (AF)/00/2), Laudo del 29 de mayo de 2003 (TBI celebrado entre España y México), párrafo 115.

³⁶⁴ *Ibid.*, párrafo 114.

³⁶⁵ *CME Czech Republic B.V. (Países Bajos) c. la República Checa*, Laudo parcial del 13 de septiembre de 2001 (CNUDMI), párrafo 604 (Traducción del Tribunal).

³⁶⁶ *Compañía del Desarrollo de Santa Elena, S.A. c. la República de Costa Rica* (Caso CIADI No. ARB/96/1), Laudo del 17 de febrero de 2000, 15 ICSID REV – FILJ 169 (2000), párrafo 77 (Traducción del Tribunal).

- 7.5.16. La jurisprudencia del Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos brinda mayor respaldo. En el caso *Tippetts*, el Tribunal concluyó que la privación o confiscación de bienes puede darse de acuerdo con el derecho internacional en virtud de la interferencia de un Estado en el uso de ese bien o el goce de sus beneficios, aunque el título legal de propiedad de ese bien no se vea afectado³⁶⁷. En forma similar, el Tribunal en el caso *Starrett Housing* afirmó que “se admite en el derecho internacional que las medidas adoptadas por un Estado pueden interferir con los derechos de propiedad en tal medida que estos derechos resulten desprovistos de contenido y deban considerarse como expropiados, aunque el Estado no pretenda haberlos expropiado y el título legal de la propiedad permanezca en cabeza del dueño original”³⁶⁸.
- 7.5.17. El estudio del año 2000 de la UNCTAD sobre la expropiación de bienes, en el que se resume la jurisprudencia existente, confirma esta opinión. Se observa que las medidas que no llegan a constituir una expropiación física pueden representar una expropiación si resultan en la pérdida efectiva de la administración, uso o control, o en una depreciación significativa del valor del activo de un inversionista extranjero³⁶⁹; que las medidas equivalentes a una expropiación son las que redundan en una pérdida sustancial del control o valor de una inversión

³⁶⁷ *Tippetts, Abbett, McCarthy, Stratton y TAMS-AFFA Consulting Engineers of Iran* (Laudo No. 141-7-2), Laudo del 29 de junio de 1984, (Iran-U.S. C.T.R. 219) (Traducción del Tribunal).

³⁶⁸ *Starrett Housing Corporation, Starrett Systems, Inc., Starrett Housing International, Inc., c. el Gobierno de la República Islámica del Irán, Bank Markazi Iran, Bank Omran, Bank Mellat* (Laudo interlocutorio No. ITL 32-24-1), Laudo interlocutorio del 19 de diciembre de 1983, reproducido en 4 Iran-U.S. C.T.R. 122, 154 (Traducción del Tribunal).

³⁶⁹ UNCTAD, *TAKING OF PROPERTY* 36, (Publicaciones de la UNCTAD sobre temas relacionados con los acuerdos internacionales en materia de inversión 2000), pág. 4 (Traducción del Tribunal).

extranjera³⁷⁰; que la expropiación progresiva puede definirse como el cercenamiento paulatino e incremental de uno o más derechos de propiedad de un inversor extranjero que reduzca el valor de su inversión. Ello es así aunque el título legal de propiedad permanezca en manos de los inversores extranjeros cuando los derechos de los inversionistas al uso de la propiedad se vean disminuidos como resultado de la interferencia del Estado³⁷¹.

7.5.18. En varias partes de sus escritos, la Demandada parece insistir en volver a un régimen en el que la responsabilidad por la expropiación se limite a las expropiaciones físicas o formales. En otras palabras, en la medida en que las Demandantes mantuvieron el control físico y administrativo de los activos de la Concesión empleados en el abastecimiento y tratamiento de aguas servidas, incluso durante el supuesto “período de cautividad”, ellas no se vieron privadas de sus derechos de propiedad de la Concesión. Sin embargo, ha quedado claro desde por lo menos el año 1903, en el caso *Rudolff*, que el cercenamiento o destrucción de derechos adquiridos, transferidos y definidos por contrato es un acto indebido y que faculta a quien lo sufre a recibir compensación como el de la expropiación o destrucción de un bien tangible³⁷².

7.5.19. La Demandada no reconoce que en el contexto de la reclamación de las Demandantes por expropiación del Contrato de Concesión, los derechos de propiedad objeto de privación son los mismos derechos contractuales de las

³⁷⁰ *Ibid.*, pág. 41.

³⁷¹ *Ibid.*, págs. 11-12.

³⁷² Caso *Rudolff* (1903), Comisión de Reclamaciones entre Estados Unidos y Venezuela, Decisión interlocutoria 9 RIAA 2144, Reports of International Arbitral Awards, Volumen 9, pág. 250.

Demandantes, es decir, el derecho del uso, goce y beneficio de tales derechos. En este sentido, el principal derecho contractual de CAA era facturar a sus usuarios y procurar el cobro de los servicios de abastecimiento de agua y saneamiento que prestaba a la tarifa y de acuerdo con las condiciones estipuladas en el Contrato de Concesión. El hecho de que CAA mantuviera el control de la explotación física de las plantas de tratamiento de aguas y de la red de abastecimiento de agua y alcantarillado, y que durante el presunto “período de cautividad” pueda haberse visto “forzada” a hacerlo, no tiene relevancia alguna en la determinación de si CAA se vio privada del derecho a explotar la Concesión y a recibir compensación de acuerdo con el Contrato de Concesión, según fue negociado originalmente.

7.5.20. Es incorrecto el alegato de la Demandada de que un acto de Estado debe presumirse como reglamentario ante la falta de prueba de mala fe. Hay abundantes fundamentos que respaldan la proposición de que la intención del Estado, o sus motivos subjetivos son, cuanto mucho, una consideración secundaria³⁷³. Si bien la intención jugará a favor de demostrar si la medida es expropiatoria, no es un requisito, porque el factor decisivo lo constituyen los *efectos* de la medida en el inversor y no la intención del Estado. Como lo explicó

³⁷³ *Tippetts, Abbett, McCarthy, Stratton c. TAMS-AFFA Consulting Engineers of Iran*, el Gobierno de la República Islámica del Irán, Organización de Aviación Civil, Organización de Planificación y Presupuesto, Fuerza Aérea Iraní, Ministerio de Defensa, Bank Melli, Bank Sakhteman, Mercantile Bank of Iran and Holland, Laudo del 29 de junio de 1984, Iran U.S. C.T.R. 219, Laudo No. 141-7-2, párrafos 225-26; *Phillips Petroleum Company Iran c. la República Islámica del Irán y NIOC*, Laudo No. 425-39-2, Laudo del 29 de junio de 1989, 21 Iran – U.S. C.T.R. 79, párrafos 97-98; *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. c. Estados Unidos Mexicanos* (Caso CIADI No. ARB (AF)/00/2), Laudo del 29 de mayo de 2003, (TBI celebrado entre España y México); *Occidental Exploration & Production Co. c. República de Ecuador*, Caso de la Corte de Arbitraje Internacional de Londres (LCIA) No. UN3467 (TBI celebrado entre Estados Unidos y Ecuador), párrafo 186; *Metalclad Corporation c. Estados Unidos Mexicanos* (Caso CIADI No. ARB(AF)/97/1), Laudo del 30 de agosto de 2000, 40 I.L.M. 36 (2001), párrafo 111, y *Pope & Talbot Inc. c. el Gobierno de Canadá*, Arbitraje conforme al Capítulo 11 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte, Laudo provisional del 26 de junio de 2000, CNUDMI (TLCAN), párrafo 181.

el Profesor Christie en su famoso artículo publicado en *British Yearbook of International Law* hace más de 40 años³⁷⁴, un Estado puede expropiar una propiedad cuando el mismo interfiere con ella aunque el Estado niegue dicha intención. Es más, tribunales internacionales, juristas y académicos han reconocido sistemáticamente que los Estados pueden llevar a cabo expropiaciones de manera distinta de una decisión formal; con frecuencia de manera de procurar ocultar la conducta expropiatoria bajo un manto de legitimidad³⁷⁵.

7.5.21. Asimismo, la estructura del Artículo 5(2) del Tratado lleva al Tribunal a considerar en primer lugar si las medidas en disputa son expropiatorias, y tan sólo después preguntarse si reúnen las condiciones, es decir, la finalidad pública, el carácter no discriminatorio, compromisos específicos, etcétera. Si concluimos que las medidas en disputa son expropiatorias, estas serán violatorias del Artículo 5(2) del Tratado, aunque pudieran obedecer a una causa de utilidad pública y no ser discriminatorias, ya que no se ha pagado alguna indemnización. Los argumentos de utilidad pública esgrimidos por la Demandada indican que los actos de Estado que ocasionan una pérdida de bienes no pueden calificarse de expropiatorios. Si la finalidad pública automáticamente amparara a la medida de tener carácter expropiatorio, en ese caso nunca habría una confiscación indemnizable por razones de utilidad pública. Como lo señaló correctamente el Tribunal en el caso *Santa Elena*, la finalidad para la cual se confiscó la propiedad “no modifica el carácter jurídico de la confiscación por la cual debe pagarse suficiente

³⁷⁴ G. Christie, “What Constitutes a Taking Under International Law?”, 33 BYIL 307 (1962).

³⁷⁵ W. Michael Reisman y Robert D. Sloane, *Indirect Expropriation and its Valuation in the BIT Generation*, 74 BYIL 115 (2004), pág. 121.

indemnización”³⁷⁶. El aspecto jurídico en cuestión es si el acto es o no es expropiatorio. Si la invocación de utilidad pública hecha por la Demandada fuera correcta, Costa Rica hubiera ganado el caso *Santa Elena* y por lo tanto no habría encarado la perspectiva de tener que pagar indemnización.

Conclusiones

- 7.5.22. De cualquier manera, las actuaciones en autos y nuestras conclusiones son claras: las medidas que integraron la campaña identificada antes no eran respuestas reglamentarias legítimas ante los incumplimientos de CAA, sino actos soberanos que tenían por objetivo ilegítimo poner fin a la Concesión o forzar a su renegociación.
- 7.5.23. Como ya se señaló, hemos considerado que la única conclusión a la que es posible llegar acerca de los hechos que tenemos ante nosotros es que las autoridades provinciales montaron una campaña ilegítima contra la Concesión, el Contrato de Concesión y la empresa concesionaria “extranjera”. Al haber llegado asimismo a la conclusión de que las medidas que integraron esa campaña violaron la norma de trato justo y equitativo contenida en el Tratado, ahora volvemos a nuestra evaluación de si ellas también pueden considerarse de naturaleza expropiatoria.
- 7.5.24. Cuando, como en el presente caso, no ha habido incautación ni desposesión, como tales, y la cuestión radica en si se han registrado medidas equivalentes a una expropiación que han tenido un efecto similar a la desposesión de los derechos y

³⁷⁶ *Compañía del Desarrollo de Santa Elena, S.A. c. la República de Costa Rica* (Caso CIADI No. ARB/96/1), Laudo del 17 de febrero de 2000, 15 ICSID REV – FILJ 169 (2000), párrafo 71 (Traducción del Tribunal).

expectativas de las Demandantes, es preciso analizar si las medidas objetadas han o habrán de i) privar radicalmente a las Demandantes del goce y uso económico de su inversión - *Tecmed*³⁷⁷, ii) destruir efectivamente los beneficios de la propiedad de las Demandantes -*CME*³⁷⁸, iii) privar al propietario de los beneficios y la utilidad económica de sus derechos contractuales - *Santa Elena*³⁷⁹, iv) tornar inútiles los derechos de propiedad de las Demandantes - *Starrett Housing*³⁸⁰, o tener un efecto semejante de desposesión.

7.5.25. Al respecto, concluimos que las medidas injustas e inequitativas de la Provincia, identificadas en el párrafo 7.4 anterior, que en última instancia llevaron a la notificación de rescisión del Contrato de Concesión por CAA el 27 de agosto de 1997, menoscabaron y dañaron el núcleo económico de la inversión de las Demandantes.

