


CERTIFICADO**SAUR INTERNATIONAL S.A.****C.****REPÚBLICA ARGENTINA****(CASO CIADI No. ARB/04/4)**

Por la presente certifico que el documento adjunto es copia fiel de la versión original de la Decisión sobre Jurisdicción y sobre Responsabilidad del Tribunal Arbitral de fecha 6 de junio de 2012.



Anneliese Fleckenstein
Secretaria del Tribunal

Washington, D.C., 6 de junio de 2012

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

SAUR International S.A.
(Demandante)

c.

República Argentina
(Demandada)

Caso CIADI N° ARB/04/4

DECISIÓN SOBRE JURISDICCIÓN Y SOBRE RESPONSABILIDAD

Miembros del Tribunal

Profesor Juan Fernández-Armesto, Presidente
Profesor Bernard Hanotiau, Árbitro
Profesor Christian Tomuschat, Árbitro

Secretaria del Tribunal

Sra. Anneliese Fleckenstein, Consejero Jurídico, CIADI

En representación de la Demandante:

Sr. Philippe Pinsolle
Profesor Emmanuel Gaillard
Sr. Fernando Mantilla-Serrano
Sra. Yas Banifatemi
Shearman & Sterling LLP
Paris, Francia

En representación de la Demandada:

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

Fecha: 6 de junio del 2012

CONTENIDO

	<u>Página</u>
Contenido.....	i
Definición de Términos	1
Lista de casos	4
I. Antecedentes procesales	7
II. Hechos	11
1. Introducción	11
1.1. Posición de la Demandante	11
1.2. Posición de la Demandada	12
2. La privatización del agua en la Provincia de Mendoza	13
3. El Contrato de Concesión	14
3.1. Características	14
3.2. Obligación de invertir	16
3.3. Sistema tarifario	18
4. Licitación pública.....	18
5. La inversión de Sauri	19
6. Contrato de Asistencia Técnica.....	20
7. Primera etapa de cumplimiento del Contrato de Concesión	20
7.1. Catastro de clientes	21
7.2. Inmuebles no conectados a la red	21
7.3. Nivel de inversión	22
7.4. Jubilados y carenciados.....	22
8. Las medidas de urgencia adoptadas por Argentina a principios de 2002	23
9. Efecto sobre el endeudamiento de OSM.....	24
10. Renegociación del Contrato	26
10.1. La primera petición de aumento de tarifa presentada por OSM	27
10.2. El intento de Acta Acuerdo.....	28
11. Riesgo de colapso del servicio	31
12. La Primera Carta de Entendimiento.....	33
13. La Segunda Carta de Entendimiento.....	35
13.1. Contenido	36
13.2. Entrada en vigor	38

14.	El continuado deterioro de OSM: situación de “emergencia absoluta”	39
15.	El incumplimiento de la Segunda Carta de Entendimiento por la Provincia.....	40
15.1.	Solicitud de incremento de tarifa por modificación de costos	40
15.2.	Impagos	45
16.	El incumplimiento por OSM de la Segunda Carta de Entendimiento	46
16.1.	El riesgo de colapso	46
16.2.	El compromiso de inversión	47
16.3.	Fuentes de financiación de inversiones.....	47
16.4.	El “Plan de Acción 2008”	47
16.5.	Los sucesivos informes del EPAS	48
16.6.	El informe del EPAS del 7 de julio de 2009	49
16.7.	Otros incumplimientos imputados	50
16.8.	Conclusión	51
17.	El deseo de Sauri de abandonar su posición como Operador Técnico	52
18.	La intervención administrativa de OSM	53
18.1.	El procedimiento administrativo que desembocó en la intervención	54
18.2.	El informe jurídico del EPAS	54
18.3.	La propuesta de intervenir.....	55
18.4.	La simultánea propuesta de aumentar tarifa	56
18.5.	La decisión del Gobernador de intervenir	56
18.6.	La decisión del Gobernador de aumentar la tarifa	58
18.7.	La ejecución de la intervención	58
19.	La rescisión del Contrato de Concesión.....	59
19.1.	La Auditoria General	60
20.	La liquidación de OSM	62
21.	La gestión de la concesión tras la rescisión del Contrato	63
22.	A modo de resumen	64
22.1.	Primera etapa: desde 1998 hasta las Leyes de emergencia	65
22.2.	Segunda etapa: desde las Leyes de emergencia hasta la Segunda Carta de Entendimiento	65
22.3.	Tercera etapa: de la Segunda Carta de Entendimiento a la intervención y a la rescisión del Contrato.....	66
22.4.	Coda	67
III.	Pretensiones de las partes	68
IV.	Excepciones previas planteadas por la República Argentina	70

1.	La excepción de falta de competencia del Tribunal y de jurisdicción del Centro	71
1.1.	La posición de las Partes	71
1.2.	La decisión del Tribunal Arbitral.....	73
2.	La excepción de falta de admisibilidad del reclamo	88
2.1.	La posición de las Partes	88
2.2.	La decisión del Tribunal Arbitral.....	89
V.	La Ley.....	91
1.	Derecho aplicable.....	91
1.1.	Principios generales	91
1.2.	Relevancia de las normas de derechos humanos	92
2.	La expropiación de la inversión	94
2.1.	Las posiciones de las partes	94
2.2.	Una cuestión previa: el valor jurídico de la Segunda Carta de Entendimiento.....	98
2.3.	La regulación de la expropiación en el APRI	102
2.4.	Subsunción de los hechos en el concepto de expropiación.....	105
2.5.	Las defensas articuladas por la República Argentina	109
3.	Las pretensiones de la Demandante por violación del TJE y PPS.....	125
3.1.	Las posiciones de las partes	125
3.2.	Una cuestión previa: el valor jurídico de la Segunda Carta de Entendimiento.....	128
3.3.	La regulación del TJE y de la PPS en el APRI	129
3.4.	Violación del estándar de TJE	136
3.5.	Violación del estándar de PPS	138
VI.	Decisión.....	140

DEFINICIÓN DE TÉRMINOS

\$	Peso argentino.
Accuracy I	Informe del experto Eduard Saura “ <i>Evaluation du préjudice</i> ” del 5 de julio 2010.
Accuracy II	Informe del experto Eduard Saura “ <i>Rapport complémentaire</i> ” del 2 de febrero 2011.
Acta Acuerdo	Acta Acuerdo firmada el 15 de diciembre de 2004.
AdM	Aguas de Mendoza S.A.
APRI	Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones entre Argentina y Francia, 3 Julio de 1991.
Audiencia	Audiencia sobre el fondo celebrada en la ciudad de Washington, D.C. del 14 al 18 de noviembre de 2011.
Aysam	Agua y Saneamiento de Mendoza.
C.c.	Código Civil Argentino.
Centro	Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones.
CIADI	Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones.
CIJ	Corte Internacional de Justicia
Comisión Renegociadora	Comisión Renegociadora de los Contratos de Servicios Públicos.
Concesión	Contrato de concesión otorgado entre la Provincia y OSM de 9 de junio 1998 aprobado por decreto 1418/97 el 22 de septiembre 1998.
Concesionaria	Obras Sanitarias de Mendoza S.A.
Contestación	Memorial de Contestación de 19 de octubre de 2010.
Contrato de Concesión	Contrato de concesión otorgado entre la Provincia y OSM de 9 de junio 1998 aprobado por decreto 1418/97 el 22 de septiembre 1998.
Convención de Viena	Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 23 de mayo de 1969.
Convenio CIADI	Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados.
Contrato	Contrato de concesión otorgado entre la Provincia y OSM de 9 de junio 1998 aprobado por decreto 1418/97 el 22 de septiembre 1998.

Decisión sobre Jurisdicción	Decisión del Tribunal de arbitraje sobre excepciones a la jurisdicción, 27 de febrero de 2006.
Demanda	Memorial de Demanda de 5 de julio de 2010.
Demandada	República Argentina.
Demandante	SAUR International S.A., una compañía constituida bajo las leyes de Francia, con domicilio en <i>Challenger</i> , 1, <i>avenue Eugène Freyssinet</i> , 78280 <i>Guyancourt</i> , Francia.
Dúplica	Memoria de Dúplica de 2 de mayo de 2011.
EEUU	Estado Unidos de América
Empresa Concesionaria	Obras Sanitarias de Mendoza S.A.
ENOHSA	Ente Nacional de Obras Hídricas de Saneamiento.
Ley n° 6.044	Ley Provincial n° 6.044 de 19 de agosto de 1993.
m	Miles.
M	Millones.
Metas Cuantitativas	Conjunto de parámetros y metas cuantitativas del Contrato de Concesión.
OSM	Obras Sanitarias de Mendoza S.A.
Peso	Peso argentino.
POE	Plan de Operación y Expansión, Anexo III al Contrato.
PPS	Protección y plena seguridad.
Primera Carta de Entendimiento	Carta de Entendimiento de 5 de octubre de 2005 (Ratificada por el Decreto N° 3.016/05 y Aprobada por Ley N° 7.491).
Reglas de Arbitraje	Reglas Procesales Aplicables a los Procedimientos de Arbitraje del CIADI.
Reglas de Iniciación	Reglas Procesales Aplicables a la Iniciación de los Procedimientos de Conciliación y Arbitraje del CIADI.
Réplica	Memoria de Réplica de 2 de mayo de 2011.
República Argentina	República Argentina.
Saur	<i>Société d'Aménagement Urbain et Rural</i> , S.A.
Sauri	SAUR International S.A., una compañía constituida bajo las leyes de Francia, con domicilio en <i>Challenger</i> , 1, <i>avenue Eugène Freyssinet</i> , 78280

Guyancourt, Francia.

Segunda Carta de Entendimiento

Carta de Entendimiento de 17 de Mayo de 2007 (Ratificada por Decreto N° 3.246/07).

Solicitud de Arbitraje

Solicitud de arbitraje de fecha 13 de noviembre de 2003.

TJE

Tratamiento justo y equitativo.

TLCAN

Comisión de Libre Comercio del Tratado de Libre Comercio de América del Norte.

UNC

Universidad Nacional del Cuyo.

USD

Dólar de los Estados Unidos de América.

UTN

Universidad Tecnológica Nacional.

LISTA DE CASOS

Azinian	<i>Robert Azinian y otros c. Estados Unidos Mexicanos</i> , Caso CIADI No. ARB/97/2, Laudo del 1 de noviembre de 1999 (Doc. AL RA 88).
Azurix	<i>Azurix c. República Argentina</i> , Caso CIADI No. ARB/01/12, Laudo del 14 de julio de 2006 (Doc. ALS 42).
Capital Bank	<i>Capital Bank ad c. Bulgaria</i> , Sentencia T.E.D.H. de 24 de noviembre de 2005.
Chorzów	<i>Factory at Chorzów</i> (Alemania c. Polonia), Sentencia sobre jurisdicción de 26 de Julio 1927, 1927 PCIJ, (Ser. A), No. 9 (July 26) (Doc. AL RA 26)
CME	<i>Central European Media Enterprises (CME) c. República Checa</i> , Arbitraje CNUDMI, Laudo Parcial del 13 de septiembre de 2001 (Doc. ALS 30).
CMS	<i>CMS Gas Transmission Company c. República Argentina</i> , Caso CIADI No. ARB/01/8, Laudo del 12 de mayo de 2005 (Doc. AL RA 23)
CSOB	<i>Ceskoslovenska Obchodni Banka AS c. República Eslovaca</i> , Caso CIADI No. ARB/97/4, Laudo del 29 diciembre 2004, para. 170 (Doc. ALS 90).
EDF	<i>EDF (Services) Limited c. Rumanía</i> , Caso CIADI No. ARB/05/13, Laudo del 8 de octubre de 2009 (Doc. AL RA 95).
Enron	<i>Enron Corp. y Ponderosa Assets L.P. c. República Argentina</i> , Caso CIADI No. ARB/01/3, Laudo del 22 de mayo de 2007 (Doc. AL RA 21).
Fisheries	<i>Fisheries Jurisdiction Case</i> (España c. Canadá), CIJ Decisión sobre Jurisdicción del 4 de diciembre de 1998, ICJ Reports (1998).
Fraport	<i>Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide c. Filipinas</i> , Caso CIADI No. ARB/03/25, Laudo del 16 de agosto de 2007 (Doc. AL RA 28).
Gabčíkovo	<i>Gabčíkovo-Nagymaros Project</i> (Hungría c. Eslovaquia), CIJ Decisión del 25 de septiembre 1997 (Doc. AL RA 182).
Genin	<i>Alex Genin, Eastern Credit Limited, Inc. y A.S. Baltoil c. Estonia</i> , Caso CIADI No. ARB/99/2, Laudo del 25 de junio de 2001 (Doc. AL RA 69).
Glamis	<i>Glamis Gold, Ltd. c. Estados Unidos de América</i> , Caso CNUDMI/TLCAN, Laudo del 8 de junio de 2009 (Doc. AL RA 77).
Impregilo	<i>Impregilo S.p.A. c. República Argentina</i> , Caso CIADI No. ARB/07/17, Laudo del 21 de junio de 2011.
Inceysa	<i>Inceysa Vallisoletana SI c. El Salvador</i> , Caso CIADI No. ARB/03/26, Laudo del 2 de agosto de 2006 (Doc. AL RA 33).
Lauder	<i>Ronald S. Lauder c. la República Checa</i> , Arbitraje CNUDMI, Laudo Final del 3 de

septiembre de 2001(Doc. AL RA 150).

- Lemire** *Joseph C. Lemire c. Ucrania*, Caso CIADI No. ARB/98/1, Decisión sobre la competencia y el principio de responsabilidad del 14 de enero de 2010 (Doc. ALS 94).
- LG&E Energy** *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., LG&E International INC. c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/02/1, Decisión sobre Responsabilidad del 3 de octubre de 2006 (AL RA 163).
- Loewen** *Loewen Group. Inc and Raymond L. Lowen c. Estados Unidos de América*, Caso CIADI No. ARB/98/3, 26 de junio de 2003 (Doc. AL RA 45).
- Metalclad** *Metalclad Corporation c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB/97/01, Laudo de 30 agosto 2000 (Doc. AL RA 92).
- Middle East** *Middle East Cement Shipping and Handling Co. S.A c. Arab Republic of Egypt*, Caso CIADI No. ARB/99/6, Laudo de 12 de abril 2002 (Doc. ALS 85).
- Mondev** *Mondev International Ltd c. Estados Unidos de América*, Caso CIADI No. ARB/99/2, Laudo del 11 de octubre de 2002 (Doc. ASL 31).
- Neer** *L.F.H. and P.E. Neer (U.S.A) c. Estados Unidos Mexicanos*; Decisión de 7 de octubre de 1926; *U.N. Report of International Arbitral Awards, IV*, p. 60 .
- Parkerings** *Parkerings-Compagniet AS c. República Lituana*, Caso CIADI No. ARB/05/8, Laudo del 11 de septiembre de 2007 (Doc. AL RA 84).
- Phoenix Action** *Phoenix Action c. República Checa*, Caso CIADI No. ARB/06/5, Laudo del 15 de abril de 2009 (Doc. AL RA 29).
- Plama Consortium** *Plama Consortium Limited c. Bulgaria*, Caso CIADI No. ARB/03/24, Laudo del 8 de febrero de 2005 (Doc. AL RA 35).
- Roberts** *Harry Roberts c. Estados Unidos Mexicanos*; Decisión de 2 de noviembre 1926, *U.N. Report of International Arbitral Awards, IV*, p. 71.
- Rumeli** *Rumeli c. Kazakhstan*, Caso CIADI No. ARB/05/16, Laudo del 29 de julio de 2008 (Doc. ALS 52).
- Saba Fakes** *M. Saba Fakes c. República de Turquía*, Caso CIADI No. ARB/07/20, Laudo de 14 de julio de 2010 (Doc. ALS 95).
- Saluka** *Saluka c. República Checa*, CNUDMI, decisión parcial de 17 de marzo 2006 (Doc. ALS 41).
- Siemens** *Siemens A.G. c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/02/8, Laudo del 6 febrero de 2007 (Doc. ASL 46).
- Starret Housing** *Starret Housing Corporation c. República Islámica de Irán*, Iran-US C.T.R. No. 314-24-1, Laudo de 14 de agosto 1987.

- Suez** *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A e Interagua Servicios Integrales del Agua S.A. c. República Argentina, Caso CIADI No. ARB/03/17. Decisión sobre Responsabilidad del 30 de julio de 2010 (Doc. AL RA 214).*
- Suez Vivendi / AWG** *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. y Vivendi Universal, S.A. c. República Argentina, Caso CIADI No. ARB/03/19 y AWG Group c. República Argentina (CNUDMI), Decisión sobre la responsabilidad de 30 de julio 2010 (Doc. ALS 98).*
- Tecmed** *Técnicas Medioambientales Tecmed S.A. c. Estados Unidos Mexicanos, Caso CIADI No ARB/00/2, Laudo del 29 de mayo de 2003 (Doc. AL RA 149).*
- Tokios Tokelès** *Tokios Tokelès c. Ucrania, Caso CIADI No. ARB/02/18, Decisión de Jurisdicción del 29 de abril de 2005 (Doc. AL RA 34).*
- Total** *Total S.A. c. República Argentina, Caso CIADI No. ARB/04/01, Decisión sobre Responsabilidad del 27 de diciembre de 2010 (Doc. AL RA 222).*
- Vivendi II** *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal c. República Argentina, Caso CIADI No. ARB/97/3, Laudo de 20 de agosto 2007 (Doc. AL RA 158).*
- Waste Management** *Waste Management Inc. c. Estados Unidos Mexicanos, Caso CIADI No. ARB/00/3, Laudo del 30 de abril de 2004 (Doc. AL RA 43).*

I. ANTECEDENTES PROCESALES

1. El 17 de noviembre de 2003, el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones [el “Centro” o el “CIADI”] recibió una Solicitud de Arbitraje [la “Solicitud de Arbitraje”] presentada por SAUR International S.A., una compañía constituida bajo las leyes de Francia, con domicilio en *Challenger, 1, avenue Eugène Freyssinet, 78280 Guyancourt, Francia* [“Sauri” o la “Demandante”], en contra de la República Argentina [la “Republica” o la “Demandada”].
2. El 19 de noviembre de 2003, el Centro acusó recibo de la Solicitud de Arbitraje y, de conformidad con la Regla 5 de las Reglas de Iniciación del CIADI, el mismo día transmitió una copia a la Demandada y a la Embajada de la República Argentina en la ciudad de Washington, D.C.
3. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 36(3) del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados [el “Convenio del CIADI”], el 27 de enero de 2004 el Secretario General del CIADI registró la Solicitud de Arbitraje y así se lo notificó a las partes. De conformidad con la Regla 7 de las Reglas Procesales Aplicables a la Iniciación de los Procedimientos de Conciliación y Arbitraje del CIADI [“Reglas de Iniciación”] el Secretario General invitó a las partes a que constituyeran un Tribunal de Arbitraje.
4. El 10 de mayo de 2004, la Demandante nombró como árbitro al Prof. Bernard Hanotiau, de nacionalidad belga. Por su parte, el 20 de mayo de 2004, la Demandada nombró como árbitro al Prof. Christian Tomuschat, de nacionalidad alemana.
5. Luego de consultar a las partes, y de conformidad con el artículo 38 del Convenio del CIADI y la Regla 4 de las Reglas Procesales Aplicables a los Procedimientos de Arbitraje del CIADI [las “Reglas de Arbitraje”], el Presidente del Consejo Administrativo del CIADI nombró al Prof. Juan Fernández-Armesto, de nacionalidad española, como tercer árbitro y Presidente del Tribunal.
6. Según lo dispuesto en la Regla 6(1) de las Reglas de Arbitraje, el 3 de septiembre de 2004, el Secretario General del Centro notificó a las partes que los tres árbitros habían aceptado su nombramiento y que por lo tanto el Tribunal se entendía constituido y el procedimiento iniciado en esa fecha. Asimismo, se les informó que la Sra. Claudia Frutos-Peterson, consejero jurídico del CIADI, desempeñaría las funciones de Secretaria del Tribunal de acuerdo con la Regla 25 del Reglamento Administrativo y Financiero del CIADI. El 19 de junio de 2009, la Sra. Frutos-Peterson fue reemplazada por el Sr. Gonzalo Flores, consejero jurídico superior del CIADI, como secretario del Tribunal. El 25 de febrero de 2010, el

Sr. Flores fue reemplazado por la Sra. Anneliese Fleckenstein, consejera jurídica del CIADI, quien hasta hoy se desempeña como Secretaria del Tribunal.

7. De conformidad con la Regla 13 de las Reglas de Arbitraje del CIADI, el Tribunal celebró su primera sesión en la ciudad de Washington, D.C. el 13 de noviembre de 2004. En representación de la Demandante asistió el Sr. Philippe Pinsolle, del estudio de abogados Shearman & Sterling, y en representación de la Demandada asistieron las Dras. Cintia Yaryura y Gisela Makowski y el Dr. Gabriel Bottini, de la Procuración del Tesoro de la Nación Argentina.
8. Durante la primera sesión del Tribunal, las partes confirmaron que el Tribunal estaba constituido de conformidad con el Convenio y las Reglas de Arbitraje y que no tenían objeción alguna respecto de los miembros del Tribunal. Asimismo se acordó que el procedimiento se llevaría a cabo de acuerdo con las Reglas de Arbitraje en vigor desde enero de 2003. Las partes también convinieron sobre diversas cuestiones de procedimiento, las cuales quedaron asentadas en un acta resumida firmada por el Presidente y la Secretaria del Tribunal.
9. De conformidad con lo acordado durante la primera sesión, el 13 de diciembre de 2004 la Demandante presentó pruebas adicionales, complementando su Solicitud de Arbitraje.
10. El 2 de marzo de 2005 la Demandada presentó un memorial sobre objeciones a la jurisdicción del Centro y a la competencia del Tribunal.
11. El 8 de marzo de 2005 el Tribunal declaró suspendido el procedimiento sobre el fondo del asunto de acuerdo con lo dispuesto por la Regla 41(3) de las Reglas de Arbitraje e invitó a la Demandante a presentar su memorial de contestación dentro de los 90 días contados desde la recepción de las objeciones presentadas por la Demandada.
12. El 6 de junio de 2005 la Demandante presentó su memorial de contestación sobre jurisdicción y competencia.
13. Después de consultar con las partes, el Tribunal determinó que no era necesaria la presentación de los escritos de réplica y dúplica, y decidió que la audiencia sobre jurisdicción se llevaría a cabo los días 10 y 11 de noviembre de 2005 en la sede del Centro en la ciudad de Washington, D.C.
14. En la audiencia sobre jurisdicción estuvieron presentes, en representación de la Demandante, los Sres. Emmanuel Gaillard, Philippe Pinsolle y Fernando Mantilla-Serrano del estudio de abogados Shearman & Sterling. La Demandada estuvo representada por los Sres. Ignacio Torderola, Ariel Martins, Martín Moncayo von Hase y Florencio Travieso de la Procuración del Tesoro de la Nación Argentina.
15. El 28 de febrero de 2006, el Tribunal emitió la Decisión del Tribunal de Arbitraje sobre Excepciones a la Jurisdicción [“Decisión sobre Jurisdicción”] rechazando las excepciones a la jurisdicción presentadas por la Demandada.

16. El 10 de marzo de 2006, el Tribunal emitió una resolución procesal reanudando el procedimiento sobre el fondo del asunto, de conformidad con lo dispuesto en las Reglas 19 y 41(4) de las Reglas de Arbitraje del CIADI, y estableciendo plazos para las presentaciones sobre el fondo.
17. Desde el 7 de abril de 2006 hasta el 4 de mayo de 2010 se suspendió el procedimiento de conformidad con el acuerdo de las partes.
18. Una vez reanudado el procedimiento el Tribunal Arbitral invitó a las partes, mediante comunicación de 2 de febrero de 2010, a acordar el procedimiento a seguir para las actuaciones subsiguientes en el presente arbitraje. En respuesta a la invitación del Tribunal, las partes acordaron modificar el punto relativo a las Cuestiones Procesales recogido en el Acta resumida de la primera sesión del Tribunal que tuvo lugar en Washington el 13 de noviembre de 2004. Los acuerdos alcanzados por las partes fueron remitidos al Tribunal mediante carta de 17 de febrero de 2010¹ y entre ellos se encontraba el calendario de actuaciones modificado.
19. El 5 de julio de 2010², de conformidad con el calendario de actuaciones acordado por las partes, la Demandante presentó su memorial sobre el fondo [la “Demanda”].
20. El 19 de octubre de 2010, la Demandada presentó su memorial de contestación sobre el fondo [la “Contestación”].
21. El 2 de febrero de 2011, la Demandante presentó su réplica y el 12 de mayo de 2011 [“Réplica”], la Demandada presentó su dúplica [la “Dúplica”].
22. El Tribunal celebró la audiencia sobre el fondo en la ciudad de Washington, D.C., del 14 al 18 de noviembre de 2011 [la “Audiencia”]. En representación de la Demandante asistieron el Sr. Philippe Pinsolle, el Sr. Fernando Mantilla-Serrano, la Sra. Coralie Darrigade, la Sra. Ximena Herrera y el Sr. Thomas Parigot del estudio de abogados Shearman & Sterling; los Sres. Michel Fourné y José Manuel Calderero y las Sras. Michele Granjon-Legendre y Sophie Baynac-Maury de SAUR International. En representación de la Demandada asistieron la Dra. Angelina María Esther Abbona, Procuradora del Tesoro de la Nación; el Dr. Gabriel Bottini, Director Nacional de Asuntos y Controversias Internacionales; los Sres. Carlos Mihanovich, Ignacio Torterola, Horacio Seillant, Javier Pargament, Diego Gosis, Nicolás Grosse, Nicolás Duhalde, Julian Negro; las Sras. Romina Mercado, Veronica Lavista, Mariana Lozza y Magdalena Gasparini, todos de la Procuración del Tesoro de la Nación Argentina; y los Sres. Abel Albarracín, Giancarlo Spinetta, Aldo Rodríguez Salas y Javier Montoro de la Provincia de Mendoza.
23. Durante la Audiencia las Partes y el Tribunal decidieron que no sería necesario presentar alegatos escritos post-Audiencia³. De conformidad con los acuerdos alcanzados en la

¹ Véase Anexo A a la comunicación de la Demandante de fecha 17 de febrero de 2010.

² Véase apartado 13 “Actuaciones escritas: número, secuencia y plazos” del Anexo A a la comunicación de la Demandante de fecha 17 de febrero de 2010, por el que se modificó el Acta resumida de la primera sesión.

³ Transcripciones, Audiencia día 5, pp. 1401-1403.

Audiencia, tras su finalización, las Partes aportaron las presentaciones en power point que habían empleado.

24. El 6 de enero de 2012 las partes presentaron sus escritos detallando las costas incurridas en el presente arbitraje.

II. HECHOS

1. INTRODUCCIÓN

25. La Demandante en este arbitraje es Sauri, una sociedad anónima francesa, filial al 100% de la *Société d'Aménagement Urbain et Rural*, S.A. ["Saur"], sociedad matriz de un grupo empresarial dedicado al negocio de la producción, el tratamiento, la distribución y el saneamiento del agua. Sauri fue creado en 1994, para agrupar todas las actividades internacionales de Saur⁴.
26. La Demandante constituyó una sociedad argentina, controlada al 100%, denominada Aguas de Mendoza S.A ["AdM"], que a su vez adquirió 32,08% de otra sociedad argentina denominada Obras Sanitarias de Mendoza S.A. ["OSM", la "Empresa Concesionaria" o la "Concesionaria/o"], una sociedad de titularidad pública, controlada por la Provincia de Mendoza, titular de la concesión administrativa para el servicio público de producción y distribución de agua potable y de saneamientos cloacales en dicha Provincia.
27. La adquisición de las acciones de OSM tuvo lugar en el seno de un proceso de licitación internacional para la adquisición de OSM, en el que un consorcio integrado por *Società Italiana Per Il Gas Per Azioni, Enron Capital & Trade Resources* Argentina S.A., Inversoras de Mendoza S.A. y la propia Sauri resultaron adjudicatarios.
28. La Demandada es la República Argentina.

1.1. Posición de la Demandante

29. En esencia, la Demandante alega que en el año 1998 invirtió 72,4 millones ["M"] de dólares americanos ["USD"] para adquirir una participación accionarial en OSM, titular de una concesión administrativa en la Provincia de Mendoza, convirtiéndose simultáneamente en el operador técnico de la concesión, con aportación de su experiencia y su *know how*. Las autoridades argentinas, ya desde el inicio, incumplieron las obligaciones asumidas en la Ley y en el contrato de concesión otorgado entre la Provincia y OSM el 9 de junio de 1998 [el "Contrato de Concesión", el "Contrato" o la "Concesión"], y a partir de la crisis de 2002 rechazaron todo aumento de tarifas, aumento al que OSM tenía derecho. Después de haber desangrado financieramente a OSM durante 11 años, el 3 de agosto de 2009 las autoridades provinciales intervinieron la Empresa Concesionaria, y en septiembre de 2010 rescindieron el Contrato de Concesión. En opinión de Sauri, el comportamiento de las Autoridades argentinas constituye un ilícito internacional sancionado por el Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones entre Argentina y Francia firmado el 3 de julio de 1991 [el "APRI"] y, más concretamente, una expropiación⁵ y una violación de los principios

⁴ Demanda, paras. 8-9.

⁵ Art. 5.2 APRI.

de tratamiento justo y equitativo [“TJE”]⁶ y de protección y plena seguridad [“PPS”]⁷, garantizados en dicho Tratado.

30. Sauri solicita que el Tribunal declare que la Demandada ha expropiado su inversión, violando los principios de TJE y PPS, y que la condene a indemnizar a Sauri en un importe de 143,9 M USD⁸.

1.2. Posición de la Demandada

31. La República Argentina, a su vez, pide que el Tribunal declare que carece de competencia y el CIADI de jurisdicción respecto a la Demanda. Fundamenta esta petición afirmando que OSM no ha respetado la legislación vigente en la República Argentina, al haber cometido múltiples conductas defraudatorias, que son actualmente objeto de investigación en vía penal ante la justicia de la Provincia de Mendoza⁹. Además según la Demandada todos los reclamos presentados en este arbitraje por la Demandante son inadmisibles, ya que fueron resueltos en la Carta de Entendimiento de 17 de Mayo de 2007 (Ratificada por Decreto N° 3.246/07) [la “Segunda Carta de Entendimiento”]¹⁰, con excepción de los alegados incumplimientos de esta última y de la intervención y rescisión de la Concesión, ambas cuestiones contractuales, y por lo tanto ajenas a la jurisdicción de este Tribunal¹¹.
32. En cuanto al fondo de la controversia, la Demandada pide que el Tribunal rechace todos los reclamos, pues OSM incurrió en un severo incumplimiento de sus obligaciones desde el inicio mismo de la inversión. A pesar de ello, la Provincia hizo esfuerzos ingentes para mantener la Concesión a lo largo de la crisis más importante de la historia argentina. Fruto de esos esfuerzos, se lograron firmar dos Cartas de Entendimiento entre la Provincia y la Concesionaria, la primera en 2005 y la segunda en 2007, en las que se compensaron deudas recíprocas y se readecuó el Contrato al nuevo marco de la economía argentina. Posteriormente, la Provincia se vio obligada a intervenir a la Concesionaria por los riesgos de colapso en el servicio público. Un año más tarde, tras haber realizado una auditoría independiente, la Provincia tuvo que rescindir el Contrato de Concesión y hacerse cargo del servicio, para evitar una grave afectación al interés público, la salud de la población y el derecho humano al agua.
33. Concluye la Demandada que no se le puede atribuir responsabilidad por riesgos empresariales que incumbían a Sauri y por la mala gestión de OSM. Las medidas adoptadas por la Demandada y la Provincia no fueron contrarias al APRI ni al Derecho internacional.

⁶ Art. 3 APRI.

⁷ Art. 5.1 APRI.

⁸ Memoria de 12 de mayo 2011 [“Dúplica”] para. 386.

⁹ Memoria de Contestación de 19 de octubre de 2010 [“Contestación”], para. 49.

¹⁰ Doc. ARA 6.

¹¹ Contestación, para. 44.