7.5.26. Las medidas adoptadas por las autoridades provinciales contra la Concesión y sus inversionistas “extranjeros” tuvieron un efecto devastador en la viabilidad económica de la Concesión. La tasa de recuperación de CAA disminuyó extraordinariamente durante la vigencia de la Concesión, como se muestra en la gráfica siguiente³⁸¹. La tasa de recuperación siguió bajando aún después de

³⁷⁷ *Técnicas Medioambientales Tecmed S.A. c. los Estados Unidos Mexicanos* (Caso CIADI No. ARB (AF)/00/2), Laudo del 29 de mayo de 2003 (TBI celebrado entre España y México).

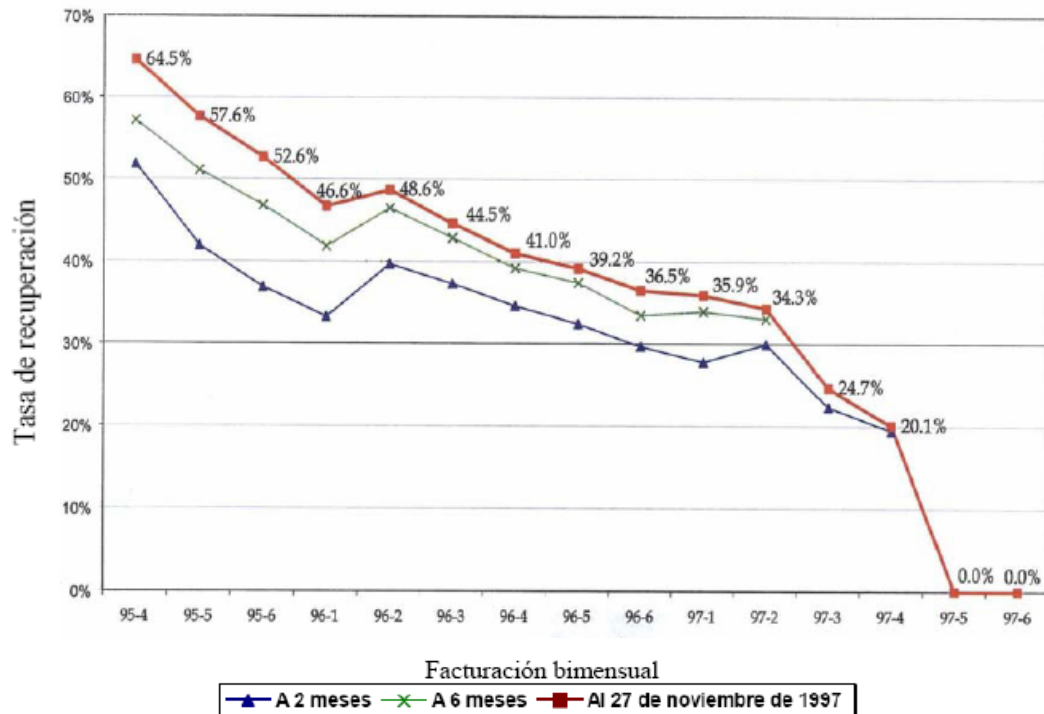
³⁷⁸ *CME Czech Republic B.V. (Países Bajos) c. la República Checa*, Laudo parcial del 13 de septiembre de 2001 (CNUDMI).

³⁷⁹ *Compañía del Desarrollo de Santa Elena, S.A. c. la República de Costa Rica* (Caso CIADI No. ARB/96/1), Laudo del 17 de febrero 2000, 15 ICISD REV – FILJ 169 (2000).

³⁸⁰ *Starrett Housing Corporation, Starrett Systems, Inc., Starrett Housing International, Inc., c. el Gobierno de la República Islámica del Irán, Bank Markazi Iran, Bank Omran, Bank Mellat* (Laudo interlocutorio No. ITL 32-24-1) Laudo interlocutorio del 19 de diciembre de 1983 reproducido en 4 Irán-U.S. C.T.R. 122, 154.

³⁸¹ En la gráfica se representa la tasa de recuperación observada al 27 de noviembre de 1997 en la facturación de cada período bimensual, así como también la tasa de recuperación a los dos meses y a los seis meses posteriores

reducirse las tarifas como parte del acuerdo provisional alcanzado durante los intentos de renegociación y, cuando CAA notificó a las autoridades que rescindía el Contrato de Concesión, rondaba en el 20%, en marcado contraste con la tasa de entre 89% y 90% en la que se basó el Contrato de Concesión.



7.5.27. Ya hemos señalado que no habría sido razonable que las Demandantes esperaran obtener las tasas de recuperación o de rentabilidad interna según las cuales habían modelado su inversión (véase la nota anterior de pie de página 355) Sin embargo, tenían todo el derecho a esperar que su asociada en la privatización, la Provincia, no montara una campaña indebida y pernicioso para forzarlas, bajo amenaza de

a la facturación de estos períodos bimensuales. Las facturas adeudadas correspondientes a los períodos bimensuales de mayo y junio de 1997 (que abarcan 27 días) vencían el 27 de noviembre de 1997 pero aún no se habían enviado. Declaración de Cantidades Reclamadas, con informe de verificación de Ernst & Young, 19 de noviembre de 2004 (Prueba documental 7).

rescisión, a abandonar sus derechos contractuales y renegociar la Concesión sobre la base de tarifas más bajas.

7.5.28. Las medidas provinciales antes identificadas, tomadas en conjunto, tornaron sin valor a la Concesión y forzaron a CAA y a Vivendi a incurrir en pérdidas insostenibles. Como dijo el ex Legislador Nougés, las autoridades provinciales, incluido del Poder Ejecutivo, dijeron a los ciudadanos de Tucumán que no pagaran y los ciudadanos actuaron en consecuencia³⁸². Para el mes de agosto de 1997, habían socavado a CAA y la legitimidad del Contrato de Concesión de tal manera que es nada realista sugerir que CAA (y sus inversores) deberían sencillamente seguir actuando como siempre, prestando servicios por los que no recibían un pago debido y aceptando pérdidas cada vez mayores.

7.5.29. No es éste un caso en que el valor de la inversión de las demandantes se haya visto sencillamente disminuido. En este caso, como en *Tecmed*³⁸³, las Demandantes se vieron radicalmente privadas del goce y utilidad económica de sus derechos concesionarios. El Comité *ad hoc* entendió bien las posibilidades de dicha conclusión cuando hizo hincapié en que:

*“... la conducta de la cual se reclamaba no era más o menos periférica respecto de la continuación exitosa de la empresa. La conducta de Tucumán (conjuntamente con los actos y decisiones de CAA) tuvo el efecto de poner fin a la inversión”*³⁸⁴.

³⁸² Poder Legislativo de la Provincia de Tucumán, Debate legislativo, 20 de noviembre de 2003 (Declaración del Legislador Nougés) (Prueba documental 69).

³⁸³ *Técnicas Medioambientales Tecmed S.A. c. los Estados Unidos Mexicanos* (Caso CIADI No. ARB (AF)/00/2), Laudo del 29 de mayo de 2003 (TBI celebrado entre España y México).

³⁸⁴ Decisión sobre Anulación, párrafo 114.

7.5.30. Es inútil el alegato que hace la Demandada respecto a las decisiones recientes pronunciadas en contra de la expropiación en casos como *CMS c. Argentina* y *Azurix c. Argentina*. En el caso *CMS*³⁸⁵, el Tribunal abordó la cuestión de la expropiación valiéndose de las mismas normas de las que se valió este Tribunal, es decir, la privación sustancial de la propiedad, o el hecho de que se haya visto efectivamente anulado su goce. Sencillamente concluyó que las medidas en cuestión no habían tenido dicho efecto, habida cuenta de que las ventas de exportación de CMS no se habían visto afectadas y CMS pudo continuar con sus operaciones³⁸⁶. En el caso *Azurix*³⁸⁷, el Tribunal no estuvo de acuerdo con la demandante en cuanto a que Argentina se hubiera comportado indebidamente respecto al intento de Azurix de recuperar el pago del canon o que hubiera interferido indebidamente en la revisión solicitada del índice de precios al por menor. El Tribunal dejó en claro que si hubiera fallado a favor de las alegaciones de Azurix sobre estos puntos, "... estaría de acuerdo en que las violaciones del Contrato de Concesión habrían tenido un efecto devastador para la viabilidad financiera de la Concesión..."³⁸⁸. También consideró que la administración de la empresa concesionaria se había visto afectada, pero no lo suficiente como para concluir que se había producido una expropiación. En consecuencia, concluyó que las acciones de la provincia no afectaron la inversión de Azurix *en grado suficiente*³⁸⁹. En un caso más reciente, *LG&E Energy c. Argentina*, en el cual se llegó a una decisión después de recibidos los escritos finales de las partes en este

³⁸⁵ *CMS Gas Transmission Company c. la República Argentina* (Caso CIADI No. ARB/01/8), 12 de mayo de 2005.

³⁸⁶ *Ibid.*, párrafos 260-264.

³⁸⁷ *Azurix Corp. c. la República Argentina* (Caso CIADI No. ARB/01/12), Laudo del 14 de julio de 2006.

³⁸⁸ *Ibid.*, párrafo 321.

³⁸⁹ *Ibid.*, párrafos 321-322.

caso, el Tribunal también concluyó que las medidas en cuestión no constituyeron, en los hechos, una expropiación indirecta. Sin embargo, el Tribunal dejó en claro que su conclusión habría sido distinta si las pruebas hubieran indicado que existió una “... casi completa privación del valor de la inversión de LG&E”³⁹⁰.

7.5.31. En el derecho internacional tiene arraigo la idea de aunque un solo acto u omisión de un gobierno tal vez no constituya una violación de una obligación internacional, varios actos en conjunto pueden justificar la conclusión de que se ha violado dicha obligación. El Comité *ad hoc* reconoció esto cuando señaló que “Le estaba permitido a las demandantes reclamar, y en efecto reclamaron, que estos actos tomados en su conjunto, o algunos de ellos, implicaron un incumplimiento de los Artículos 3 y/o 5 del TBI”³⁹¹. De la misma manera, el Tribunal en el caso *Santa Elena* afirmó que “[q]ueda claro ... que una medida o varias medidas pueden en definitiva equivaler a una incautación, aunque los distintos pasos del proceso no parezcan formalmente equivaler a una incautación o a una transferencia de título”³⁹².

7.5.32. El Artículo 15(1) de los Artículos, de la Comisión de Derecho Internacional, sobre Responsabilidad de los Estados tiene el mismo efecto al definir que la violación consistente en un hecho compuesto “tiene lugar” cuando se produce la acción u omisión que, tomada con las demás acciones u omisiones, es suficiente

³⁹⁰ *LG&E Energy Corp. y otros c. la República Argentina* (Caso CIADI No. ARB/02/1), Decisión sobre Responsabilidad del 3 de octubre de 2006, párrafo 200. Como la Decisión sobre Responsabilidad en este caso fue dictado después de los escritos posteriores a la audiencia presentados por las partes, no se citó ante este Tribunal y no nos basamos, en este caso, en esta Decisión.

³⁹¹ Decisión sobre Anulación, párrafo 112.

³⁹² *Compañía del Desarrollo de Santa Elena, S.A. c. la República de Costa Rica* (Caso CIADI No. ARB/96/1), Laudo del 17 de febrero de 2000, 15 ICISD REV – FILJ 169 (2000), párrafo 76 (Traducción del Tribunal).

para constituir el hecho ilícito, sin que necesariamente tenga que ser la última de las series de acciones u omisiones ³⁹³.

7.5.33. Este caso, las acciones de la Provincia —partiendo de los primeros meses de la Concesión, siguiendo con su indebido accionar reglamentario y terminando por las modificaciones unilaterales del Contrato del 8 de abril— tuvieron la consecuencia necesaria de forzar a CAA a rescindir el Contrato de Concesión. El Gobierno provincial sencillamente no estaba dispuesto a aprobar y respaldar la explotación de la Concesión por parte de CAA en las condiciones establecidas en el Contrato de Concesión acordadas originalmente. Finalmente, la Provincia sencillamente no dejó a CAA ninguna opción. No podía seguir ante las crecientes pérdidas, con tarifas significativamente reducidas y sin perspectivas razonables de mejorar las tasas de cobro. Los derechos contractuales de CAA en virtud del Contrato de Concesión se tornaron inútiles en virtud de las acciones adoptadas por la Provincia, en tanto que sus pérdidas tan sólo podrían aumentar. Vivendi sufrió perjuicio directo en su calidad de principal accionista de CAA, y el valor de su participación accionaria se estaba anulando.

7.5.34. Para utilizar las palabras de los tribunales de los casos *Tecmed*³⁹⁴, *CME*³⁹⁵, *Santa Elena*³⁹⁶ y *Starrett Housing*³⁹⁷, las Demandantes se vieron radicalmente privadas

³⁹³ Véanse los Artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre Responsabilidad de los Estados (2001), reproducidos en James Crawford, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility: Introduction, Text and Commentaries* (Cambridge Univ. Press, 2002). Véanse también los Documentos Oficiales de la Asamblea General de las Naciones Unidas, quincuagésimo sexto período de sesiones, Suplemento No. 10, pág. 43, UN Doc A/56/10 (2001).

³⁹⁴ *Técnicas Medioambientales Tecmed S.A. c. los Estados Unidos Mexicanos* (Caso CIADI No. ARB (AF)/00/2), Laudo del 29 de mayo de 2003 (TBI celebrado entre España y México).

³⁹⁵ *CME Czech Republic B.V. (Países Bajos) c. la República Checa*, Laudo parcial del 13 de septiembre de 2001 (CNUDMI).

del goce y utilidad económica de su inversión, cuyos beneficios (es decir, el derecho a recibir pago por los servicios prestados) habían quedado efectivamente neutralizados y carentes de utilidad. En estas circunstancias, la rescisión del Contrato de Concesión constituía la única alternativa racional de las Demandantes. Al dejar a las Demandantes sin otra opción racional, concluimos que, por lo tanto, la Provincia expropió el derecho de las Demandantes al goce y utilidad de su inversión conforme al Contrato de Concesión.

7.6. Relación de causalidad

7.6.1. Antes de pasar a tratar los daños y perjuicios nos referiremos brevemente a la obligación de las Demandantes de demostrar que los supuestos daños y perjuicios alegados fueron ocasionados por las medidas que hemos concluido que infringen el TBI, y que no fueron, por ejemplo, simplemente el resultado de la insatisfacción general con la privatización y los servicios de CAA.

7.6.2. Al respecto, no puede haber objeciones serias. Al transferirse el servicio, CAA adoptó inmediatamente las medidas de emergencia encaminadas a reducir los graves riesgos por contaminación bacteriológica, mejorar la calidad del agua en forma más general y mejorar la infraestructura de abastecimiento de agua y alcantarillado. Ya hemos concluido que su explotación inicial de la Concesión ha sido satisfactoria. Tampoco puede alegarse seriamente que los episodios de turbiedad en sí mismos condujeran a que CAA experimentara la disminución

³⁹⁶ *Compañía del Desarrollo de Santa Elena, S.A. c. la República de Costa Rica* (Caso CIADI No. ARB/96/1), Laudo del 17 de febrero de 2000, 15 ICISD REV – FILJ 169 (2000).

³⁹⁷ *Starrett Housing Corporation, Starrett Systems, Inc., Starrett Housing International, Inc., c. el Gobierno de la República Islámica del Irán, Bank Markazi Iran, Bank Omran, Bank Mellat* (Laudo interlocutorio No. ITL 32-24-1), Laudo interlocutorio del 19 de diciembre de 1983, reproducido en 4 Irán-U.S. C.T.R. 122, 154.

constante de la recuperación de sus facturas. Los incidentes de turbiedad roja fueron intermitentes, inocuos y de ninguna manera fuera de lo común. Afectaron a una parte relativamente pequeña de la población (entre el 5% y el 10%) por periodos breves y se produjeron en el curso de tan sólo uno o dos meses. En cuanto a la turbiedad por manganeso, fue sin duda alguna desagradable pero tan sólo duró unas dos semanas, no planteó ningún riesgo para la salud y la respuesta de CAA ante este evento imprevisible fue muy profesional. En cambio, las medidas adoptadas por los funcionarios públicos de Tucumán tuvieron el efecto de presionar a CAA, y tenían este propósito, al destruir su base de clientes que pagaban. Las persistentes medidas adoptadas por la Provincia para evitar el cobro de los pagos adeudados por los clientes de los inversores por la prestación de servicios son tal vez las violaciones más importantes por parte de la Provincia de la norma de trato justo y equitativo y de la prohibición de la expropiación sin el pago de indemnización. Concluimos que la destrucción de la Concesión ocasionada por la disminución de las tasas de recuperación es directamente atribuible a las autoridades públicas de Tucumán (y ocasionada en forma inmediata por ellas) y, por lo tanto, la República Argentina es responsable por ella.

8. DAÑOS Y PERJUICIOS

8.1. Introducción

- 8.1.1. Los argumentos de las Demandantes para reclamar daños y perjuicios no están exentos de complicaciones. Basándose en el principio establecido en el *Chorzów*

*Factory Case*³⁹⁸, se reclama un monto superior a US\$317 millones como necesario para eliminar las consecuencias financieras adversas de los actos ilícitos de la Provincia. Este monto está integrado por cuatro componentes: i) US\$59.173.000 por concepto de daños y perjuicios sufridos durante el período de la Concesión, es decir, antes del 27 de noviembre de 1997; ii) US\$241.359.000 por daños y perjuicios sufridos como resultado de la expropiación del resto de la Concesión; iii) US\$14.989.000 por daños y perjuicios por causa del suministro forzado de servicios durante el alegado período de cautividad, y iv) US\$1.402.000 como contingencia vinculada con la posible responsabilidad tributaria basada en el control por parte de CAA de los activos de la Concesión³⁹⁹. Las Demandantes también demandan intereses sobre los montos reclamados, y la condena de costas a la Demandada.

- 8.1.2. Es evidente que la mayor parte del monto reclamado —es decir, US\$300.532.000, la suma de i) y ii)— corresponde a lucro cesante. Esta parte de la reclamación se basa en la comparación de lo que las Demandantes sostienen que habrían ganado con la Concesión si no hubiera sido por las acciones de la Provincia. Para el período comprendido entre el 22 de julio de 1995 y el 27 de noviembre de 1997, se hizo una comparación de los flujos de efectivo reales frente a los flujos de efectivo proyectados sobre la base de los términos del Contrato de Concesión. Para los 27,5 años restantes, el lucro cesante se estimó utilizando un análisis

³⁹⁸ Memorial de las Demandantes, párrafo 379, donde se cita *Case Concerning the Factory at Chorzów* (Alemania c. Polonia), Sentencia del 13 de septiembre de 1928 P.C.I.J., Ser. A, No. 17, párrafo 47 *reproducido en* Manley O. Hudson, I World Court Reports 677-78 (1934).

³⁹⁹ Declaración de Cantidades Reclamadas (Prueba documental 7); Memorial, párrafos 377-410; Escrito de las Demandantes posterior a la audiencia, párrafo 93.

según el DCF en el que se actualizaron los flujos netos de efectivo futuro previstos al valor actualizado al 27 de noviembre de 1997.

8.1.3. En su oposición global a los daños y perjuicios reclamados por las Demandantes, la Demandada cuestiona firmemente su procedencia y existencia, sobre la base de los hechos de este caso, de una reclamación por daños y perjuicios que incluya lucro cesante calculado utilizando el método del DCF. También se objetaron la metodología empleada por las Demandantes y sus supuestos básicos. La Demandada también señaló que la reclamación por daños y perjuicios planteada por las Demandantes se basa íntegramente en supuestas pérdidas de CAA y que no se hizo intento alguno por identificar o reclamar ninguna supuesta pérdida sufrida por CGE/Vivendi en calidad de accionista.

8.1.4. A pesar de estos cuestionamientos, las Demandantes optaron por no presentar al Tribunal, en sus demás escritos anteriores a la audiencia, ningún otro método aplicable a su reclamación de daños y perjuicios o para el cálculo de éstos.

8.1.5. Durante el curso de la audiencia oral, el Tribunal observó la falta, en los escritos de las Demandantes, de una alternativa a la reclamación por lucro cesante y la aparente sustentación exclusiva en las supuestas pérdidas sufridas por CAA. También invitó a las Demandantes a que le indicara las partes del expediente que fueran pertinentes para determinar otros métodos posibles para calcular los daños y perjuicios (por ejemplo, el valor de liquidación, el valor contable, el valor de reposición o de inversión) que la Demandada había señalado. Hacia el final del

Día 11, en respuesta a la solicitud de las Demandantes de aclarar lo solicitado por Tribunal, el Presidente del Tribunal expresó lo siguiente:

“PRESIDENTE ROWLEY: Si Vivendi plantea un reclamo debido a su pérdida de inversiones, solamente lo puede hacer sobre la base de los elementos de prueba en este proceso. Por lo tanto, ustedes deberán remitirnos a nosotros los elementos de prueba que se encuentran que este procedimiento. Eso es lo que quise decir. No era una invitación a que ustedes presenten nuevos elementos de prueba en este momento de los procedimientos.”⁴⁰⁰

- 8.1.6. A pesar de esta aclaración, el 23 de agosto de 2006, después de terminada la audiencia sobre el fondo del asunto, las Demandantes procuraron presentar nuevas pruebas en respaldo de otros métodos para el cálculo de los daños y perjuicios.
- 8.1.7. La Demandada objetó la presentación de dichas pruebas por las Demandantes en esta etapa del procedimiento. En opinión de la Demandada, aunque el Tribunal hubiera procurado que las partes discutieran más los *efectos* de los diversos métodos de cálculo de la reclamación por daños y perjuicios de las Demandantes, en el expediente quedó claro que no se habían de introducir nuevas pruebas.
- 8.1.8. Las Demandantes contestaron mediante carta de fecha 1º de septiembre de 2006: “con seguridad”, admitieron, “en el expediente hay constancia de hechos que el Tribunal puede utilizar a tal fin”. Sin embargo, las Demandantes solicitaron al Tribunal el ejercicio de su facultad discrecional para aceptar más pruebas a fin de

⁴⁰⁰ Transcripción en español de la audiencia sobre el fondo del asunto, Día 11, págs. 3068-3069 (3 de agosto 2006).

que contara con un “panorama completo” en lo que respecta a otros métodos de cálculo.

8.1.9. Por las razones expuestas en su carta dirigida a las partes con fecha 15 de septiembre de 2006, que se adjunta al presente como Anexo A, el Tribunal se negó a ejercer su facultad discrecional para aceptar las nuevas pruebas de las Demandantes. En consecuencia, no hemos tenido en cuenta las nuevas pruebas que las Demandantes suministraron en su escrito posterior a la audiencia de fecha 25 de agosto de 2006 ni los argumentos contenidos en él que se basaban en dichas nuevas pruebas. Se admitieron en cambio los argumentos de las Demandantes relativos a la indemnización que no estaban basados en las nuevas pruebas.

8.1.10. En cuanto a las consultas relativas a las posibles reclamaciones por las pérdidas de CGE/Vivendi, en su escrito posterior a la audiencia, las Demandantes solicitaron en forma conjunta un laudo en el que se le reconociera el 100% de los daños y perjuicios de CAA. Además, a fin de evitar toda duda, Vivendi hizo una reclamación expresa por el 94,4% de los daños y perjuicios sufridos por CAA en su calidad de accionista *de facto* de ésta con una participación del 94,4%.⁴⁰¹

8.2. Principios relativos a la adjudicación de indemnización

8.2.1. Al haber concluido que la Demandada ha violado las disposiciones tanto del Artículo 3 como del Artículo 5 del TBI, el Tribunal ahora debe fijar la debida indemnización que se adjudicará.

⁴⁰¹ Escrito de las Demandantes posterior a la audiencia, párrafo 68. Véase también Memorial de contestación de las Demandantes sobre jurisdicción, párrafo 75, Nota 118.