2. LA PRIVATIZACIÓN DEL AGUA EN LA PROVINCIA DE MENDOZA

34. Desde comienzos de la década de los años 90, Argentina inició un proceso de privatización de servicios públicos de agua y de energía y de captación de inversiones extranjeras. Las Leyes Federales n° 23.696 de 17 de agosto de 1989, que reformó el Estado y abrió la vía a las privatizaciones, y n° 23.928 de 27 de marzo de 1991, que fijó la paridad entre el Dólar y el Peso argentino [el “Peso” o [\$]], y la firma de más de 40 AAPRI son jalones en este proceso¹².
35. En el marco de esta tendencia liberalizadora y privatizadora, la Provincia de Mendoza decidió modernizar su legislación en materia de agua y de desagües cloacales. Para ello promulgó la Ley Provincial n° 6.044 de 19 de agosto de 1993 [“Ley n° 6.044”], cuyo objetivo era separar las funciones de regulación y control¹³, que se confiaron a una autoridad administrativa de nueva creación, el Ente Provincial del Agua y de Saneamiento [“EPAS”]¹⁴, y la de explotación del servicio, otorgada a una empresa en régimen de concesión administrativa¹⁵. La Ley n° 6.044 se halla desarrollada por el Decreto 911/95 de 28 de junio¹⁶ - Ley y Decreto constituyen conjuntamente las normas-marco que regulan el servicio público de agua y de desagües cloacales en la Provincia de Mendoza¹⁷.
36. El capítulo II de la Ley n° 6.044 está dedicado a las tarifas que deben pagar los consumidores por los servicios, encomendando al EPAS que elabore las pautas tarifarias, bajo el principio de que

“las tarifas deberán reflejar los costos de operación, mantenimiento y amortización de los servicios y una retribución razonable para el operador, en el contexto de una administración eficiente”¹⁸.

Con sujeción a este principio legal, correspondía al EPAS proponer y al Ministerio de Medio Ambiente de la Provincia aprobar las correspondientes tarifas¹⁹, que tendrían una vigencia de cinco años²⁰.

¹² Demanda, paras 16-20.

¹³ Art. 2 Ley n° 6.044.

¹⁴ Art. 3 Ley n° 6.044.

¹⁵ Art. 36 Ley n° 6.044.

¹⁶ Doc. ARA 79; sustituyó al D. 2.223/94.

¹⁷ Contestación, para. 188.

¹⁸ Art. 23, 2. Ley n° 6.044; la normativa legal se halla desarrollada en el Cap. VII del Decreto Provincial 911/1995 de 28 de junio.

¹⁹ Art. 24 Ley n° 6.066.

²⁰ Art. 25 Ley n° 6.066.

3. EL CONTRATO DE CONCESIÓN

37. Una vez promulgado el marco legal, la Provincia concedió a OSM – la empresa pública que había venido ejerciendo estos cometidos - el servicio público del agua, mediante un contrato de concesión, del que se otorgaron dos versiones²¹. La primera fue suscrita el 15 de enero de 1996, mientras que la segunda, que es la que es relevante, se otorgó el 9 de junio de 1998, y comenzó a surtir efectos el 12 de junio de ese año, fecha en la que el consorcio integrado por Sauri se hizo con la propiedad de OSM²².

3.1. Características

38. Las principales características del Contrato de Concesión eran las siguientes:

- Objeto: el objeto de la concesión era la captación, tratamiento y distribución de agua potable y cruda, y el tratamiento y disposición de desagües cloacales en la Provincia de Mendoza²³.
- Con un plazo de 95 años²⁴, a partir del 1 de enero de 1996²⁵.
- Canon: como contraprestación, OSM debería pagar un canon a la Provincia, calculado sobre sus ingresos operativos, del 3,85% en el primer quinquenio, comenzando el 1 de enero de 1996, y del 10% a partir de ese momento²⁶.
- POE: la concesión estaba basada en un Plan de Operación y Expansión [“POE”], que se anexó al Contrato, y que estaba constituido por tres partes: la primera una simple descripción de los principios generales a los que debería atenerse el Concesionario, la segunda un conjunto de parámetros y metas cuantitativas [“Metas Cuantitativas”] que el Concesionario debería alcanzar, y el tercero un plan de inversiones “a través del cual se busca cumplir en tiempo y forma con las Metas Cuantitativas; este plan de inversiones , a pesar de estar cuantificado en el Anexo III del Contrato en 337 M \$, tenía carácter de “referencial”:

“su cuantificación, programación y valoración en el periodo de concesión tienen un carácter referencial”²⁷.

²¹ Contestación, para. 211.

²² Doc. S 7; el Contrato de Concesión fue ratificado por Decreto 1418/97 de fecha 22 de septiembre de 1998 (sic).

²³ Art. 1.4.

²⁴ Art. 1.6, dividido en un primer periodo de 25 años, y siete periodos de 10 años cada uno (cfr. art. 2.2).

²⁵ Art. 14.1.1.; el Contrato tiene pues efectos retroactivos.

²⁶ Art. 1.7.

²⁷ Art. 1.2, Definición de POE.

- Obligación de invertir: El Concesionario asumió la obligación “como condición para el mantenimiento de la Concesión, el Concesionario se obliga a llevar a cabo todas las inversiones necesarias para alcanzar las metas y objetivos del POE”²⁸; el mismo principio se repite en el artículo 2.6.1. en el que se remacha que

“El cumplimiento del POE incluye particularmente el cumplimiento del conjunto de parámetros de eficiencia y las Metas Cuantitativas identificadas por sus respectivos indicadores para la Operación y Desarrollo del Servicio establecidas en su parte II, así como la ejecución de las metas físicas y obras de infraestructura necesarias para el fin anterior, tomando como referencia lo establecido en su parte III.”

- Operador Técnico: El Contrato también preveía la figura del Operador Técnico, que sería una empresa con conocimiento, experiencia y tecnología en la gestión de este tipo de servicios²⁹, titular de las Acciones clase C) de OSM; este fue el rol que Sauri asumió, a través de su filial argentina AdM; el Operador Técnico estaba obligado a proporcionar al Concesionario toda la información y todos los conocimientos teórico-prácticos de los que en base a su experiencia pudiera disponer.
- Personal Especialista: Entre las obligaciones del Operador Técnico se hallaba la de “afectar a la empresa [OSM] el Personal Especialista... necesario para cumplir las tareas de gerenciamiento y/u operativas”; el Personal Especialista sería propuesto por el Operador Técnico, que debería informar periódicamente al EPAS “sobre el plantel de Personal Especialista que aporte para desarrollar las tareas de operación”.
- Régimen tarifario: el Contrato hacía referencia expresa a la aplicabilidad de la Ley n° 6.044³⁰. La tarifa tendrá una vigencia quinquenal, a partir del 1 de enero de 1996.
- Modificación de la tarifa: el Contrato incluía un detallado sistema para modificar la tarifa inicialmente prevista. La facultad correspondía a la Provincia, previo dictamen del EPAS, y debía atenerse al mandato del art. 23 Ley n° 6.044 :

“Las tarifas deberán reflejar los costos de operación, mantenimiento y amortización de los servicios y una retribución razonable para el operador, en el contexto de una administración eficiente”³¹.

- Causas de modificaciones: El Contrato regulaba específicamente la posibilidad de que la tarifa se revisase por modificación del POE³², por modificación de costos, cuando éstos se incrementase o se redujesen en más de un 4%³³, o por causas extraordinarias³⁴. Dentro de

²⁸ Art. 1.7.

²⁹ Art. 2.6.2.

³⁰ Art. 11.1; Cfr. 35 *supra*.

³¹ Art. 11.4.1.5.

³² Art. 11.4.3.

³³ Art. 11.4.4.

³⁴ Art. 11.4.5.

esta última categoría se incluía la imposición de tributos, el abandono de la paridad entre Dólar y Peso, la promulgación de nuevas normas de medio ambiente, de calidad de las aguas o de exigencias en el saneamiento. Finalmente, el Contrato establecía plazo brevísimos (entre 10 y 30 días) para resolver las peticiones de modificación tarifaria³⁵.

- **Régimen sancionador:** el Contrato creó un régimen sancionador, que facultaba al EPAS a imponer sanciones de apercibimiento, multa e incluso de intervención cautelar³⁶. La sanción de apercibimiento se puede imponer por cualquier infracción para la que no se prevea una sanción más grave³⁷. Las multas varían desde 5 m \$ hasta 500 m \$, y se decretan, en el caso de que OSM incurra en cualquiera de las conductas irregulares tipificadas en el Contrato.
 - **Rescisión:** Finalmente, el Contrato de Concesión también regulaba su rescisión unilateral por decisión de la Provincia como sanción en caso de actuaciones irregulares del Concesionario³⁸. Entre los 11 supuestos tipificados, destacan el incumplimiento grave de disposiciones legales o contractuales y los “atrasos reiterados e injustificados en el cumplimiento de las inversiones anuales o metas convenidas en el POE”³⁹.
39. Los dos aspectos del Contrato de Concesión que, a efectos de la presente *litis* presentan mayor relevancia, son las inversiones comprometidas por el Concesionario (*infra* 3.2), y el régimen tarifario previsto (*infra* 3.3).

3.2. Obligación de invertir

40. El Contrato de Concesión expresamente obligaba al Concesionario a alcanzar, los parámetros de eficiencia y las Metas Cuantitativas establecidas en la parte II del POE. Es decir, al asumir la Concesión, el Concesionario se comprometió frente a la Provincia a que el servicio público de suministro de aguas y de saneamiento cloacal, alcanzaría en ciertos años determinadas Metas Cuantitativas fijadas en el propio Contrato.
41. Para poner un ejemplo, el POE exigía que en el año 2015
- La presión mínima en llave maestra ascendiera a 10 m.c.a.;
 - Que el número de muestras con bacterias coliformes fuera inferior al 0,5%;
 - Que el número de accidentes de trabajo por 100 empleados fuera inferior a 1,0;
 - Que el el tratamiento secundario de efluentes, que en 1997 era del 40%, llegara al 100%;
 - Y así hasta 39 parámetros cuantitativos adicionales.

³⁵ Art. 11.4.6.

³⁶ Art. 12.2.

³⁷ Art. 12.2.4.1.

³⁸ Art. 13.3.

³⁹ Art. 13.3.2.

42. Las Metas Cuantitativas constituyen verdaderas obligaciones del Concesionario: está comprometido a alcanzarlas en los plazos señalados en el POE. No solo eso: los atrasos en el cumplimiento de una Meta Cuantitativa incluso constituyen una infracción, sancionable por el EPAS con multa de entre 100.000 \$ y 1.0 M \$, existiendo además la posibilidad de que se impongan intereses sancionadores⁴⁰.
43. Para alcanzar estas Metas Cuantitativas, el Concesionario debía echar mano de la experiencia y de los conocimientos técnicos del Operador Técnico, y además debía realizar las inversiones precisas. El POE contiene en su Anexo III un listado preciso y evaluado de las inversiones previstas para el periodo 1996-2020. Estas inversiones están individualizadas por ciudades, proyectos y años y en total suman 336 M \$.

El valor jurídico del Anexo III

44. ¿Cuál es la trascendencia jurídica de este listado? ¿Estaba OMS obligada a realizar exactamente las obras previstas, por los importes señalados?
45. La contestación en principio es negativa: lo que es obligatorio es la consecución de las Metas Cuantitativas, no la realización exacta de las inversiones previstas. Esta conclusión se fundamenta en que el Contrato en dos ocasiones⁴¹ señala expresamente que el listado de inversiones del POE únicamente tiene un “valor referencial”: la obligación del Concesionario radica en alcanzar las Metas Cuantitativas, y su compromiso de inversión se circunscribe a “la ejecución de las metas físicas y obras de infraestructura necesarias para el fin anterior”⁴². Este compromiso del Contrato es congruente con el Pliego de Condiciones, aprobado por Decreto 1.418/97, que en su art. 1.2. “Definiciones”, describe el Plan de Inversiones como “referencial” y el POE como orientativo.
46. La anterior conclusión, sin embargo, se debe matizar. El que el volumen de inversiones previsto en el POE tenga valor referencial, no quiere decir que su incumplimiento carezca de toda trascendencia jurídica: de acuerdo con el art. 13.3.2. del Contrato, los atrasos reiterados e injustificados en el cumplimiento de las inversiones anuales o las Metas Cualitativas convenidas en el POE faculta a la Provincia a rescindirlo. Es decir: el Concesionario solo ha asumido una obligación de alcanzar las Metas Cuantitativas, no una obligación de realizar todas y cada una de las inversiones descritas en el POE. Pero si el Concesionario incurre en atrasos en la realización de las inversiones anuales y además esos atrasos son reiterados e injustificados, la Provincia puede llegar a imponer al Concesionario la más grave de las sanciones: la rescisión del Contrato de Concesión.

⁴⁰ Art. 12.2.4.2.6.

⁴¹ En la definición de POE en el art. 1.2. y en el art. 2.6.1.

⁴² Art. 2.6.1.

3.3. Sistema tarifario

47. El sistema tarifario diseñado por el Contrato de Concesión es especial y lo diferencia de otras concesiones de suministro de agua otorgadas por entes públicos argentinos⁴³:
- En primer lugar, la tarifa está fijada en Pesos, no en Dólares, sin que tampoco se prevea ningún tipo de indexación con la divisa de los EE.UU.; lo único que prevé el Contrato de Concesión es que el abandono de la paridad Peso - Dólar daría derecho al Concesionario a una revisión extraordinaria de la tarifa, por un importe equivalente a los costos adicionales que la modificación del régimen cambiario le hubiera irrogado⁴⁴.
 - En segundo lugar, la modificación de la tarifa por incremento de los costos no estaba ligada a índices de los EE.UU., sino que el Contrato expresamente preveía que se aplicarían índices publicados por el Instituto Nacional de Estadística y Censos argentino⁴⁵.

4. LICITACIÓN PÚBLICA

48. Como ya se ha dicho, en 1996 la Provincia otorgó a OSM, entonces aún una empresa de titularidad pública, el primer Contrato de Concesión. Aunque de la prueba practicada parece deducirse que OSM ejerció satisfactoriamente la tarea encomendada, y acometió una serie de inversiones para mejorar los servicios públicos concesionados, lo cierto es que a partir de 1997 la Provincia decidió privatizar la empresa. Las razones han sido explicadas por el testigo Ing. Vélez en su declaración⁴⁶: la Administración esperaba incorporar un Operador Técnico con experiencia, que introdujera nuevas tecnologías, mayores eficiencias, disminuyera los costos y mejorara la calidad del servicio.
49. Por estas razones, en septiembre de 1997⁴⁷ la Provincia de Mendoza lanzó una licitación pública nacional e internacional para la venta parcial de las Acciones de clase A) en OSM, propiedad de la Provincia, y para la suscripción e integración de las Acciones de clase C), que corresponderían al Operador Técnico. Para ello se aprobó un Pliego de Bases y Condiciones⁴⁸, que preveía que las Acciones clase A) que debían ser ofrecidas en la licitación representarían el 50% del capital social, las Acciones clase C) a ser suscritas por el Operador Técnico el 20%, mientras que el 20% del capital continuaría en manos de la Provincia (en forma de Acciones A) y un 10% adicional correspondería al personal de la empresa (en Acciones B).

⁴³ Dúplica, para. 340.

⁴⁴ Art. 11.4.5.1.

⁴⁵ Art. 11.4.4.2.

⁴⁶ Paras. 11-20.

⁴⁷ Previamente ya había existido una licitación para la búsqueda de un gerente, que fracasó (Contestación paras 194-201).

⁴⁸ Decreto 1418/97 de 22 de septiembre; Doc. S 34.

50. A la licitación pública se presentaron tres oferentes, entre ellos el consorcio constituido por Sauri, que asumía la función de Operador Técnico, conjuntamente con Enron Capital Trade & Resources Argentina S.A., Società Italiana per il Gas S.p.A y dos socios argentinos. La oferta de este consorcio, agrupado a través de la sociedad Inversora del Aconcagua S.A [“IDA”], se plasmó en un *Business Plan*, que preveía que OSM realizaría una inversión de 339 M \$ en los primeros 25 años (la misma exigida por el POE), y que extrapolaba un “margen de beneficio extremadamente satisfactorio” para OSM⁴⁹. En consecuencia, el consorcio estuvo dispuesto a presentar una oferta muy significativa: 132 M \$ por el 50% del capital representado por Acciones A), más 18 M \$ por las Acciones clase C), acciones estas últimas que debían ser suscritas y desembolsadas por el Operador Técnico. La oferta fue muy superior a la de los otros concursantes, y en consecuencia en mayo de 1998 la Provincia le adjudicó la licitación⁵⁰.

5. LA INVERSIÓN DE SAURI

51. Es importante resaltar la forma en la que la Provincia estructuró la licitación: el consorcio pagó en total 150 M \$, de los cuales 132 M \$ correspondieron a la Provincia, y únicamente 18 M \$ fluyeron a las arcas de la propia OSM. La licitación estaba pues diseñada de una forma muy favorable a la Provincia: el dinero que el consorcio pagaba iba en su inmensa proporción a sus manos, no a mejorar las instalaciones de la Concesionaria: el 85% de ese valor fue a manos del vendedor, la Provincia, y solo el 15% a la propia sociedad vendida.
52. Dado que el POE exigía nuevas inversiones a cargo de OSM en una cifra de más de 300 M \$ y que el concurso de adjudicación no preveía que el adjudicatario aportara fondos a OSM más allá de los 18 M \$ inicialmente previstos, se impone la conclusión que la licitación estaba basada en una presunción: el Contrato de Concesión sería capaz de generar, gracias a la tarifa pagada por los consumidores de Mendoza, un margen de beneficio tal, que permitiría al Concesionario recuperar los 132 M \$ pagados a la Provincia y financiar el programa de inversión de más de 300 M \$ exigido por el POE.

Acciones adquiridas

53. Las Acciones de la clase A) que representan el 50% del capital de OSM fueron adquiridos por IDA, sociedad en la que Sauri tiene una participación (indirecta) del 24,16%⁵¹. Sauri por lo tanto es propietaria indirecta del 12,08% del capital de OSM, en forma de Acciones clase A). Además, al ser el Operador Técnico de la Concesión, Sauri también es propietario de un 20% adicional de dicho capital, representado por Acciones clase C).
54. ¿Cuál fue el importe desembolsado por Sauri para hacerse con la propiedad de su participación de capital en OSM? La Demandante ha aportado prueba del pago de un total de

⁴⁹ El *Business Plan*, que no fue presentado en la licitación, ha sido aportado a los autos; véase Doc. S 192, última página.

⁵⁰ Decreto 772/98 de 20 de mayo, Doc. S 35.

⁵¹ Véase cuadro de participaciones en Doc. S 8.

72.400.000 USD por su participación en OSM, que realizó mediante tres transferencias con el concepto “*Investissement*”, de fecha valor 9 de junio de 1998 en beneficio de las sociedades Aguas del Aconcagua, Aguas de Mendoza e Inversoras de Mendoza⁵².

6. CONTRATO DE ASISTENCIA TÉCNICA

55. Tras realizar la inversión, Sauri y OSM firmaron un “Contrato de Asistencia Técnica”, fechado el 22 de julio de 1998, por el que la empresa francesa se convirtió en el Operador Técnico de la Concesionaria⁵³. El Contrato de Asistencia Técnica
- Tenía una duración inicial de cinco años, renovable automáticamente por sucesivos periodos de igual duración⁵⁴;
 - Preveía que Sauri pondría a disposición de OSM el Personal Especialista previsto en el Contrato de Concesión, debiendo OSM hacerse cargo de la remuneración y otros cargos que se devengaran⁵⁵;
 - Establecía una remuneración a favor de Sauri equivalente al 3% de la facturación de OSM⁵⁶, que debería ser pagada libre de impuestos en USD⁵⁷.

7. PRIMERA ETAPA DE CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO DE CONCESIÓN

56. La primera etapa en la vida del Contrato de Concesión arranca con la toma de posesión por el consorcio ganador de la licitación pública, en junio de 1998, y lleva hasta la crisis financiera argentina, que comienza a finales de 2001 y estalla a principios de 2002. Durante este periodo, OSM es una empresa que vive una vida razonablemente estable, logrando obtener modestos beneficios en los ejercicios 1999, 2000 y 2001. Aunque la tarifa había sido fijada por un periodo de cinco años, plazo que vencía el 12 de junio de 2003⁵⁸, OSM presentó al menos tres solicitudes de revisión, una por modificación de costos⁵⁹ y otras dos de carácter extraordinario, por la creación de nuevos impuestos. El EPAS rechazó dos de las tres

⁵² Doc. S 273.

⁵³ Doc. S 9.

⁵⁴ Art. 6.

⁵⁵ Art. 2.2.

⁵⁶ Art. 4.

⁵⁷ Art. 5.3.

⁵⁸ El Contrato establecía que el primer quinquenio debería vencer el 1 de enero de 2001, pero el EPAS, por resolución 72/98 estableció la fecha de compra como fecha de inicio del primer periodo quinquenal.

⁵⁹ Doc. S 91.

solicitudes⁶⁰, y autorizó en Noviembre de 2001 un aumento del 1,39%, por la imposición de un nuevo tributo.

57. A pesar de ello, durante esta etapa ya surgieron algunos puntos de fricción entre OSM y su supervisor, el EPAS, que se tradujeron en la imposición de una serie de sanciones. Además, se produjeron tensiones entre OSM, la Provincia y el EPAS relacionadas principalmente con cuatro cuestiones específicas:

7.1. Catastro de clientes

58. La primera desavenencia afectó al catastro de clientes de OSM. De acuerdo con el Contrato de Concesión, los consumidores deben pagar la tarifa en base a la superficie de los inmuebles que ocupan, y por lo tanto la tenencia de un catastro actualizado es un requisito para poder facturar correctamente toda el agua consumida.

59. Es un hecho no discutido que en el momento de la privatización el catastro de clientes estaba obsoleto, y que el Contrato de Concesión preveía que el Concesionario

“deberá mantener los archivos catastrales actualizados, a cuyo fin podrá realizar las inspecciones periódicas en los inmuebles, así como solicitar toda otra información pertinente”⁶¹.

60. A pesar del tenor contractual, lo cierto es que cuando OSM pretendió actualizar el catastro, lo que se preveía supondría un incremento de aproximadamente un 15% en la facturación, se encontró con la oposición del EPAS, que ordenó suspender el proceso e incluso llegó a imponer multas a la Concesionaria. Finalmente, el 21 de diciembre de 2000, con la mediación y participación del Ministro de Ambiente y Obras Públicas de la Provincia, se alcanzó un acuerdo, que parecía poner fin a la controversia entre EPAS y OSM⁶². Sin embargo, el acuerdo necesitaba, para su entrada en vigor, de la ratificación por el Gobernador, ratificación que nunca fue otorgada. Así las cosas, tuvieron que transcurrir seis años hasta que en el 2006 finalmente se logró un acuerdo, fechado el 11 de agosto de ese año, alcanzado otra vez con la mediación y participación de la Provincia⁶³, en el que se definió de mutuo acuerdo el sistema para la actualización del catastro, y que efectivamente llegó a entrar en vigor.

7.2. Inmuebles no conectados a la red

61. El segundo punto de fricción afectaba a los inmuebles, situados en áreas con servicio de agua potable y de desagües cloacales, pero no conectados a la red de cloacas. Según el Contrato, estos inmuebles deberían abonar la tarifa, aun cuando no estuvieran conectados a los servicios⁶⁴. Sin embargo, el EPAS impuso a OSM la obligación de no facturar en estos casos

⁶⁰ Ver Doc. S 79.

⁶¹ Art. 19.1. del Anexo II.

⁶² Doc. S 64.

⁶³ S 373.

⁶⁴ Art. 5 Anexo II.

más que el 38% de la tarifa⁶⁵, privando a la Concesionaria de los fondos a cuyo cobro estaba en principio legitimada.

7.3. Nivel de inversión

62. El tercer punto de fricción se refiere al nivel de inversión exigida. A partir de una resolución de 26 de abril de 2000⁶⁶, el EPAS interpretó el Contrato de Concesión en el sentido de que el Plan de Inversiones contenido en el Anexo III del POE tenía carácter obligatorio. Frente a esta interpretación, OSM defendía que dicho Plan era referencial, y que lo único relevante era la consecución de las Metas Cuantitativas, teniendo el Concesionario plena libertad para realizar las inversiones que entendiera más apropiadas para alcanzar estos resultados.
63. Esta discrepancia llevó a que el EPAS no aprobara el Avance del POE para 1999 presentado por la Concesionaria, ni el Plan de Inversión a realizar en el año 2000⁶⁷. Contra esta decisión, OSM interpuso recurso de revocatoria, que fue rechazado por el EPAS, que incluso elevó el expediente a la Fiscalía del Estado⁶⁸. El EPAS volvió a no aprobar el Avance del POE para el año 2000 sometido por la Concesionaria, ni el Plan de Inversiones para el año 2001⁶⁹.
64. El EPAS llegó a exigir a la Concesionaria la realización de determinadas inversiones específicas (p.e. Resolución 178/00 exigiendo se ejecutara el sistema cloacal en la Villa 25 de Mayo de San Rafael⁷⁰).

7.4. Jubilados y carenciados

65. El art. 26 de la Ley n° 6.044 preveía que la Provincia podría otorgar subsidios para pagar la tarifa del agua a jubilados y carenciados, estableciendo la norma que:

“la compensación a los operadores deberá comprender exactamente el monto subsidiado al usuario y deberá pagarse en el plazo de sesenta (60) días. El vencimiento de este plazo sin que se pague el subsidio importará la caducidad del subsidio”.

La Ley n° 6.044 exigía el desarrollo reglamentario de la regulación contenida en el art. 26. Dicho Reglamento no fue aprobado hasta la promulgación del Decreto 2340/01 de 6 de diciembre de 2001⁷¹, es decir casi ocho años después de la aprobación de la Ley.

66. La Provincia nunca llegó a pagar estas subvenciones y acumuló una deuda de 15 M \$ entre 1995 y 1999. Se llegaron a firmar dos Protocolos de reconocimiento de la deuda, el 26 de

⁶⁵ Resolución 93/00 Doc. S 15 y Resolución 77/00 Doc. S 71.

⁶⁶ Doc. S 18.

⁶⁷ Res. 57/00 de 29 de agosto de 2000 Doc. S 16.

⁶⁸ Res. 94/00 de 18 de octubre de 2000 Doc. S 17.

⁶⁹ Res. 91/01 de 30 de mayo de 2001 Doc. S 20.

⁷⁰ Doc. S 350.

⁷¹ Doc. S 38.

noviembre de 1999 y el 21 de diciembre de 2000⁷². El Protocolo de 26 de noviembre de 1999 reconocía que la Provincia adeudaba a OSM más de 13 M \$ por subsidios a carenciados (por los ejercicios 1995-1999). El Protocolo de 21 de diciembre de 2000 elevó el importe hasta 16 M \$ (incluyendo el ejercicio 2000), más 1,4 M \$ de intereses, y estableció un calendario de pago. Además, se pactó que todas las multas impuestas por el EPAS se consideraron canceladas y sin efecto alguno.

67. A pesar de haber sido firmados ambos Protocolos por Ministros de Ambiente y Obras Públicas y el segundo incluso por el Ministro de Hacienda de la Provincia, nunca llegaron a entrar en vigor ni a cumplirse. La razón estriba en que ambos Protocolos precisaban de la ratificación por el Gobernador de la Provincia – según se hacía constar en su propio texto– y el Gobernador la negó. Los pagos reconocidos en los Protocolos, que con intereses se acercaban a 20 M \$, nunca se llegaron a realizar.
68. La aprobación a finales de 2001 del Reglamento que desarrolla el art. 26 de la Ley n° 6.044 tampoco desbloqueó los pagos, y en la realidad de los hechos la deuda incurrida por la Provincia por los subsidios a jubilados y carenciados no fue resuelta hasta que en 2007 se otorgó la Segunda Carta de Entendimiento⁷³.

8. LAS MEDIDAS DE URGENCIA ADOPTADAS POR ARGENTINA A PRINCIPIOS DE 2002

69. El 21 de noviembre de 2001 la Provincia, representada por sus Ministros de Ambiente y de Hacienda, el EPAS y OSM habían firmado el segundo Protocolo, acuerdo que – asumiendo su ratificación por el Gobernador - parecía poner fin a las desavenencias que habían ido surgiendo: la Provincia reconocía que adeudaba un importe significativo de casi 20 M \$ a la Concesionaria, por subsidios a carenciados, y se cancelaban los expedientes sancionadores ya iniciados por el supervisor. Sin embargo, el acuerdo no llegó a ejecutarse, y un mes después, hacia finales de 2001, la situación financiera de la República se hizo insostenible, se suspendió el pago de la deuda soberana, se declaró en *default* y explotó la crisis financiera⁷⁴. A consecuencia de ello el 6 de enero de 2002 el Estado argentino promulgó la Ley n° 25.261 de emergencia económica [la “Ley n° 25.261”], medida que fue secundada por la Provincia de Mendoza a través de las Leyes provinciales n°s. 6.975 y 6.976 de 15 de enero de 2002⁷⁵. La Ley n° 25.261 declaró la “emergencia pública en materia social, económica, administrativa, financiera y cambiaria”⁷⁶ y derogó el tipo de cambio fijo entre Peso y Dólar⁷⁷.
70. A los efectos que importan en esta *litis*, las medidas de urgencia produjeron un doble impacto: por un lado, el abandono de la paridad Peso/Dólar provocó que una parte del

⁷² Docs. S 63 y S 64.

⁷³ *Infra* para. 113.

⁷⁴ Contestación, para. 91.

⁷⁵ Contestación, para. 159.

⁷⁶ Art. 1.

⁷⁷ Art. 3 a 5.

endeudamiento de OSM quedara cifrado en Dólares (*infra* 9), y por otro lado la crisis también desembocó en una paralización de las renegociaciones de tarifas (*infra* 10). Es importante resaltar que el Contrato de Concesión preveía que las tarifas se debían fijar en Pesos, no en Dólares – de forma que la conversión *ope legis* de la tarifa de Dólares a Pesos, una causa de reclamación que está presente en muchos otros contratos de concesión, no resulta aplicable en el presente caso⁷⁸.

9. EFECTO SOBRE EL ENDEUDAMIENTO DE OSM

71. OSM había suscrito el 21 de abril de 1995, durante la época en que aún estaba controlada por la Provincia, un préstamo por importe de aproximadamente 20 M USD, cuyo prestamista era el Ente Nacional de Obras Hídricas de Saneamiento [“ENOHSA”], que a su vez había recibido los fondos de organismos internacionales, y cuya finalidad era la financiación de obras e infraestructuras.
72. Tras la ruptura de la paridad Dólar/Peso, y la pesificación de todas las deudas, se planteó la cuestión de cuál debía ser la divisa en la que OSM había de repagar el préstamo de ENOHSA. La Empresa Concesionaria defendía que la devolución debería hacerse al tipo de cambio de un Dólar/un Peso. Sin embargo, tras la oportuna reclamación de OSM, el 28 de agosto de 2002 ENOHSA adoptó una Resolución⁷⁹, en la que estableció que el préstamo continuaba cifrado en Dólares, y que el prestatario estaba obligado a entregar una cifra de Pesos tal, que permitiera la adquisición en el mercado de la cuantía de Dólares debida. Dada la rápida devaluación del Peso frente al Dólar, esta interpretación contractual suponía que OSM se veía obligada a satisfacer unas cantidades en Pesos significativamente superiores.
73. OSM dejó de pagar las cantidades debidas a ENOHSA, y la Provincia, que era garante de la operación, se tuvo que hacer cargo de estos pagos.⁸⁰ La disputa entre OSM y la Provincia fue resuelta en la Segunda Carta de Entendimiento, en la que se pactó que OSM repagaría la deuda a la Provincia en Pesos, durante un periodo de 14 años, a una tasa de interés del 6% anual⁸¹.

La política de endeudamiento de OSM

74. Con independencia de la anterior cuestión, la República Argentina ha acusado a OSM de haber adoptado una política de endeudamiento que tornó la concesión inviable una vez colapsada la convertibilidad⁸². Según alega la Demandada,

⁷⁸ Contestación, para. 86.

⁷⁹ Doc. S 80.

⁸⁰ Contestación, para. 278.

⁸¹ Cláusula 11.

⁸² Contestación, para. 273.

“durante los años de la concesión en que se mantuvo el régimen de convertibilidad, la compañía aumentó sus pasivos en un 50%, 21% más de lo proyectado por la propia Sauri al momento de realizar la oferta”⁸³.

75. Comprobados por el Tribunal los documentos a los que Argentina se refiere para sustentar sus alegaciones, la realidad es la siguiente:
- A finales de 1998, el endeudamiento bancario de OSM ascendía únicamente al préstamo de ENOHSA, más 2,9 M USD con empresas relacionadas⁸⁴;
 - En la previsión financiera hecha por la propia Sauri cuando se hizo cargo de OSM, se preveía que el endeudamiento de OSM se incrementaría en 10 M USD desde 1998 a 2001⁸⁵;
 - En realidad, el endeudamiento de OSM a finales de 2001 consistía en el mismo préstamo de ENOHSA, heredado de la anterior administración, una financiación de empresas relacionadas que no había variado, manteniéndose en 2,9 M USD, más una nueva financiación bancaria de 23,5 M USD⁸⁶.
76. Es decir: mientras las previsiones iniciales habían sido que en el trienio 1999-2001 el endeudamiento de OSM debería aumentar en 10 M USD, en la realidad de los hechos el incremento fue de 23,5 M USD. ¿Demuestra este incremento una política equivocada de OSM? En opinión del Tribunal Arbitral, la evaluación de la conducta de la sociedad Concesionaria no puede desconocer que, simultáneamente la Provincia estaba incurriendo en un impago de las obligaciones, legalmente asumidas, de satisfacer a OSM los subsidios por jubilados y carenciados – obligaciones que según los Protocolos suscritos por la Provincia se acercaban a 20 M \$. Si la propia Provincia adeudaba 20 M \$ a OSM, no parece extraño que la empresa se tuviera que endeudar para cubrir este déficit.
77. Argentina también imputa a OSM que su política financiera era imprudente, porque se financió en Dólares, desatendiendo al riesgo devaluatorio⁸⁷. La recriminación no puede ser aceptada, pues en la Argentina regía por ley un régimen cambiario que garantizaba la paridad entre Dólar y Peso, y parece difícil imputar negligencia a una empresa, controlada por inversores extranjeros, por el mero hecho de confiar en que se cumpliría la legislación vigente. Además el Contrato de Concesión ofrecía a OSM protección en caso de que se rompiera la paridad Peso/Dólar: según su art. 11.4.5.1. tal hecho provocaba una revisión extraordinaria de la tarifa.