8.2.2. Según el Artículo 42(1) del Convenio del CIADI, el Tribunal debe decidir la controversia de acuerdo con las normas de derecho que puedan haber acordado las partes. En el presente caso, en el Artículo 8(4) del Tratado se presenta el marco básico para las decisiones del Tribunal, incluidas las relativas a la medida pertinente de los daños y perjuicios:

“El órgano arbitral decidirá en base a las disposiciones del presente acuerdo, al derecho de la Parte Contratante que sea parte en la controversia—incluidas las normas relativas a conflictos de leyes— y a los términos de eventuales acuerdos particulares concluidos con relación a la inversión como así también a los principios del Derecho Internacional en la materia.”

En el TBI también se aborda expresamente la indemnización por expropiación. En la parte pertinente del Artículo 5(2), se dispone:

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

“Esa compensación, su monto y sus modalidades de pago serán fijados a más tardar a la fecha de la desposesión. Esta compensación será efectivamente realizable, pagada sin demora y libremente transferible. Y producirá intereses calculados a una tasa apropiada hasta la fecha de su pago” (énfasis agregado).

8.2.3. En consecuencia, el Tratado *ordena* que el pago de la indemnización por expropiación *legal* se base en el *valor real* de la inversión, y que se paguen intereses a partir de la fecha del

despojo. Sin embargo, no pretende establecer una *lex specialis* aplicable a las normas relativas al pago de indemnización por expropiaciones *ilícitas*⁴⁰². El Tratado no dice nada en cuanto a la medida adecuada de indemnización por violaciones distintas de la expropiación.

8.2.4. En el *Chorzów Factory Case*, la Corte Permanente de Justicia Internacional (CPJI) estableció los siguientes principios para la indemnización por actos *ilícitos* de los Estados:

“El principio esencial contenido en la noción de acto ilícito —que parecer establecido por la práctica internacional, y en particular por la jurisprudencia de los tribunales arbitrales— es que la reparación debe, en la medida de lo posible, borrar todas las consecuencias del acto ilícito y reestablecer la situación que, verosímilmente existiría, si no se hubiese cometido el acto”.

*“La restitución en especie, o, si ella no fuera posible, el pago de una suma correspondiente al valor que tendría la misma; la asignación, si hubiere lugar, de daños y perjuicios por las pérdidas sufridas que no se hayan cubierto por la restitución en especie o el pago sustitutorio...”*⁴⁰³.

⁴⁰² La distinción establecida por la Corte Permanente de Justicia Internacional en *Chorzów* entre incautación *legal e ilícita*, fue examinada por la Segunda Sala del Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos en el caso *Phillips Petroleum Company Iran c. la República Islámica del Irán y NIOC*, Laudo No. 425-39-2, Laudo del 29 de junio de 1989, 21 Iran – U.S. C.T.R. 79. Para un análisis lúcido de posibles normas diferentes de evaluación de los daños y perjuicios conforme al derecho internacional y una *lex specialis* establecida en un TBI, véase el caso *ADC Affiliate Limited y ADC & ADMC Management Limited c. la República de Hungría* (Caso CIADI No. ARB/03/10). Laudo del 2 de octubre de 2006, págs. 89 y siguientes. Sin embargo, como el Laudo en este caso fue emitido después de los escritos posteriores a la audiencia presentados por las partes, no se citó ante este Tribunal y no nos basamos en él en este caso.

⁴⁰³ *Case Concerning the Factory at Chorzów*, Sentencia No. 13, 13 de septiembre de 1928, Fondo del asunto, 1928, P.C.I.J., Series A, No. 17, pág. 47 (Traducción del Tribunal).

- 8.2.5. No puede haber duda acerca de la vigencia de la aceptación de la norma relativa a los daños conforme al derecho consuetudinario internacional, que ha sido rectificadora y aplicada por muchos tribunales internacionales, como así también por la Corte Internacional de Justicia, la sucesora de la CPIJ⁴⁰⁴. También está claro que dicha norma permite, si los hechos lo requieren, una tasa más alta de recuperación que la prevista en el Artículo 5(2) para las expropiaciones *legales*.
- 8.2.6. Las partes citan los Artículos, de la CDI, sobre Responsabilidad de los Estados⁴⁰⁵, en cuyo Artículo 36 se establece que el “Estado responsable de un hecho internacionalmente ilícito está obligado a indemnizar el daño causado por ese hecho en la medida en que dicho daño no sea reparado por la restitución” y que dicha indemnización “cubrirá todo daño susceptible de evaluación

⁴⁰⁴ *S.D. Myers, Inc. c. el Gobierno de Canadá*, Arbitraje del TLCAN según el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, Laudo del 13 de noviembre de 2000, párrafo 311; *Metalclad Corporation c. los Estados Unidos Mexicanos* (Caso CIADI No. ARB (AF)/97/1), Laudo del 30 de agosto de 2000, 40 I.L.M. 36 (2001), párrafo 122; *CMS Gas Transmission Company c. la República Argentina* (Caso CIADI No. ARB/01/8), Laudo del 12 de mayo de 2005, párrafo 400; *Petrobart Limited c. República Kirguisa* (Arbitraje No. 126/2003), Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo (Tratado sobre la Carta de la Energía), Laudo del 29 de marzo de 2005, páginas 77 y 78; *Case Concerning the Gabčíkovo-Nagymaros Project* (Hungría c. Eslovaquia), Sentencia del 25 de septiembre de 1997, 1997 I.C.J. 7.

⁴⁰⁵ Réplica, párrafo 394; Memorial de contestación, párrafo 593, donde se cita el Artículo 36 del Proyecto de Artículos, de la CDI, sobre Responsabilidad de los Estados, Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 53º período de sesiones, *Documentos Oficiales de la Asamblea General*, quincuagésimo sexto período de sesiones, Suplemento No. 10, UN Doc A/56/10, capítulo IV.E.2.

financiera, incluido el lucro cesante en la medida en que éste sea comprobado”⁴⁰⁶.

- 8.2.7. Sobre la base de estos principios, y de no existir condiciones limitantes en el pertinente tratado, actualmente se acepta, por lo general, e independientemente del tipo de inversión y de la naturaleza de la medida ilegítima, que el nivel de indemnización por daños y perjuicios adjudicado en un arbitraje internacional sobre inversiones sea suficiente para compensar plenamente a la parte afectada y eliminar las consecuencias de la acción del Estado.
- 8.2.8. Naturalmente que el nivel de indemnización por daños y perjuicios necesario para compensar un incumplimiento a la norma de trato justo y equitativo podría ser distinto en el caso de que el mismo gobierno expropiara la inversión extranjera. En general la diferencia radicará en si la inversión fue meramente menoscabada o si fue destruida. Sin embargo, en este caso no es preciso hacer la distinción, habida cuenta de nuestra conclusión anterior de que las mismas medidas del Estado infringieron los pertinentes Artículos del TBI y también mutilaron el Contrato de Concesión, tornándolo sin valor. En otras palabras, las violaciones de los Artículos 3 y 5 ocasionaron más o menos el mismo daño.
- 8.2.9. La principal reclamación de las Demandantes por indemnización se basa en el “valor de mercado” de la Concesión según un análisis del lucro cesante. La Demandada no objetó seriamente que el valor de mercado pudiera servir de base

⁴⁰⁶ Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 53º período de sesiones, *Documentos Oficiales de la Asamblea General*, quincuagésimo sexto período de sesiones, Suplemento No. 10, UN Doc A/56/10, capítulo IV.E.2 (Traducción del Tribunal).

adecuada para adjudicar la indemnización por daños y perjuicios por incumplimiento del Tratado, pero objetó el método y los cálculos de las Demandantes.

8.2.10. El “valor de mercado” puede considerarse equivalente al “valor real”, palabras éstas últimas utilizadas en el Artículo 5. Esta norma también se ha aceptado generalmente como indemnización adecuada por causa de expropiación. Sin embargo, como lo señaló el Tribunal en el caso *CMS Gas Transmission Co. c. la República Argentina*⁴⁰⁷, la norma del “valor de mercado” también podría ser adecuada para otros incumplimientos que redunden en pérdidas a largo plazo. El tribunal en el caso *Azurix* también concluyó que podría acertadamente acudir al valor de mercado para indemnizar incumplimientos distintos de la expropiación, sobre todo en relación a la norma de trato justo y equitativo⁴⁰⁸. En su laudo señaló la importancia especial de que el gobierno hubiera asumido control de la Concesión.

8.2.11. Teniendo en cuenta los hechos de este caso, y en atención a los métodos de las partes para el cálculo de los daños y perjuicios, el Tribunal opina que es adecuado estimar la indemnización, *por lo menos en parte*⁴⁰⁹, sobre la base del valor de mercado de la Concesión.

⁴⁰⁷ *CMS Gas Transmission Company c. la República Argentina* (Caso CIADI No. ARB/01/8), Laudo del 12 de mayo de 2005, párrafo 410.

⁴⁰⁸ *Azurix Corp. c. la República Argentina* (Caso CIADI No. ARB/01/12), Laudo del 23 de junio de 2006, párrafo 424.

⁴⁰⁹ Decimos “por lo menos en parte” debido a la necesidad de las Demandantes de financiar los costos y pérdidas de CAA con posterioridad al 27 de agosto de 1997, la fecha de la expropiación, hasta el final del supuesto “período de cautividad”.

8.3. Cálculo de los daños y perjuicios

- 8.3.1. Las Demandantes sostienen que el análisis según el DCF es reconocido como el método preferido de valoración en la práctica moderna cuando los flujos proyectados de efectivo pueden determinarse razonablemente y no son especulativos. Afirman que no había nada especulativo respecto de la capacidad de la Concesión para operar, prestar servicios o atraer clientes; no se trataba de una empresa que se estaba poniendo en marcha ni de un proyecto por construirse. El suministro de servicios de abastecimiento de agua y alcantarillado en Tucumán era, como lo es en la actualidad, una empresa generadora de ingresos en plena actividad. Señalan el logro por parte de CAA de una tasa de recuperación de 65% en sus primeras facturas como prueba de la razonabilidad de la tasa de cobro de 89-90% proyectada en el Contrato de Concesión. Otros servicios públicos de Tucumán registraron tasas de cobro de aproximadamente 90% y la Sra. Perrier atestiguó acerca del escaso riesgo económico de las concesiones de servicios de abastecimiento de agua. La extensa y diversa experiencia mundial de CGE se citó como prueba de que la tasa de rendimiento proyectada de 11,52% era razonable y probable de lograr; de otro modo CGE no habría acordado los términos de la Concesión.
- 8.3.2. La Demandada objetó firmemente lo adecuado de la valoración de la Concesión de Tucumán según el DCF, y sostuvo, *inter alia*, que la DiPOS nunca fue una auténtica empresa en plena actividad, no había un historial probado de rentabilidad y que en el método de las Demandantes se ignora completamente el

sustancial riesgo vinculado con la privatización al asumir incorrectamente que la corriente de ingresos del Contrato de Concesión era un mínimo, y no un máximo.

8.3.3. En el derecho internacional, según las circunstancias propias de cada caso, hay varias maneras de obtener el valor de mercado. El Tribunal acepta, en principio, que el valor de mercado puede determinarse por referencia al lucro cesante en el debido caso. En verdad, teóricamente, incluso puede ser el método preferido de cálculo de los daños y perjuicios en los casos relativos a la confiscación o menoscabo fundamental de empresas en plena actividad. Sin embargo, el valor neto actualizado resultante del análisis según el DCF no siempre es adecuado, menos aún cuando los supuestos y proyecciones se vuelven cada vez más especulativos. Además, como lo señala la Demandada, muchos tribunales internacionales han afirmado que no es adecuado basar una adjudicación en el lucro cesante a menos que la empresa de referencia sea rentable y haya estado funcionando durante un período suficiente como para establecer un historial de desempeño⁴¹⁰. El Tribunal señala que aún en el caso de las fuentes autorizadas en que se basan las Demandantes, la indemnización según el lucro cesante generalmente se adjudica únicamente cuando *la rentabilidad futura* puede ser determinada, es decir, (*la rentabilidad concreta*, en lugar de su *monto*).

⁴¹⁰ *Levitt c. Irán*, 14 Tribunal de Reclamaciones entre Irán y Estados Unidos, Rep. 191, 209-10 (1987); *Metalclad Corporation c. los Estados Unidos Mexicanos* (Caso CIADI No. ARB (AF)/97/1), Laudo del 30 de agosto de 2000, 40 I.L.M. 36 (2001); *Southern Pacific Properties (Middle East) Ltd. c. la República Árabe de Egipto* (Caso CIADI No. ARB/84/3), Laudo sobre el fondo del asunto del 20 de mayo de 1992, ICSID Rev. – FILJ 1993, en 328 y sigs.; ICSID Rep. 1995, en 189 y sig.; 32 I.L.M. 933 (1993), en 933 y sig.; *Asian Agricultural Products Ltd c. la República Socialista Democrática de Sri Lanka* (Caso CIADI No. ARB/87/3), Laudo definitivo del 27 de junio de 1990, 4 ICSID Reports 246 (1990); *Wena Hotels Ltd. c. República Árabe de Egipto* (Laudo) (Caso CIADI No. ARB/98/4), Laudo del 8 de diciembre de 2000, 41 I.L.M. 896 (2002).

- 8.3.4. En opinión del Tribunal, la probabilidad de lucro cesante debe ser suficientemente establecida por las Demandantes a fin de servir de base a la determinación de daños y perjuicios compensables. El Tribunal también admite que en el caso adecuado, un demandante podría llegar a establecer la probabilidad del lucro cesante con suficiente certeza aún en el caso de no existir una auténtica empresa en plena actividad. Por ejemplo, un demandante podría llegar a establecer claramente que una inversión, como una Concesión, habría sido rentable mediante la presentación de *suficientes* pruebas de que su experiencia e historial probado de rentabilidad de concesiones operadas por él (o de hecho otros) en circunstancias similares.
- 8.3.5. Como se señaló, en el presente caso, las Demandantes encararon desafíos importantes y concluimos que no han logrado establecer con suficiente grado de certeza que la Concesión de Tucumán habría sido rentable.
- 8.3.6. Las afirmaciones de las Demandantes en el sentido de que la Concesión operaba como una empresa en plena actividad antes, durante y después de estar a cargo de CAA raya en lo fantástico. Por lo general se entiende que una “empresa en plena actividad” es una empresa comercial con capacidad probada de generación de ingresos en el futuro. Sin embargo, la Concesión de Tucumán para el abastecimiento de agua no lo era, la DiPOS nunca fue autosuficiente: en los primeros años del decenio de 1990, con sus ingresos tan sólo se podía cubrir el 30% de sus gastos. Como lo señaló el Dr. Rais, antes de la privatización, había sido saqueada por los sucesivos gobiernos provinciales, sus operaciones se habían

ido deteriorando constantemente, no podía prestar los servicios necesarios para hacer frente a la tasa de crecimiento de la población, operaba con un déficit medio de US\$17 millones. En 1991, debía US\$45 millones tan sólo a un contratista. La DiPOS se financiaba con contribuciones directas del tesoro provincial. La DiPOS había sido incapaz de lograr una tasa de recuperación de sus facturas de más de 55%⁴¹¹, y al momento de la privatización sus cuentas por cobrar totalizaban 19 meses de facturación⁴¹². En las propias palabras de las Demandantes, “el sistema de agua y cloacas operado por DiPOS no era financieramente viable...”⁴¹³.

8.3.7. También es sabido (y poco sorprendente dadas las circunstancias) que CAA nunca obtuvo utilidades mientras tuvo el control operativo de la Concesión. De hecho, si bien CAA tenía un valor contable positivo de US\$22,5 millones a fines de 1997, el valor contable de CAA en ese momento no se ajustaba a la realidad económica debido a que CAA debió hacerse cargo de activos por valor de US\$55 millones en concepto de facturas de clientes (a contra, en gran medida incobrables)⁴¹⁴.

8.3.8. Como se señaló antes, la falta de un historial comprobado de rentabilidad no es un impedimento absoluto para usar el método de valoración según el DCF. Sin embargo, para superar el inconveniente de su falta, cualquier demandante debe aportar pruebas convincentes de su capacidad para producir utilidades en las

⁴¹¹ Escrito de réplica, párrafo 52; Informe pericial complementario de Lentini, 8 de mayo de 2006 (Prueba documental 918).

⁴¹² Estudio de caso, –La Concesión de los servicios de agua potable y alcantarillado sanitario en Tucumán, República Argentina, preparado por Jorge Carlos Rais, María Esther Esquivel y Sergio Sour, Consultores, abril de 2001 (Prueba documental 858).

⁴¹³ Memorial de las Demandantes, párrafo 22.

⁴¹⁴ Escrito de las Demandantes posterior a la audiencia, párrafo 82 y Nota 211.

circunstancias específicas que le toque encarar. Es en este sentido que concluimos que las pruebas de las Demandantes son deficientes⁴¹⁵.

- 8.3.9. En las presentes circunstancias hacía falta más que la declaración de la Sra. Perrier de que la Concesión de abastecimiento de agua se considera de muy bajo riesgo, habida cuenta de su franca admisión de que no tenía ninguna experiencia personal en lo que se refiere a las tasas de rentabilidad o recuperación de esa actividad económica⁴¹⁶. Las breves referencias testimoniales de los Sres. de Maud'huy y de Rochambeau a los buenos resultados obtenidos por CGE en las concesiones de Chile, México y Marruecos son análogamente insuficientes.
- 8.3.10. Todo demandante que no puede esgrimir un historial de probada rentabilidad debe presentar un historial completo de los buenos resultados logrados (o los de otros), sobre la base de la experiencia directa (la propia o la de expertos competentes) o bien registros societarios que establezcan, en base a las probabilidades, que se habrían obtenido utilidades de la Concesión de que se trate teniendo en cuenta a los particulares riesgos involucrados, distintos de las violaciones del Tratado. En este caso no se adoptó este enfoque.
- 8.3.11. En estas circunstancias, concluimos que no se puede confiar en las pruebas de las Demandantes acerca del valor de la Concesión —por el monto de US\$300.532.000— basado en su análisis del lucro cesante, y no cabe

⁴¹⁵ Esta deficiencia no se refiere a los conocimientos especializados de CGE/Vivendi, lo que es evidente, sino a las pruebas exigidas según se describió en el párrafo 8.3.4.

⁴¹⁶ Transcripción de la audiencia sobre el fondo del asunto, Día 10, págs. 2688-2689 (3 de agosto de 2006).

analizárselas en más profundidad. Por lo tanto utilizaremos otros métodos de evaluación de la Concesión.

8.3.12. Como ya se señaló, las Demandantes inicialmente eligieron basar los argumentos relativos a la valoración en el lucro cesante. Hasta el momento de su alegato de cierre y de su escrito posterior a la audiencia, las Demandantes no plantearon ni se basaron en otros medios generalmente aceptados para el cálculo del valor de mercado, como el “valor contable” —el valor neto de los activos de una empresa, el “valor de la inversión” —el monto efectivamente invertido antes de los actos perjudiciales, el “valor de reposición” —el monto necesario para reemplazar la inversión existente antes de los actos perjudiciales, o el “valor de liquidación” — el monto que un comprador estaría dispuesto a pagar a un vendedor por la inversión en un proceso de liquidación. Estos otros métodos se abordaron en los Días 10 y 11 de la audiencia sobre el fondo del asunto⁴¹⁷. En su escrito posterior a la audiencia, las Demandantes examinaron los métodos alternativos y señalaron las pruebas existentes en el expediente pertinentes a la determinación de los montos invertidos⁴¹⁸.

8.3.13. De estas posibilidades, el “valor de la inversión” parece ser la medida más aproximada, aunque sólo parcial, de la Concesión a fin de determinar una indemnización suficiente como para eliminar las consecuencias de los actos de la Provincia.

⁴¹⁷ Transcripción de la audiencia sobre el fondo del asunto, Día 10, págs. 2701-2755 (3 de agosto de 2006); Transcripción de la audiencia sobre el fondo del asunto, Día 11 (4 de agosto de 2006).

⁴¹⁸ En su escrito posterior a la audiencia, las Demandantes señalaron lo inadecuado de los métodos alternativos y, a solicitud del Tribunal, indicaron las pruebas existentes en el expediente pertinentes al cálculo de los montos invertidos: escrito de las Demandantes posterior a la audiencia, págs. 47-51.

- 8.3.14. Los argumentos de la Demandada a favor el valor “contable” son inaceptables por las razones explicadas en el párrafo 8.3.7 anterior, y ninguna de las partes suministró prueba alguna del valor de “liquidación” o de “reposición”.
- 8.3.15. En cuanto al “valor de la inversión”, en caso de que se le atribuyera alguna responsabilidad, la Demandada aceptó que:

“Por otra parte, las Demandantes pueden solicitar que se las coloque en la posición en la cual habrían estado de no haberse celebrado el Contrato de Concesión: el reembolso del monto invertido en la Concesión”⁴¹⁹.

- 8.3.16. Como se indicó antes, las pruebas de lo que invirtieron las Demandantes en la Concesión son incompletas, al no haberlas presentado inicialmente las Demandantes como alternativa a su análisis del lucro cesante. Sin embargo, hay pruebas útiles en el expediente y se ha establecido bien que el hecho de que los daños y perjuicios no puedan fijarse con certeza no es razón para no adjudicar indemnización por daños y perjuicios cuando se ha incurrido en una pérdida⁴²⁰. En dichos casos, las aproximaciones son inevitables; la fijación de los daños y perjuicios no es una ciencia exacta⁴²¹.

⁴¹⁹ Memorial de contestación, párrafo 671.

⁴²⁰ *Southern Pacific Properties (Middle East) Ltd. c. la República Árabe de Egipto* (Caso CIADI No. ARB/84/3), Laudo sobre el fondo del asunto del 20 de mayo de 1992, ICSID Rev. – FILJ 1993, en 328 y sig.; ICSID Rep. 1995, en 189 y sig.; 32 I.L.M. 933 (1993), en 933 y sig.

⁴²¹ En cuanto a la tendencia y pertinencia de la fijación aproximada de los daños y perjuicios por los tribunales, véanse los casos *American International Group, Inc. y otros c. la República Islámica de Irán y Central Insurance of Iran (Bimeh Markazi Iran) (Caso No. 2)* (Laudo No. 93-2-3), Laudo del 19 de diciembre de 1983, en 109; y *Payne c. Irán (Caso No. 335)* (Laudo No. 245-335-2), Laudo del 8 de agosto de 1986, 12 Irán-U.S. C.T.R. 3, párrafos 35-37.

8.3.17. Para determinar el monto de las inversiones de las Demandantes, el Tribunal acepta que CAA fue capitalizada inicialmente con US\$30 millones⁴²². También aceptamos que después se pidió a CGE/Vivendi que invirtieran en la Concesión a fin de cubrir sus déficit de operación. Vivendi había integrado, con un préstamo para CAA, un monto adicional de US\$21,5 millones a fines de noviembre de 1997⁴²³. Vivendi siguió cubriendo las pérdidas corrientes de CAA en adelante y el Sr. Hahn, el Director administrativo y financiero de CAA desde septiembre de 1997 y Vicepresidente en el momento de la audiencia, atestiguó que las cuentas de CAA a fines de 2005 revelaban que CAA adeudaba a Vivendi aproximadamente US\$75 millones. Señaló que Vivendi seguía financiando a CAA a la fecha de la audiencia, lo que nos indicó que la deuda de CAA frente a Vivendi a la fecha de la audiencia oral casi superaba con certeza los US\$75 millones⁴²⁴. Ni el testimonio de la Sra. Perrier ni el del Sr. Hahn respecto de estas cuestiones fueron objetados ni contradichos.