⁸³ Contestación, para. 273, notas omitidas.

⁸⁴ Cuentas anuales 1998, Anexo IV, Doc. S 200.

⁸⁵ Doc. S 192, p. 11.

⁸⁶ Cuentas anuales 2001, Anexo IV, Doc. S 203.

⁸⁷ Contestación, para. 274.

78. Finalmente, Argentina también recrimina a OSM por haberse financiado predominantemente a corto plazo⁸⁸. Es cierto que la nueva deuda asumida por OSM era toda ella a corto plazo – pero esta característica no se debió a la voluntad de la prestataria, sino a la situación de los mercados financieros, que ante la situación de riesgo país limitaban las financiaciones a empresas argentinas a créditos a muy corto plazo⁸⁹.

10. RENEGOCIACIÓN DEL CONTRATO

79. Otra de las consecuencias de la declaración del estado de emergencia económico fue la renegociación *ope legis* de todos los contratos de obras y servicios públicos firmados por la República y las Provincias. En el ámbito de la Provincia de Mendoza, este principio fue impuesto por la Ley n° 6.976 de 15 de enero de 2002⁹⁰,

- Que ordenó que la renegociación debería contar con la aprobación previa del Poder Legislativo provincial⁹¹;
- Que estableció una serie de criterios que deberían tomarse en cuenta en la renegociación; y
- Que autorizó al poder ejecutivo provincial a “anticipar el proceso de revisión tarifaria” si así lo estimaba oportuno⁹².

80. La Ley n° 6.976 fue desarrollada por el Decreto 487/02 de 26 de abril⁹³, que creó una “Comisión Renegociadora de los Contratos de Servicios Públicos”⁹⁴ [“Comisión Renegociadora”], cuya misión era asistir al Poder Ejecutivo provincial en la renegociación, entre otros, de los contratos de concesión del servicio de provisión de agua⁹⁵. La renegociación debía ser terminada en un breve plazo de tiempo y por ello se incluyó en el Decreto una previsión ordenando que

“Todas las etapas del proceso de renegociación previstas por la Ley Provincial N° 6976, deberán desarrollarse integralmente, en un período no superior a CIENTO OCHENTA (180) días corridos, contados a partir de la entrada en vigencia del presente decreto-acuerdo”.

81. En la realidad de los hechos, el plazo máximo establecido de 180 días para finalizar la renegociación de los contratos, plazo que vencía en octubre de 2002, no se cumplió, y tuvo

⁸⁸ Contestación, para. 276.

⁸⁹ Cuentas Anuales 2001, Hechos posteriores al cierre, p. 30 *in fine*; Doc. S 203.

⁹⁰ Doc. S 22.

⁹¹ Art. 2.

⁹² Art. 2 A) *in fine*.

⁹³ Doc. S 46.

⁹⁴ Art. 1.

⁹⁵ Art. 2 b).

que ser sucesivamente prorrogado, al menos en nueve ocasiones⁹⁶, hasta que la Ley provincial n° 7.650 de 4 de enero de 2007 lo fijó definitivamente en el 30 de junio de 2007. El periodo de renegociación, fijado inicialmente en un máximo de seis meses, llegó así a alcanzar una duración de más de cinco años y no alcanzó su fin hasta que el 17 de mayo de 2007 se otorgó la Segunda Carta de Entendimiento.

10.1. La primera petición de aumento de tarifa presentada por OSM

82. El 12 de marzo de 2002 – ya promulgada la Ley n° 6.976, pero aún no el Decreto que la había de desarrollar – OSM presentó una primera solicitud de aumento de tarifa⁹⁷. La Concesionaria argumentaba que, de acuerdo con el Art. 11.4.5 del Contrato de Concesión, la modificación de la paridad entre el Peso y el Dólar le permitía presentar una solicitud de revisión extraordinaria de la tarifa, sobre cuya procedencia el EPAS y la Provincia “deberán expedirse” en un plazo máximo de 10 días⁹⁸. En opinión de OSM, el abandono de la paridad provocado por las leyes de emergencia causaba perjuicio a la compañía, pues los ingresos por tarifa se encontraban cifrados en Pesos, sin actualización automática alguna, mientras que el endeudamiento en Dólares frente al ENOHA se mantiene en Dólares y el endeudamiento bancario sufre actualización por la inflación. Finaliza OSM diciendo:

“que el equilibrio económico de la Empresa se ha roto con la pérdida de la convertibilidad de la moneda argentina”⁹⁹.

83. La reacción del EPAS fue la de suspender el procedimiento de revisión de tarifa previsto en el Contrato de Concesión, y elevar al Poder Ejecutivo provincial la solicitud de revisión extraordinaria de tarifa “para su consideración en el marco de la renegociación de los contratos de los servicios públicos” ordenada por la Ley n° 6.976 – así se lo comunicó a OSM por carta de 26 de marzo de 2002¹⁰⁰.
84. A raíz de esta comunicación, el 7 de agosto de 2002 OSM presentó al Ministro de Trabajos Públicos de Mendoza una “Guía de Procedimientos para el proceso de renegociación contractual”¹⁰¹. Se trata de un extenso documento, que detalla la evolución contractual y el grado de cumplimiento del Contrato, las inversiones realizadas, la situación financiera de la empresa, el impacto de la emergencia y termina con una serie de propuestas para superar la emergencia. OSM calculó que el impacto económico de la emergencia económica ascendía a 179 M \$ y para compensarlo solicitaba, como medidas de urgencia, una revisión tarifaria extraordinaria por situación de emergencia, el pago por la Provincia de los subsidios de jubilados y carenciados adeudados y la autorización para actualizar el catastro de clientes¹⁰².

⁹⁶ Demanda, para. 76.

⁹⁷ Doc. S 385.

⁹⁸ Art. 10.4.6.

⁹⁹ Doc. S 385, última página.

¹⁰⁰ Doc. S. 386.

¹⁰¹ Doc. S 536.

¹⁰² P. 85.

10.2. El intento de Acta Acuerdo

85. El Ministro a su vez envió la Guía al EPAS¹⁰³, y este organismo, tras estudiar en profundidad el tema, emitió un informe el 12 de febrero de 2003, concluyendo que OSM era rentable y recomendando a la Comisión Renegociadora de Contratos de Servicios Públicos que no procedía aumento de tarifa, pues “la rentabilidad de la empresa OSM SA es razonable”¹⁰⁴. La decisión del EPAS se basó en un extenso informe¹⁰⁵, que concluyó “que la mayoría de los conceptos reclamados, además de desmedidos, carecen de sustento técnico, más aun considerando los valores de rentabilidad obtenidos en este estudio”¹⁰⁶. El informe aceptaba que la rentabilidad para el accionista durante el año 2002 había sido negativa en un – 25%, pero calculaba que la Tasa Interna de Retorno del accionista en el cuatrienio 1998-2002 era positivo y ascendía a un 8%¹⁰⁷. En cuanto a las previsiones para el ejercicio de 2003, el informe estimaba que aun con una inflación del 40% la tasa de rentabilidad nominal para el accionista seguiría siendo positiva del 12%¹⁰⁸.
86. Durante todo el año 2003 y 2004, OSM continuó haciendo presentaciones a la Comisión Renegociadora¹⁰⁹, y el fruto de estas negociaciones fue una Acta Acuerdo firmada el 15 de diciembre de 2004¹¹⁰ [el “Acta Acuerdo”]. En nombre de la Comisión Renegociadora actuaron los Ministros de Ambiente y Obras Públicas y Hacienda de la Provincia, y el otorgamiento fue posteriormente ratificado por el Gobernador mediante Decreto N° 257 de 28 de febrero de 2005. El Acta Acuerdo resolvía parcialmente las controversias existentes entre la Empresa Concesionaria y la Provincia:
- En primer lugar, determinaba las deudas debidas entre OSM y la administración pública, concluyendo que OSM adeudaba a la Provincia 12 M \$, mientras que la Provincia le debía 16 M \$, resultando un saldo favorable a OSM de 4 M \$, que la Provincia se obligaba a pagar y OSM a invertir en la realización de obras;
 - Entre las cantidades a compensar, OSM aceptó satisfacer 1.350.000 \$ en concepto de sanciones impuestas por el EPAS, conviniendo ambas partes que con este pago quedaban canceladas todas las multas aplicadas por el EPAS a la Empresa Concesionaria;
 - En segundo lugar, la Provincia se comprometió a no imponer sanciones por el incumplimiento temporal de ciertas Metas Cuantitativas del POE, y

¹⁰³ Doc. S 388.

¹⁰⁴ Doc. S 331 p. 3.

¹⁰⁵ Doc. ARA 203.

¹⁰⁶ Pp. 4-5.

¹⁰⁷ P. 9.

¹⁰⁸ P. 10.

¹⁰⁹ Doc. S 137, 138, 140 y 141.

¹¹⁰ Doc. S 316.

- En tercer lugar ambas partes se comprometieron a buscar soluciones transaccionales en relación al carácter imperativo o indicativo del POE, de la actualización del catastro y de la revisión de las tarifas; con respecto a este último punto, se pactó la creación de un Comité Técnico, que debería dictaminar antes del 30 de marzo de 2005 y presentar una metodología de cálculo.
87. A pesar de haber sido firmada por dos Ministros del Gobierno, y promulgada en forma de Decreto por el Gobernador, lo cierto es que el Acta Acuerdo nunca llegó a entrar en vigor: fue desechada por la Cámara de Diputados el 6 de mayo de 2005 por 31 votos a 14¹¹¹.
 88. A consecuencia de este rechazo, OSM no pudo cobrar la suma de 3.977.476 \$¹¹² que la Provincia reconocía adeudar en el Acta Acuerdo, y el proceso de renegociación volvió a dilatarse en el tiempo.
 89. El siguiente paso no ocurrió hasta el 26 de junio de 2005: en esta fecha, el Ministro de Ambiente y Obras Públicas de la Provincia informaba del rechazo del Acta Acuerdo por el poder legislativo, proponía como nueva mecánica de negociación una Carta de Entendimiento, que debería ser suscrita entre la Provincia y la Empresa Concesionaria y anticipaba que el Gobierno regional había encargado un estudio integral de OSM a las “Universidades Nacionales del medio”¹¹³. A la carta se adjuntaba un primer borrador de Carta de Entendimiento.
 90. En Octubre de ese mismo año, el EPAS finalmente solicitó un estudio integral del cumplimiento del Contrato de Concesión a la Universidad Nacional del Cuyo [“UNC”] y otro a la Universidad Tecnológica Nacional [“UTN”] – la primera centrándose en aspectos económicos y financieros y la segunda en aspectos técnicos.
 91. El informe de la UNC¹¹⁴, emitido en julio de 2006, analizó la rentabilidad media de OSM, y llegó a la conclusión que la rentabilidad media había sido negativa: de -4,25%, y de alrededor de -10% a partir de 2002. En consecuencia la UNC recomendaba un aumento de tarifa de entre el 17,4% y el 57,1%, dependiendo de la tasa de rentabilidad anual y del importe anual de inversiones exigido¹¹⁵. La UNC también desarrolló una metodología general para la revisión tarifaria¹¹⁶.
 92. El informe de UTN, que también fue finalizado en julio de 2006¹¹⁷, pretendía establecer el déficit de inversiones en el que OSM habría incurrido – sin prejuzgar “si el Plan de Inversiones del Anexo III del Contrato tiene un carácter referencial tal cual sustenta OSM o si

¹¹¹ Doc. S 372.

¹¹² Doc. S 316.

¹¹³ Doc. S 402.

¹¹⁴ Doc. S 548.

¹¹⁵ P. 236.

¹¹⁶ P 238 ss.

¹¹⁷ Doc. S 547.

es de cumplimiento obligatorio como sostiene el EPAS". La UTN concluía que en el periodo 1998-2001 el déficit de inversiones ascendió a 83 M \$ y en el periodo 1998-2005 alcanzó los 120 M \$¹¹⁸.

93. En desacuerdo OSM con las conclusiones de la UTN, encargó un informe a la empresa consultora Inglese, que fue entregado a las Autoridades Provinciales en septiembre de 2006¹¹⁹, y que concluía que el informe de la UTN incurría en errores metodológicos y en errores en la valoración de las inversiones realizadas. En especial, Inglese señalaba que las inversiones realizadas por OSM entre 1998 y 2005 ascendieron a 81 M \$, y no a 16 M \$ como concluía la UTN¹²⁰. El informe Inglese dio lugar a la celebración de una serie de reuniones, que finalmente se plasmaron en un informe preparado por el EPAS, fechado el 10 de noviembre de 2006 y dirigido al Ministro de Ambiente y Obras Públicas, al que se adjuntaron los informes finales de la UTN y de la UNC¹²¹. En dicho Informe el EPAS recomendaba un incremento de la tarifa media en Pesos del 55,3%, asumiendo una tasa de rentabilidad del 8,8% y unas inversiones anuales promedio de 15,7 M \$¹²².
94. En resumen: el proceso de revisión del Contrato de Concesión y de la tarifa aplicable al servicio, que se desarrolló entre los años 2002 y 2005, presenta las siguientes características:
- La normativa de emergencia preveía que todos los contratos de concesión de servicios públicos debían ser renegociados; en el seno de esta renegociación también se debía discutir la adaptación de la tarifa al nuevo régimen cambiario; el Concesionario aceptó la invitación cursada por el Gobierno de Mendoza de renegociar el Contrato y recomponer su equilibrio¹²³;
 - Aunque la norma preveía que el proceso debería haber finalizado en un plazo de seis meses, en la realidad se extendió durante cinco años y se convirtió en un larguísimo proceso administrativo, al que se aportaron sucesivos informes del EPAS, de la UNC y la UNT;
 - Las partes llegaron a un acuerdo parcial plasmado en el Acta Acuerdo de 15 Diciembre de 2004, que fue aprobada por el Gobernador, pero rechazada por el Poder Legislativo provincial y por lo tanto nunca llegó a entrar en vigor;
 - Durante este periodo la tarifa permaneció a los mismos valores históricos que habían sido adoptados en 1991 (con la única subida de un 1,39 en Noviembre de 2001, para compensar una modificación tributaria);

¹¹⁸ P. 414.

¹¹⁹ Doc. S 549.

¹²⁰ P 14.

¹²¹ Doc. S 405.

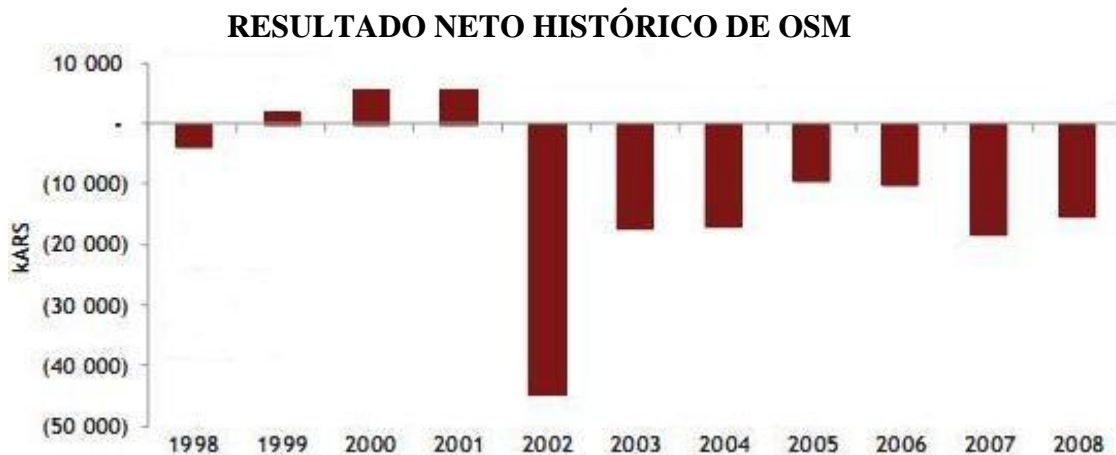
¹²² Modificando el canon de concesión, las inversiones y la tasa de rentabilidad, el incremento de tarifa se también se modificada, oscilando entre el 21,4% y 65,6% - cfr. p. 5.

¹²³ Carta de OSM a EPAS de 19 de febrero de 2003, Doc. S 733.

- La Provincia no satisfacía las subvenciones debidas a la Empresa Concesionaria por la rebaja en las tarifas a carenciados y jubilados, y OSM a su vez se negaba a satisfacer el canon por la Concesión y los impuestos provinciales debidos a la Provincia y las multas impuestas por el EPAS¹²⁴; el saldo resultante era favorable a OSM, y en el Acta Acuerdo la Provincia reconoció deber un saldo neto de 3.977.476 \$.

11. RIESGO DE COLAPSO DEL SERVICIO

95. Durante este periodo la Concesionaria continuó cumpliendo con el Contrato de Concesión, a pesar del estado de emergencia económica que afectó a toda la economía argentina. La crisis, sin embargo, sí que tuvo un efecto sobre los resultados netos de la compañía: en los ejercicios 1999-2001 OSM había alcanzado unos pequeños beneficios, en el año 2001 llegó a satisfacer un dividendo de 1 M \$ (del que 340 m \$ correspondieron a la Provincia, en tanto socia de OSM). Las tornas cambiaron a partir de la emergencia económica a finales de 2001, y durante el periodo 2002-2005 OSM cada año arroja pérdidas, siendo las del año 2002 muy significativas:



96. Además, las dificultades financieras de OSM, llevaron a un incumplimiento de las Metas Cuantitativas pactadas en el Contrato de Concesión. Mientras que en los ejercicios 2002, 2003 y 2004 las Metas Cualitativas se alcanzaron al 100%, este porcentaje disminuyó para el año 2005 al 94% (y siguió bajando en los años sucesivos, hasta alcanzar el 88% de cumplimiento en 2005¹²⁵). Tampoco se pudo cumplir el denominado “Plan de Acción 2002”, que preveía una serie de inversiones, y así se lo comunicó la Concesionaria al EPAS¹²⁶. Durante este periodo, las inversiones realizadas por la sociedad Concesionaria también se

¹²⁴ Declaración de Testigo Massini, para. 48

¹²⁵ Réplica, para. 125.

¹²⁶ Doc. S 733.

redujeron, alcanzado 8,5 M \$ en el año 2002, y 5,8 M \$, 6,7 M \$ y 8,0 M \$ en los años subsiguientes¹²⁷.

La advertencia de riesgo de colapso

97. La situación de OSM pasó a ser desesperada, como se muestra en la carta de 9 de mayo de 2005, enviada por OSM al Gobernador de la Provincia¹²⁸. En ella, la Empresa Concesionaria recuerda que “presta el servicio con la misma tarifa desde 1991” y añade:

“Esto trae como consecuencia la imposibilidad por parte de OSM SA de cumplir con todas las obligaciones a su cargo y el **riesgo – hoy más que nunca cierto e inminente – de colapso del servicio**”¹²⁹.

98. Se podrá decir más alto, pero no con más claridad: OSM estaba advirtiendo a la Primera Autoridad de la Provincia de que la situación de la empresa era tan angustiosa que existía un riesgo cierto e inminente que el servicio básico de provisión de agua potable a los ciudadanos pudiera colapsarse. Para evitar este resultado, en la propia carta OSM solicitaba una revisión tarifaria de emergencia del 26% nominal para el año 2005 y del 22% para el 2006 – revisión de emergencia, parcial y transitoria que estaba prevista en el art. 4 de la Ley n° 7.187.
99. El Gobernador de la Provincia apreció la gravedad de la situación, pues 10 días después reaccionó, solicitando “se explicité detalladamente cuáles son los riesgos enunciados”¹³⁰. OSM contestó el 8 de junio de 2005¹³¹, señalando que la congelación de las tarifas:

“... han generado una degradación en el servicio concesionado, ya que OSM SA solo cuenta con recursos para efectuar las obras, renovaciones y reparaciones indispensables para mantener operativo el servicio, por lo que el mismo enfrenta un serio riesgo de colapso. Si bien se trata de una situación de riesgo generalizada, tal como se había informado en la nota del pasado 12/11/02 arriba mencionada, podemos señalar, a título de ejemplo las siguientes situaciones de riesgo potencial:

- 1) Afectación de la presión y continuidad del servicio de agua potable en el Gran Mendoza, lo que podría producir un desabastecimiento parcial de agua potable.
- 2) Rotura de la Primera Colectora Máxima Gran Mendoza.
- 3) Falta de capacidad de transporte de líquidos cloacales en la zona oeste del Departamento de Godoy Cruz.”

100. La solicitud de revisión de emergencia, parcial y transitoria, de la tarifa planteada por OSM, fue tácitamente desestimada por las Autoridades Provinciales, mientras continuaban las negociaciones.

¹²⁷ Accuracy, II, para 109; en los años 1998 – 2001 las inversiones oscilaron entre 7,3 M \$ y 15,1 M \$.

¹²⁸ Doc. S 398.

¹²⁹ P. 4; negrilla y subrayado en el original.

¹³⁰ Doc. S 399.

¹³¹ Mediante carta dirigida al Subsecretario; Doc. S 400.

12. LA PRIMERA CARTA DE ENTENDIMIENTO

101. En esta situación, el 15 de diciembre de 2005 las Autoridades Provinciales y OSM lograron finalmente firmar un acuerdo transaccional [“Primera Carta de Entendimiento”]¹³², que no modificaba la tarifa en vigor, pero que al menos sentaba una serie de principios generales y sellaba acuerdos en tres puntos muy concretos.
102. La Primera Carta de Entendimiento fue ratificada por el Gobernador mediante Decreto n° 3.016 de 26 de diciembre de 2005 y al poco tiempo aprobada por la Ley Provincial n° 7.491 de 10 de enero de 2006¹³³. A diferencia del Acta Acuerdo de 2004 llegó a entrar en vigor, al haber sido aprobada tanto por el Poder Ejecutivo como el Legislativo de la Provincia, pero la validez jurídica era parcial: según declara el propio documento, únicamente sus Anexos I, II y III tienen valor jurídico, mientras el cuerpo únicamente tiene “carácter de declaración de principios a ser tenidos en cuenta en los acuerdos” que las partes deberían otorgar en el futuro¹³⁴.
103. Los principios enunciados en el cuerpo de la Primera Carta de Entendimiento pueden ser resumidos en los siguientes términos:
- Las partes expresan su voluntad de otorgar – en principio antes del 31 de diciembre de 2005¹³⁵ - una serie de contratos y acuerdos que signifiquen “una renegociación integral del Contrato de Concesión”;
 - Se pactarán las bases para un acuerdo metodológico de revisiones tarifarias, debiendo las tarifas resultantes “reflejar los costos de operación, mantenimiento, costo financiero, amortización del servicio, expansión, renovación del sistema y una rentabilidad razonable para el Concesionario, en un contexto de empresa eficiente”¹³⁶;
 - Se realizará un estudio integral que facilite un diagnóstico del sistema actual y de las necesidades futuras;
 - Realizado dicho estudio, el EPAS desarrollará un Plan de Acción plurianual, en el que “serán incorporadas obras nuevas, soportadas por la tarifa”¹³⁷;
 - Se acuerda que durante el periodo de negociación se suspenda la acción que Sauri había iniciado ante el CIADI, y que ha dado lugar al presente arbitraje;

¹³² Doc. ARA 5, la propia carta da como fecha de firma el 5 de octubre de 2005, mientras que el Decreto señala el 15 de diciembre de ese mismo año; esta parece la fecha correcta.

¹³³ Dúplica, para. 141.

¹³⁴ Art. III.2. El valor hubiera sido diferente si las Partes hubieran sido capaces de firmar los nuevos contratos antes del 31 de diciembre de 2005 – hasta esa fecha parece que la Carta en su totalidad tenía carácter vinculante.

¹³⁵ La fecha es enormemente ambiciosa, teniendo en cuenta que el Decreto aprobando la carta es de 26 de diciembre de 2005.

¹³⁶ Art. III.1.b.1.

¹³⁷ Art. III.1.a.

- Finalmente, las partes se comprometieron a estudiar una serie de cuestiones controvertidas.
104. Más allá de estos principios generales, las partes alcanzaron acuerdos jurídicamente vinculantes en las tres áreas contenidas en los Anexos I, II y III: (i) compensación de cantidades recíprocamente adeudadas, (ii) relajación de ciertas Metas Cuantitativas y (iii) plan de obras impostergables.
- (i) Compensación de cantidades recíprocamente adeudadas
105. El Anexo I a la Primera Carta de Entendimiento vuelve a recoger una materia que había sido pactada en el Acta Acuerdo (que nunca entró en vigor): la compensación de las cantidades que la Provincia debía a OSM por carenciados y jubilados, con los importes que la Empresa adeudaba al ente público por impuestos provinciales, canon de concesión y multas del EPAS. Las partes convienen que la Provincia debe a OSM 19 M \$, mientras que la deuda recíproca asciende a 17 M \$. Compensadas ambas cantidades, resulta un saldo a favor de OSM de 2 M \$. La Provincia reconoce deber este saldo, pero la fijación del calendario de pagos se pospone para ser pactado en el contrato que ponga fin al proceso de renegociación¹³⁸.
- (ii) Relajación de ciertas Metas Cuantitativas
106. La segunda cuestión en la que esta Carta de Entendimiento vincula a las partes es en materia de Metas Cuantitativas. OSM ya había informado a las Autoridades provinciales de la imposibilidad de continuar cumpliendo con las Metas Cualitativas pactadas en el Contrato de Concesión. Ante esta situación, ambas partes convinieron que mientras durara la renegociación del Contrato el Concesionario únicamente estaba obligado a mantener los niveles mínimos de calidad alcanzados a diciembre de 2003, y que se detallan en el Anexo II¹³⁹. Las Metas Cuantitativas que se modifican son 14, y el EPAS se compromete expresamente a no imponer sanciones por su incumplimiento.
- (iii) Plan de obras impostergables
107. Las partes definieron ciertas “obras impostergables” en el Anexo III cuyo importe total ascendía a 7 M \$. Con respecto a ellas, se convino que “serán incorporadas a un Plan de Acción de corto plazo para el periodo 2005-2006 y su costo será soportado por la empresa OSM”¹⁴⁰.
108. En resumen, como ha dicho acertadamente el testigo Dr. Juan Carlos Masini, asesor jurídico de las Autoridades provinciales, la firma de la Primera Carta de Entendimiento

“importó un gran logro tanto para la Provincia como para OSM, cuyas autoridades se mostraron satisfechas con el acuerdo alcanzado. Aunque parcial, era un avance que dejaba solucionado el tema de las deudas recíprocas, mejoraba considerablemente la

¹³⁸ Art. 6 Anexo I.

¹³⁹ Art. III.1.c).

¹⁴⁰ Art. III.1.a).

posición de OSM frente a las entidades crediticias y sentaba bases para un acuerdo integral”¹⁴¹.

13. LA SEGUNDA CARTA DE ENTENDIMIENTO

109. A principios del año 2006, ratificada la Primera Carta de Entendimiento por el Poder Legislativo de la Provincia, las partes reiniciaron el proceso de negociación, con el objetivo de pactar una Segunda Carta de Entendimiento que convirtiera en contenido jurídicamente vinculante los principios generales acordados en la Primera. Durante este periodo de negociación, la tarifa establecida en el año de 1991 continuaba en vigor: las reiteradas solicitudes de revisión que OSM había presentado nunca fueran atendidas por las Autoridades.
110. Estas conversaciones se prolongaron durante todo el año 2006 y a finales de año, concretamente el 27 de diciembre de 2006, OSM envió una carta al Ministro de Ambiente y Obras Públicas¹⁴², en la que resumía la situación y clarificaba las cuestiones en las que se habían producido progresos:
- OSM afirmaba haber dado cumplimiento en un grado cercano al 100% a todas las Metas Cuantitativas pactadas en el Contrato de Concesión y haber invertido 81 M \$ entre 1998 y 2005, en base a datos contenidos en sus cuentas anuales (y no 15 M \$ como alegaba el informe de la UTN);
 - Un tema en el que las posiciones no se habían acercado era la cuestión del POE: OSM seguía defendiendo que únicamente las Metas Cuantitativas tenían carácter obligatorio y que el Plan de Inversiones era referencial y no vinculante, mientras que el EPAS entendía que éste último plan también era de obligado cumplimiento;
 - La tarifa de OSM se encontraba congelada desde el año 1991, a pesar de las reiteradas solicitudes de OSM para su adaptación; la UNC había presentado su informe, concluyendo que la empresa había tenido una rentabilidad negativa de en promedio -4,25% anual, y recomendando un aumento de tarifa del 46,4% con efectos 31 de diciembre de 2005 – porcentaje que según OSM debería ascender al 56,4%;
 - En opinión de OSM, un porcentaje de aumento del 20% – que parece que estaba siendo considerado por las Autoridades – sería manifiestamente insuficiente para conseguir el equilibrio económico y financiero;
 - La carta terminaba recordando la situación crítica en que se encontraba la Empresa:

“OSM solicitó, sin obtener respuesta por parte del gobierno, todas las revisiones tarifarias previstas en el contrato de concesión, es decir quinquenal, ordinaria, antes y después de

¹⁴¹ Masini I, para. 72.

¹⁴² Doc. S 406.

Diciembre de 2001, siendo que la ecuación económico-financiera de la concesión se quebró por efecto de la devaluación y la situación de la empresa es hoy crítica”¹⁴³.

111. Dos días después, el 26 de diciembre de 2006, se reunió la Comisión de Renegociación, para fijar los criterios generales de la Segunda Carta de Entendimiento. No parece que OSM haya sido invitada a participar en esta reunión¹⁴⁴, que se realizó sin su presencia, y fue el Gobernador de la Provincia el que comunicó las conclusiones – que posteriormente se formalizarían en la Segunda Carta de Entendimiento – a OSM como un *fait accompli*¹⁴⁵. OSM reaccionó manifestando su vivo desacuerdo con la propuesta de la Comisión¹⁴⁶:
- En primer lugar, OSM aseveró que el supuesto tomado como válido por la Comisión acerca de la existencia de un déficit de inversión de 76 M \$ carecía de todo sustento técnico, fáctico y jurídico;
 - En segundo lugar, declaró que la metodología general para el cálculo de la tarifa propuesta por la UNC y UTC era aceptable, aunque requeriría de ciertas correcciones;
 - En tercer lugar, OSM señaló que la propuesta económica de las Autoridades (incremento de la tarifa del 19,75%, canon del 3,85% e inversión anual de 10,75 M \$) daría como resultado un flujo de fondos que no permitiría ni siquiera financiar las inversiones, ni tampoco repagar la deuda bancaria y con ENOHSA;
 - En cuarto lugar, OSM se declaró dispuesta a aceptar un aumento de tarifa del 19,5%, siempre que se considerara de emergencia, parcial y transitorio, mientras se avanzaba con un acuerdo total de renegociación que recompusiera, de forma definitiva, la ecuación económica financiera de la concesión, y que se acompañara de varias medidas adicionales de apoyo.
112. A pesar de estos resquemores, lo cierto es que, tras cinco meses adicionales de negociaciones, el 17 de mayo de 2007 la Provincia – representada por el Ministro de Ambiente y Obras Públicas – y OSM firmaron la Segunda Carta de Entendimiento¹⁴⁷, ajustada en lo esencial a la propuesta de la Comisión de Renegociación.

13.1. Contenido

113. El contenido de la Segunda Carta de Entendimiento es muy amplio, implicaba una modificación en aspectos importantes del Contrato de Concesión y parecía poner fin a seis años de desavenencias, enfrentamientos e incomprensiones. En la Segunda Carta de

¹⁴³ P. 6; negrilla en el original.

¹⁴⁴ Véase lista de asistentes en Doc. S 407.

¹⁴⁵ Carta de 4 de enero de 2007, Doc. S 407.

¹⁴⁶ Véase Carta de 15 de enero de 2007, Doc. S 408.

¹⁴⁷ Doc. S 322.

Entendimiento las partes alcanzaron un acuerdo novatorio y transaccional en relación con las siguientes materias¹⁴⁸:

- Modelo de determinación de tarifas: En primer lugar, las partes llegaron a un acuerdo sobre la metodología que en el futuro se debería utilizar para determinar la tarifa, aceptando la propuesta hecha por la UNC¹⁴⁹;
- Revisión de tarifas por modificación de costos: El acuerdo también se extendió a la metodología para determinar las revisiones de tarifas por modificación de costos; para ello se fijaron una serie de índices y fórmulas que reflejarían matemáticamente las modificaciones de costos sufridos por OMS; las solicitudes de revisión se podrían interponer a partir del 1 de enero de 2008, tomando como base los índices de costos correspondientes a julio de 2006; presentada una solicitud a partir de dicha fecha, el EPAS tendría un plazo de 10 días para expedirse sobre la procedencia de la solicitud¹⁵⁰; una vez determinada la procedencia, correspondía a la Provincia establecer el porcentaje exacto de revisión; para ello, el EPAS debía proponer un conjunto de auditores, y la Empresa Concesionaria designar a uno; la revisión se debería realizar aplicando la metodología elaborada por la UNC, obteniendo la Empresa Concesionaria una rentabilidad real anual del 6% sobre la base de capital actualizada¹⁵¹;
- Incremento de tarifa: ambas partes convienen en incrementar la tarifa vigente en un 19,7%¹⁵²;
- Inversiones anual promedio: a partir de la entrada en vigor del aumento tarifario del 19,7% OSM se comprometió a realizar una inversión anual promedio para el periodo 2007 – 2023 de 10.750.000 \$ por año;
- Actualización del catastro de clientes: la Provincia reconoció que la suspensión en el año 2000 de la actualización del catastro había causado perjuicios a OSM, y se comprometió a indemnizarla en una cuantía de 18 M \$¹⁵³.
- Saldo de cuentas entre las partes: las partes llegaron a un acuerdo para liquidar los créditos y las deudas recíprocas; para ello, las cantidades debidas y aun no pagadas de acuerdo con la Primera Carta de Entendimiento devengaron intereses, y se calcularon las deudas recíprocas generadas durante el año 2005 más sus intereses; además, la Provincia aceptó indemnizar a OSM en una suma de 18 M \$, por el retraso en la revisión del catastro. En total, el importe adeudado por la Provincia a OSM se fijó en 28 M \$¹⁵⁴. A continuación, las

¹⁴⁸ Solo se resumen las cuestiones que tienen trascendencia para este procedimiento.

¹⁴⁹ Art. II.2.

¹⁵⁰ Art. II.4.

¹⁵¹ Art. II.5.

¹⁵² Art. II.3.

¹⁵³ Art. II.6.

¹⁵⁴ Anexo III.

partes compararon las inversiones efectivamente realizadas durante el periodo 1998 y 2001, que ascendieron a 22 M \$, y las inversiones que según el análisis de la UTN se tenía que haber realizado para alcanzar las Metas Cuantitativas, 98 M \$. La diferencia entre ambas cantidades – 76 M \$ – representa el déficit de inversión en el periodo 1998 - 2000, y este importe se “compensó” con la suma que la Provincia reconoció adeudar a OSM (27 M \$), dando como resultado 49 M \$ a favor de la Provincia¹⁵⁵;

- Compromiso de constituir un fondo para inversiones: el saldo de 49 M \$ no fue pagado por OSM a la Provincia, sino que OSM se comprometió a afectarlo a la realización de obras de agua y saneamiento en la Provincia, mediante la creación de un fondo específico. La Concesionaria se comprometió a aportar 1,5 M \$ cada año, durante los primeros cinco años a partir de la ratificación de la Segunda Carta de Entendimiento por el Poder Legislativo. El monto adeudado por OSM será devuelto en obras, en un plazo de 16 años, con una tasa de interés del 5% anual¹⁵⁶;
- Compromisos de pago asumidos por la Provincia: finalmente, la Provincia se comprometió a pagar a OSM el IVA sobre los intereses por los servicios prestados a jubilados y carenciados y los daños irrogados por el retraso en la adecuación del catastro;
- Créditos internacionales: la Provincia, en tanto que garante, había tenido que pagar los préstamos en divisas concedidos por el ENOHSA a OSM; la Concesionaria se comprometió a devolver el importe satisfecho en pesos, en un plazo de 14 años y con un tipo de interés del 6% anual.
- Canon de concesión: El Contrato de Concesión preveía que el canon que OSM debía a la Provincia aumentara del 3,85% de los ingresos al 9,98%; la Provincia renunció a este incremento y se declaró dispuesta a mantenerlo en el porcentaje original durante todo el periodo de Concesión; además, la Provincia se declaró dispuesta a derogar determinadas leyes históricas, y aprobar una nueva ley, cuyo texto se inserta en la propia Carta de Entendimiento¹⁵⁷. De acuerdo con el texto que había de adoptar la nueva ley, OSM ya no debería pagar el canon a la Provincia, sino que el 50% se afectaría a la construcción de la depuradora General Alvear, y el otro 50% sería entregado al EPAS y destinado a obras de agua potable y saneamiento.

13.2. Entrada en vigor

114. Aunque se firmó en mayo de 2007, la entrada en vigor de la Segunda Carta de Entendimiento se retrasó durante casi un año. En primer lugar, se tuvo que realizar una audiencia pública, que fue convocada por el EPAS en septiembre, y que tuvo lugar el 6 de noviembre. En segundo lugar, era necesario que la Carta fuera ratificada por el Poder Ejecutivo, lo que no tuvo lugar hasta la promulgación del Decreto 3.247 de 23 de noviembre de 2007. Adicionalmente, se precisaba la confirmación por el Poder Legislativo y esto no ocurrió –

¹⁵⁵ Art. II.1.

¹⁵⁶ Art. II.1.

¹⁵⁷ Art. 9.

gracias a un procedimiento de aprobación tácita – hasta febrero de 2008¹⁵⁸. La Segunda Carta de Entendimiento finalmente entró en vigor el 1 de marzo de 2008¹⁵⁹.

115. La anterior afirmación tiene sin embargo una excepción: el compromiso de OSM de afectar el canon a la realización de obras precisada, de acuerdo con la literalidad del art. II.9, de la promulgación de una nueva ley, que derogara otras ya existentes, en las que se preveía que el canon necesariamente se debía pagar a la Provincia. No se ha presentado prueba demostrando que dicha nueva Ley se haya llegado a promulgar – por lo que hay que entender que la normativa histórica continuó estando en vigor, y que OSM continuó estando obligada a pagar el canon a la Provincia.

14. EL CONTINUADO DETERIORO DE OSM: SITUACIÓN DE “EMERGENCIA ABSOLUTA”

116. Durante el periodo que media entre la firma y la entrada en vigor de la Segunda Carta de Entendimiento, OSM siguió aplicando las tarifas del año 1991, y su situación financiera se hizo cada vez más angustiada. Téngase en cuenta la evolución de la inflación. Una carta enviada por la empresa al Gobernador de la Provincia, fechada el 24 de agosto de 2007¹⁶⁰, describe sin tapujos lo que está aconteciendo: OSM explica que ha sufrido pérdidas en todos los ejercicios sociales, desde 2002 hasta 2008, y que las pérdidas acumuladas ascienden a 98 M \$. A pesar de ello, ha garantizado la continuidad del servicio, privilegiando su continuidad sobre los derechos de acreedores y accionistas. OSM se queja que en los cinco años transcurridos desde que se decretó el estado de emergencia, no se ha producido incremento alguno de la tarifa, aun existiendo mecanismos legales que hubieran posibilitado una revisión tarifaria provisional. La dilación en la entrada en funcionamiento de la Segunda Carta de Entendimiento no ha hecho más que agravar la situación. OSM necesita imperiosamente realizar erogaciones extraordinarias para mantener la capacidad de producción, distribución y depuración. Y añade¹⁶¹:

“Hoy el servicio concesionado se encuentra en grave riesgo de colapso, y recordemos que se trata de un servicio público esencial para la población de Mendoza y para las más de 600 familias cuyos sostenes trabajan en la Empresa Concesionaria del mismo. Las medidas que se mencionan anteriormente, son de emergencia absoluta”.

117. Para paliar esta situación de “emergencia absoluta”, OSM solicitaba un subsidio de 800.000 \$ mensuales, hasta la puesta en vigencia del incremento tarifario previsto en la Segunda Carta de Entendimiento.
118. La Provincia no atendió esta solicitud de OSM.

¹⁵⁸ Demanda, para. 110; la aprobación fue tácita.

¹⁵⁹ Carta del Ministerio de 15 de febrero, Doc. S 420.

¹⁶⁰ Doc. S 415.

¹⁶¹ P. 4.

119. El 27 de septiembre de 2007 tuvo lugar la Asamblea de Accionistas de OSM, en la que también participó la Provincia, en tanto accionista de la sociedad. En ella, se constató que el mantenimiento de las tarifas de 1991, asociadas a exorbitantes aumentos de costos, estaban provocando el estrangulamiento económico y financiero de la sociedad. La Provincia declaró estar en conocimiento de la

“...difícil y delicada situación económica financiera por la que atraviesa la empresa y se encuentra abocada a la búsqueda de soluciones para paliar la misma”.

120. El 13 de diciembre, OSM volvió a escribir al Gobernador, significando la gravedad de la situación, la imposibilidad de obtener ningún financiamiento, y la reducción de la tesorería a 2,6 M \$, equivalente a tan solo un mes de sueldo de la nómina de personal. En base a estos argumentos, OSM reclamaba nuevamente la concesión de una subvención mensual de 800.000 \$ hasta la entrada en vigor del aumento de tarifas¹⁶².

15. EL INCUMPLIMIENTO DE LA SEGUNDA CARTA DE ENTENDIMIENTO POR LA PROVINCIA

121. La Segunda Carta de Entendimiento finalmente entró en vigor el 1 de marzo de 2008¹⁶³, produciéndose el incremento de tarifa convenido del 19,7%. La Demandante alega que la Provincia habría incumplido las obligaciones asumidas en la Segunda Carta de Entendimiento negándose a atender una legítima solicitud de incremento de tarifa por modificación de costos planteada por la Concesionaria (*infra* 15.1) e incumpliendo obligaciones de pago a su cargo (*infra* 15.2).

15.1. Solicitud de incremento de tarifa por modificación de costos

122. Seis días después de la entrada en vigor, OSM inició el procedimiento administrativo previsto en la Segunda Carta de Entendimiento, para solicitar un incremento de tarifa por modificación de costos.
123. Argentina hace graves reproches a la Empresa Concesionaria por haber presentado esta solicitud, a los pocos días de que hubiera entrado en vigor la Segunda Carta de Entendimiento:

“Este primer pedido, a tan solo 5 días de la entrada en vigencia de un acuerdo de renegociación que había llevado tanto esfuerzo y cuando OSM ni siquiera había empezado a cumplir sus obligaciones fundamentales bajo el acuerdo, muestra la escasa o nula voluntad por parte de OSM de colaborar con las autoridades provinciales para el éxito de la Concesión.”¹⁶⁴

124. El Tribunal no comparte las críticas vertidas por la República:

¹⁶² Doc. S 416.

¹⁶³ Carta del Ministerio de 15 de febrero, Doc. S 420.

¹⁶⁴ Contestación, para. 407.

- En primer lugar, el texto de la Segunda Carta de Entendimiento claramente facultaba a OSM a plantear esta solicitud; al presentarla, la Empresa Concesionario no viola ningún compromiso, sino que *iure suo utitur*;
- En segundo lugar, el incremento tarifario de menos del 20% pactado en la Segunda Carta de Entendimiento solo incluía los incrementos de costos hasta julio de 2006 – y en los casi dos años desde esa fecha, los costos de OSM tenían que haber sufrido un fuerte incremento, debido a la inflación generalizada en la economía argentina;
- En tercer lugar, OSM nunca ocultó que reclamaba incrementos muy superiores al 19,75%; y ya antes de la firma de la Segunda Carta había informado a las Autoridades, que un incremento de este porte sería totalmente insuficiente para restablecer el equilibrio económico financiero de la concesión¹⁶⁵.

(i) Comienzo del expediente

125. El primer acto del procedimiento de revisión consistió en que el 6 de marzo de 2008 OSM se dirigió al EPAS, para pedir, al amparo del art. II.4 de la Segunda Carta de Entendimiento, que este organismo verificara que entre Julio de 2006 y Diciembre de 2007 se habían cumplido las causales que permitían solicitar una revisión tarifaria por modificación de costos¹⁶⁶. El EPAS reaccionó rápidamente – dentro del plazo de 10 días previsto en la Carta de Entendimiento – confirmando el 13 de marzo de 2008 que:

“se encuentra cumplida la causal que determina la procedencia de realizar la revisión tarifaria por modificación de costos del operador OSM SA”¹⁶⁷.

(ii) Pasos del procedimiento administrativo

126. Una vez cumplido este trámite, la Segunda Carta de Entendimiento preveía el siguiente proceso administrativo para resolver la petición¹⁶⁸:
- En primer lugar, el Concesionario debía proponer la revisión tarifaria “sobre la base de los costos inherentes a la prestación del servicio objeto de la concesión, y en todo de acuerdo con la metodología que se explica en el Anexo II B” – Anexo que contiene una serie de índices y de ponderaciones;
 - A partir del pedido del Concesionario, el EPAS disponía de un plazo corrido “máximo” de 30 días “para expedirse sobre la procedencia de efectuar una modificación tarifaria, siempre dentro de la metodología definida en el informe de la UNC”;

¹⁶⁵ Cfr. para. 111, *supra*.

¹⁶⁶ Doc. S 424.

¹⁶⁷ Doc. S 352.

¹⁶⁸ Art. II 5 Segunda Carta de Entendimiento.

- Durante este periodo, “el Concesionario deberá permitir la auditoría por parte de un auditor externo de toda la información”; el auditor será elegido por el Concesionario a partir de un conjunto de auditores propuestos por el EPAS;
- A continuación, el EPAS remitirá a la Provincia todos los antecedentes para su análisis y su pronunciamiento final – sin que la Carta establezca un plazo específico para que la Provincia adopte la decisión final sobre el incremento de la tarifa.

(iii) Solicitud cuantificada

127. Recibida la confirmación del EPAS de que la causal que permitía la revisión de tarifas estaba cumplida, el 1 de abril de 2008 OSM adoptó el siguiente paso: envió una carta en la que, invocando el art. II.5 de la Segunda Carta de Entendimiento, solicitaba un aumento de la tarifa del 46,73% para el periodo comprendido entre Julio de 2006 y diciembre de 2007¹⁶⁹. Este cálculo se hacía “sobre la base de la metodología desarrollada por la UNC”, para así cumplir con las exigencias enunciadas en la propia Carta de Entendimiento. La Concesionaria adjuntó a su misiva numerosos anexos y un CD con información adicional, y con su envío comenzó a correr el plazo pactado de 30 días para que el EPAS se pronunciara sobre la solicitud - lo que en consecuencia debería haber ocurrido a más tardar el 1 de mayo de 2008.
128. Sin embargo, el procedimiento se fue dilatando. El EPAS decidió utilizar un auditor externo para que comprobara los datos – una posibilidad que le otorgaba la Segunda Carta de Entendimiento. Pero su designación se convirtió en un laberinto administrativo. Las Autoridades deseaban que fueran ellas las que pagaran al auditor, lo que exigía que se siguiera un procedimiento transparente para su designación. Y aunque OSM – en un intento de agilizar la revisión de la tarifa – se ofreció voluntariamente a pagar los honorarios, la designación se retrasó y el 1 de mayo se cumplió el plazo establecido, sin que el EPAS hubiera emitido su preceptivo informe. El 3 de mayo, OSM dirigió una carta al Gobernador, denunciando el incumplimiento de los plazos pactados en la Segunda Carta de Entendimiento, reiterando – una vez más – la grave situación en la que se encontraba la sociedad y solicitando la intervención del Gobernador¹⁷⁰.
129. A pesar de la apelación a la máxima autoridad administrativa, lo cierto es que el procedimiento administrativo para la revisión tarifaria quedó atascado: el EPAS propuso que el auditor fuera la UNC, la Empresa Concesionaria lo aceptó, pero la designación oficial de la UPC se fue demorando *sine die* – así lo denunció la Empresa Concesionaria en una apremiante carta dirigida el 16 de julio al supervisor, en la que nuevamente solicitaba que proceso de revisión tarifaria concluyera y se hacía referencia a la grave situación del servicio concesionado¹⁷¹. A pesar de estas misivas, transcurrió el resto del año 2008, sin que el auditor externo hubiera sido ni siquiera nombrado.

¹⁶⁹ Doc. S 429.

¹⁷⁰ Doc. S 438.

¹⁷¹ Doc. S 443.

(iv) Solicitudes complementarias

130. Ante el paso del tiempo, y teniendo en cuenta que su solicitud inicial de incremento de costos únicamente tomaba en consideración el periodo hasta diciembre de 2007, OSM presentó varias ampliaciones del pedido, extendiendo el plazo de cálculo hasta fechas más recientes. La primera fue el 18 de julio de 2008¹⁷² y la última tuvo lugar el 6 de enero de 2009¹⁷³, y en ella se consolidaron los incrementos de costos producidos desde julio de 2006 hasta julio de 2008; el porcentaje de solicitud de incremento de tarifa quedó fijado en 78,41%¹⁷⁴ (*pro memoria*: el aumento solicitado para el periodo julio de 2006 hasta diciembre de 2007 había sido del 46,73%).
131. En algún momento el EPAS planteó la duda de si estas ampliaciones de pedido¹⁷⁵ podrían contradecir el art. 11.4.6. del Contrato de Concesión, que no permite presentar “una nueva propuesta de modificación de valores tarifarios y precios, en tanto no se hubiere resuelto una propuesta anteriormente efectuada”. Existe incluso un informe de la asesoría jurídica de 28 de julio de 2008¹⁷⁶ que propone posponer el análisis de las sucesivas ampliaciones presentadas por OSM, hasta que se hubiera decidido la solicitud originaria. El argumento debe ser rechazado de plano, pues OSM no estaba planteando nuevas propuestas, sino simplemente ampliando el ámbito temporal del pedido original, a medida que transcurrían los meses sin que las Autoridades – en clara violación de la Segunda Carta – le dieran trámite. En todo caso, en posteriores informes la asesoría jurídica del EPAS abandonó el argumento.

(v) La intervención del Ministro

132. En febrero de 2009, el Ministro de Infraestructura, Vivienda y Transporte finalmente tomó cartas en el asunto y mediante carta de 11 de febrero de 2009 se dirigió directamente al EPAS, informando al supervisor de que el Ministerio “está realizando los actos útiles y necesarios para la contratación de auditores externos”, pero añadiendo que

“no obstante ello, y visto el tiempo transcurrido desde el primer requerimiento efectuado por la Empresa, se solicita que Ente Provincial del Agua y del Saneamiento, evalúe los antecedentes aportados por el Operador, a los efectos de emitir las opiniones al respecto”¹⁷⁷.

133. En resumen: transcurridos 10 meses desde la petición de revisión presentada por OSM, que según la Segunda Carta de Entendimiento debería ser informada por el EPAS en un plazo de 30 días, las autoridades aún no habían procedido ni siquiera a la designación del auditor encargado de revisar la petición.

¹⁷² Doc. S 423.

¹⁷³ Doc. ARA 153; posteriormente, aun hubo una última solicitud de ampliación el 8 de abril de 2009.

¹⁷⁴ Doc. S 453.

¹⁷⁵ Esta es la terminología utilizada por la propia República: Contestación para. 410.

¹⁷⁶ Doc. ARA 152.

¹⁷⁷ Doc. S 455.

(vi) Informes del EPAS

134. Al día siguiente de la carta del Ministro, el EPAS se puso en marcha. La Gerencia de Regulación Económica y de Gestión Financiera emitió el 12 de febrero un informe interno, en el que analizaba la última solicitud planteada por la Empresa Concesionaria, pidiendo un incremento del 78,41%. Tras un detallado análisis, los servicios internos del EPAS llegaron a la conclusión de que el incremento de tarifa que procedía era del 51,91%¹⁷⁸. Al día siguiente, la Gerencia Jurídica del EPAS analizó los aspectos jurídicos de la solicitud, concluyendo que

“procede la modificación de las tarifas de los servicios prestados por OSM SA, en vistas de la posibilidad de verse seriamente afectadas las condiciones de continuidad, regularidad, calidad, generalidad e integralidad en las que el mismo debe ser prestado, sin perjuicio de la realización oportuna de las auditorías externas; teniendo siempre en cuenta que el pronunciamiento final respecto a la modificación de tarifas es facultad exclusiva de Poder Ejecutivo, sobre la base de los estudios realizados por el EPAS”¹⁷⁹

135. Es importante recalcar la importancia de estos dos informes: a mediados de febrero de 2009 los servicios financieros y jurídicos del EPAS habían llegado a la conclusión que la revisión de tarifa solicitada por OSM era procedente, y que el porcentaje aplicable debería ser del 51,91%, y que existía un riesgo de que el servicio se colapsara; a pesar de ello el EPAS siguió posponiendo la emisión del informe oficial que, en cumplimiento de la Segunda Carta de Entendimiento, debía haber entregado a la Provincia el 1 de mayo de 2008, y que era indispensable para que la Provincia pudiera adoptar una resolución.

136. En el ínterin, las Autoridades finalmente designaron en mayo de 2009 a la UPC como auditor para revisar las cifras presentadas por la Empresa Concesionaria, y en junio el EPAS finalmente recibió su informe¹⁸⁰. En su informe, la UPC analizó la última solicitud de revisión de tarifa presentada por OSM – la de 6 de enero de 2009, en la que solicitaba un aumento del 78,41%. Recibido el informe de los auditores, la Gerencia de Regulación Económica y Gestión Financiera del EPAS preparó un nuevo informe, que lleva fecha 6 de julio de 2009¹⁸¹, y que confirma las conclusiones de su primer informe de 12 de febrero¹⁸². El informe alcanza la siguiente conclusión:

“La empresa OSM SA ha solicitado un incremento tarifario del 78,41%. No obstante ello, a partir de las observaciones realizadas por la UN Cuyo y en función del análisis realizado por esta gerencia el incremento tarifario promedio resultaría en un 51,91%”¹⁸³.

137. Es decir: OSM había presentado su solicitud de revisión de tarifa en abril de 2008; de acuerdo con la Segunda Carta de Entendimiento, el EPAS debió haber reaccionado en un plazo de 30

¹⁷⁸ Doc. S 338, p. 5 Con una inversión de 14.450.000 \$ anual; se reducía a 36,57% sin inversión.

¹⁷⁹ Doc. S 339, p. 5.

¹⁸⁰ Doc. S 556.

¹⁸¹ Doc. S 340.

¹⁸² Doc. S 338 – cfr. para. 134 *supra*.

¹⁸³ P 5.

días. El 12 de febrero de 2009, un informe interno de los servicios técnicos del EPAS concluyeron que la solicitud era apropiada, y que el porcentaje de incremento debería ser del 51,91%. Tras recabar y recibir el informe de la UNC, que revisó los datos suministrados por OSM y la aplicación de la correcta metodología, desarrollada por la propia Universidad, el 6 de julio de 2009 los servicios técnicos volvieron a confirmar que OSM tenía derecho a un incremento tarifario promedio del 51,91%. A pesar de ello, a pesar de ser consciente del incremento de costos producido por la inflación generalizada en la economía argentina, y a pesar de recibir reiterada noticia sobre la gravísima situación financiera por la que estaba atravesando la Empresa Concesionaria, el EPAS se siguió negando a elevar el preceptivo informe a la Provincia, y la Provincia a adoptar la decisión de incrementar la tarifa.

15.2. Impagos

138. Sauri también alega que la Provincia incumplió la Segunda Carta de Entendimiento, al negarse a pagar las subvenciones por jubilados y carenciados y al IVA devengado sobre ciertas partidas.
139. La Provincia estaba obligada a resarcir a OSM por las subvenciones que la Concesionaria concedía a los jubilados y carenciados en la tarifa. El importe debido por la Provincia hasta finales de 2005 fue reconocido en la Primera Carta de Entendimiento, y este saldo junto con sus intereses fue finalmente compensado a través de la Segunda carta de Entendimiento. La subvención debida hasta finales de 2005 se hallaba pues correctamente liquidada. Sin embargo, la Provincia dejó de pagar la subvención correspondiente a los ejercicios 2006, 2007 y 2008 – los importes debidos, que ascendían a más de 2 M \$, fueron finalmente satisfechos en septiembre de 2010, cuando OSM ya había sido intervenida por las Autoridades¹⁸⁴.
140. Constituye pues hecho probado que la Provincia incurrió en retraso significativo en el pago de las subvenciones por jubilados y carenciados correspondientes a los ejercicios 2006, 2007 y 2008.
141. La situación del IVAs devengado es diferente. De acuerdo con el art. III. de la Segunda Carta de Entendimiento la Provincia se había comprometido a satisfacer directamente a OSM, en un plazo de 30 días desde factura, determinados IVAs devengados por intereses e indemnizaciones debidas por la Provincia. El importe de este rubro ascendió a 7,2 M \$, que la Provincia nunca llegó a pagar, pero que OSM tampoco tuvo que satisfacer a las autoridades fiscales¹⁸⁵.

¹⁸⁴ Cfr. el Expediente de Pago de 15 de septiembre de 2010, Doc. S 690, dirigido a la “Ex Obras Sanitarias Mendoza Sociedad Anónima”, que ordena los pagos debidos entre enero de 2006 y abril de 2008; no consta en autos si se han llegado a pagar las cantidades devengadas con posterioridad a esta última fecha.

¹⁸⁵ Demanda, para. 128.

16. EL INCUMPLIMIENTO POR OSM DE LA SEGUNDA CARTA DE ENTENDIMIENTO

142. La República Argentina argumenta que, al tiempo que solicitaba revisiones de tarifas, OSM estaba incurriendo de forma sistemática y permanente en un incumplimiento de las obligaciones contractuales asumidas en la Segunda Carta de Entendimiento, mientras que Sauri había decidido abandonar la Concesión. Estos dos factores – en opinión de la Demandada – llevaron la Concesión a un estado de riesgo técnico que afectaba a la regularidad del servicio de agua potable y desagües cloacales a cargo de OSM¹⁸⁶ y condujo inexorablemente hasta la intervención.
143. Para analizar esta alegación, es necesario describir con precisión los hechos acaecidos, comenzando con el alegado incumplimiento de la Segunda Carta de Entendimiento por parte de OSM:

16.1. El riesgo de colapso

144. Los hechos arrancan el 12 de junio de 2008, cuando OSM escribió al Gobernador de la Provincia, informando de que existía un riesgo de colapso en las redes colectoras de Las Heras y Guaymallén, y solicitando un subsidio de 20 M \$ para despejar el riesgo¹⁸⁷.
145. La solicitud dio lugar a un informe técnico del EPAS, fechado el 30 de julio, es decir un mes y medio después de la petición de OSM, cuyas conclusiones son las siguientes¹⁸⁸:
- En cuanto al “estado de riesgo técnico de las redes colectoras” alegado por OSM el informe sugiere simplemente que “las Gerencias de Gestión Hídrica y de Auditoría se expidan al respecto”, sin fijarse ni siquiera una fecha límite para dicho estudio;
 - En segundo lugar, se recomienda que para ejecutar las obras que fueran necesarias se consideren las fuentes de financiamiento pactadas en la Segunda Carta de Entendimiento;
 - En tercer lugar, el informe achaca el estado de colapso o riesgo técnico a una prolongada desinversión en el servicio imputable a OSM:

“En este sentido, surge de la Carta de Entendimiento, a partir de los estudios realizados por la Universidad Tecnológica Nacional, que la empresa incurrió en un déficit de inversión de \$ 76.111.000 en el periodo 1998-2001 y de \$ 124.745.000 si se considera el periodo 1998-2005.

Es decir, que si en la Carta de Entendimiento celebrada entre OSM SA y la Provincia, la Empresa ha reconocido el déficit de inversión mencionado, se desprende que el desfinanciamiento y estado de colapso denunciado es de su exclusiva responsabilidad”¹⁸⁹

¹⁸⁶ Contestación, para. 414; Dúplica para. 175.

¹⁸⁷ Doc. S 439.

¹⁸⁸ Doc. S 335.

¹⁸⁹ P. 3.

16.2. El compromiso de inversión

146. La segunda conclusión es jurídicamente correcta: ni el Contrato de Concesión ni ninguna de las Cartas de Entendimiento facultaban a OSM a solicitar subsidios para acometer inversiones; al revés, la Segunda Carta de Entendimiento incluía una serie de compromisos de la Concesionaria en materia de inversiones, y el informe hace bien en recordar su existencia y la posibilidad de aplicarlos a todo tipo de obras, incluidas las redes colectoras de Las Heras y de Guaymallén.
147. La tercera conclusión, por el contrario, no puede ser compartida, pues no es cierto que en la Segunda Carta de Entendimiento OSM hubiera reconocido un déficit de inversión de 76 M \$ para 1998-2001 y de 125 M \$ para 1998-2005.
148. En realidad, en la Segunda Carta las partes llegaron a una transacción con respecto a “la vieja discusión relativa al carácter referencial o no de los Planes de Operación y Expansión” (POE)¹⁹⁰. Y en el marco de esa transacción, la Provincia aceptó renunciar al déficit 2001-2005, acumulado durante la época de emergencia, y a cambio OSM aceptó que el déficit del periodo 1998-2001, en la cuantía calculada por la UTN (es decir, 76 M \$), se compensara con las deudas acumuladas de la Provincia (27 M \$), dando como resultado 49 M \$, suma que la Concesionaria se comprometió a dedicar a la dotación, a lo largo de 16 años, de un fondo destinado a financiar obras¹⁹¹.

16.3. Fuentes de financiación de inversiones

149. Pero este fondo no era la única fuente prevista en la Segunda Carta para la financiación de obras: como resalta la Exposición de Motivos del Decreto

“debiendo la empresa para lo futuro cumplir con las metas que se definan anualmente y con la obligación de realizar las inversiones que quedan establecidas en función de la nueva tarifa, de la afectación de parte del canon y de la devolución de las sumas reconocidas por concepto de déficit de inversiones”¹⁹².

150. Es decir: a partir de la Segunda Carta de Entendimiento, OSM asumió unos compromisos de inversión, que se debían fijar anualmente, y que se financiarían con tres fuentes: la nueva tarifa, y el fondo constituido con el déficit de inversión 1998-2001 y la afectación de parte del canon.

16.4. El “Plan de Acción 2008”

151. Pocos días después de la emisión del informe, el EPAS convocó al Concesionario a una reunión con la finalidad de definir las obras a ejecutar (el “Plan de Acción 2008”), para dar cumplimiento a lo previsto en el art. II.3 de la Segunda Carta de Entendimiento, según el cual OSM debía afectar 10.750.000 \$ anualmente para ejecutar obras convenidas previamente con

¹⁹⁰ Exposición de Motivos del Decreto, VII.

¹⁹¹ Art. II.1.

¹⁹² Decreto n° 3.246 de 23 noviembre de 2007, Considerando 7 (ARA 6).

el EPAS¹⁹³. Tras algunas vicisitudes, el EPAS trasladó la convocatoria al 9 de septiembre de 2008. Ese mismo día, OSM presentó una extensa y documentada carta¹⁹⁴ en la que en esencia alegaba lo siguiente:

- Ya existía un Plan de Acción 2008, remitido al regulador al comienzo del ejercicio, que estaba condicionado al cumplimiento del sistema de actualización de tarifas pactado en la Segunda Carta de Entendimiento;
- Resulta sorprendente y desproporcionado que se le exija a OSM el cumplimiento de la Segunda Carta de Entendimiento por parte de quien no lo hace;
- El Concesionario no puede acudir a una reunión para definir objetivos de inversión, ya que dada su precaria situación financiera carece de fondos para poder acometer inversiones que vayan más allá de las necesarias para garantizar la continuidad y regularidad del servicio;
- Las inversiones por importe de 10.750.000 \$ previstas en el art. II.3. solo son exigibles a partir de “la recaudación del aumento tarifario del 19,7%”, y la recaudación es un proceso lento, que se puso en marcha el 1 de marzo y que aún no ha alcanzado el 100%;
- En resumen, OSM entiende que de manera alguna se encuentran reunidas las condiciones previstas en la Segunda Carta de Entendimiento para que las inversiones en cuestión devengan exigibles, y que toda definición del Plan de Acción requiere de forma previa que se definan y aseguren los recursos con los que contará y las tarifas que serán aplicables.

152. La reacción del EPAS consistió en una carta dirigida a OSM, de fecha 23 de septiembre de 2008, en la que el supervisor instaba a OSM a presentar el Plan de Acción previsto en el art. II.3 de la Segunda Carta de Entendimiento, “en el término perentorio e improrrogable de CINCO (5) DÍAS”¹⁹⁵. El diálogo de sordos continuó con una carta de OSM de 30 de septiembre¹⁹⁶, en la que la empresa reiteró que el Plan de Acción 2008 ya había sido presentado el 13 de febrero de 2008, y que las inversiones en él contenidas estaban condicionadas a la actualización de tarifa. Sin perjuicio de ello, la Concesionaria incluía un Plan de Obras hasta el 31 de diciembre de 2008 para intervenciones de emergencia y mantenimiento del servicio acorde a los recursos disponibles. Finalizando con el argumento – ya varias veces planteado – de que todo Plan de Acción requería que en forma previa se defina y asegure cuáles serán los recursos con los que contará.