8.3.18. En consecuencia, sobre la base de las pruebas existentes en el expediente, que consideramos tanto creíbles como suficientes, concluimos que CGE/Vivendi y los demás accionistas de CAA aportaron a ésta US\$30 millones en capital accionario y que CGE/Vivendi invirtieron además US\$75 millones (en forma de préstamos) para financiar el funcionamiento de la Concesión hasta que ENHOSA asumió su

⁴²² Declaración jurada complementaria de Hahn, 14 de febrero de 2006 (Prueba documental 788), párrafos 20-21.

⁴²³ Informe de Perrier, 10 de febrero de 2006 (Prueba documental 803), pág. 10.

⁴²⁴ Testimonio de Hahn, Transcripción de la audiencia sobre el fondo del asunto, Día 5, pág. 1353 (28 de julio de 2006). El testimonio del Sr. Hahn se ve respaldado por el Informe pericial de la Sra. Perrier, en el que ella informó que la cuenta de accionistas de Vivendi en los libros de CAA, en la que se reflejaba su inversión en CAA, había aumentado a US\$69 millones a fines de agosto de 1998, como consecuencia de las pérdidas conexas sufridas a partir del 30 de noviembre de 1997.

administración el 7 de octubre de 1998, y en adelante en sus esfuerzos por mitigar sus daños y perjuicios a través de sus varios intentos por cobrar las cuentas pendientes de cobro⁴²⁵.

8.3.19. Teniendo en cuenta la violación por la Provincia de los Artículos 3 y 5 del TBI, fijamos el valor de la inversión de la Concesión a la fecha de la expropiación, 27 de agosto de 1997, en el monto de US\$51 millones (\$30 millones de capital más US\$21 millones de inversiones generadoras de deuda). También concluimos que CGE/Vivendi invirtieron en forma de deuda un monto adicional de US\$54 millones en CAA después de esa fecha (US\$75 millones menos US\$21 millones). Además, y a falta de pruebas en contrario, concluimos que CAA actualmente carece de valor o bien éste es nominal.

8.3.20. En estas circunstancias, calculamos los daños y perjuicios a la inversión en US\$105 millones (US\$51 millones más US\$54 millones). En su calidad de accionista *de facto* del 94,4%, Vivendi tiene derecho a una proporción de 94,4% de los daños y perjuicios sufridos por CAA. Sin embargo, a fin de “borrar todas las consecuencias del acto ilícito y reestablecer la situación que, verosíblemente existiría, si no se hubiese cometido el acto” (El principio del caso *Chorzów*)⁴²⁶, es preciso que cualquier adjudicación de daños y perjuicios en este caso lo sea con intereses. Esta cuestión se tratará más adelante en la Sección 9.

⁴²⁵ Ante la falta de pruebas sobre el monto de la cuenta de accionistas de CGE al 27 de agosto de 1997, fijamos mediante una estimación el monto de otras inversiones a la fecha de la expropiación en US\$21 millones, sobre la base de las pruebas de que al 27 de noviembre de 1997 se habían invertido US\$21,5 millones.

⁴²⁶ Véase el análisis anterior, párrafo 8.2.4.

8.3.21. Las Demandantes han solicitado en forma conjunta un Laudo por el 100% de los daños y perjuicios sufridos por CAA. El pago de los daños y perjuicios adjudicados puede efectuarse ya sea:

- (i) en su totalidad a CAA, viéndose Vivendi resarcida a través de su participación en CAA, o
- (ii) en la proporción de 5,6% a CAA y de 94,4% a Vivendi.

De cualquier manera, cada dólar pagado a una de las Demandantes compensará cada dólar adeudado a la otra.

8.4. Consideraciones adicionales

8.4.1. Si bien las Demandantes expresan que es aplicable el principio de indemnización completa del valor de mercado, la Demandada sostiene que no corresponde la indemnización completa. Al respecto, la Demandada se basó en la doctrina del abuso del derecho, la situación económica de la Demandada y el hecho de que ésta actuó en defensa del interés público⁴²⁷.

8.4.2. En particular, en su objeción a la reclamación por daños y perjuicios planteada por las Demandantes, la Demanda señala la crisis económica y social que se produjo en Argentina y los acontecimientos que afectaron la economía de Argentina en el curso de, sobre todo, 2001 y los primeros meses de 2002. Durante ese período toda la economía del país se vio sometida a cambios y ajustes considerables. Por ejemplo: (i) el peso se devaluó en enero de 2002 y rápidamente se depreció a la cuarta parte de su valor anterior, el tipo de cambio fue de casi

⁴²⁷ Memorial de contestación, párrafos 612-617.

cuatro pesos por dólar de Estados Unidos; (ii) la inflación se elevó a 41% en 2002; (iii) la tasa de desempleo subió de 12,4% en 1998 a 38,3% en 2001 y 23,6% en 2002; (iv) la tasa de pobreza llegó a ser de 57,5% en 2002; (v) los salarios ajustados según la inflación se redujeron en 23,7% en 2002, y (vi) las ventas en los supermercados disminuyeron en 5% en 2001 y 26% en 2002⁴²⁸.

8.4.3. Habida cuenta de la naturaleza y duración de los incumplimientos de Tucumán, el Tribunal no considera adecuado reducir la adjudicación de indemnización completa a favor de las Demandantes basándose en cualquiera de esas razones.

8.4.4. La Demandada afirma que cualquier adjudicación de daños y perjuicios debería expresarse en pesos, aduciendo que todos los pagos por efectuarse en virtud del Contrato de Concesión lo eran en pesos. Esta afirmación contenida en los escritos anteriores a la audiencia se refería especialmente a la reclamación de las Demandantes por daños y perjuicios sobre la base del análisis del lucro cesante. Sin embargo, no se discute que las inversiones de CGE/Vivendi se efectuaron en dólares de EE.UU. y/o francos franceses, y que desde 2002 el peso se ha devaluado y despreciado de manera muy considerable frente al dólar de los Estados Unidos.

8.4.5. En el caso *Lighthouses Arbitration*, la Corte Permanente de Arbitraje sostuvo que la parte perjudicada tiene derecho a recibir el equivalente a la fecha del laudo de la pérdida sufrida como resultado del acto ilícito y no debería verse perjudicada por los efectos de una devaluación que tenga lugar entre la fecha del acto ilícito y

⁴²⁸ Memorial de contestación, párrafo 656.

la determinación del monto de la indemnización⁴²⁹. Estamos de acuerdo con este principio y también observamos que suele ser la práctica de los tribunales internacionales disponer el pago en una moneda convertible⁴³⁰. En consecuencia, todas las sumas adjudicadas y por pagarse en razón de este Laudo se expresan en dólares de los Estados Unidos.

9. INTERESES

9.1. Reclamación de intereses compuestos

9.1.1. Las Demandantes solicitan intereses compuestos a la tasa de 9,7% sobre los montos de los daños y perjuicios reclamados a fin de colocarlas en la posición en la que hubieran estado si la Demandada hubiera pagado la indemnización suficiente y pronta a la fecha de su expropiación del Contrato de Concesión.

9.2. Conclusiones del Tribunal acerca de los intereses

9.2.1. Ante la ausencia de condiciones en el Tratado o disposiciones en contrario en la ley aplicable, es generalmente aceptado que los tribunales internacionales adjudiquen intereses a un demandante perjudicado, es más, la responsabilidad por el pago de intereses es ahora un principio jurídico aceptado.

9.2.2. Las disposiciones del Artículo 5(2) del TBI reflejan esto, al exigir que la indemnización que deba pagar un Estado parte por una expropiación legal "... producirá intereses calculados a una tasa apropiada hasta la fecha de su pago." En

⁴²⁹ *The Lighthouses Arbitration (Francia c. Grecia)* (1956), 12 R.I.A.A. 155; 23 I.L.R. 659.

⁴³⁰ Véase el análisis del caso *McCullough & Company, Inc. c. Ministry of Post, Telegraph and Telephone, National Iranian Oil Company, Bank Markazi*, Laudo No. 225-89-3, Laudo del 22 de abril de 1986, Tribunal de Reclamaciones entre Irán y Estados Unidos, *Yearbook Commercial Arbitration Volume XII* (1987), págs. 316-331, 11 Tribunal de Reclamaciones entre Irán y Estados Unidos 3 (1986), párrafo 107.

igualdad de circunstancias, es tanto o más adecuado el pago de intereses sobre la indemnización por una expropiación ilícita.

- 9.2.3. El objeto de la adjudicación de intereses es indemnizar por los daños y perjuicios resultantes del hecho de que, durante el período de falta de pago por el deudor, el acreedor se ve privado del uso y disposición de esa suma que se suponía podría recibir⁴³¹.
- 9.2.4. Aunque se ha observado la tendencia en los tribunales internacionales a adjudicar únicamente intereses simples, esto está cambiando, y la adjudicación de intereses compuestos ya no es la excepción a la regla⁴³².
- 9.2.5. Esta circunstancia no es sorprendente una vez admitido que el interés compuesto *no es de naturaleza punitiva*. Como lo señaló el Tribunal del caso *Santa Elena*,

⁴³¹ *Evaluation of Damages in International Arbitrations*, Derains y Kreindler, Dossiers, ICC Publication No. 668 (2006) en 167.

⁴³² El Tribunal hizo un examen no exhaustivo de anteriores casos de arbitraje sobre inversiones y halló siete laudos en los que se adjudicaron intereses compuestos y tres en los que se adjudicaron intereses simples. Los laudos en los que se adjudicaron intereses compuestos son los siguientes: *Metalclad Corporation c. los Estados Unidos Mexicanos* (Caso CIADI No. ARB (AF)/97/1), Laudo del 30 de agosto de 2000, 40 I.L.M. 36 (2001); *Compañía del Desarrollo de Santa Elena, S.A. c. la República de Costa Rica* (Caso CIADI No. ARB/96/1), Laudo del 17 de febrero de 2000, 15 ICISD REV – FILJ 169 (2000); *Emilio Agustín Maffezini c. Reino de España* (Caso CIADI No. ARB/97/7), Laudo del 13 de noviembre de 2000; *Wena Hotels Ltd c. República Árabe de Egipto (Laudo)* (Caso CIADI No. ARB/98/4), Laudo del 8 de diciembre de 2000, 41 I.L.M. 896 (2002); *MTD Equity Sdn. Bhd. y MTD Chile S.A. c. la República de Chile* (Caso CIADI No. ARB/01/7), Laudo del 25 de mayo de 2004; *Azurix Corp. c. la República Argentina* (Caso CIADI No. ARB/01/12), Laudo del 14 de julio de 2006, y *ADC Affiliate Limited y ADC & ADMC Management Limited c. República de Hungría* (“El caso ADC”) (Caso CIADI No. ARB/03/16), Laudo del 2 de octubre de 2006. Los laudos en los que se adjudicaron intereses simples son: *CME Czech Republic B.V. (Países Bajos) c. la República Checa*, Laudo parcial del 13 de septiembre de 2001 (CNUDMI); *Marvin Feldman c. Estados Unidos Mexicanos* (Caso CIADI No. ARB(AF)/99/1), Laudo del 16 de diciembre de 2002, y *Occidental Exploration & Production Co. c. la República del Ecuador* (LCIA Administered Case No. UN3467) (TBI celebrado entre Estados Unidos y Ecuador), Laudo del 1 de julio de 2004. En un artículo reciente publicado en el sitio web de TDM (Transnational Dispute Management) en 2006, Wilson, Cain y Gray, tras un examen de laudos y costas arbitrales del CIADI, hallaron que de las 14 decisiones examinadas, en ocho se adjudicaron intereses compuestos, en dos no se reveló el método de cálculo utilizado y en una no se adjudicaron intereses: James Gray, Jason Cain, Wayne Wilson, (Alvarez y Marsal), “ICSID Arbitration Awards and Cost”, *Transnational Dispute Management*, Vol. III (5) (diciembre de 2006), en <http://www.transnational-dispute-management.com>.