16.5. Los sucesivos informes del EPAS

153. La siguiente reacción del EPAS no se hizo esperar: el 21 de octubre de 2008 emitió un informe¹⁹⁷, en el que imputaba a OSM el incumplimiento de su obligación, al amparo de la

¹⁹³ Doc. ARA 155.

¹⁹⁴ Doc. ARA 157.

¹⁹⁵ Doc. ARA 158; mayúsculas en el original.

¹⁹⁶ Doc. ARA 159.

¹⁹⁷ Doc. ARA 161.

Segunda Carta de Entendimiento, de aplicar a inversiones la suma reconocida por concepto de déficit de inversiones correspondiente al 2008, “suma que no está atada a tarifa”¹⁹⁸, intimando a OSM para que nuevamente en un plazo perentorio de cinco días se presentara en el EPAS para definir conjuntamente las obras correspondientes a dicha devolución¹⁹⁹.

154. El informe del EPAS es importante, porque define con precisión el incumplimiento concreto del que se acusa a OSM: se trata de no aportar la suma de 1,5 M \$ al fondo de inversiones, en los términos previstos en el art. II.1. En realidad, una simple lectura del propio artículo muestra que OSM no puede haber incurrido – a 21 de octubre de 2008 – en el incumplimiento del que se le acusa: de acuerdo con la propia literalidad de la Carta el aporte de 1,5 M \$ debe ser realizado durante el primer año, “contado a partir de la ratificación del presente acuerdo por la Honorable Legislatura”. Dado que esta ratificación tuvo lugar en marzo de 2008, la Concesionaria disponía de un plazo hasta abril de 2009 para realizar su aporte, y en octubre de 2008 aun disponía de más de seis meses para cumplirlo.

16.6. El informe del EPAS del 7 de julio de 2009

155. EPAS siguió monitorizando las inversiones realizadas por OSM, y el 7 de julio de 2009 emitió un nuevo informe²⁰⁰, en el que analizaba el alegado incumplimiento por OSM de sus obligaciones de inversión al amparo de la Segunda Carta de Entendimiento.
156. Es interesante que de las tres obligaciones asumidas en la Carta – dotación de un fondo con el saldo debido a la provincia, compromiso de aportar 10.750.000 \$ por año y afectación del canon – el informe solo se refiere a las dos primeras. La omisión no es involuntaria, pues el informe ha sido redactado de forma muy partidista, intentando resaltar todos los aspectos contrarios a OSM y buscando justificar la intervención de la empresa por la Provincia, que se decretaría poco tiempo después. En opinión del Tribunal, la razón debe buscarse en que en realidad, en julio de 2009, el art. II.9 de la Segunda Carta, que regulaba la afectación del canon a la inversión, no había entrado en vigor - y no había entrado en vigor, porque exigía, según la propia literalidad de la Carta, que se promulgara una nueva ley en los términos previstos en la Carta. La Segunda Carta fue aprobada de forma tácita por el Poder Legislativo, y la República no ha probado que una ley específica, con el articulado pactado en el art. II.9, se haya nunca llegado a promulgar. En consecuencia, OSM tenía que seguir pagando el canon a la Provincia, y no lo tenía que dedicar a financiar inversiones.
157. El informe del EPAS analiza pues las dos obligaciones de inversión previstas en la Segunda Carta de Entendimiento y que ya estaban en vigor:
- La primera era el compromiso de invertir durante el primer ejercicio²⁰¹ la suma de 1,5 M \$ mediante la dotación de un fondo específico (art. II. 1); con respecto a ella, el supervisor

¹⁹⁸ P. 4.

¹⁹⁹ P. 5.

²⁰⁰ Doc. ARA 164.

²⁰¹ La Carta claramente establece que el primer ejercicio se debe contar desde la ratificación por el Poder Legislativo (marzo 2008 - marzo 2009); en este informe parece que el EPAS simplemente ha tomado los datos del ejercicio 2008.

constata que el importe invertido asciende 1.496.820 \$ (aunque critica que el Plan de Acción no hubiera sido acordado con el EPAS, por haberse negado OSM a asistir a las reuniones convocadas);

- La segunda obligación asumida en la Segunda Carta de Entendimiento era la de invertir 10.750.000 \$ por año en promedio, no pudiendo destinarse más del 15% de esta suma “para bienes de uso”; la conclusión del informe²⁰² es que OSM invirtió 10.921.675 \$, cubriendo pues en exceso el requisito global; sin embargo, de esta cifra únicamente 3.589.969 \$ se habrían destinado a obras, y el resto a bienes de uso, por lo que la Concesionaria habría incumplido la restricción de que únicamente un 15% del total podría destinarse a bienes de uso.
158. En resumen: el informe redactado por el EPAS en julio de 2009 se expresa en términos muy contundentes, y *prima facie* parece imputar a OSM un total incumplimiento de sus obligaciones de inversión; el informe también plantea el problema de que usa cifras para el año 2008, cuando lo correcto hubiera sido usar las del periodo marzo 2008 – marzo 2009; pero aun dando como buenas las cifras del informe, un análisis detallado y desapasionado de la información contenida en el informe lleva a conclusiones mucho más matizadas:
- La obligación de dotar el fondo de inversión en un importe de 1,5 M \$, prevista en el art. II.1 se cumplió en su práctica totalidad (en concreto OSM informa haber invertido 1.496.820 \$);
 - La obligación de invertir un promedio anual de 10.750.000 \$, prevista en el art. II.3, se cumplió en exceso (en concreto se había invertido 10.921.675 \$);
 - La limitación, impuesta igualmente en el art. II.3 de la Carta, de que únicamente un 15% de los 10.750.000 \$ se dedicara a bienes de uso, no se cumplió; de los 10.921.675 \$ invertidos durante 2008, un porcentaje superior al 15% del total se había dedicado a la adquisición de bienes de uso.
159. El EPAS concluye pues que OSM cumplió con la obligación de dotar el fondo de 1,5 M \$ y que incluso se excedió en el importe de la inversión de 10.750.000 \$ exigida por el art. II.1. Sin embargo, OSM no cumplió una sub-obligación dentro de esta obligación, consistente en que las inversiones en bienes de uso se restringieran a menos del 15% del total invertido²⁰³.

16.7. Otros incumplimientos imputados

160. En su alegato de cierre, la representación letrada de la República Argentina también ha imputado a OSM otros incumplimientos de las obligaciones asumidas en la Segunda Carta de

²⁰² Referida nuevamente al ejercicio 2008; según la Carta, el ejercicio debe contarse “desde la recaudación del aumento tarifario del 19,7%” – lo ocurrió varios meses después del aumento de tarifa en marzo de 2008.

²⁰³ El informe del EPAS no mide la inversión en bienes de uso en el periodo contractualmente correcto; pero el déficit en el año 2008 es tal, que hace muy probable que aun si se hubiera tomado el periodo correcto, se habría manifestado un incumplimiento.

Entendimiento, diferentes de las mencionadas en el informe del EPAS de 7 de julio de 2009. Estos incumplimientos son los siguientes:

161. (i) En primer lugar, la Demandada alega²⁰⁴ que OSM no ha aplicado el importe del canon de concesión a la realización de inversiones, como exigiría el art. II.9 de la Segunda Carta. El Tribunal ya ha manifestado su opinión de que la afectación del canon a la realización de inversiones no estaba en vigor – y por lo tanto OSM no incumplió ninguna obligación de realizar inversiones. Pero esto no quiere por supuesto decir que OSM no estuviera obligada a pagar el canon de la concesión a la Provincia.
162. ¿Llegó OSM a pagar el canon de la concesión? Constituye hecho probado que OSM nunca había pagado el canon con anterioridad a la Segunda Carta, su importe fue precisamente una de las partidas de dicho acuerdo, la Demandante no ha aportado prueba demostrando su pago, mientras que los testigos de Argentina unánimemente han afirmado que la Concesionaria nunca satisfizo el canon debido²⁰⁵ - todos estos son indicios que llevan al Tribunal al convencimiento de que OSM nunca llegó a pagar el canon. La conclusión se refuerza si se recuerda que OSM durante este periodo se encontraba en una situación de desequilibrio financiero agudo, que la red estaba cercana al colapso, y que OSM venía demandada con insistencia a la Provincia un incremento de la tarifa que la compensara por la inflación de costos: en una situación así, OSM tenía pocos incentivos para dedicar los escasos recursos de los que disponía a pagar el canon debido.
163. (ii) En segundo lugar, la República también imputa a la Empresa Concesionaria el impago de las cantidades debidas por la refinanciación de los créditos en divisas del ENOHSA²⁰⁶. Por las mismas razones expuestas en el párrafo anterior²⁰⁷, el Tribunal concluye que no llegó a cumplir la obligación de repago del préstamo originalmente concedido por el ENOHSA en los términos convenidos en la Segunda Carta de Entendimiento.

16.8. Conclusión

164. En su alegato final de cierre, la República Argentina declaró enfáticamente:

“Es decir, señores miembros del Tribunal, incumplieron todas las obligaciones. Absolutamente todas. La evidencia de que esto fue así la tienen”²⁰⁸.

165. En realidad, los hechos probados son más matizados: OSM logró cumplir las obligaciones de inversión asumidas en la Segunda Carta de Entendimiento, fallando únicamente en el compromiso de que solo un 15% de las inversiones pudiera consistir en bienes de uso. OSM en cambio incumplió las dos obligaciones de pago frente a la Provincia asumidas en la Carta: la obligación de pago del canon, y la obligación de devolución del préstamo del ENHOSA.

²⁰⁴ Transcripción, p. 1335.

²⁰⁵ Hernández, transcripción, p. 567; Saura, transcripción, pp. 772- 773.

²⁰⁶ Transcripción, pp. 1335 – 1336.

²⁰⁷ En este caso, la prueba testifical de la Demandada son Hernández, transcripción, p. 567 y Lentini, p. 934.

²⁰⁸ Transcripción, p. 1336.

166. Los incumplimientos – parciales – de OSM, no pueden valorarse sin tomar en consideración el propio comportamiento de la Provincia. Y constituyen hechos probados que tanto la UNC como el EPAS concluyeron que, aplicando la metodología prevista en la Segunda Carta de Entendimiento, OSM tenía derecho a un incremento de la tarifa del 51,91% – incremento tarifario que la Provincia se negó a reconocer. Además, también está probado que la Provincia a su vez incumplió obligaciones de pago que había asumido frente a la Empresa Concesionaria: no llegó a pagar las subvenciones por jubilados y carenciados correspondientes a los ejercicios 2006, 2007 y 2008 hasta después de la intervención²⁰⁹.

17. EL DESEO DE SAURI DE ABANDONAR SU POSICIÓN COMO OPERADOR TÉCNICO

167. La Demandada también ha alegado que durante todo este periodo Sauri deseaba cesar en su función como Operador Técnico, y que en un escrito dirigido a la Provincia y fechado el 16 de septiembre de 2008 incluso dejó “expresa constancia de su intención de abandonar la Concesión”²¹⁰.
168. En realidad, los hechos no acaecieron en la forma en que los relata la Demandada, y no tienen las consecuencias que de ellos pretende extraer.
169. El 17 de noviembre de 2003 Sauri había iniciado el presente arbitraje contra la República Argentina, alegando que las actuaciones de la Demandada violaban las garantías otorgadas por el APRI. En marzo de 2007, es decir desde antes de la firma de la Segunda Carta de Entendimiento, Sauri se había dirigido a la Provincia²¹¹, pidiendo autorización para poder transferir las acciones de AdM al Grupo Mastronardi, y declarándose dispuesta a desistir del arbitraje ante el CIADI en el caso de que la autorización se concediera y las acciones efectivamente se transfirieran a dicho comprador. El interés de Sauri por desprenderse de sus participaciones se hizo público, y fue incluso divulgado en la prensa local²¹².
170. La Provincia, aun siendo consciente de que Sauri tenía intenciones de deshacerse de su inversión, continuó las conversaciones con OSM y en mayo de 2007 estuvo dispuesta a firmar la Segunda Carta. Pero es más: la Provincia incluso entabló negociaciones con la empresa francesa, para adquirir directamente los títulos y deshacer la privatización de la concesión de aguas. Pero a pesar del acuerdo de la vendedora la operación no pudo realizarse, pues sometida por el Gobernador al Parlamento, el Poder Legislativo de la Provincia la rechazó²¹³.
171. Una vez descartada la venta de las Acciones clase C) a la Provincia, Sauri intentó nuevamente vender su participación al grupo inversor Mastronardi, y de ello informó nuevamente a la

²⁰⁹ Cfr. para. 140 *supra*.

²¹⁰ Dúplica, para. 189.

²¹¹ Carta de 22 de marzo, Doc. ARA 142.

²¹² “Ciudadano” de 16 de abril de 2007; Doc. S 664.

²¹³ Doc. ARA 160: Carta de OSM al Ministro de Infraestructuras de la Provincia de 16 de septiembre de 2008, p. 2.

Provincia en la carta de 16 de septiembre de 2008²¹⁴ – carta en la que la República basa su imputación de que Sauri había decidido abandonar la Concesión.

172. En realidad, la misiva de Sauri no prueba ninguna intención de abandono, sino de vender las acciones y dar por terminado el contencioso con la República. La empresa francesa informa a la Provincia de que está en conversaciones con el grupo Mastronardi, para venderle sus participaciones en OSM, añadiendo que estaría dispuesto a desistir de la acción ante el CIADI si la Provincia
- Autorizara la transferencia de la calidad de Operador Técnico a una nueva empresa (indicándose que podría ser Befesa Argentina S.A),
 - Declarara que nada tiene que reclamar a Sauri o a AdM, o a sus empleados y directivos, y
 - Consintiera la rescisión del Contrato de Asistencia Técnica, que une a AdM y OSM, sin ningún tipo de penalidad para Sauri.
173. En resumen: los hechos probados muestran que, ya desde antes de la Segunda Carta de Entendimiento, Sauri estaba intentando vender sus participaciones, y que entre los posibles compradores estuvo la propia Provincia, y que esta opción se frustró porque no fue aprobada por el Parlamento Provincial.

18. LA INTERVENCIÓN ADMINISTRATIVA DE OSM

174. La intervención administrativa es una prerrogativa de la administración prevista y regulada en el art. 48 de la Ley n° 6.044:

“El Poder Ejecutivo a requerimiento del E.P.A.S., podrá disponer la intervención administrativa del Concesionario, empresario prestatario o de explotación del servicio, por el plazo de hasta ciento ochenta días prorrogables por igual término. Será procedente cuando el incumplimiento de las obligaciones legales o convencionales importe irregularidad en las condiciones de prestación y las sanciones previstas precedentemente no sean adecuadas para su restablecimiento.

La intervención tendrá por objeto restablecer la regularidad en las condiciones de prestación del servicio sin que importe necesariamente la sustitución temporaria de los órganos de dirección y administración de la entidad prestataria”²¹⁵.

175. La Ley diseña pues la intervención como una medida temporal (limitada a dos periodos de 180 días), que procede cuando el Concesionario incumpla obligaciones legales o convencionales, que provoquen irregularidad en el servicio, irregularidad que no pueda ser salvada mediante sanciones. Su finalidad es el restablecimiento del servicio, y por regla

²¹⁴ Doc. ARA 160: Carta de OSM al Ministro de Infraestructuras de la Provincia de 16 de septiembre de 2008.

²¹⁵ Doc. ARA 77.

general la designación del interventor no conllevará la sustitución de los órganos de dirección y administración.

18.1. El procedimiento administrativo que desembocó en la intervención

176. El informe emitido por la asesoría jurídica del EPAS el 7 de julio de 2009 representa el primer paso en el proceso administrativo que desembocará en la intervención administrativa de OSM^{216 217}.

18.2. El informe jurídico del EPAS

177. Este documento, firmado por el Dr. Carlos Giuffre, asesor jurídico interno del EPAS, es enormemente ilustrativo, pues en él se explican pormenorizadamente los hechos y los fundamentos jurídicos que desembocaron en la intervención de la Empresa Concesionaria.

178. Los hechos que, según el informe del EPAS justifican la intervención, pueden ser agrupados en las siguientes categorías:

(i) Mal estado de ciertas instalaciones (Hecho 1): existen una serie de instalaciones, encomendadas a OSM, que se encuentran en mal estado de funcionamiento. De entre ellas, la más importantes son los colectores de Guymallén y Las Heras, que como la propia OSM se había encargado de comunicar, se encuentran en riesgo técnico y para los que OSM ha pedido una subvención de 20 M \$²¹⁸. Otra instalación que se cita expresamente es el acueducto Potrerillos, que presenta un déficit de mantenimiento.

(ii) Incumplimiento de las metas de calidad de los efluentes tratados (Hecho 4): las plantas de tratamiento están sobrecargadas por falta de inversión y no están realizando correctamente su cometido.

(iii) Baja presión en el suministro del agua (Hechos 5, 13): el diseño de la red es inadecuado, por la escasez de conducciones de diámetro suficiente; algunas perforaciones no cuentan con sistema automático de funcionamiento o de presurización; insuficiencia del servicio en San Rafael.

(iv) Problemas con la calidad del agua (Hechos 2, 3 y 11): en algunos domicilios del departamento de Godoy Cruz se ha detectado manganeso en el agua suministrada, habiendo ordenado el EPAS que se redujera la tarifa a los afectados en un 62% e imponiendo una multa de 100.000 \$; una partida de hipoclorito de sodio suministrada por un tercero a OSM alcanzaba valores superiores al límite admitido de mercurio por litro; también se ha impuesto una sanción de 105.000 \$ a OSM por problemas de calidad en Jocolí-Lavalle.

²¹⁶ Doc. S 341.

²¹⁷ Recuérdese que el 6 de julio es la fecha en la que la Gerencia Financiera del Ente emitió un segundo informe sobre el incumplimiento de la obligación de invertir, que se ha descrito en el para. 136 *supra*, y que también sirve de sustento para la intervención.

²¹⁸ Cfr. para. 144 *supra*.

- (v) Plan de contingencia (Hecho 7): aunque OSM lo ha presentado, tiene un carácter teórico, careciendo de elementos específicos que permitan formular planes de prevención y mitigación.
- (vi) Imposición de multas: (Hecho 8): OSM ha impuesto a OSM durante los años 2007 y 2008 un total de 27 multas por un importe de 745.000 \$.
- (vii) Incumplimiento de inversiones Primer Carta de Entendimiento (Hecho 9): según la Primera Carta de Entendimiento, OSM se había comprometido a realizar obras en el bienio 2005-2006 por importe de 7.831.000 \$ (Anexo III); en realidad en el año 2007 solo se realizaron obras por importe de 4.809.940 \$, existiendo por lo tanto un déficit del 39%.
- (viii) Incumplimiento de inversiones de Segunda Carta de Entendimiento (Hecho 10): el informe alega que OSM ha incumplido sus obligaciones de inversión dimanantes de la Segunda Carta, verificándose un incumplimiento del 61% (3.589.962 \$ ejecutados sobre 9.137.500 \$ previstos²¹⁹).
179. El informe también recoge los impagos recíprocos en los que han incurrido ambas partes: “A la fecha, ni el Estado ni OSM SA han abonado los importes correspondientes a 2006, 2007, 2008 y 2009”. Calcula que OSM debe 5 M \$ por impuestos y 8 M \$ por canon, mientras que la Provincia debe 5 M \$ por jubilados y carenciados.
180. Además, el informe analiza lo que denomina “cláusula gatillo”, que dispara la procedencia de realizar una revisión tarifaria por modificación en los costos. Confirma que el 7 de marzo de 2008 se cumplió la “cláusula gatillo”, que habilita la procedencia de realizar una revisión tarifaria, y reconoce que los estudios del EPAS y de la UNC muestran la procedencia de un incremento de tarifa del 51,91%, considerando inversiones, y del 36,57% sin considerar inversiones.
181. El informe describe a continuación el marco jurídico aplicable, y aplicando la norma a los hechos alegados, recomienda que se adopten decisiones que tengan efectos inmediatos. Las sanciones no reúnen este requisito, pues OSM utiliza todos los medios a su alcance para evitar el cumplir las decisiones emanadas del EPAS, con el resultado de que los usuarios no obtienen respuestas que satisfagan sus necesidades. En consecuencia, entiende que se reúnen las causales previstas en el art. 48 de la Ley n° 6.044 para decretar la intervención.

18.3. La propuesta de intervenir

182. Casi un mes después, el 3 de agosto el Directorio del EPAS, tomando como fundamento el informe jurídico del Dr. Giuffrè, con el que dice “concuera en un todo”, adoptó un acuerdo unánime²²⁰, por el que “solicitaba” al Poder Ejecutivo la intervención administrativa de OSM por el plazo de 180 días, prorrogables por igual término. La intervención debería consistir en

²¹⁹ Estas cifras son inconsistentes con el informe de la Gerencia Financiera del EPAS de la misma fecha: cfr. para 158 - 159 *supra*.

²²⁰ Doc. S 355.

la sustitución temporaria de los órganos de dirección y administración de la Empresa Concesionaria, y su objeto sería “restablecer la regularidad en las condiciones del servicio”.

18.4. La simultánea propuesta de aumentar tarifa

183. *Pro memoria*: de acuerdo con el procedimiento convenido en la Segunda Carta de Entendimiento, una vez planteada por OSM una solicitud para la revisión de tarifa por modificación de costos, el proceso se desarrollaba en tres fases:

- La primera exigía que el EPAS, en el plazo de 10 días, confirmara que la causal se había cumplido – confirmación que el EPAS emitió en plazo el 13 de marzo de 2008;
- La segunda consistía en que el EPAS, con la ayuda en su caso del auditor externo, calculara la modificación correcta de la tarifa, aplicando la metodología desarrollada por la UNC, y sometiera una propuesta de modificación a la Provincia; este proceso debería realizarse en el plazo máximo de 30 días desde la solicitud de la Concesionaria – en nuestro caso este plazo vencía el 1 de mayo de 2008;
- Recibida la propuesta del EPAS, la Provincia dictaría el pronunciamiento final, sin que la Carta fijara un determinado plazo perentorio.

184. Recuérdesse también que el 12 de febrero de 2009 la Gerencia Financiera del EPAS, una vez recibido el informe de auditoría de la UNC, había emitido un informe interno, dirigido al Presidente del órgano, en el que concluía que era procedente aplicar un aumento de tarifa del 51,91% (para una inversión de 14.450.000 \$ anual y de 36,57% sin considerar inversiones). Sin embargo, a pesar de haberse emitido el informe técnico interno, el Directorio del EPAS nunca adoptó la siguiente actuación exigida por la Segunda Carta de Entendimiento: someter la propuesta a la Provincia.

185. De acuerdo con la literalidad de lo pactado, el plazo de 30 días se debería contar desde la solicitud de OSM, y había finalizado el 1 de mayo de 2008; pero una interpretación enormemente benevolente, quizá se pudiera entender que el plazo empezaría a correr cuando la UNC hubiera emitido su informe, es decir el 12 de febrero de 2009; lo que es injustificable es que si desde el 12 de febrero de 2009 el EPAS disponía de un informe interno, que refundía la información de la UNC, el Directorio esperara hasta el 3 de agosto de 2009 – es decir casi medio año – antes de adoptar la decisión de someter la propuesta de incremento tarifario a la Provincia. Fue precisamente en la misma reunión en la que propuso la intervención de OSM, cuando el EPAS finalmente decidió elevar los informes de la UNC y de su propia Gerencia a la Provincia, con la propuesta de que la tarifa se elevara en un 51,91% (asumiendo inversiones de 14.450.000 \$, y en un 36,57% sin considerar inversiones).

18.5. La decisión del Gobernador de intervenir

186. El propio 3 de agosto de 2009, el Gobernador de la Provincia, actuando en Acuerdo de Ministros promulgó del Decreto n° 1.690²²¹, por el que disponía la intervención

²²¹ Doc. S 323.

administrativa de OSM “con el objeto restablecer la regularidad de las condiciones de prestación del servicio y asegurar la continuidad del mismo”, por un plazo inicial de 180 días, que podrían ser prorrogados por igual término. A continuación se nombró interventor al Ing. Gonzalo Manuel Dávila, el vicepresidente del EPAS, con la remuneración equivalente a la de un Ministro y con la función de

- Restablecer la prestación del servicio;
- Realizar una evaluación integral de los acuerdos vigentes;
- Analizar los contratos en curso de ejecución;
- Realizar una auditoría integral;
- Mantener las fuentes de trabajo.

187. El Decreto ordena que el interventor ejercerá la totalidad de las atribuciones otorgadas en el Estatuto Social y/o reglamentaciones internas vigentes al Directorio y a su Presidente. Recuérdese que la Ley n° 6.044 permite dos clases de intervención: la más leve que no conlleva sustitución de los administradores de la empresa intervenida, y la más grave, que sí lo supone. De entre estas dos opciones, en el caso de OSM el Gobernador se decantó por la figura más grave.
188. El Decreto justificaba la decisión de intervenir en los mismos argumentos esgrimidos en el informe jurídico del EPAS de 7 de julio, argumentos que la proposición del Directorio de dicho ente había hecho suyas.
189. OSM reaccionó jurídicamente frente al Decreto de intervención deduciendo recurso de revocatoria ante el propio Gobernador²²², en el que pedía la suspensión provisional de la medida y eventualmente su revocación. En esencia, el recurso alegaba que el Decreto estaba viciado por desviación de poder, pues la intervención en realidad no pretendía restablecer las condiciones de prestación del servicio, sino la toma de posesión por el Gobierno Provincial de la Empresa Concesionaria. Además, discutía pormenorizadamente la existencia de cada una de las circunstancias fácticas tenidas en cuenta al disponer la intervención, concluyendo que tales circunstancias no habían acaecido en la forma alegada en el Decreto. Finalmente, alegaba que se había violado el derecho de defensa de OSM, concluyendo que mediante la intervención se ha expropiado indirectamente a OSM sin el previo pago de la pertinente indemnización.
190. El recurso fue desestimado por silencio administrativo.²²³

²²² Doc. S 524.

²²³ Demanda, para. 139.

18.6. La decisión del Gobernador de aumentar la tarifa

191. El mismo día 3 de agosto, el Gobernador expidió un segundo Decreto, el n°. 1.703²²⁴, por el que ordenaba el incremento de la tarifa de OSM en un 36,57%. El Gobernador basó su decisión en el informe de la UNC y en la propuesta del Directorio del EPAS de ese mismo día. Recuérdese que en dicha propuesta se incluía la propuesta de que la tarifa se elevara en un 51,91% (asumiendo inversiones de 14.450.000 \$, y en un 36,57% sin considerar inversiones). Dentro de esta horquilla, el Gobernador se decantó por el incremento más bajo, aunque este incremento no satisficiera los compromisos asumidos en la Segunda Carta de Entendimiento. Por ello, el Decreto declara que el aumento de tarifa se hace:

“en forma anticipada y provisoria y a cuenta de la que resulte de la aplicación estricta del procedimiento previsto por el art. II.5 de la [Segunda] Carta de Entendimiento”²²⁵.

192. Es decir: de acuerdo con su propia literalidad, el incremento decretado por el Gobernador el 3 de agosto de 2009 sigue sin dar cumplimiento fiel a los compromisos de ajuste de tarifa aceptados por la Provincia en la Segunda Carta de Entendimiento.

18.7. La ejecución de la intervención

193. El propio día 3 de agosto de 2009 el Interventor, acompañado de un nutrido grupo de ayudantes, y con presencia de la fuerza pública, notificó el Decreto de intervención y tomó físicamente control de OSM. De acuerdo con lo previsto en el Decreto de intervención, el interventor sustituyó en la totalidad de sus funciones a los órganos de administración de OSM previstos en la Ley y en los estatutos, y asumió todos los poderes ejecutivos de la compañía. Entre las primeras medidas que el interventor adoptó fue la de suspender en sus funciones primero y despedir posteriormente al Personal Especialista que Sauri había puesto a disposición de OSM en cumplimiento del art. 2.2. del Contrato de Concesión²²⁶. Se trataba de la directiva A. Alberdi y del director de operaciones F.R. Pagnotta, que fueron despedidos el 26 de agosto de 2009.

194. A partir de la intervención, todas las decisiones de gestión fueron adoptadas por el interventor, sin consulta o ratificación por los accionistas propietarios de OSM, y bajo su propia responsabilidad. Entre las medidas adoptadas estuvo la contratación de 50 nuevos empleados, afectos a tareas de mantenimiento del servicio en la órbita de la Gerencia de Explotación²²⁷.

195. No parece que la toma de control por el interventor y a través de él por la Provincia hayan redundado en una inmediata mejora del servicio. Los problemas de contaminación por manganeso parece que no desaparecieron²²⁸, se repitió en abril de 2010 un episodio de

²²⁴ Doc. S 324.

²²⁵ EdeM IX.

²²⁶ Cfr. para. 55 *supra*.

²²⁷ Contestación, para. 461.

²²⁸ Según noticias de la prensa: cfr. Doc. S 669; reconocido por la Demandada, Contestación para. 408.

contaminación con mercurio²²⁹, y en el verano de 2009 miles de vecinos de Las Heras y Guaymallén (la zona sobre cuyas deficiencias OSM venía advirtiendo²³⁰) se quedaron sin agua²³¹. Tampoco parece que el interventor haya podido resolver el crónico problema de infra inversión. En marzo de 2010 el EPAS eximió a la OSM intervenida de la obligación legal de presentar el informe anual sobre el cumplimiento del POE con respecto al ejercicio de 2009 – de esta forma, el interventor no tuvo que rendir cuentas sobre las inversiones realizadas en dicho ejercicio y sobre el cumplimiento de las Metas Cuantitativas exigidas por el Contrato de Concesión.

196. La República no ha negado la continuidad de estos problemas, pero lo justifica diciendo que²³²

“Gran parte del deterioro encontrado tiene una inercia de arrastre directamente relacionada con una década de desinversión y de gestión operativa ineficiente, cuya reversión requeriría en el mejor de los casos un período de sobreinversión equivalente”.

19. LA RESCISIÓN DEL CONTRATO DE CONCESIÓN

197. De acuerdo con el art. 48 de la Ley n° 6.044 la intervención administrativa únicamente puede extenderse durante dos periodos sucesivos de 180 días. El Gobierno de la Provincia hizo uso de esta posibilidad, y el segundo de los periodos de intervención finalizó en junio de 2010. Al vencer este plazo, no cabían ulteriores prorrogas mediante Decreto, por lo que se tuvo que promulgar una ley especial – la n° 8196 – extendiendo una vez más el periodo de intervención.
198. Terminada la intervención, la gestión y administración de OSM debería revertir a Sauri y a los demás accionistas. Sin embargo, el Gobernador de la Provincia ya había anunciado, con ocasión del discurso pronunciado el 1 de mayo de 2010 ante el Parlamento Regional, que la empresa se encontraba en “una crítica situación por años de desidia en su gestión privada” y que “debe volver a estar en manos del Estado provincial”²³³.
199. El instrumento jurídico para alcanzar este fin político fue la rescisión del Contrato de Concesión, al amparo de su art. 13.3. Esta cláusula permitía la rescisión unilateral por el concedente, de haberse producido algún incumplimiento de las obligaciones asumidas por el Concesionario, o si éste hubiera incurrido en determinadas conductas irregulares. La norma ordena que la decisión de intervenir se debería graduar, teniendo en cuenta la gravedad de la infracción, los perjuicios al servicio, la afectación del interés público y el grado de

²²⁹ Según noticias de la prensa: cfr. Doc. S 677; en el artículo publicado por el diario UNO el 19 de abril de 2010, el líder sindical Sr. Canone declara que “Obras Sanitarias está hoy peor que antes de la intervención”.

²³⁰ Cfr. para. 144 *supra*.

²³¹ Según noticias de prensa: cfr. Docs. S 671, 672 y 674; la Contestación, para 470, sin negar radicalmente los hechos, lo reduce a abastecimiento irregular de aproximadamente 20.000 personas.

²³² Contestación, para. 463.

²³³ Los Andes, 2 de mayo de 2010; Doc. S 680.

negligencia o dolo. En el caso de que el incumplimiento o la infracción fueran subsanables, antes de rescindir la concesión, el Contrato exige que se intimide al Concesionario, para que éste pueda corregir o subsanar su acción y efectuar el correspondiente descargo²³⁴.

200. El 12 de julio de 2010 el Gobernador decretó la rescisión del Contrato de Concesión²³⁵ por culpa del Concesionario, imputándole:

- El incumplimiento grave de sus obligaciones contractuales²³⁶;
- Atrasos reiterados e injustificados en el cumplimiento de las Metas Cuantitativas o de las inversiones convenidas en el POE²³⁷;
- Reiterada violación al Reglamento del Usuario²³⁸;
- Reticencia u ocultamiento reiterado al ente regulador²³⁹;
- La falta de constitución de la garantía²⁴⁰;
- Cambios no autorizados en la composición societaria²⁴¹.

Como fecha de la rescisión se fijó el 27 de septiembre de 2010, fecha en la que se procedería a la recepción provisoria del servicio.

19.1. La Auditoría General

201. La fundamentación fáctica de la rescisión se encuentra en el informe “Auditoría General a OSM”, que el Decreto de intervención había ordenado se realizara, y que el interventor inició con la colaboración de la UNC²⁴². La Auditoría General era un proyecto de gran envergadura, que pretendía una revisión general de todos los aspectos que afectaran a la concesión y a la Empresa Concesionaria y que se había de desarrollar en cuatro Fases, A, B, C y D (relevamiento de la información base, desarrollo de la información, evaluación e integración final). En el momento de la rescisión del Contrato solo estaba completada la Fase B, que conllevaba el desarrollo de la información recogida en la Fase A. Este desarrollo se plasmó en un informe extenso, de 75 páginas, fechado el 28 de junio de 2010 y firmado por el Ing. Puliafito como Coordinador General, cuyas conclusiones son las siguientes:

²³⁴ Art. 13.11.III.

²³⁵ Decreto n° 1541 de 12 de julio de 2010; Doc. A RA 114.

²³⁶ Art. 13.3.1.

²³⁷ Art. 13.3.2.

²³⁸ Art. 13.3.6.

²³⁹ Art. 13.3.7.

²⁴⁰ Art. 13.3.9.

²⁴¹ Se trata de la salida del grupo Azurix y la entrada de Aguasur, y de los cambios en el control del grupo Sauri; Contestación, para. 499.

²⁴² Doc. A RA 114.

“Queda debidamente sustanciado y establecido, más allá de toda duda razonable y circunstancia atenuante, que el Concesionario y su Operador Técnico incumplieron grave y reiteradamente las obligaciones emergentes del Contrato de Concesión, el Decreto Marco Regulatorio 911/95, la Ley Prov. 6044, la Ley Nac. 19550 de Soc. Comerciales y otras Leyes Nacionales y Provinciales, con consecuencias gravosas sobre la calidad de vida de los ciudadanos, la calidad del medio ambiente y el Patrimonio de Estado Provincial”²⁴³.

Contenido

202. La Auditoría General realiza una valoración devastadora del comportamiento de OSM como Concesionario del servicio público:

- En primer lugar, imputa a OSM un incumplimiento grave en la calidad del servicio de agua potable y cloacas, que se resume en los siguientes términos²⁴⁴:

“¿Cómo puede justificarse que el Operador Técnico de la Empresa, a quien se había preclasificado por sus antecedentes técnicos, y de quien se esperaba produjera transferencia de tecnología y aportes de conocimientos – como efectivamente está contemplado en el Contrato de Operación Técnica – no solo no contribuyera a la capitalización técnica de la Empresa, *sino que lo hiciera inversamente a su descapitalización*, condenando así al bien social entregado en custodia a retroceder al subdesarrollo de que se estaba emergiendo? La magnitud de la defraudación a la Provincia y sus ciudadanos está en relación directa con las expectativas que forjaron la transformación del sector en la Ley n° 6044”.

- En segundo lugar, alega que OSM ha incurrido en graves incumplimientos en la continuidad del servicio y la atención al usuario, concluyendo²⁴⁵

“También resalta de dicha descripción que el servicio ha venido deteriorándose en forma sostenida, hasta alcanzar los niveles críticos actuales que dieron como consecuencia la intervención, entre otras cosas *implicando una deficiente atención de los reclamos técnicos de los usuarios y un considerable atraso en su solución, con un incumplimiento grave de las metas del Anexo III del Contrato de Concesión en cuanto a los tiempo de respuesta*”.

- En tercer lugar, estima que OSM ha incumplido gravemente el POE;
- Y finalmente, alega que OSM ha fallado en la realización de la gestión técnico-operativa²⁴⁶:

“Una gestión ineficiente e impropia orientada conlleva el incumplimiento de las metas del Anexo III del [Contrato]; pero simultáneamente se establece también un incumplimiento directo del Art. 3.3.10 del Contrato de Concesión... Además de todo lo

²⁴³ P. 76.

²⁴⁴ Pp. 37-38.

²⁴⁵ P. 43; cursiva en el original.

²⁴⁶ P. 68.

anterior, el ocultamiento reiterado de la información relevante del Estado de Riesgo del Sistema (IV.3.4.1), constituye una violación del deber de cooperación con el Ente Regulador”.

Trámite de audiencia

203. La Auditoría General adolece, sin embargo, de una grave deficiencia procedimental: el informe – cuyo objetivo recuérdese es encausar la actuación de Sauri como accionista principal y operador técnico de la concesión – fue emitido sin haberse dado trámite de audiencia ni a OSM ni a Sauri (ni directamente ni a través de ninguna de sus empresas participadas). Durante la elaboración del informe, sus redactores nunca escucharon los argumentos de Sauri, a Sauri nunca se le entregó un borrador para que lo pudiera comentar, y Sauri únicamente conoció su contenido a través de la página web del EPAS²⁴⁷.
204. El Ing. Puliafito, Coordinador General de la Auditoría General, compareció como testigo en la Audiencia y confirmó que en ningún momento tuvo ningún contacto, ni con Sauri, ni con AdM, y que antes de emitir la auditoria en ningún momento la puso a disposición de estas empresas²⁴⁸.
205. Sauri interpuso recurso de revocatoria contra la decisión del Gobernador de rescindir el Contrato de Concesión²⁴⁹, recurso que actualmente se encuentra pendiente de decisión²⁵⁰.

20. LA LIQUIDACIÓN DE OSM

206. Una vez rescindido el Contrato de Concesión con efectos 27 de septiembre de 2010, el interventor convocó una Asamblea General Extraordinaria de Accionistas de OSM para el 1 de octubre de ese mismo año²⁵¹. Al tratarse de una sociedad de objeto único – la explotación de la Concesión – y al haberse decretado la rescisión del Contrato que constituía su único objeto, la sociedad se hallaba incurso en una causal de disolución. Celebrada la Asamblea con presencia de todos los accionistas, incluidos representantes de Sauri y de la propia Provincia, que seguía siendo accionista minoritario de la empresa, se decidió por unanimidad disolver la sociedad y nombrar liquidadores²⁵².
207. Comenzó así el proceso de liquidación, aun hoy no finalizado, cuyo objetivo es que OSM realice todos sus bienes y derechos, y satisfaga todas sus obligaciones. Privada del Contrato de Concesión que constituía su objeto, el único activo realizable lo constituyen los créditos frente sus clientes, nacidos antes de la fecha de rescisión y aun no cobrados. Dado que OSM

²⁴⁷ Réplica, para. 180.

²⁴⁸ Transcripciones, Audiencia día 3, p. 687: ll. 18 y ss; y p. 690: II. 22 y ss.

²⁴⁹ Doc. S 800.

²⁵⁰ Réplica, para. 183.

²⁵¹ Doc. S 871.

²⁵² Doc. S 785; Sauri hizo las reservas y manifestaciones oportunas sobre la ilegalidad de la rescisión.

ha cesado en la prestación de servicios a los deudores de estos créditos, y no puede amenazar con cortar el suministro, el cobro íntegro de estos créditos es bastante dudoso. Con las cantidades que finalmente logre cobrar, OSM tendrá que atender los pasivos surgidos hasta la fecha de rescisión – pasivos que fueron incurridos mientras la gestión de OSM estaba en manos del interventor. La Demandada no ha alegado (y menos probado) que exista expectativa real alguna de que los accionistas puedan llegar a cobrar una cantidad significativa a resultas del proceso de liquidación – y en consecuencia el Tribunal Arbitral partirá de la asunción de que Sauri nunca llegará a recibir importe alguno²⁵³.

208. Un problema adicional es que las cuentas anuales de OSM a 31 de diciembre de 2009 no han sido aprobadas por los accionistas; la razón aducida es que el interventor, pocos días antes de finalizar su misión, había modificado el proyecto de cuentas anuales para introducir gastos y provisiones adicionales por un importe total de 130 M \$²⁵⁴. Tras el cese de la intervención, los liquidadores suspendieron la modificación introducida por el interventor²⁵⁵, en espera de que los accionistas adoptasen el acuerdo oportuno – cosa que no consta en autos haya ocurrido.

21. LA GESTIÓN DE LA CONCESIÓN TRAS LA RESCISIÓN DEL CONTRATO

209. Tras la rescisión del Contrato de Concesión, una sociedad pública, controlada por la Provincia de Mendoza, se hizo cargo del servicio público de provisión de agua potable y saneamiento dentro del área concedida a OSM: se trata de Agua y Saneamiento de Mendoza, Sociedad Anónima con Participación Estatal Mayoritaria [“Aysam”], una sociedad pública que ya había sido creada por el Decreto n° 1.737 de 30 de julio de 2010²⁵⁶. Esta empresa se hizo cargo de la Concesión y continuó prestando los mismos servicios que habían venido siendo provistos por OSM - con la significativa diferencia de que desde la misma fecha en que tomó posesión, la tarifa quedó incrementada en un 37% con respecto a la percibida por OSM.
210. Una cuestión de gran trascendencia para el presente arbitraje es analizar cómo Aysam se desarrolló en la gestión del servicio que le fue encomendado. ¿Encontró las mismas dificultades que OSM? ¿O generó un superávit que le permitió acometer el déficit de inversiones en el que OSM había incurrido?

La carta dirigida al Parlamento

211. Existe un documento oficial, preparado por la propia Aysam, que arroja luz sobre su desempeño en la gestión de los servicios de agua potable y de cloacas. Se trata de una carta oficial, que Aysam envió en enero de 2011, a petición del Poder Legislativo, al Parlamento

²⁵³ Si Sauri llegara a cobrar alguna cantidad, deberá deducirse de la indemnización debida a cuenta de este procedimiento, para evitar un enriquecimiento injusto.

²⁵⁴ Acta de Directorio de 20 de septiembre de 2010, Doc. S 777.

²⁵⁵ Por acuerdo de 8 de noviembre de 2010, Doc. S 787.

²⁵⁶ Doc. S 764.

provincial²⁵⁷; en esta misiva, Aysam facilita una descripción veraz y desapasionada de la situación en la que se encuentra la nueva empresa concesionaria:

- Los ingresos de Aysam están representados por los pagos que realizaron los usuarios de agua y saneamiento a partir del día en que la empresa se hizo cargo del servicio, es decir el 28 de septiembre de 2010; la recaudación fue baja en el último bimestre de 2010, pues existe un desfase entre la provisión y el cobro del servicio, pero la empresa prevé que alcanzará niveles normales a partir de enero de 2011;
 - De acuerdo al proyecto de presupuesto de 2011 “la recaudación de Aysam no permite autofinanciar los gastos operativos”; es decir, Aysam reconoce frente al Poder Legislativo que, a pesar de que la tarifa que está cobrando en el ejercicio 2011 presentan un incremento de un 37% con respecto a los que cobraba OSM, los ingresos que obtendrá en 2011 no serán suficiente ni siquiera para pagar sus gastos operativos;
 - Aysam prevé que el “déficit de caja operativo anual para el año 2011 asciende a \$ 43.370.000”;
 - La empresa también prevé que este déficit se tendrá que compensar con fondos de subvención facilitados por la Provincia durante los años 2011 y 2012; y añade: “este fondo será decreciente en función de que se vayan ejecutando aumentos tarifarios que logren equiparar los gastos operativos con la tarifa cobrada”; Aysam por lo tanto prevé que la consecución de un nivel de ingresos que permita pagar los gastos operativos solo se podrá alcanzar si se promulgan nuevos aumentos tarifarios;
 - Las obras de mejora a realizar se detallan en un proyecto de Ley sometido al Parlamento y se tendrán que financiar con fondos públicos.
212. La carta enviada por Aysam al Poder Legislativo a comienzos del año 2011 muestra más allá de toda duda que la tarifa concedida por las Autoridades provinciales a OSM para sufragar los servicios de agua y saneamiento no era suficientes, ni aun con el incremento del 37% acordado tras la rescisión del Contrato de Concesión, para cubrir ni aun los gastos operativos de la Concesión. Si los fondos recaudados no bastaban ni siquiera para cubrir los gastos operativos, es evidente que OSM nunca tuvo la capacidad financiera para acometer inversiones, salvo que algún tercero estuviera dispuesto a aportar los fondos requeridos.

22. A MODO DE RESUMEN

213. La inversión de Sauri y de los otros miembros del consorcio en OSM, la Empresa Concesionaria del agua potable y del saneamiento en la Provincia de Mendoza, se mantuvo a lo largo de 11 años; este largo periodo puede ser dividido en tres grandes etapas:

²⁵⁷ Doc. S 770.

22.1. Primera etapa: desde 1998 hasta las Leyes de emergencia

214. La primera comenzó en 1998 con el otorgamiento del Contrato de Concesión y duró hasta la promulgación en 2002 de las Leyes de emergencia.
215. Cuando en 1998 la Provincia estructuró la licitación de la Concesión, lo hizo de tal forma que de los 150 M \$ pagados por el consorcio ganador, capitaneado por Sauri, 132 M \$ correspondieron a la Provincia y únicamente 18 M \$ fluyeron a las arcas de OSM. El POE adjuntado al Contrato preveía – aunque fuera con carácter “referencial” - que hasta el año 2020 la Empresa Concesionaria debería realizar inversiones por importe de 336 M \$. Dado que ni a Sauri ni a los otros miembros del consorcio se les exigió ningún compromiso de aporte de nuevos fondos a OSM, las inversiones necesariamente tenían que ser financiadas a través de la tarifa pagada por los usuarios.
216. Durante los tres años de la primera etapa, OSM gestionó la Concesión sin grandes contratiempos, generando un modesto superávit y alcanzando en gran medida las Metas Cualitativas exigidas por el Contrato; durante esta etapa, sin embargo, ya se pusieron de manifiesto tensiones con el EPAS. La principal desavenencia se refería a la obligación de invertir: mientras OSM interpretaba el Contrato en el sentido de que solo debía alcanzar las Metas Cuantitativas, sin estar obligado a un determinado volumen de inversión, el supervisor entendía que las inversiones “referenciales” individualizadas en el Anexo III del POE (por importe de 336 M \$) tenían carácter obligatorio²⁵⁸.

22.2. Segunda etapa: desde las Leyes de emergencia hasta la Segunda Carta de Entendimiento

217. A principios del año 2002 la República Argentina se declaró en estado de emergencia económica, y una de las consecuencias fue que *ope legis* se impuso la renegociación de todos los contratos de obras y servicios públicos, incluyendo el Contrato de Concesión. La renegociación entre OSM y la Provincia fue enormemente complicada y duró nada menos que cinco años – alcanzó su fin cuando en mayo de 2007 finalmente se otorgó la Segunda Carta de Entendimiento. Durante este quinquenio, la tarifa aprobada en 1991 permaneció (con una mínima adaptación de carácter fiscal) en vigor, a pesar de que OSM reiteradamente solicitó aumentos y advirtió sobre el deterioro del servicio. Durante este periodo, OSM entró en una situación de pérdidas, las inversiones se fueron reduciendo, las infraestructuras se deterioraron y la calidad del servicio disminuyó visiblemente.
218. Las partes, sin duda actuando de buena fe, pretendieron poner fin a este periodo de dificultades y de desavenencias firmando la Segunda Carta de Entendimiento, una amplia transacción, que parecía resolver todas las discrepancias entre las partes:
- Se incrementó la tarifa en un 19,7%,
 - Se convino una metodología para las futuras revisiones de la tarifa por modificación de costos;

²⁵⁸ Sobre la correcta interpretación del Contrato, véase paras. 44 - 46 *supra*.

- Se transó la disputa relativa al carácter obligatorio de las inversiones, comprometiéndose la Concesionaria a alcanzar ciertos niveles anuales mínimos de inversión.

22.3. Tercera etapa: de la Segunda Carta de Entendimiento a la intervención y a la rescisión del Contrato

219. A pesar de que el otorgamiento de la Segunda Carta de Entendimiento parecía haber puesto punto y final a las disputas entre OSM y las autoridades provinciales, en la realidad de los hechos la situación no hizo más que agravarse.
220. En primer lugar, la entrada en vigor de la Segunda Carta se retrasó casi un año, hasta marzo de 2008, por causas burocráticas y políticas imputables a la Provincia. Durante este periodo, la tarifa de 1991 se mantuvo en vigor, y la situación de OSM continuó deteriorándose.
221. En segundo lugar, a los pocos días de la entrada en vigor de la Carta, en abril de 2008, OSM presentó una solicitud de revisión de tarifa por incremento de costos. Según lo pactado en la Carta, el EPAS debía emitir un informe previo, en un plazo perentorio de 30 días, y después elevarlo al Poder Ejecutivo provincial, quien en definitiva sería quien decretara la nueva tarifa.. En claro incumplimiento de lo convenido, el EPAS dilató el proceso de revisión, de forma que duró casi un año. Por fin, en febrero de 2009 el EPAS aprobó el informe interno previsto en la Segunda Carta, y en él se reconoció que la petición de OSM era correcta y que la tarifa debía aumentarse en un 51,91%. A pesar de haber alcanzado esta conclusión, el EPAS durante meses continuó negándose a proponer al Poder Ejecutivo un aumento de tarifa y sin tal propuesta la revisión no se pudo acometer. La propuesta para un incremento de la tarifa se pospuso durante seis meses más – una actitud incomprensible, pues el EPAS era plenamente consciente del estrangulamiento financiero de OSM y del progresivo deterioro del servicio, que estaba en situación de cuasi colapso. Finalmente el 3 de agosto de 2009 el directorio del EPAS elevó el informe al Poder Ejecutivo – y es enormemente significativo que en esa misma reunión el Directorio también propuso al Gobernador la intervención de OSM. La reacción del Gobernador se produjo ese mismo día y consistió en autorizar la intervención y decretar un aumento de tarifa en un 37%²⁵⁹.
222. En tercer lugar, el bloqueo de la revisión tarifaria, en contravención de la Segunda Carta, desde abril de 2008 hasta agosto de 2009, dejó a OSM en una situación de estrangulamiento financiero, con unos ingresos bloqueados y con unos costos afectados por fuertes incrementos. A pesar de ello, OSM logró cumplir las obligaciones de inversión asumidas en la Segunda Carta, fallando únicamente en un tema menor: el compromiso de que solo un 15% de las inversiones consistiera en bienes de uso.
223. La ausencia de fondos provocó, sin embargo, que OSM se viera forzada a incumplir dos obligaciones de pago asumidas en la Segunda Carta: la obligación del pago del canon y la de devolución del préstamo ENHOSA. OSM tampoco pagó, tras la firma de la Segunda Carta, los impuestos provinciales debidos por su actividad. La escasez de fondos de OSM se vio acrecentada porque la Provincia no solo incumplió su obligación de revisar la tarifa en los

²⁵⁹ En el porcentaje más bajo de la horquilla propuesta por EPAS.

plazos y con la metodología pactada, sino que tampoco pagó las subvenciones por jubilados y carenciados correspondientes a tres ejercicios.

224. La Segunda Carta de Entendimiento no llevó pues a una solución de compromiso, sino que la situación de enfrentamiento se agravó, el deterioro de la Empresa Concesionaria y el riesgo de colapso del servicio se agudizaron, y el 3 de agosto de 2009 el Gobernador decretó la intervención de OSM, apartó a Sauri y a los otros socios de la gestión y administración de la empresa, y otorgó todos los poderes a un interventor designado por el Poder Ejecutivo. Finalmente, con efectos 27 de septiembre de 2010, el Gobernador dio el paso definitivo y decretó la rescisión del Contrato de Concesión por causa imputable a OSM, le privó de la Concesión y se lo otorgó a Aysam, una empresa pública de nueva constitución. OSM, privada de su único activo, ha entrado en un proceso de liquidación, y no hay expectativa de que sus socios lleguen a recibir cantidad alguna a consecuencia de dicho proceso. En definitiva, los miembros del consorcio, que en su día habían invertido 150 M \$ por la concesión de aguas de la Provincia de Mendoza, han visto como tras 11 años de vicisitudes, su inversión ha quedado reducida a nada.

22.4. Coda

225. Una pregunta de gran interés para la correcta valoración de los hechos consiste en analizar el éxito o fracaso de la gestión asumida por Aysam como continuadora de OSM. En principio debería esperarse que la nueva concesionaria, controlada por la Provincia, tendría una situación mucho más desahogada, pues se benefició del incremento de tarifa del 37% decretada por el Gobernador al tiempo de la intervención.

226. Sin embargo la realidad es bien otra.

227. Aysam ha reconocido oficialmente, en carta dirigida al Parlamento Provincial, que la nueva tarifa es insuficiente ni aun para autofinanciar los gastos operativos de la concesión, previéndose un déficit operativo de 43 M \$ en el ejercicio 2011, que tendrá que ser cubierto con subvenciones de la Provincia. Aysam augura que el déficit, aunque disminuido, se mantendrá durante 2012.

228. Este reconocimiento de Aysam es la “prueba del nueve”, que demuestra más allá de toda discusión que la tarifa reconocida a OSM – que era en un 37% menor que la tarifa de la que disfrutaba la nueva concesionaria – no podía alcanzar ni para cubrir los gastos operativos del servicio. Fue el estrangulamiento financiero provocado por una tarifa a todas luces insuficientes, lo que hizo inviable la gestión de la concesión en manos de OSM. El EPAS y la Provincia, bloqueando o posponiendo reiteradamente las legítimas revisiones tarifarias solicitadas insistentemente por la Empresa Concesionaria, forzaron a OSM a una reducción de los gastos de mantenimiento, a una insuficiencia en la inversión, a una reducción de la calidad del servicio, en una palabra a una gestión de pura supervivencia, que dejó la Concesión en una situación de casi colapso. Situación que el poder concedente pretendió resolver, interviniendo primero la Empresa Concesionaria y rescindiendo a continuación el Contrato de Concesión, para otorgárselo a una empresa pública.

III. PRETENSIONES DE LAS PARTES

229. La Demandante solicita al Tribunal Arbitral en la conclusión de su Demanda²⁶⁰ que dicte un laudo con las siguientes decisiones:

“[J]oindre l’ensemble des demandes de SAURI;

juger que la République argentine a exproprié SAURI de son investissement;

juger que la République argentine n’a pas assuré à l’investissement de SAURI un traitement juste et équitable, ni une protection et une sécurité pleines et entières;

condamner, au titre de l’expropriation, la République argentine à indemniser SAURI d’un montant de 143,9 millions USD;

A titre subsidiaire, si le Tribunal devait décider qu’il n’y a pas expropriation, condamner, au titre de la violation des obligations de traitement juste et équitable et de protection et de sécurité pleines et entières, la République argentine à indemniser SAURI d’un montant de 143,9 millions USD;

condamner la République argentine à rembourser tous les frais et honoraires encourus par SAURI pour la préparation et poursuite de la présente instance d’arbitrage, y compris les frais et honoraires des arbitres, conseils, d’experts et les frais administratifs du CIRDI;

appliquer des intérêts composés sur l’ensemble des sommes octroyées au taux jugé approprié et pour la période jugée appropriée ;

octroyer toute autre mesure que le Tribunal arbitral estimera nécessaire”.

230. En su Réplica²⁶¹ la Demandante presenta las siguientes pretensiones:

“[J]uger que la République argentine a exproprié SAUR International de son investissement;

juger que la République argentine n’a pas assuré à l’investissement de SAUR International un traitement juste et équitable, ni une protection et une sécurité pleines et entières;

condamner la République argentine à indemniser SAUR International d’un montant de 143,9 millions USD, actualisé à partir du 3 août 2009 jusqu’à la date de la sentence par l’application d’intérêts composés au taux Libor + 2%;

²⁶⁰ Para. 311.

²⁶¹ Para. 386.

condamner la République argentine à rembourser tous les frais et honoraires encourus par SAUR International pour la préparation et poursuite de la présente instance d'arbitrage, y compris les frais et honoraires des arbitres, conseils, d'experts et les frais administratifs du CIRDI;

appliquer des intérêts composés sur l'ensemble des sommes octroyées au taux Libor + 2% et pour la période comprise entre la date de la sentence et celle du parfait paiement;

octroyer toute autre mesure que le Tribunal arbitral estimera nécessaire”.

231. La Demandada solicita al Tribunal Arbitral en la conclusión de su Contestación²⁶² que:

“[S]e tenga por presentado el presente Memorial de Contestación en tiempo y forma;

se declare que el presente reclamo es inadmisibile, que el Tribunal no tiene competencia, y que el CIADI no tiene jurisdicción respecto de este caso; y

alternativamente, se rechace en forma total el reclamo de la Demandante contra la República Argentina, por las razones de fondo antes expuestas, con costas”.

232. En la Dúplica la Demandada plantea las siguientes pretensiones²⁶³:

“[Q]ue declare que el Tribunal no tiene competencia y que el CIADI no tiene jurisdicción respecto del presente reclamo;

subsidiariamente, que rechace todas y cada una de las pretensiones de las Demandante; y

que ordene a la Demandante de pagar todos los gastos y las costas que surjan de este procedimiento arbitral”.

²⁶² Para. 935.

²⁶³ Para. 619.

IV. EXCEPCIONES PREVIAS PLANTEADAS POR LA REPÚBLICA ARGENTINA

233. En su escrito de Contestación, la República Argentina planteó dos excepciones previas, una por falta de competencia del Tribunal y de jurisdicción del Centro (*infra* 1) y la segunda por falta de admisibilidad del reclamo (*infra* 2). La Demandante se ha opuesto a la admisibilidad de ambas excepciones.
234. Las excepciones que Argentina ha interpuesto en su Contestación son adicionales a las planteadas en el inicio de este procedimiento, y que ya fueron rechazadas por el Tribunal en su Decisión sobre Jurisdicción²⁶⁴. A través de esta decisión el Tribunal rechazó cuatro argumentos que la República había planteado para objetar la jurisdicción del CIADI y la competencia del Tribunal. La Demandada objetaba:
- Que SAURI carecía de *ius standi* al ser solamente un socio de OSM (única titular del *ius standi*);
 - Que la diferencia sometida al Tribunal no cumplía con los requisitos establecidos en el artículo 25.1 del CIADI;
 - Que la diferencia sometida al Tribunal no constituía una controversia relativa a una inversión a efecto del artículo 8 del APRI;
 - Que las partes pactaron la jurisdicción de los tribunales de la Provincia de Mendoza a los fines de interpretación y ejecución del Contrato de Concesión.
235. Con fecha 27 de febrero 2006 el Tribunal Arbitral decidió por unanimidad que la controversia planteada por la Demandante está incluida dentro de la jurisdicción del Centro y de la competencia del Tribunal.

²⁶⁴ SAUR International c. República Argentina, Caso CIADI No ARB/04/4, Laudo del 27 de febrero de 2006.

1. LA EXCEPCIÓN DE FALTA DE COMPETENCIA DEL TRIBUNAL Y DE JURISDICCIÓN DEL CENTRO

1.1. La posición de las Partes

236. Comienza la Demandada su alegato, señalando que el APRI limita las obligaciones de las partes a admitir y promover las inversiones de aquellos inversores que actúen “en el marco de la legislación”²⁶⁵. Resalta que OSM no ha respetado la legislación vigente en la República Argentina, al cometer reiteradas conductas defraudatorias, que fueron detectadas por la Provincia luego de la intervención administrativa de OSM. La Demandada acusa a la Demandante de haber retirado indebidamente sumas millonarias de Pesos de OSM, defraudando a los restantes accionistas, los trabajadores y a las Autoridades públicas²⁶⁶. Las acusaciones fueron detectadas a través de la auditoría de la UNC, fueron denunciadas a los Tribunales competentes en junio de 2010, y son actualmente objeto de investigación en la justicia ordinaria de la Provincia de Mendoza.
237. En esencia, la alegada defraudación se realizó a través de una cuenta bancaria especial abierta en el Banco Regional de Cuyo, a través de la cual se transfirieron 21.450.908 \$ a AdM, bajo el concepto de honorarios al Personal Especialista y 731.374 \$ para cancelar facturas emitidas por AdM en concepto de gastos por cuenta y orden de OSM²⁶⁷. Estos conceptos tuvieron un impacto significativo sobre el resultado anual de OSM, en un porcentaje mayor al 30% de la rentabilidad anual de la compañía²⁶⁸. La República niega que dichos pagos, por su cuantía, puedan haber tenido por finalidad la de remunerar al personal expatriado de Sauri. Además, resalta que los pagos fueron cuidadosamente ocultados, incluyendo a la Provincia, lo que evidenciaría la mala fe de la Demandante²⁶⁹.
238. Desde el punto de vista jurídico, la Demandada argumenta que existe un principio general según el cual los activos extranjeros que pretendan ampararse en un APRI deben haberse invertido y desarrollado conforme a la legislación vigente en el Estado receptor. Apoya su posición en una serie de laudos dictados por Tribunales en arbitrajes de inversión, entre los que se encuentra *Desert Line*²⁷⁰, *Fraport*²⁷¹, *Phoenix*²⁷², *Inceysa*²⁷³, *Tokios Tokelès*²⁷⁴ y

²⁶⁵ Contestación, para. 45.

²⁶⁶ Contestación, para. 48.

²⁶⁷ Contestación, para. 51.

²⁶⁸ Contestación, para. 58.

²⁶⁹ Alegato de cierre, Transcripción p. 1350.

²⁷⁰ *Desert Line Projects LLC c. Yémen*, Caso CIADI No. ARB/05/17, Laudo del 6 de febrero de 2008, (Doc. AL RA 27).

²⁷¹ *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide c. Filipinas*, Caso CIADI N°. ARB/03/25, Laudo del 16 de agosto de 2007 (Doc. AL RA 28).

concluye que pretender que el APRI ampare una operación realizada eludiendo deliberadamente la ley, durante siete años, ofende al Estado cuya legislación se violó, ataca los principios generales de Derecho y al mismo sentido común²⁷⁵. En consecuencia la inversión de Sauri no se encontraría amparada por el Tratado y por ende el Tribunal carecería de competencia para dirimir la presente disputa.

239. La Demandante rechaza de plano la excepción planteada por la Demandada. Comienza su alegato recordando el texto del art. 2 del APRI, que es la norma sobre la que se apoya la República para justificar la excepción de jurisdicción, dice 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.”

240. La Demandante explica que el art. 2 del APRI, interpretado literalmente como ordena la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 23 de mayo de 1969 [la “Convención de Viena”], exige que los Estados cumplan su obligación de admitir y promover las inversiones “en el marco de su legislación”; esta exigencia se predica pues con respecto a los Estados, no con respecto a los inversores. La redacción del APRI Francia - Argentina es en este punto muy diferente de los AAPRI entre los Países Bajos y Turquía, y entre Ucrania y Lituania, que sirvieron de sustrato a los laudos en *Saba Fakes*²⁷⁶ y *Tokios Tokelès*²⁷⁷.
241. En segundo lugar, la Demandante alega que cuando un APRI impone una condición de legalidad a la inversión, la violación de la legalidad, para privar al tribunal de jurisdicción, debe haber sido cometida por el inversor en el momento de realizar su inversión. En apoyo de esta tesis, Sauri cita el laudo en el caso *Fraport*²⁷⁸. Y adicionalmente, esa ilegalidad tiene que suponer una violación substancial del ordenamiento jurídico del país receptor, pues de otra forma no se justifica la inaplicación del tratado. Así se desprende, en opinión de la Demandante, de los laudos en *Rumeli*²⁷⁹ y en *Saba Fakes*. En resumen, Sauri entiende que la ilegalidad de la inversión se aprecia en el momento de su realización y que debe ser substancial – lo que no ocurriría en el caso de autos²⁸⁰.

²⁷² *Phoenix Action c. República Checa*, Caso CIADI N°. ARB/06/5, Laudo del 15 de abril de 2009 (Doc. AL RA 29).

²⁷³ *Inceysa Vallisoletana SL c. El Salvador*, Caso CIADI N°. ARB/03/26, Laudo del 2 de agosto de 2006 (Doc. AL RA 33).

²⁷⁴ *Tokios Tokelès c. Ucrania*, Caso CIADI N°. ARB/02/18, Decisión de Jurisdicción del 29 de abril de 2005 (Doc. AL RA 34).

²⁷⁵ Contestación, para. 74.

²⁷⁶ *M. Saba Fakes c. República de Turquía*, Caso CIADI N°. ARB/07/20, Laudo del 14 de julio de 2010 (Doc. ASL 95).

²⁷⁷ Réplica, para. 212.

²⁷⁸ Réplica, para. 215.

²⁷⁹ *Rumeli c. Kazakhstan*, Caso CIADI N°. ARB/05/16, Laudo del 29 de julio de 2008 (Doc. ASL 52).

²⁸⁰ Réplica, para. 219.