“no es la finalidad de los intereses compuestos atribuir culpas, ni castigar a nadie por la demora en el pago efectuado al dueño del bien expropiado; es un mecanismo para asegurar que la indemnización adjudicada al Demandante sea adecuada en las circunstancias”⁴³³. El Tribunal señaló que cuando el dueño de la propiedad ha perdido el valor de su activo sin haber sido indemnizado oportunamente, el monto de la indemnización que se adjudique más tarde “... debe reflejar, por lo menos en parte, la suma adicional que su dinero hubiera producido si éste y los ingresos generados por él se hubieran reinvertido todos los años a las tasas de interés generalmente vigentes”⁴³⁴.

- 9.2.6. De acuerdo con este argumento, varios tribunales internacionales han expresado en los últimos tiempos la opinión de que la aplicación de intereses compuestos debería ser la práctica cuando la realidad económica exija su adjudicación para colocar al demandante en la posición en que se habría encontrado si nunca hubiera sido perjudicado (es decir, si el acto ilícito no hubiera tenido lugar)⁴³⁵.
- 9.2.7. Las Demandantes sostienen que se deberían adjudicar intereses compuestos a la tasa de 9,7%, porcentaje que corresponde a la tasa de actualización aplicada en el análisis de las Demandantes según el DCF y a la tasa cotizada para los bonos de Tesorería de Argentina “Rep. Argentina 17” el 27 de noviembre de 1997. El

⁴³³ *Compañía del Desarrollo de Santa Elena, S.A. c República de Costa Rica* (Caso CIADI No. ARB/96/1), Laudo del 17 de febrero de 2000, 15 ICISD REV – FILJ 169 (2000), párrafo 104 (Traducción del Tribunal).

⁴³⁴ *Ibid.*

⁴³⁵ Véase el caso *Pope & Talbot Inc. c. el Gobierno de Canadá*, Arbitraje conforme al Capítulo 11 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte, Laudo dictado el 31 de mayo de 2002 por el tribunal arbitral respecto de los daños y perjuicios, CNUDMI (TLCAN), párrafo 89; *Wena Hotels Ltd c. la República Árabe de Egipto* (Caso CIADI No. ARB/98/4), Laudo del 8 de diciembre de 2000, 41 I.L.M. 896 (2002), párrafo 129; y *MTD Equity Sdn. Bhd. y MTD Chile S.A. c. la República de Chile* (Caso CIADI No. ARB/01/7), Laudo del 25 de mayo de 2004, párrafo 251.

Tribunal no está convencido de que las Demandantes habrían obtenido el 9,7% de interés compuesto por las partes que respectivamente les corresponden de los daños y perjuicios adjudicados si esas sumas se hubieran pagado oportunamente en la fecha de la expropiación de la Concesión por parte de Argentina.

9.2.8. Teniendo en cuenta la actividad comercial de las Demandantes consistente en invertir y operar concesiones de abastecimiento de agua, la tasa prevista de rendimiento de la inversión de 11,7 % que figura en el Contrato de Concesión (que las partes acordaron que era adecuada teniendo en cuenta la naturaleza de la actividad, el plazo y los riesgos involucrados) y las tasas de interés generalmente vigentes desde septiembre de 1997, el Tribunal concluye que una tasa de interés de 6% constituye una aproximación razonable del rendimiento que las Demandantes podrían haber obtenido de otro modo sobre los montos invertidos y perdidos en la Concesión de Tucumán. El Tribunal también está convencido, sobre la base de los hechos que constan en el expediente, de que en este caso es adecuado disponer el pago de intereses compuestos a fin de compensar debidamente a las Demandantes por la pérdida del uso de su inversión durante la mayor parte de la última década.

10. COSTAS

10.1. Reclamaciones de las partes en la controversia sobre las costas

10.1.1. Ambas partes solicitaron la imposición de las costas en este procedimiento a la parte contraria, aunque, hacia el final de la etapa jurisdiccional⁴³⁶, el abogado de

⁴³⁶ Memorial, párrafo 409, Réplica, párrafo 438, Memorial de contestación, párrafo 686, Escrito de dúplica, párrafo 453.

la Demandada desistió de su reclamación por las costas correspondientes a esa etapa del procedimiento. Después adujo que no correspondería que el Tribunal impusiera esas costas a ninguna de las partes, habida cuenta de los “...temas muy sensibles, temas muy delicados, temas sobre los cuales no hay precedentes ni guía prácticos para establecer cómo deben guiarse las partes y cómo debe guiarse el Tribunal”⁴³⁷.

10.1.2. En respuesta a la solicitud del Tribunal, las Demandantes presentaron su reclamación por costas correspondientes a la etapa jurisdiccional el 31 de agosto de 2005 por el monto de US\$701.961,08, que comprendían los honorarios de los abogados y demás gastos, excluidos los pagos al CIADI. Las Demandantes también reclamaron la parte pertinente de los pagos efectuados al CIADI y US\$4,312.15 en concepto de gasto de transporte para asistir a la audiencia sobre la jurisdicción.

10.1.3. El 29 de septiembre de 2006, después de la audiencia oral sobre las cuestiones de fondo, cada una de las partes en la controversia presentó reclamaciones detalladas por sus gastos correspondientes a la etapa de fondo del procedimiento. Posteriormente, el 6 de octubre de 2006, cada una de las partes presentó comentarios sobre la reclamación de la parte contraria.

10.1.4. Respecto de esta etapa, las Demandantes pidieron el reembolso de US\$6.343.585,78, incluidos US\$364.973,00 por cuenta de sus pagos al CIADI, y

⁴³⁷ Transcripción en español del proceso jurisdiccional, Vol. 2, página 163 (17 de agosto de 2006).

la Demandada solicitó US\$1.151.119,35, incluidos US\$355.000,00 por cuenta de sus pagos al CIADI.

10.1.5. En consecuencia, excluidos los pagos efectuados al CIADI, el total de reclamaciones por costas en este procedimiento presentadas por las partes en la diferencia es el siguiente:

- i) Demandantes: US\$6.680.533,86 (US\$701.961,08 + US\$6.343.585,78 - US\$364.973,00)
- ii) Demandada: US\$786.119,35 (US\$1.151.119,35 - US\$365.000,00)

10.2. Conclusiones del Tribunal sobre las costas

10.2.1. Cuando el Tribunal original llegó a considerar la adjudicación de costas correspondientes al primer procedimiento, analizó varios factores considerados por el Tribunal del caso *Robert Azinian y otros c. los Estados Unidos Mexicanos*⁴³⁸. Ellos fueron los “nuevo[s] y originales] medio[s] para la resolución de controversias internacionales de inversión[es]” según el TLCAN y que la parte perdedora había “presentado su caso de manera eficiente y profesional”. Observó que: en el procedimiento anterior “presentó un conjunto de cuestiones nuevas y complejas que no habían sido materia de precedentes internacionales arbitrales, respecto a la interacción entre un tratado bilateral de inversiones, un Contrato de Concesión con una cláusula de elección de foro y el Convenio del CIADI”; los abogados de las partes habían presentado sus argumentos de manera profesional y eficiente, y la posición de las partes fue evolucionando en el curso del

⁴³⁸ *Robert Azinian, Kenneth Davitian, y Ellen Baca c. los Estados Unidos Mexicanos* (Caso CIADI No. ARB (AF)/97/2), Laudo del 1 de noviembre de 1999.

procedimiento. En consecuencia, determinó que cada una de las partes debía hacerse cargo de sus propios gastos del procedimiento, que ambas debían hacerse cargo por partes iguales de los honorarios y gastos de los miembros del Tribunal y de los cargos por el uso de las instalaciones del Centro⁴³⁹.

10.2.2. Después de la primera etapa del procedimiento de anulación, el Comité *ad hoc* también concluyó que, habida cuenta de la importancia de los argumentos planteados por las partes, cada una de ellas debería sufragar sus propios gastos⁴⁴⁰. Sin embargo, en lo que respecta a la posterior Solicitud de la Demandada de suplementación y rectificación de su decisión relativa a la anulación del Laudo, el Comité *ad hoc* ordenó a Argentina pagar los honorarios y gastos del Comité, por ser las Solicitudes de la Demandada infundadas e improcedentes. Sobre todo, el Comité *ad hoc* no estuvo de acuerdo con los intentos de la Demandada de replantear cuestiones de fondo de la decisión del Comité⁴⁴¹.

10.2.3. En nuestra Decisión anterior sobre jurisdicción, observamos que las excepciones de la Demandada no sólo carecían de fundamento, sino que cuatro de las cinco también se habían planteado ante tanto el Tribunal Original como el Comité *ad hoc* y que una de estas excepciones se había planteado varias veces, todas sin éxito, ante otros tribunales ante los que se había presentado Argentina. Además, observamos que la quinta excepción de la Demandada a la jurisdicción se había planteado por primera vez pasados ocho años y medio del inicio del

⁴³⁹ Primer Laudo, párrafos 94-95.

⁴⁴⁰ Decisión sobre Anulación, párrafo 118.

⁴⁴¹ Decisión del Comité *ad hoc* relativa a la solicitud de suplementación y rectificación de la decisión sobre la anulación del Laudo (28 de mayo de 2003), párrafo 43.

procedimiento. Concluimos que todas las excepciones de la Demandada eran infundadas, se habían planteado indebidamente y, en el caso de cuatro de las cinco, con la intención de replantear aspectos de decisiones anteriores. Sin embargo, determinamos que todas las cuestiones relativas a las costas y gastos del Tribunal y las partes se dejarían para decidir en el presente procedimiento⁴⁴².

10.2.4. El Tribunal acepta que, en el momento de iniciarse el anterior procedimiento, los argumentos y cuestiones que entonces eran objeto de la diferencia eran importantes, complejos y relativamente originales, y siguieron siéndolo en la segunda etapa del procedimiento.

10.2.5. En cuanto al éxito comparado entre las partes en la controversia respecto a sus reclamaciones y defensas, las Demandantes han tenido considerable éxito tanto en la etapa jurisdiccional como en la de fondo de este procedimiento. Asimismo, la Demandada en varias ocasiones ha procurado replantear cuestiones jurisdiccionales que habían sido decididas antes por el Tribunal, el Tribunal Original y el Comité *ad hoc*. Al hacerlo, prolongó sin necesidad y elevó considerablemente los costos de este procedimiento.

10.2.6. Teniendo en cuenta los antecedentes y la historia de la diferencia, como así también todas las demás circunstancias del caso, el Tribunal concluye que corresponde que la Demandada reembolse a las Demandantes el total de sus gastos y honorarios razonables de abogados con respecto a la etapa jurisdiccional de este procedimiento, los que se fijan en esta decisión en US\$701.961,08. En

⁴⁴² Decisión sobre jurisdicción, párrafo 128.

cuanto a la etapa de fondo, el Tribunal decide que cada una de las partes en la controversia sufragará sus costas. El Tribunal decide además que las partes en la controversia sufragarán por partes iguales los honorarios y gastos de los árbitros y los costos del Secretariado del CIADI, junto con todos los costos o cargos conexos relativos al uso de las instalaciones del CIADI.

11. DECISIÓN DEL TRIBUNAL

11.1. Por las razones expuestas, el Tribunal **DECIDE** por unanimidad lo siguiente:

- (i) Vivendi y CAA tienen legitimación activa en este procedimiento.
- (ii) La Demandada, la República Argentina, ha violado el Artículo 3 del Tratado al no otorgar a las inversiones de las Demandantes un trato justo y equitativo de acuerdo con los principios del derecho internacional.
- (iii) La Demandada, la República Argentina, ha violado el Artículo 5(1) del Tratado al no otorgar protección y plena seguridad a las inversiones de las Demandantes de acuerdo con los principios de trato justo y equitativo mencionados en el Artículo 3.
- (iv) La Demandada, la República Argentina, ha violado el Artículo 5(2) del Tratado al adoptar medidas ilícitas de expropiación de las inversiones de las Demandantes.
- (v) La Demandada, la República Argentina, deberá pagar a las Demandantes una indemnización de US\$105.000.000,00 de la siguiente manera,
 - a) a CAA, la suma de US\$105.000.000,00, ó
 - b) a Vivendi, la suma de US\$99.120.000,00, equivalente al 94,4% de US\$105.000.000,00, y a la CAA, la suma de US\$5.880.000,00, equivalente al 5,6% de US\$105.000.000,00.
- (vi) La Demandada, la República Argentina, también deberá pagar intereses, compuestos anualmente, a la tasa de 6,00%,
 - a) sobre el monto de US\$51.000.000,00 a partir del 28 de agosto de 1997 hasta la fecha de pago, y

- b) sobre otro monto de US\$54.000.000 a partir del 5 de septiembre de 2002 hasta la fecha de pago.
- (vii) La Demandada, la República Argentina, deberá pagar a las Demandantes la suma de US\$701.961,08, correspondiente a los gastos razonables legales y de otra naturaleza de la etapa jurisdiccional de este procedimiento, dichas costas devengarán interés simple a la tasa de 6% a partir de esta fecha hasta el momento del pago.
- (viii) Las Demandantes y la Demandada sufragarán por partes iguales los honorarios y gastos de los árbitros y los costos del Centro.
- (ix) Todas las demás reclamaciones serán y, por la presente, son rechazadas.