242. En cuanto a los hechos concretos alegados por la República, Sauri niega que haya habido ningún tipo de apropiación indebida de fondos, afirma que la transferencia de los contratos de trabajo de los expatriados de OSM a AdM tenía como objetivo reducir los costos soportados por OSM por la contratación del Personal Especialista previsto en el Contrato de Asistencia Técnica y declara que la estructura fue diseñada e implementada tras obtener dictámenes jurídicos que confirmaban su legalidad²⁸¹.

1.2. La decisión del Tribunal Arbitral

243. En esencia, la República Argentina alega que Sauri ordenó en 2002 que se creara un mecanismo de pago secreto entre OSM y AdM (una sociedad argentina filial al 100% de Sauri), mecanismo que permitió a la empresa francesa apropiarse ilegalmente de 22 M \$, estafando a los restantes socios de OSM y violando la legislación social, contable y societaria argentina. La defraudación se habría cometido creando una cuenta secreta a nombre de OSM, de la que solo podían disponer conjuntamente el Contador Anta (un contable externo contratado por OSM) y el Presidente de OSM, y a través de la cual se pagaban facturas ficticias a AdM. Estas facturas aparentaban corresponder a remuneraciones debidas al Personal Especialista desplazado por Sauri a Mendoza, pero en realidad estaban groseramente infladas, y encubrían el pago de un dividendo secreto a Sauri.

244. Sauri niega radicalmente haber incurrido en irregularidad alguna, y argumenta que todos los pagos fueron destinados a la remuneración del Personal Especialista.

245. Las acusaciones vertidas por la Provincia primero, y por la República después, son extraordinariamente graves, pues si fueran ciertas implicarían que el comportamiento de Sauri fue profundamente desleal. Mientras que por un lado alegaba que OSM estaba en una situación de desbalance económico, que cada año la Concesionaría incurría en pérdidas, y que la tarifa concedida por la Provincia era totalmente insuficiente para mantener el equilibrio financiero del servicio, el inversor estaría subrepticamente, y sin conocimiento ni de la Provincia (su socio al 20% en OSM) ni del regulador, sangrando a la Empresa Concesionaria y apropiándose fraudulentamente de dineros que no le correspondían.

246. Para dar contestación a estas acusaciones, el Tribunal en primer lugar depurará los hechos (*infra* A) y después aplicará el Derecho a los hechos probados (*infra* B).

A) Hechos

247. La primera tarea del Tribunal consiste pues determinar con precisión cómo acaecieron los hechos. En esta tarea el Tribunal se apoyará especialmente en la investigación judicial iniciada a partir de la denuncia interpuesta el 1 de julio de 2010 por el interventor de OSM. La denuncia dio origen a una causa penal, en la que se designó un Perito Judicial, D. Óscar Martín²⁸², con la misión de investigar la contabilidad de OSM, que emitió un detallado

²⁸¹ Réplica, para. 222.

²⁸² De acuerdo con la legislación procesal argentina, el Perito Judicial realizó su tarea acompañado de sendos peritos designados por las partes, que hicieron determinados comentarios en el propio informe pericial.

informe el 9 de junio de 2011²⁸³. Tomando como punto de partida dicho informe pericial, unos meses después, el 4 de octubre de 2011, el Fiscal que instruía la causa, Dr. Santiago Garay, preparó un segundo informe, y ordenó el archivo de las actuaciones, por no encontrar indicios de actos delictivos²⁸⁴.

248. La decisión del Fiscal no supuso la conclusión definitiva de la causa penal, pues el abogado de la Provincia de Mendoza se opuso, apeló al Juzgado de Garantías, y éste, en decisión de 1 de noviembre de 2011, discrepó de la decisión del Fiscal, y elevó la causa a su superior jerárquico, la Sra. Fiscal de Cámara de Apelaciones. No consta en autos cuál ha sido la decisión de la Sra. Fiscal de Cámara. Sea cual sea esa decisión, los informes del Perito Judicial y del Fiscal ofrecen una pléyade de datos y valoraciones, que serán de gran utilidad al Tribunal en su análisis de los hechos.

A.1. Los contratos

249. Tanto el Contrato de Concesión como el Contrato de Asistencia Técnica incluían una minuciosa regulación del Personal Especialista.
250. El art. 2.7 del Contrato de Concesión definió la figura del Personal Especialista, estableciendo que Sauri, en tanto Operador Técnico, “podrá afectar a la empresa OSM S.A. el Personal Especialista necesario para cumplir las tareas de gerenciamiento y/u operativas”. El Contrato añadía que:

“el Personal Especialista propuesto por el Operador Técnico del Concesionario constituye uno de los medios por los cuales éste habrá de cumplir las obligaciones que están a su cargo”.

251. La definición contenida en el Contrato de Concesión fue desarrollada en el Contrato de Asistencia Técnica entre OSM y Sauri, en el que Sauri asumió las obligaciones de Operador Técnico de la Concesión, y cuya cláusula 2.2. contiene la siguiente obligación a cargo de Sauri:

“se compromete a poner a disposición de OSM Personal Especialista para el cumplimiento de las obligaciones asumidas, a cuyo cumplimiento dicho Personal estará abocado en forma exclusiva”.

252. El Contrato de Asistencia también reguló el régimen económico del Personal Especialista en la cláusula 2.2.4:

“las partes acordarán los términos, condiciones y modalidades en que las personas referidas prestarán su colaboración a OSM, a cargo de quién estarán todas las

²⁸³ Doc. S 879.

²⁸⁴ Doc. S 880.

remuneraciones, gastos, impuestos y todo otro concepto que esté a cargo del empleador conforme la legislación vigente, que por dichas personas hayan de satisfacerse”²⁸⁵.

253. En resumen: el Contrato de Concesión definió la figura del Personal Especialista y el de Asistencia Técnica creó la obligación a cargo de OSM de proporcionárselo a OSM; este Personal debería contar con “aptitud técnica y experiencia necesaria para el desempeño de las funciones”²⁸⁶. Y OSM a su vez asumió todas las remuneraciones, gastos e impuestos que se devengarán a favor de los empleados de Sauri desplazados a Mendoza.

A.2. El mecanismo de pago instaurado en 2002

254. En cumplimiento de este compromiso, Sauri envió a cinco empleados expatriados, cuya remuneración y demás derechos fueron fijados de acuerdo con las *Conditions Générales d’Expatriation* del grupo²⁸⁷. Estas condiciones generales preveían un salario fijo cifrado en Euros, pagado en 13,3 mensualidades, más diversas primas y complementos, y el reembolso de impuestos y gastos para compensar la expatriación²⁸⁸.

255. En los primeros años del Contrato, la remuneración de los expatriados fue satisfecha directamente por OSM, pero en el mes de abril de 2002, en plena situación de emergencia económica, el régimen se modificó. El Personal Especialista que en aquella fecha se hallaba desplazado en Mendoza²⁸⁹ siguió prestando sus funciones en OSM, pero ya no como empleados de OSM, sino como directivos de AdM – la filial de Sauri en Argentina. AdM pasó a pagar directamente los salarios y demás remuneraciones del personal expatriado, y AdM a su vez sometía mensualmente a OSM dos facturas por los servicios prestados²⁹⁰:

- Una que cubría el coste salarial del Personal Especialista (con IVA), y
- Otra mediante la cual se facturaban los restantes gastos erogados por dicho Personal (exenta o no sujeta al IVA).

256. Al mismo tiempo que se traspasaba el Personal Especialista de OSM a AdM, OSM decidió crear un mecanismo especial de pago. Este mecanismo estaba diseñado para realizar dos tipos de pagos:

²⁸⁵ La Demandada ha planteado una duda sobre la interpretación de esta cláusula (Dr. Gosis, Transcripción, p. 823); en su opinión, el Contrato no imponía la obligación de que OSM pagara los gastos incurridos por el Personal Especialista; la interpretación avanzada por la Demandada parece correcta, al existir una coma antes de “a cargo” y un acento en “quién”. Sin embargo, esta interpretación no cambia la realidad: OSM y Sauri acordaron que el Personal Especialista fuera pagado por OSM, primero directamente y después a través de la facturación de AdM; así se reflejó en las cuentas de OSM desde el primer momento, y la Provincia, que era accionista de OSM, tuvo que tener conocimiento de que el Personal Especialista había sido desplazado y que estaba siendo remunerado a cargo de OSM.

²⁸⁶ Cláusula 2.2.2.

²⁸⁷ Accuracy II, para. 92.

²⁸⁸ Describas con detalle en Accuracy II, paras. 92-95.

²⁸⁹ Sres Alberdi, Calderero, Hertzog, Peltzer y Roques; Informe del Perito Judicial Oscar Martín [“Informe Martín”] Doc. S 879, p. 8.

²⁹⁰ Informe Martín, p. 3.

- El de las facturas de AdM por la remuneración del Personal Especialista y además;
 - El pago de los sueldos del personal de alta dirección local de OSM.
257. El mecanismo funcionaba de la siguiente manera: OSM transfería cada mes el importe global adeudado a una cuenta especial abierta en el Banco Regional del Cuyo, de la que únicamente se podía disponer a través de una orden conjunta dada por el Presidente de OSM y el Contador Anta – un auditor externo que OSM contrató para realizar esta función²⁹¹. Desde esta cuenta transferían las cantidades debidas, a AdM para el pago conjunto de los expatriados, y a los altos directivos locales para el pago de sus salarios individualizados.
258. Internamente en OSM, la decisión de modificar el sistema de pago para el Personal Especialista se formalizó mediante un “Memorando” enviado por el Presidente de OSM al Director General Sr. Calderero y al Secretario General, de fecha 27 de marzo de 2002²⁹², en el que expresamente se dejaba constancia que “la facturación propuesta no implica una erogación mayor a la presente por el mismo concepto”. Este Memorando interno fue precedido de una carta de Sauri, firmada por su Presidente, en la que ésta proponía el cambio de remuneración²⁹³.
259. Unos meses antes, Sauri ya había solicitado a un despacho de abogados, el estudio Beccar Varela, que estudiara la legalidad de la propuesta de modificar el régimen de remuneración del Personal Especialista. El informe rendido por dicho despacho consta en autos²⁹⁴, y en él se recomendaba que los cinco directivos
- Consintieran en la transferencia de su contrato laboral de OSM a AdM;
 - Fueran designados como directores de AdM;
 - Renunciaran al régimen de trabajadores en relación de dependencia y en consecuencia;
 - Quedaran sometidos al régimen de trabajadores autónomos.
260. En un informe posterior, Beccar Varela confirmó que la decisión de cambiar el régimen de facturación del Personal Especialista podía ser adoptado por el Presidente de OSM, sin necesidad de ratificación por el Directorio²⁹⁵.
261. La decisión adoptada por Sauri en abril de 2002 de cambiar el régimen de remuneración del Personal Especialista destacado en Mendoza, da lugar a tres cuestiones, cuyo análisis es fundamental para poder determinar si nos encontramos o no ante una actuación antijurídica:

²⁹¹ Informe Martín, p. 3.

²⁹² Doc. S 729.

²⁹³ Doc. S 730.

²⁹⁴ Doc. S 815

²⁹⁵ Doc. S. 817

- La primera cuestión es si las cantidades satisfechas fueron correctamente contabilizadas en los libros de OSM (*infra* A.3);
- La segunda es si se produjo un ocultamiento de la realidad (*infra* A.4); y
- La tercera es si las cantidades pagadas realmente corresponden a remuneración de Personal Especialista, o si los pagos han sido inflados y esconden transferencias irregulares en beneficio de Sauri (*infra* A.5).

A.3. Primera cuestión: la correcta contabilización de las cantidades pagadas

262. El Perito Judicial Sr. Martín ha analizado detenidamente la contabilización de las facturas emitidas mensualmente por AdM a cargo de OSM. Cada mes se preparaban dos facturas, una por los salarios de los expatriados, y otra, por importe muy inferior, que cubría los gastos incurridos. El Perito ha comprobado que dichas facturas fueron contabilizadas en su totalidad, que fueron adeudadas en la cuenta corriente de OSM y abonadas en la de AdM,

“no advirtiendo ninguna irregularidad técnica en el proceso, ni duplicidad en la registración de las facturas verificadas en muestreos selectivos realizados”²⁹⁶.

263. El Perito también comprobó que de las dos facturas, la que se refería a los salarios de los expatriados se cargaba en la cuenta “sueldos básicos”, y la que cubría gastos incurridos en “otras cuentas de gastos”²⁹⁷. Ambas cuentas se regularizan a través de la cuenta de pérdidas y ganancias, y por lo tanto los estados financieros anuales de OSM siempre han reflejado fielmente los costos satisfechos por la adscripción del Personal Especialista.

264. En resumen: del extenso análisis realizado por el Perito Judicial, se puede extraer la conclusión que OSM contabilizó correctamente²⁹⁸ las cantidades satisfechas a AdM en las cuentas “sueldos básicos” y “otros gastos”, y que las cuentas anuales de la sociedad reflejaban dichos pagos. Todo tercero – acreedor o accionista – que analizara las cuentas de OSM, encontraría las sumas pagadas al Personal Especialista reflejadas en dichas cuentas (los salarios en la primera, el reembolso de gastos incurridos en la segunda).

A.4. Segunda cuestión: el alegado ocultamiento

265. La Demandada ha alegado que OSM creó un mecanismo de pago secreto, con una cuenta que fue cuidadosamente ocultada a los demás accionistas, de la que únicamente podían disponer conjuntamente el Contador Anta y el Presidente de OSM. Argumenta la Demandada que esta ocultación mostraría la *mens rea* y el ánimo defraudatorio de la Demandante²⁹⁹.

²⁹⁶ Informe Martín p. 5

²⁹⁷ El Perito opina que hubiera sido más correcto usar la cuenta “Prestación de Servicios de Terceros” y no “Sueldos básicos” – sin que el uso de una cuenta contable diferente hubiera tenido impacto sobre la cuenta de resultados de OSM (Informe Martín p. 5)

²⁹⁸ Con la salvedad de que se podría discutir si la cuenta más apropiada era “sueldos básicos” o “prestación de servicios de terceros”

²⁹⁹ Contestación, para. 51

266. La realidad es mucho más matizada.
267. Es cierto que la decisión de instaurar el mecanismo de pago a través de la cuenta especial en el Banco Regional del Cuyo fue adoptada por el Presidente de OSM, sin que conste la autorización del Directorio. Pero también es cierto que Sauri consultó si dicha autorización sería necesaria en Derecho, y el Estudio Beccar Varela dictaminó que los poderes otorgados al Presidente eran suficientes, al tratarse de un acto de ordinaria administración.
268. Sauri ha explicado en el seno de este arbitraje que la causa que le impulsó a crear en 2002 este mecanismo de pago fueron razones de seguridad y de confidencialidad. Ante el deterioro de la situación argentina, Sauri alega que se hizo conveniente que el desglose individualizado de las cantidades satisfechas al Personal Especialista y a los restantes altos directivos de OSM, no fuera conocido de forma generalizada en el seno de la compañía. La explicación, aunque no esté soportada por ninguna prueba coetánea, parece razonable. Es un hecho que en muchas compañías – y no solo en la Argentina – se adoptan estrictas medidas, para preservar la confidencialidad de las remuneraciones individuales satisfechas a todo el personal, y muy especialmente a los altos directivos. Dichas medidas no son objetables,
- Siempre que los importes satisfechos se reflejen correctamente en la contabilidad de la sociedad, sin ocultamientos ni tergiversaciones;
 - Y que exista una base de datos – aunque sea de carácter confidencial – en las que quede reflejo el desglose de las remuneraciones individuales.
269. El segundo requisito se cumple, pues OSM encargó al Contador Anta que llevara el desglose de las cantidades satisfechas. ¿*Quid* del primer requisito? ¿Se ha ocultado a los demás accionistas, y en especial a la Provincia, la cuantía de las remuneraciones satisfechas al Personal Especialista?
270. Tanto el Perito Judicial como el Fiscal han analizado detalladamente la cuestión.
271. El Perito Judicial ha concluido – como ya se ha señalado³⁰⁰ – que todas las cantidades satisfechas al personal de Sauri destacado en Mendoza se han contabilizado en la cuenta “sueldos básicos” (y los gastos resarcidos en la cuenta “otros gastos”).
272. Y el Fiscal, en su informe justificador de la decisión de archivar la causa penal, también ha analizado en detalle si la Provincia tuvo conocimiento del traspaso del Personal Especialista de OSM a AdM. Sus conclusiones son las siguientes³⁰¹:

“Después de haber leído concienzudamente los estados contables de siete ejercicios (2002 a 2009) de la empresa OSM S.A. y haber cotejado la pericia contable encomendada al CMF, considero que, es indudable, que la totalidad de los accionistas de OSM S.A. – incluida, por supuesto, la Provincia de Mendoza tuvieron conocimiento de tal decisión (o tuvieron la posibilidad efectiva y real de tenerlo) y por lo tanto, aceptaron pacíficamente

³⁰⁰ Cfr. paras. 263 - 264 *supra*.

³⁰¹ Doc. S 880 p. 8.

que el personal especialista fuera traspasado y dependiera a partir de abril del año 2002 de ADM S.A.”³⁰²

273. Y el propio Fiscal, a continuación, resume así su opinión³⁰³:

“Por lo tanto, puede decirse que el Directorio de OSM SA actuó dentro de sus facultades, que la decisión del traspaso de personal especialista y de su remuneración no fue encubierta a los accionistas y que el socio Gobierno de Mendoza debió, inevitablemente, estar enterado de lo que acontecía”³⁰⁴.

274. A la vista de estos informes, el Tribunal concluye que no hay indicio alguno que demuestre que Sauri y OSM crearon el mecanismo de pago a través del Banco Regional del Cuyo con la finalidad de defraudar a sus socios en general y a la Provincia en particular. Tal fraude se hubiera producido, si las cuantías satisfechas no se hubieran contabilizado, o se hubieran contabilizado en rubros que nada tienen que ver con la remuneración del personal. Pero esto no ocurrió. La información sobre la remuneración del Personal Especialista estaba correctamente incluida en la cuenta de resultados y en el balance de OSM, y todos los accionistas tuvieron conocimiento, o al menos posibilidad real y efectiva de conocimiento, con respecto a estos hechos³⁰⁵.

A.5. Tercera cuestión: transferencias irregulares en beneficio de Sauri

275. Queda por abordar la tercera cuestión: si las cantidades pagadas realmente corresponden a remuneración de Personal Especialista, o si los pagos han sido fraudulentamente inflados y esconden transferencias irregulares en beneficio de Sauri.

276. La República Argentina ha alegado que la suma de 22 M \$ que OSM pagó a AdM desde marzo de 2002 hasta febrero de 2009 no correspondía – en todo o en al menos en parte – a sueldos y remuneración del Personal Especialista, sino que en realidad se trató de una maniobra asimilable a una distribución irregular de dividendos desde OSM a uno de sus accionistas, Sauri³⁰⁶. Como ejemplo, la Demandada ha alegado que en el mes de febrero de 2002 el salario de los cinco expatriados que componían el Personal Especialista ascendió a 66 m \$ - mientras que la primera factura girada por OSM para el mes de abril de 2002, ascendió a 336 m \$. Es decir, Argentina alega que, sin ninguna razón, a partir de abril de 2002 el Personal Especialista comenzó a recibir sumas cuatro, cinco y seis veces mayores, lo que evidenciaría la transferencia irregular de fondos³⁰⁷.

³⁰² Subrayado en el original.

³⁰³ Doc. S 880 p. 8 *in fine*.

³⁰⁴ Subrayado en el original.

³⁰⁵ El fiscal llega a indicar que el informe de la Universidad de Cuyo de 2006 llamó expresamente la atención sobre la cuantía de los denominados “costos jerárquicos”, es decir de la alta dirección de OSM; Doc. S 880 p. 8.

³⁰⁶ Contestación, para. 55.

³⁰⁷ Denuncia penal del Interventor, Doc. A RA 9, p. 3.

277. La Demandante, por el contrario, ha alegado que todos los pagos realizados por OSM a favor de AdM, corresponden en exclusiva a remuneración del Personal Especialista y que la Empresa Concesionaria no ha realizado pago alguno a AdM que no obedezca a esta causa³⁰⁸.
278. La resolución de esta controversia exige una detallada valoración de la prueba aportada, comenzando con un análisis pormenorizado de la facturación girada entre OSM y AdM.

Las facturas aportadas por la Demandada

279. La Demandada ha aportado a los autos una copia de la totalidad de las facturas emitidas por AdM y satisfechas por OSM³⁰⁹. De ellas pueden extraerse las siguientes conclusiones:
- La primera factura se refiere al mes de abril de 2002, la última a febrero de 2009; cada mes AdM presentaba al pago dos facturas, una por “Prestación de servicios Personal Especialista” (sujeta a IVA) y otra por “Gastos por cuenta y orden de OSM” (exenta o no sujeta a IVA);
 - El importe total facturado ascendió a 17.741.961 \$ en concepto de salarios, 706.961 \$ en concepto de reembolso de gastos y 3.725.811 \$ en concepto de IVA; el total satisfecho asciende pues a 22.174.735 \$³¹⁰;
 - Por años enteros, las cantidades facturadas presentaron oscilaciones importantes; el año de mayor facturación fue 2003 (con un importe de 3.847.380 \$ en salarios sin IVA), seguido de 2002 (con un importe de 3.549.598 \$, aunque en solo nueve meses); en los ejercicios posteriores los importes de los salarios se redujeron y se estabilizaron en cifras de entre 1,5 M \$ y 2,5 M \$ (lo que coincide con la reducción en el número de expatriados);
 - En los 83 meses que duró el sistema, la facturación media por mes fue de 213.758 \$ en concepto de salarios (sin IVA) y de 9.553 \$ en concepto de gastos reembolsados.

El informe del Fiscal

280. El Fiscal Dr. Garay también ha estudiado en su informe si las cantidades satisfechas por OSM a AdM correspondieron a la remuneración del Personal Especialista, o si los pagos escondían transferencias irregulares³¹¹. El Fiscal advierte que las cantidades satisfechas al Personal Especialista efectivamente se han incrementado, pero señala que las causas deben buscarse en la progresiva devaluación del Peso frente al Dólar y al Euro. El Fiscal señala en su informe:

“... Los contratos del personal especialista estaban pactados en dólares o euros y el “aggiornamento” de sus salarios después de la devaluación argentina del año 2000 debió ser de una necesidad ineludible para el Directorio [de OSM], amén, por supuesto, de tener

³⁰⁸ Réplica, para. 39.

³⁰⁹ Doc. A RA 12; se trata de 160 facturas fotocopiadas, que el Tribunal ha organizado y cuantificado.

³¹⁰ La Demanda da como suma 22.172.282 \$ - la diferencia probablemente se deba a cuestiones de redondeo.

³¹¹ El Perito Judicial por el contrario centró su informe en los aspectos contables, y en él no se encuentra un análisis pormenorizado de la naturaleza de los pagos.

la obligación legal de respetar las condiciones de contratación estipuladas con anterioridad”³¹².

281. Según indica el Fiscal, la cotización del Dólar y el Peso pasó de una relación 1/1 en enero de 2002, a 1/1,90 en febrero de 2002, a 1/2,10 en marzo de 2002 y a 1/2,90 en abril de 2002 (con un pico de 1/4,90 el 25 de marzo de 2002³¹³). Esta depreciación implicó que el coste en Pesos a satisfacer por OSM se multiplicara en la misma proporción en que la moneda argentina se depreciaba frente al Dólar (y en similar medida frente al Euro). El Fiscal concluye que el incremento del coste soportado por OSM se debe a un “acomodamiento salarial – que de todos modos debía pagarse conforme parámetros ya fijados, y no de un aumento encubierto”³¹⁴, por lo que “no tiene mayor relevancia de que [los salarios] se hayan abonado a través de OSM S.A. o de una tercera sociedad que le facturaba”³¹⁵.
282. En resumen, el Fiscal en su informe llega a la conclusión de que no existe irregularidad alguna en los importes satisfechos por OSM a AdM, y que éstos corresponden a legítimos pagos para las remuneraciones y otros gastos incurridos por el Personal Especialista desplazado a Mendoza.

El informe de Accuracy

283. El perito designado por la Demandante, el gabinete Accuracy, también ha analizado con detenimiento los pagos realizados entre OSM y AdM. Para ello, ha tomado todas las facturas emitidas por AdM a cargo de OSM, y ha desglosado sus importes por años y por conceptos. El resultado es el que se muestra en la siguiente tabla³¹⁶:

Décomposition des frais de personnel spécialisé de l'opérateur technique

<i>kARS</i>	Salaires nets en euros	Salaires nets en pesos	Charges sociales	Impôts	Autres avantages	Coût total supporté par ADM
2002 - 9 mois	438	1 352	334	1 403	197	3 285
2003 - 12 mois	451	1 498	415	1 370	235	3 518
2004 - 12 mois	314	1 160	125	757	238	2 281
2005 - 12 mois	222	806	322	660	205	1 994
2006 - 12 mois	233	918	163	671	243	1 995
2007 - 12 mois	241	1 054	223	841	362	2 480
2008 - 12 mois	275	1 288	138	928	379	2 733
2009 - 2 mois	29	134	-	75	51	260
Total	2 203	8 210	1 721	6 705	1 909	18 544

Source : factures d'ADM à OSM (annexe A RA 12) et fichier interne ADM (annexe A1.1.)

³¹² Doc. S 880, p. 10.

³¹³ Doc. S 880, n. 16.

³¹⁴ Doc. S 880 p. 10.

³¹⁵ Doc. S 880 p. 10.

³¹⁶ Accuracy “Rapport complémentaire” de 2 febrero 2011 [“Accuracy II”], p. 27, Doc. S 686.

284. Según estos datos, la suma total facturada por AdM a OSM (por concepto de remuneraciones y gastos, neto de IVA) asciende a 18.544 m \$ - la cifra coincide³¹⁷ con la que se deduce del listado de facturas aportado por la República Argentina. El perito explica que esta cifra corresponde a unos salarios en Euros de 2,2 M \$ (para los ocho años). Estos salarios, pactados en Euros, se debieron pagar en Pesos, a un tipo de cambio que se fue deteriorando año a año – pasó de 1/3,08³¹⁸ en 2002 a 1/4,62³¹⁹ en 2009. El resultado fue que el esfuerzo económico requerido a OSM fue aumentando. La cifra final facturada po AdM e OSM se incrementó adicionalmente por las cargas sociales, los impuestos argentinos y el reembolso de ciertos gastos (conceptos que por contrato laboral corrían a cargo de Sauri).
285. En resumen, Accuracy en su informe llega a la conclusión que el coste total satisfecho por OSM queda plenamente justificado, y que la causa de los pagos radica exclusivamente la remuneración del Personal Especialista destacado en Mendoza. Durante la Audiencia, el Sr. Eduard Saura, socio de Accuracy, fue interrogado y, a preguntas del Tribunal confirmó expresamente “que las cantidades que pagó OSM corresponden exactamente con las cantidades que se pagaron a los expatriados”³²⁰ Y tras explicar el cuadro, remató:

“Entonces era eso y nada más que eso”³²¹.

286. La República Argentina por su parte interrogó al perito Sr. Saura sobre las fuentes usadas por Accuracy³²². El Sr. Saura explicó que su análisis estaba basado en unas hojas Excel que habían sido preparadas por el Contador Anta, y que desglosaban cada uno de los pagos realizados por concepto y por expatriado³²³. La labor del experto había consistido en comprobar la razonabilidad de cada pago, en base a los contratos laborales del Personal Especialista y a las prácticas de expatriación de Sauri. Su labor, sin embargo, no alcanzó comprobar que cada uno de los pagos efectivamente había sido realizado en beneficio de los directivos³²⁴.

Declaración testifical del Sr. Calderero

287. D. José Manuel Calderero es un alto directivo de Sauri, que fue director general de OSM desde 1999 hasta 2003 – es decir en el periodo en que se implantó el sistema de pago objeto de discusión. El Sr. Calderero compareció como testigo, y tras prestar juramento, fue expresamente preguntado por el Tribunal si era su declaración que todos los cobros que hizo AdM a cargo de OSM fueron exclusivamente los salarios de los expatriados. Su contestación no pudo ser más clara:

³¹⁷ Con pequeñas diferencias de redondeo.

³¹⁸ 438/1352.

³¹⁹ 29/134.

³²⁰ Transcripción, p. 837 l. 19 – 20.

³²¹ Transcripción, p. 838 l. 8.

³²² Transcripción, p. 849 – 850.

³²³ El documento se encuentra en autos como Doc. S 875.

³²⁴ Transcripción, p. 851, l. 15.

“Sí, efectivamente. Sí, sí, lo juro. Sí, sí, así es”³²⁵.

A.6. Valoración de la prueba

288. La República Argentina es la parte que alega que Sauri incurrió en fraude, y que los pagos que OSM realizó a favor de OSM estaban hinchados y encubrían el pago de un dividendo irregular a favor del accionista. Tras valorar cuidadosamente la prueba aportada, el Tribunal concluye que la República Argentina no ha sido capaz de satisfacer la carga probatoria que le incumbía.
289. En la decisión del Tribunal pesan los siguientes elementos:
290. En primer lugar, el perito Accuracy ha argumentado³²⁶ que el incremento de las cantidades satisfechas se puede explicar sencillamente como consecuencia de la devaluación del Peso frente al Euro, sin tener que acudir a ninguna explicación defraudatoria. Tras analizar detalladamente la opinión de Accuracy, el Tribunal no ha encontrado motivo para desconfiar de sus conclusiones.
291. En efecto, si analizamos el año 2003, que fue aquel en el cual OSM satisfizo el mayor importe, más de 3,5 M \$, podría parecer a primera vista que lo pagado es excesivo. La primera impresión se desvanece si nos fijamos en el salario anual en Euros percibido por los cinco expatriados: 451 m €, lo que equivale a una media de 90 m € por barba. Esta cifra puede parecer alta o baja, según la situación de quien la valore, pero en opinión del Tribunal no puede ser tildada de irrazonable. Piénsese que se trata del salario anual que una multinacional como Sauri debía ofrecer, para convencer a técnicos y directivos de alto nivel, especializados en el tratamiento de agua potable y de servicios cloacales, residentes fuera de la Argentina, para desplazar su residencia a Mendoza.
292. Aunque el salario base, cifrado en Euros, represente una cifra razonable, la devaluación continuada del Peso a partir del abandono de la paridad Peso/Dólar provoca que su coste en Pesos se dispare. Durante el año 2003 el tipo de cambio medio Peso/Euro fue de 1/3,32. De esta forma los 451 m € recibidos por los expatriados se convirtieron en 1,5 M \$ a pagar por OSM. Si a esta suma se añaden las cargas sociales y los impuestos – pues según los términos de expatriación Sauri asumía estos rubros – más los típicos gastos de expatriados (mudanzas, colegios...) el coste del grupo expatriado se duplica, alcanzando un total de 3,5 M \$. A esto se añade el IVA, con un tipo del 21%, arrojando un pago total a costa de la Empresa Concesionaria de 4,2 M \$ (mientras que los cinco expatriados únicamente recibían en neto 90 m € cada uno).
293. La Demandada ha señalado en sus alegaciones que las cantidades recibidas por el Personal Especialista se habían multiplicado por cuatro, cinco o seis veces. Es cierto que a partir del abandono de la paridad Peso/Dólar el coste del personal desplazado se tiene que haber multiplicado varias veces. Pero ese incremento de coste se puede explicar perfectamente echando mano de la depreciación del Peso frente al Euro. No hay evidencia alguna que

³²⁵ Transcripción, p. 225 l. 6 – 7.

³²⁶ Cfr. para. 283 - 285 *supra*.

muestre que a partir de abril de 2002 Sauri hubiera decidido incrementar fraudulentamente los salarios netos en Euros del Personal Especialista.

294. En segundo lugar, el Tribunal debe otorgar el apropiado valor probatorio al informe del Fiscal, que estudió con detenimiento los hechos y dispuso de la capacidad de investigación característica de los procesos penales. Sus conclusiones coinciden con las enunciadas en el apartado anterior y refuerzan la convicción del Tribunal.
295. En tercer lugar, el Tribunal también otorga valor probatorio a la declaración testifical del Director General de OSM en la época relevante, quien, declarando bajo juramento y expresamente preguntado por el Tribunal, aseguró con notable rotundidad que OSM nunca había realizado pagos en beneficio de AdM que no correspondieran a la remuneración del Personal Especialista.
296. En cuarto lugar, el Tribunal tampoco ve ningún elemento doloso o fraudulento en el mecanismo de pago puesto en marcha por OSM en 2002. Por un lado, obran en autos opiniones de abogados argentinos, que avalan la licitud del mecanismo. Por otro lado, es frecuente que grandes empresas utilicen estructuras administrativas especiales, para garantizar la confidencialidad de las remuneraciones pagadas a sus altos directivos. Nada hay que objetar a esta práctica, siempre que las cantidades satisfechas sean correctamente contabilizadas, de forma que la cuenta de resultados y el balance presenten una imagen fiel de la situación patrimonial de la empresa. El Perito Judicial³²⁷ y el Fiscal³²⁸ han analizado detalladamente la contabilidad de OSM, y la forma en la que registraban los pagos realizados, y han llegado a la conclusión de que no hubo ocultamiento alguno, y que la contabilidad arrojaba una fiel imagen de la empresa.
297. En quinto lugar, la República Argentina argumentó durante la Audiencia que el Personal Directivo habría dejado de tributar a la Seguridad Social una vez que fue transferido a AdM y que este hecho constituiría un fraude³²⁹.
298. La argumentación tampoco es convincente.
299. La cotización a la Seguridad Social del Personal Especialista, tras su transferencia a AdM, se halla analizada en el informe del estudio Beccar Varela³³⁰, que prevé que el Personal Especialista, al ser directores de AdM, quede inscripto en el régimen de trabajadores autónomos, y excluido del régimen de trabajadores en relación de dependencia. En consecuencia, a partir de abril de 2002 ni OSM ni AdM tuvieron que satisfacer cuota alguna por el régimen de trabajadores en relación de dependencia³³¹.