Anexo A

International Centre for Settlement of Investment Disputes

1818 H Street, N.W., Washington, D.C. 20433 U.S.A.
Telephone: (202) 458-1534 Faxes: (202) 522-2615 / (202) 522-2027
Website: www.worldbank.org/icsid

By Fax

15 September 2006

Compañía de Aguas del Aconquija S.A.
and Vivendi Universal S.A.
c/o Mr. Daniel M. Price, Esq.
Sidley Austin Brown & Wood LLP
1501 K Street, NWCP 112
Washington, DC 20004
USA
and
Mr. Luis A. Erize
Abeledo Gottheil Abogados
Av. E. Madero 1020 – Piso 5
1106 Buenos Aires
Argentina

Argentine Republic
c/o Dr. Osvaldo César Guglielmino
Procurador del Tesoro de la Nación Argentina
Posadas 1641
Buenos Aires,
Argentina

Re: Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. v. Argentine Republic
(ICSID Case No. ARB/97/3)

Dear Sirs,

The President of the Tribunal has asked me to respond on behalf of the Tribunal to Claimants' letter of 23 August 2006 (producing for the first time certain financial records of Claimants) Respondent's letter of 31 August 2006 (setting out its position on the admission of new evidence at this time) and Claimant's letter of 1 September 2006 (replying to Respondents' position).

The Tribunal has carefully considered the positions of the parties with respect to Claimants' proposed introduction of new evidence – *i.e.* certain existing financial records of CAA and Vivendi that are not presently before the Tribunal. The Tribunal has reached the following conclusions:

1. The Tribunal has determined it will not accept the proffered evidence at this stage in the proceedings.
2. In the 1 July 2004 Agreement of the Parties on Certain Procedural Matters (the "Agreement of the Parties" – attached to the Minutes of the 7 July 2004 First Session of the Arbitral Tribunal), the parties agreed to include with their written submissions all evidence to be relied upon for their legal arguments, and to include with their second written submissions all evidence relied upon in response to or in rebuttal to the matters raised by the other party's first written submission. The Agreement of the Parties specifically requires that "[t]he Tribunal shall not receive any [testimony] or any other evidence that has not been introduced in writing, unless the Tribunal determines that exceptional circumstances exist." (emphasis added)
3. Respondent objects to the introduction of the proffered new evidence and the Tribunal has determined, for the reasons noted below, that no such exceptional circumstances exist in the present case.

4. During the hearing on the merits, the Tribunal denied a similar application by Respondent to introduce new evidence to which Claimants objected – *i.e.* public filings by CGE / Vivendi with the Securities and Exchange Commission of the United States (Day 1, Transcript, pages 174-5).
5. Also during the hearing on the merits, Claimants refused to accede to a request by Respondent to vary the Agreement of the Parties with respect to the admission of evidence. The Agreement of the Parties requires the Tribunal to disregard the testimony of any witness who did not appear at the hearing for examination and cross-examination. Argentina sought to vary or depart from this portion of the Agreement of the Parties. Claimants refused to consent to Argentina's request to vary the agreement and insisted upon its enforcement by the Tribunal. Claimants' counsel stated (Day 8, Transcript, page 2048):

"So, it's been very clear in the agreement of parties that if a witness doesn't show up, his statement is to be stricken. That was modified by agreement of parties this morning in respect to Messrs. Paz and Rais. No good cause, no good explanation having been advanced, we think the witness statement should be stricken, and we do not believe a belated offer of videotaping substitutes in any adequate way to having the witness present here."

6. In their 23 August 2006 letter, Claimants appear to suggest that, because of what Claimants describe as "... the Tribunal's methodological queries expressed for the first time at the hearing," they were somehow unable fully and fairly to present their case. In Claimants' 1 September 2006 letter, Claimants say that alternative damages calculations were never put "into play" by Respondent, but only became relevant because of the Tribunal's inquiries at the hearing.
7. A review of the submissions of the parties contradicts Claimants' suggestion. The Tribunal notes that Claimants' approach to damages was specifically put in issue by Respondent. Claimants rested their damages claims primarily on CAA's lost profits. In its Counter-Memorial, Respondent disputed the availability of a claim for lost profits and challenged the methodology upon which Claimants relied for its calculations and the basis and assumptions upon which Claimants based their claim.
8. The Tribunal notes the following examples, which are by no means exhaustive, of Respondent's challenges in its Counter-Memorial to Claimants' damages calculations and calculation methods:
 - Para. 17: *The Claimants' case should also be dismissed because the Claimants failed to prove recoverable damages. As a preliminary matter, in the event that the Tribunal finds that Claimants are entitled to damages, these should be limited to the damnum emergens, and only then on the condition that appropriate and reliable evidence of such loss is provided by the Claimants (which they have failed to present). Under no circumstances whatsoever are Claimants entitled to recover any lucrum cessans.* [emphasis added]
 - Para. 615: *Claims for lost profits have also failed where the amount of damages for lucrum cessans could be disproportionate to the nature, the extent, and the circumstances of the breach. Moreover,*

they are normally doomed to fail where the injured party's lost profits do not correspond to the benefits that the breaching party gained by failing to perform. In such cases, justice may be served by requiring the respondent to pay the claimant reliance expenses but not his expected profits. [emphasis added]

- Paras. 639-640: *The Claimants content that they are entitled to recover damages for the value of the investments they have made, on an allegedly compensatory basis, in order that they might be restored to the position in which they would have been had they never participated in the Agreement. That approach is wholly at odds with the basis upon which the claim for loss of profit is advanced (that they should be put in the position in which they would have been had the Concession Agreement been fully performed.)*

If the Claimants do not [typo in original] succeed in establishing any liability in these proceedings (which for all the reasons given above is denied), the Tribunal may, taking into account the points made above as to the likelihood that this investment would ever in reality have yielded a profit, conclude that it is appropriate to award the Claimants only the book value of the assets involved or the value of the investment made by the Claimants in the Concession. However, it cannot both award the costs of investment and the future profits lost. This is a blatant attempt at double recovery by the Claimants which must be dismissed. [emphasis added]

- Paras. 669-671: *As is apparent from the foregoing, the Claimants seek to recover damages based in part on the calculation of the financial position in which they would have been had the Concession been performed over its full term (via the claims for alleged losses actually suffered in the period of the Concession Agreement and the DCF analysis of future profits), and in part on restitution of the level of investment made by them in the Concession prior to its termination (via their claim for restoration of the value of their investment in the Concession.*

This is obvious double counting by the Claimants. Either they seek restitution, or they seek a contractual measure of damages to put them in the position they would have been in had the Contract been performed. They cannot recover on both bases since, had the Concession been performed, the Claimants' level of investment in it should have been taken into account in the calculation of its likely profits, and should have been be [typo in original] deducted from the profits to produce a true picture of the Claimants' position had the 30-year term been fulfilled.

Alternatively, the Claimants may seek to be put in the position in which they would have been had they never agreed to enter the Concession Agreement: the return to them of their investment in the Concession. Particularly in circumstances where Claimants' estimation of future profits is based on a series of premises and projections which cannot sensibly be applied across the 30-year term of the Agreement, in the Argentine Republics' [typo in original]

submission, any award of damages by this Tribunal should take as its starting point the book value of the assets or the value of Claimants' actual investment, as the future earnings of the Claimants cannot be established with any reasonable certainty. [emphasis added]

9. In the Tribunal's view, a significant area of focus of Respondent's arguments on damages was Respondent's position that Claimants' approach to damages relied on inappropriate methodology. A few additional examples of Respondent's relevant arguments may be found in Respondent's Counter-Memorial at paras. 587, 592-611, 667-668 and sub-paras. 675(a) and (b).
10. Respondent also argued Claimants had failed to substantiate CGE/Vivendi's damages claims. At paragraph 684 of the Counter-Memorial, Respondent expressly states as follows:

"The claim formulated by the Claimants is premised entirely upon the assumption that the losses are those of CAA. No attempt has been made by the Claimants to identify the losses of CGE as a shareholder."
11. Claimants were never prevented from a full and fair presentation of their case. It was always open to Claimants to assert alternative bases for their damages, e.g. claims based on book value of the assets or the value of the investments actually made by Claimants. Claimants had the opportunity in their Reply to introduce evidence in support of alternative approaches to damages, including those noted by Respondent. Claimants declined to do so, preferring to rely on their claims based on lost profits.
12. The record of the proceedings does not support Claimants' contention that due process requires that they be afforded adequate opportunity to respond to the Tribunal's requests, or that the evidence now offered is required to respond to the Tribunal's inquiries. The introduction of new evidence is not necessary to respond to the Tribunal's inquiries. The Tribunal asked Claimants to direct it to the portions of the *existing record* that were relevant to the alternative approaches to damages which had been noted by Respondent. On Day 11 of the hearing on the merits, in response to a request by Claimants' counsel, the Tribunal clarified its queries as follows (beginning at page 2960):

PRESIDENT ROWLEY: Yes, in the sense that I can help you understand what I was saying, if a claim is asserted by Vivendi for its wasted investment, it can only be asserted based on the evidence in these proceedings, and so we would need to have brought to our attention the evidence that is in these proceedings. That's what I mean. It was not an invitation to seek to introduce new evidence at this stage of the matter.

MR. PRICE: Thank you. You have clarified it.
13. The proffered evidence is not necessary to respond to these inquiries, nor is it even responsive to these inquiries. According to Claimants' description, the offered evidence is clearly new evidence in the sense that although the evidence was available to Claimants, Claimants elected not to make it part of the record at the appropriate stage of these proceedings.

14. The Tribunal also notes that on Day 11 of the hearing on the merits, Claimants' counsel confirmed Claimants' understanding that no new evidentiary submissions would be accepted. Apparently further to Claimants' concern that Respondent might try to submit new evidence to respond to the Tribunal's questions with regard to certain Tucumán entities, the following exchange occurred:

MR. PRICE: Thank you, Mr. President. I just wanted to clarify and confirm and make sure that both parties shared the understanding that the Tribunal will not entertain new evidence at this stage about what any of these Tucuman governmental or nongovernmental bodies did in the relevant period or subsequently.

PRESIDENT ROWLEY: That is correct. That would be new evidence of fact, and the fact-finding stage is complete.

15. Claimants clearly understood that no new evidentiary submissions would be entertained by the Tribunal at this stage, and sought reassurance from the Tribunal that this understanding would be confirmed and enforced by the Tribunal against Respondent.
16. For all of these reasons, the Tribunal is not prepared to depart at this stage of the proceedings, from the Agreement of the Parties and the understanding of the parties to permit Claimants now to introduce and rely upon evidence that was not properly made part of the record in accordance with the agreed procedures.
17. The Tribunal's ruling is made without prejudice to the Tribunal's jurisdiction under Article 43(a) of the ICSID Convention, should the Tribunal later determine the exercise of its discretion under that provision to be appropriate.

Yours sincerely



Claudia Frutos-Peterson
Secretary of the Tribunal

cc:
Members of the Tribunal

H.E. Ambassador José Octavio Bordón
Embassy of Argentina,
Washington, DC.