³²⁷ Cfr. para. 271 *supra*.

³²⁸ Cfr. paras. 271 - 273 *supra*.

³²⁹ Transcripción, p. 845 (Dr. Bottini, interrogatorio al Experto Saura).

³³⁰ Doc. S. 815.

³³¹ Y así se justifica que en el Doc. A RA 291 se señale que a partir de abril de 2002 no ha habido contribuciones a la Seguridad social por cuenta del Sr. Calderero – Transcripción p. 227, l. 19, pregunta del Dr. Bottini al Sr. Calderero.

300. En sexto lugar, la Demandada ha avanzado durante la Audiencia un último argumento: Sauri nunca debió cobrar cantidad alguna a OSM por el Personal Especialista, ya que el coste de dicho personal ya estaba incluido en el canon del 3% al que Sauri tenía derecho³³².
301. El argumento no puede prosperar.
302. Es cierto que la cláusula 4.1. del Contrato de Asistencia Técnica prevé que Sauri tiene derecho a percibir un canon equivalente al 3% de la facturación neta de OSM, y también es cierto que Sauri ha cobrado dicho canon mientras que actuó como Operador Técnico de la Concesión. De acuerdo con lo pactado en el Contrato, la finalidad del canon es remunerar a Sauri por la cesión de *know how*, transferencia de tecnología y propiedad intelectual a favor de OSM – y no por la cesión de Personal Especialista³³³. Del Contrato se induce por lo tanto que el pago del canon es adicional al pago de la remuneración del personal expatriado. Y así es como lo interpretaron todas las partes – incluyendo la Provincia. Desde el primer día, OSM remuneró al Personal Especialista, primero directamente y después indirectamente a través de AdM. Y la Provincia fue consciente de que OSM estaba asumiendo estos gastos, pues así se desprendía a simple vista de la cuenta de resultados de OSM, y nunca se opuso a esta práctica.

* * *

303. En resumen: tras valorar cuidadosamente la prueba presentada por las partes, el Tribunal estima que la Demandada no ha logrado probar que las cantidades satisfechas por OSM a AdM en concepto de retribución de Personal Especialista estuvieran fraudulentamente infladas, y encubrieran una distribución irregular de dividendos a favor de Sauri.

B) Derecho

304. La República Argentina ha argumentado³³⁴ que existe un principio general en el arbitraje de inversión, que excluye de protección a aquellos inversores que hubieran violado la legislación del Estado receptor o que no hubieran actuado de buena fe. Frente a esta alegación la Demandante sostiene que en el caso de autos el APRI no exige expresamente que el inversor haya actuado de conformidad con la legislación argentina. Y añade que en aquellos casos en los que los tribunales arbitrales declinaron tener competencia, se trató de violaciones substanciales de la legalidad cometidas al tiempo de realizar la inversión³³⁵.
305. Desde un punto de vista teórico, el Tribunal coincide parcialmente tanto con la Demandante como con la Demandada.
306. El Tribunal coincide con la Demandante en que el APRI Francia - Argentina no exige *expressis verbis* que una inversión, para merecer protección, haya sido realizada de

³³² Transcripción, p. 826 pregunta del Dr. Gosis al experto Sr. Saura.

³³³ Cfr. cláusula 3.1. *in fine*.

³³⁴ Cfr. para. 238 *supra* y Contestación, para. 46.

³³⁵ Cfr. para. 241 *supra* y Réplica, para. 214.

conformidad con la legislación del país de acogida. El art. 2 del APRI, que es el que define el marco de protección, se expresa en los siguientes términos:

“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”.

307. El texto del APRI no ofrece duda: la exigencia de actuar “en el marco de su legislación” condiciona y limita el deber de los Estados de admitir y promover inversiones de la otra parte contratante – pero no la actuación del inversor extranjero. En este punto, existe por lo tanto una diferencia entre el presente caso, y otros en los que un tribunal arbitral declinó su competencia por haber incurrido el inversor en una transgresión del marco legal del Estado receptor. En estos casos³³⁶, el APRI correspondiente exigía expresamente que la inversión se hubiera hecho de conformidad con la legislación de destino.
308. Sin embargo, el Tribunal también coincide en parte con la argumentación esgrimida por la República Argentina. El Tribunal entiende que la finalidad del sistema de arbitraje de inversión radica en proteger únicamente inversiones legales y *bona fide*. El hecho de que el APRI entre Francia y la Argentina mencione o deje de mencionar la exigencia de que el inversor haya actuado en conformidad con la legislación interna, no constituye un factor relevante. El requisito de no haber incurrido en una violación grave del ordenamiento jurídico es una condición tácita, ínsita en todo APRI, pues no se puede entender en ningún caso que un Estado esté ofreciendo el beneficio de la protección mediante arbitraje de inversión, cuando el inversor, para alcanzar esa protección, haya incurrido en una actuación antijurídica³³⁷.
309. ¿Ha incurrido Sauri en una violación del ordenamiento jurídico argentino?
310. La República ha acusado a la empresa francesa de graves desmanes: habría organizado un mecanismo secreto, que le habría permitido apropiarse ilegalmente de 22 M \$ que pertenecían a OSM, estafando a la Provincia, violando la legislación social, contable y societaria argentina y llevando a la sociedad Concesionaria a una situación desesperada. La acusación vertida por la República Argentina es de gran gravedad, y está relacionada directamente con la repatriación de la inversión, uno de los aspectos tratados en el APRI³³⁸ - tiene pues la potencialidad de privar al inversor de la protección ofrecida por el APRI.
311. Esto no ocurre, sin embargo, porque la República Argentina ha fracasado en su intento de probar la antijuridicidad del comportamiento: no ha logrado presentar prueba demostrando de que las cantidades satisfechas por OSM a AdM en concepto de retribución del Personal Especialista hubieran sido incrementadas con ánimo defraudatorio, ni que Sauri hubiera instaurado un mecanismo fraudulento para beneficiarse de una distribución irregular de

³³⁶ *Saba Fakes* (Doc. ASL 95); *Tokios Tokelès c. Ucrania* (Doc. ASL 89); cfr. Réplica, para. 212.

³³⁷ De acuerdo *Plama Consortium Limited c. Bulgaria*, Caso CIADI No. ARB/03/24, Laudo del 8 de febrero de 2005 paras. 138 – 139 (Doc. AL RA 35); *Phoenix* para. 101 (Doc. AL RA 29).

³³⁸ Art. 6.

dividendos. En una palabra: no hay prueba alguna de que la actuación de Sauri en tanto que inversor en OSM conllevara una violación del ordenamiento jurídico argentino.

312. No existiendo prueba convincente de actuación ilegal imputable al inversor, la excepción planteada por la República Argentina de falta de competencia del Tribunal y de jurisdicción del CIADI está irremediablemente avocada a fracasar.

2. LA EXCEPCIÓN DE FALTA DE ADMISIBILIDAD DEL RECLAMO

2.1. La posición de las Partes

313. La Demandada comienza su alegato³³⁹ recordando que las partes, al otorgar las dos Cartas de Entendimiento, han transado la mayoría de sus disputas, y que por lo tanto el reclamo de la Demandante ya ha sido resuelto. En su opinión, el proceso de renegociación entre OSM y la Provincia concluyó con un acuerdo, y reabrir esa etapa de renegociación y realizar reclamos respecto de cuestiones que ya han sido acordadas entre las únicas partes interesadas, es inadmisibles³⁴⁰. Las Cartas de Entendimiento constituyen acuerdos vinculantes entre las partes, y si un accionista de una de las partes ahora cuestionara lo pactado, sería ir en contra de sus propios actos³⁴¹. Además Sauri tampoco puede reclamar por supuestos incumplimientos a la Segunda Carta de Entendimiento, pues como ha establecido el Tribunal en su Decisión sobre Jurisdicción, solo OSM puede exigir el cumplimiento de los derechos contractuales. La Demandada concluye afirmando que la intervención y rescisión de la concesión son cuestiones contractuales y por lo tanto ajenas a la jurisdicción del Tribunal.
314. La República Argentina invoca en defensa de su argumentación la decisión del Tribunal en *Desert Line*, que entendió que los reclamos no tienen que ser considerado si han sido previamente resuelto con acuerdo vinculante.³⁴²
315. Frente a este planteamiento de la Demandada, la Demandante arguye que las Cartas de Entendimiento no constituyen una transacción que ponga fin al litigio objeto de este arbitraje, en el que Sauri se enfrenta a la República Argentina³⁴³. La demanda de Sauri se fundamenta en la presunta violación por la República de sus obligaciones iusinternacionales asumidas en el APRI, mientras que las Cartas han transado determinadas disputas surgidas en el cumplimiento del Contrato de Concesión. Así, las Cartas extinguen por compensación los créditos y las deudas acumuladas por OSM y la Provincia o regulan la actualización del catastro de clientes, mientras que el presente litigio se refiere a las violaciones del APRI, provocadas p.e. por la duración excesiva del proceso de renegociación y por la negativa de la Provincia a otorgar cualquier subvención a OSM a pesar del estado de emergencia.
316. Finalmente, la Demandante estima que la doctrina del laudo *Desert Line* no es aplicable, pues en este caso la transacción se había firmado entre la Demandante y la Demandada, y además

³³⁹ Contestación, para 34.

³⁴⁰ Alegato de clausura, transcripción p. 1326.

³⁴¹ Para 41.

³⁴² *Desert Line*: “claims and defences should not be considered if they have already been resolved by a legally binding agreement”, para. 148 (Doc. AL RA 27).

³⁴³ Réplica, para. 200.

el tribunal rechazó el efecto de cosa juzgada del acuerdo transaccional, por haber sido éste impuesto a través de intimidación (“*duress*”)³⁴⁴.

2.2. La decisión del Tribunal Arbitral

317. La excepción planteada por la República Argentina no puede prosperar.
318. Para razonar esta decisión, y como paso previo, es preciso recordar cuáles son las pretensiones articuladas por la Demandante.
319. En su Demanda, Sauri solicita que el Tribunal declare que la República ha expropiado a Sauri, privándola de su inversión, y que dicha inversión no ha recibido un trato justo y equitativo ni ha gozado de protección y plena seguridad – todo ello en violación de las obligaciones de carácter internacional asumidas en el APRI. Como corolario, Sauri solicita que se condene a la República a indemnizar a la Demandante en la cuantía del daño sufrido³⁴⁵. En concreto, Sauri alega que ciertos actos imputables a la República constituyen una expropiación indirecta, y enumera los siguientes³⁴⁶:
- Negación sucesiva de la revisión de las tarifas;
 - Falta de actualización del catastro;
 - Falta de pago de las subvenciones compensatorias por los carenciados y jubilados;
 - Medidas de urgencia económica tomadas en 2002;
 - Incapacidad de las autoridades provinciales de concluir con OSM un acuerdo de renegociación en los plazos inicialmente previstos;
 - La intervención y las medidas tomadas en su aplicación.
320. Es decir: Sauri basa su alegato de expropiación indirecta por un lado en hechos que acaecieron antes del otorgamiento de las Cartas de Entendimiento; y también en hechos que ocurrieron con posterioridad (la intervención por la Provincia y las medidas subsiguientes que desembocaron en la rescisión del Contrato de Concesión y la disolución de OSM).
321. La República pretende que el Tribunal rechace la demanda *a limine*, porque en su opinión todos los hechos acaecidos antes del otorgamiento de las Cartas de Entendimiento habrían sido transados como consecuencia de su otorgamiento. El argumento no puede ser atendido, porque la Demandante presenta reclamos de naturaleza iusinternacional, basados (*inter alia*) en actos imputables a la República – la intervención y la rescisión – que ocurrieron después de la Segunda Carta de Entendimiento. Estos reclamos no pueden haberse visto afectados por

³⁴⁴ Réplica, para. 202.

³⁴⁵ Demanda, para. 311.

³⁴⁶ Demanda, para. 201.

el presunto efecto transaccional de las Cartas de Entendimientos, sencillamente porque son posteriores. No es posible pues rechazar la demanda sin entrar a analizar el fondo.

322. La Demandada también argumenta que el reclamo de la Demandante que sí es posterior a la Segunda Carta de Entendimiento, la intervención de OSM, la rescisión del Contrato de Concesión y los actos conexos, tampoco sería admisible, por tratarse de un reclamo de naturaleza estrictamente contractual. La excepción no puede ser admitida, porque Sauri en realidad lo que está reclamando es que un conjunto de medidas adoptadas por la Provincia, que incluyen la intervención y la rescisión, constituyen violaciones de las garantías que la República ha ofrecido en el APRI. Determinar si esa reclamación debe ser aceptada o rechazada no constituye una cuestión de admisibilidad, que pueda ser decidida *a limine*, sino una cuestión de fondo que el Tribunal abordará en el cuerpo de esta Decisión.

V. LA LEY

323. Sentado el principio de que el Tribunal tiene competencia para dirimir la presente controversia, y el Centro jurisdicción para administrar este procedimiento, es posible abordar el fondo de la disputa. Para ello, el Tribunal analizará en primer lugar el Derecho aplicable (*infra* 1) para después adentrarse en la alegación fundamental de Sauri: que su inversión habría sido expropiada por la República Argentina (*infra* 2). En una sección posterior se estudiarán las demandas adicionales planteadas por la Demandante (*infra* 3).

1. DERECHO APLICABLE

1.1. Principios generales

324. El art. 8.4 del APRI define las fuentes que el Tribunal deberá tomar en consideración para resolver la disputa:

“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.”

325. Por su parte, el art. 42(1) del Convenio de CIADI dispone:

“El Tribunal decidirá la diferencia de acuerdo con las normas de derecho acordadas por las partes. A falta de acuerdo, el Tribunal aplicará la legislación del Estado que sea parte en la diferencia, incluyendo sus normas de derecho internacional privado, y aquellas normas de derecho internacional que pudieren ser aplicables”.

326. El Tribunal deberá pues aplicar como principal fuente de Derecho – por así establecerlo el Art. 8.4 del APRI – los preceptos del propio APRI: las pretensiones de la Demandante solo pueden ser atendidas, si la República Argentina ha incumplido las obligaciones asumidas en el Tratado. A este principio general el propio art. 8.4 añade una precisión: en su labor el Tribunal también deberá tomar en consideración:

- El ordenamiento jurídico argentino, incluyendo el Contrato de Concesión y los restantes Contratos concluidos en relación con la inversión (todos ellos sujetos al Derecho argentino),
- Y los principios de Derecho internacional aplicables en la materia.

327. ¿Cómo se conjugan estas tres fuentes del Derecho, mencionadas en el art. 8.4 del APRI? La prevalencia entre ellas no se resuelve por el principio de jerarquía, sino por el de especialidad: a cada cuestión se le deberá aplicar aquélla norma que sea procedente de acuerdo con su

propia naturaleza. Así, la responsabilidad internacional de la República Argentina (en lo que no esté regulado en el Tratado) o la interpretación del APRI se regirán por los principios del Derecho internacional, mientras que el cumplimiento de los Contratos, la intervención administrativa o la rescisión de la Concesión se deberán valorar a la luz del ordenamiento argentino³⁴⁷.

1.2. Relevancia de las normas de derechos humanos

328. La República ha argumentado que el régimen de protección de inversiones diseñado en el APRI no desplaza las obligaciones asumidas por la Argentina en tratados de derechos humanos, obligaciones que en el sistema jurídico argentino gozan incluso de jerarquía constitucional³⁴⁸. Por ello, la Demandada propone que las obligaciones que emanan del APRI deben interpretarse en armonía con las normas de protección de los derechos humanos, y en especial el derecho humano al agua. Argumenta que la actuación de las autoridades de la Provincia, interviniendo la Empresa Concesionaria primero y rescindiendo la Concesión después, fue acorde con las obligaciones de garantizar derechos humanos básicos como es el suministro del agua³⁴⁹. Una medida que tenga tal fin no puede considerarse injusta o expropiatoria, y sí más bien un ejercicio necesario del poder de policía y regulación³⁵⁰. En resumen: la República limitó su actuación a adoptar medidas legítimas con el objeto de proteger a la población y asegurar sus derechos básicos³⁵¹.
329. Sauri, por su parte, argumenta que la invocación por la Demandada de los derechos humanos en general, y del derecho al agua en particular, no es otra cosa que un vano intento *ex post* para justificar las medidas adoptadas por las Autoridades provinciales de Mendoza en 2009 y 2010. Las pretendidas motivaciones de las autoridades son indiferentes y no pueden ni justificar las violaciones ni limitar las garantías ofrecidas por el Tratado³⁵².
330. En realidad, los derechos humanos en general, y el derecho al agua en particular, constituyen una de las varias fuentes que el Tribunal deberá tomar en consideración para dirimir la disputa, pues esos derechos están integrados en el sistema jurídico argentino con rango constitucional³⁵³, y además forman parte de los principios generales del Derecho internacional. El acceso a agua potable constituye, desde el punto de vista del Estado, un servicio público de primera necesidad, y desde la óptica del ciudadano un derecho fundamental³⁵⁴. Por ello, en esta materia el ordenamiento jurídico puede y debe reservar a la

³⁴⁷ Réplica, para. 234.

³⁴⁸ Contestación, para. 532.

³⁴⁹ Contestación, para. 538.

³⁵⁰ Contestación, para. 534.

³⁵¹ Dúplica, para. 252.

³⁵² Réplica, para. 228.

³⁵³ Informe Perito M. Pinto, para. 4.

³⁵⁴ Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre el alcance y el contenido de las obligaciones pertinentes en materia de derechos humanos relacionadas con el acceso equitativo al agua potable y el saneamiento que imponen los instrumentos internacionales de derechos humanos, Doc. ONU, A/HRC/6/3 (2007), para. 13, p. 11. y para. 18, p. 13. Anexo MP 100.

Autoridad pública legítimas funciones de planificación, supervisión, policía, sanción, intervención e incluso rescisión, en protección del interés general.

331. Pero estas prerrogativas son compatibles con los derechos de los inversores a recibir la protección ofrecida por el APRI. El derecho fundamental al agua y el derecho del inversor a la protección ofrecida por el APRI, operan sobre planos diferentes: la empresa concesionaria de un servicio público de primera necesidad se halla en una situación de dependencia frente a la administración pública, que dispone de poderes especiales para garantizar el disfrute por la soberanía del derecho fundamental al agua; pero el ejercicio de esos poderes no es omnímodo, sino que debe ser conjugado con el respeto a los derechos y garantías otorgados al inversor extranjero en virtud del APRI³⁵⁵. Si los poderes públicos deciden expropiar la inversión, dar al inversor un trato injusto o inequitativo o negarle la protección o plena seguridad comprometidas, todo ello en violación del APRI, el inversor tendrá derecho a ser indemnizado en los términos que el Tratado le reconoce.
332. Contrapesar estos dos principios será la tarea que el Tribunal deberá abordar al analizar las pretensiones substantivas presentadas por Sauri.

³⁵⁵ Y al inversor nacional en virtud de la Constitución y su normativa de desarrollo.

2. LA EXPROPIACIÓN DE LA INVERSIÓN

333. La principal imputación que Sauri presenta contra la República Argentina es que ésta le ha privado irregularmente de su inversión, cometiendo una expropiación indirecta³⁵⁶ de la participación que Sauri detentaba indirectamente en el capital de OSM, que ascendía al 32,08% del capital social, más los derechos ancilares a tal inversión, como son el derecho a participar en la gestión, el derecho a recibir dividendos y los derechos derivados de su función como operador técnico de la Concesión³⁵⁷. La República Argentina niega rotundamente haber cometido tal irregularidad.
334. Para resolver esta disputa, el Tribunal resumirá brevemente las posiciones de las partes (*infra* 2.1), analizará a continuación una cuestión previa, el efecto jurídico de la Segunda Carta de Entendimiento sobre los derechos y obligaciones de las partes (*infra* 2.2), dedicará una sección a analizar en abstracto el concepto de expropiación tal como ha sido definido en el APRI (*infra* 2.3), y lo aplicará a los hechos probados (*infra* 2.4) y posteriormente analizará las defensas articuladas por la República Argentina (*infra* 2.5).

2.1. Las posiciones de las partes

A) Demandante

335. La principal alegación de la Demandante se puede resumir en los siguientes términos: ha sido víctima de una expropiación indirecta, que la Demandada ha consumado mediante una cadena de medidas, iniciada a finales del año 2000, entre las que se encuentran
- Las sucesivas negativas a incrementar las tarifas;
 - La no actualización del catastro;
 - El impago de las subvenciones para carenciados y jubilados;
 - Las medidas de urgencia económica adoptadas en 2002;
 - Incapacidad de las autoridades provinciales de concluir un acuerdo de renegociación en los plazos inicialmente previstos;
 - Intervención y las medidas adoptadas para su aplicación³⁵⁸.
336. Precisa la Demandante que la intervención y las medidas posteriores dictadas en su aplicación provocaron el efecto de privar a los accionistas de sus derechos de control sobre los órganos de la sociedad – desde el 3 de agosto de 2009 Sauri no ha podido participar en la gestión

³⁵⁶ Demanda, para. 184.

³⁵⁷ Demanda, para. 187.

³⁵⁸ Demanda, para. 201.

cotidiana de OSM. La intervención no fue más que el prelude de la renacionalización de OSM, que la Provincia realizó tras la rescisión de la Concesión³⁵⁹.

337. La defensa articulada por la Demandada de que tanto la intervención como la rescisión del Contrato de Concesión estarían justificados por el legítimo ejercicio de poderes reglamentarios y de policía, es – en opinión de Sauri - puramente oportunista y debe ser rechazada. En todo caso esta hipótesis no resuelve la cuestión de la indemnización debida a Sauri por la expropiación³⁶⁰. Sauri alega, invocando la doctrina sentada en el laudo del asunto *Saluka*³⁶¹, que un Estado, cuando hace uso de sus poderes de policía, solo puede eludir su responsabilidad internacional, si los ejerce de buena fe, de manera legítima, respetando los compromisos adquiridos y de forma razonable y proporcional. La expropiación no puede encontrar su auto-justificación en que exista una ley que permita a las Autoridades hacer uso de tal poder³⁶².
338. Continúa Sauri argumentando que la Provincia decidió la intervención apoyándose en pretextos, pero en realidad pretendiendo cubrir sus propios fallos y carencias como supervisor de la Concesión. Desde el año 2005 OSM venía advirtiendo del riesgo del colapso en el servicio. A pesar de ello, las Autoridades no adoptaron las medidas que estaban de su mano: elevar las tarifas o conceder subvenciones. Las Autoridades prefirieron recurrir a la intervención, para atribuir a los accionistas extranjeros la responsabilidad por las dificultades del servicio, construir artificialmente una foja de cargos y renacionalizar el servicio³⁶³.
339. Finalmente, la Demandante argumenta que el hecho de que Sauri formalmente conserve la propiedad de AdM es irrelevante. El activo subyacente, OSM, ha desaparecido. Sauri es accionista de una sociedad en liquidación, que ha perdido su activo esencial. Se puede pues concluir que Sauri ha perdido el valor total de su inversión³⁶⁴.

B) Demandada

340. La República Argentina niega rotundamente que Sauri haya sufrido una expropiación indirecta. Alega que la Argentina no hizo más que ejercer, de forma legítima, su poder de policía y los derechos que el propio Contrato de Concesión le confería. Fueron los reiterados incumplimientos contractuales por parte de OSM los que obligaron a la Provincia a primero intervenir y luego rescindir el Contrato de Concesión. Las medidas se adoptaron conforme a los procesos legales previstos, no tuvieron carácter discriminatorio y fueron adoptadas de forma razonada y fundamentada³⁶⁵.

³⁵⁹ Réplica, para. 248.

³⁶⁰ Réplica, para. 248.

³⁶¹ *Saluka c. República Checa*, CNUDMI, decisión parcial de 17 de marzo 2006, paras. 307-308 (Doc. ASL 41).

³⁶² Réplica, para. 265.

³⁶³ Réplica, para. 269.

³⁶⁴ Réplica, para. 254.

³⁶⁵ Contestación, para. 762; Dúplica para. 409.

Las medidas anteriores a la Segunda Carta

341. En concreto, la Demandada alega que las medidas invocadas por la Demandante relativas a la no actualización del catastro de clientes, el impago de subsidios y la demora para concluir acuerdos de renegociación no rozan siquiera los requisitos exigidos por la jurisprudencia para configurar un supuesto de expropiación indirecta³⁶⁶. Además estos reclamos fueron transados en la Segunda Carta de Entendimiento, circunstancia que inhabilita a Sauri a presentar en esta instancia pretensiones sobre esas mismas cuestiones ya acordadas³⁶⁷.

La intervención y rescisión

342. En cuanto a la intervención de OSM, ésta tuvo como fundamento el riesgo técnico y el estado grave del servicio prestado por OSM, y como finalidad proteger la salud pública de la población servida. Fue realizada conforme a los art. 48 de Ley n° 6.044, 13.q) del Decreto n° 2.223/94³⁶⁸ y 12.2.4.3 del Contrato de Concesión, es decir, de conformidad con las normas que rigen la Concesión, lo que impide identificarlas como expropiatorias. Algunos de los motivos que justificaron la intervención fueron:

- La presencia de manganeso en las conexiones domiciliarias;
- La presencia de mercurio en el hipoclorito de sodio utilizado para potabilizar el agua;
- El estado de riesgo técnico de las colectoras de efluentes cloacales de Guaymallen y Las Heras;
- El incumplimiento de metas de calidad en las plantas de saneamiento;
- La baja presión del suministro de agua potable;
- El déficit de mantenimiento del Acueducto Potrerillos;
- El incumplimiento de la inversión comprometida en el Plan de Acción 2007 en un 39% ni con el Plan de Acción 2008 en un 61%;
- Severas deficiencias en la atención a los usuarios;
- Deterioro de edificios y plantas.

343. La intervención y rescisión del Contrato de Concesión no constituyen una expropiación de la inversión de Sauri, sino la adopción de medidas legítimas de acuerdo a las facultades regulatorias del Estado y que no caen dentro de la jurisdicción de este Tribunal³⁶⁹. Dada la presunción de legitimidad de los actos regulatorios del Estado, el estándar probatorio para

³⁶⁶ Contestación, para. 768.

³⁶⁷ Contestación, para. 776.

³⁶⁸ Modificado por el D. n° 911/95.

³⁶⁹ Dúplica, para. 415.

desvirtuar esta presunción debe ser alto – en particular debe haber prueba clara y convincente de error o de que el acto fue inapropiado. Existe un margen de discrecionalidad de los Estados en el cumplimiento de sus obligaciones con respecto del bienestar general. La simple determinación de la existencia de una privación no basta para obligar al Estado indemnizar³⁷⁰.

344. Invocando la doctrina en el laudo *Saluka*, la República concluye que la simple determinación de que un inversor ha sido privado de su inversión en sí mismo no da origen a la obligación de indemnizar. La privación ocurrida en virtud de medidas regulatorias legítimas no es indemnizable³⁷¹. El tribunal en el caso *Glamis*³⁷² remarcó que un Estado no será responsable por la pérdida que pudiera sufrir una inversión si la medida, en ejercicio del poder regulatorio, fue adoptada de buena fe y no es discriminatoria.
345. Es más: en caso de que se concluyera que ha habido una afectación en el valor de la inversión de Sauri, ésta sería la consecuencia de los reiterados y graves incumplimientos en que incurrió el Concesionario. Esta actuación fue la que obligó a la Provincia a intervenir primero el servicio de OSM, y luego a rescindir el Contrato de Concesión. Es un principio de Derecho internacional que un inversor no puede pretender compensación de un Estado por sus propias decisiones, por su pobre desempeño y por la falta de planeamiento de su negocio³⁷³. La República Argentina cita en su favor los laudos dictados en *Robert Aziniam*³⁷⁴ y *Waste Managent II*³⁷⁵. El estado de riesgo técnico de la Concesión se debió sin duda a la falta de inversión en la que incurrió el Concesionario, de manera que no se le pueden atribuir a la República Argentina las consecuencias del proceder irresponsable de OSM.

Sauri sigue siendo propietaria de las acciones de OSM

346. En la Dúplica, la República Argentina presenta un nuevo argumento: la inversión por la que Sauri reclama son sus acciones en OSM. Para que se configure una expropiación indirecta se debe referir a las acciones que posee en OSM – acciones que OSM continúa poseyendo y controlando al extremo de que han participado en la decisión de liquidar la sociedad³⁷⁶. Para que se configure una expropiación indirecta, estas acciones deben ser “desposeídas” o tener un efecto similar a la desposesión. Apoyándose en la decisión de responsabilidad dictada en

³⁷⁰ Dúplica, para. 441.

³⁷¹ Contestación, para. 790.

³⁷² *Glamis Gold, Ltd. c. Estados Unidos de América*, Caso CNUDMI/TLCAN, Laudo del 8 de junio de 2009, para. 355 (Doc. AL RA 77).

³⁷³ Contestación, para. 800.

³⁷⁴ *Robert Aziniam y otros c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB/97/2, Laudo del 1 de noviembre de 1999, para. 83 (Doc. AL RA 88).

³⁷⁵ *Waste Management Inc. c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso ARB/00/3, Laudo 30 de abril de 2004, para. 177 (Doc. AL RA 43).

³⁷⁶ Dúplica, para 429.

el asunto *Total*³⁷⁷ la Demandada alega que la privación efectiva requiere una pérdida total del valor de la propiedad.

347. Añade la República que así como Sauri no puede ampararse en los derechos bajo el Contrato de Concesión (tal como estableció la Decisión sobre Jurisdicción de este Tribunal), tampoco puede alegar que ha habido una expropiación. La decisión de rescindir es a todas luces el ejercicio de derechos contractuales, y no se trata de una medida expropiatoria. La aplicación de una cláusula contractual, aun cuando se refiera a la rescisión del contrato, jamás podrá equipararse a la expropiación de ese contrato que contiene la cláusula de rescisión, máxime cuando en este caso ni siquiera se ha alegado que la jurisdicción pactada en el contrato no esté disponible para considerar cualquier disputa resultante de la rescisión³⁷⁸.

Argumentos finales

348. La República niega que el fin último de los actos de la Provincia fuera el de renacionalizar el servicio. En realidad la Provincia hizo numerosos esfuerzos por intentar mantener la concesión de OSM:

- Realizó una revisión extraordinaria de la tarifa;
- Suspendió los estándares de calidad;
- Renegoció el Contrato de Concesión en medio de la crisis.

349. A pesar de sus buenos esfuerzos, continuaron los incumplimientos de la Concesionaria que llevaron a un estado de colapso del servicio y esto obligó a la Provincia a intervenir y luego rescindir el servicio³⁷⁹.

350. Finaliza su alegato la Demandada indicando que ningún tribunal arbitral internacional en los casos que los inversionistas extranjeros han iniciado contra la República a raíz del estallido de la crisis de 2001 ha concluido que las medidas adoptadas son de carácter expropiatorio³⁸⁰. Estas medidas fueron adoptadas para proteger objetivos legítimos de orden público, en tanto la integridad misma del Estado llegó a estar en jaque³⁸¹.

2.2. Una cuestión previa: el valor jurídico de la Segunda Carta de Entendimiento

351. El 17 de mayo de 2007 la Provincia de Mendoza, representada por uno de sus Ministros, y OSM firmaron la Segunda Carta de Entendimiento³⁸², documento que fue posteriormente

³⁷⁷ *Total S.A. c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/04/01, Decisión sobre Responsabilidad del 27 de diciembre de 2010, paras. 193 – 194 (Doc. AL RA 222).

³⁷⁸ Dúplica, para. 435.

³⁷⁹ Dúplica, para. 451.

³⁸⁰ Contestación, para. 807, Dúplica para. 413.

³⁸¹ Contestación, para. 810.

³⁸² Cfr. *Supra* para. 112.

ratificado mediante Decreto firmado por el Gobernador, y aprobado tácitamente por el Poder Legislativo en febrero de 2008. Esta Carta puso fin, con consentimiento y beneplácito tanto de OSM como de la Provincia, al larguísimo proceso de renegociación de la Concesión que había comenzado cinco años antes, cuando la República y la Provincia decretaron el estado de emergencia económico³⁸³.

352. El contenido de la Segunda Carta es triple³⁸⁴:

- En primer lugar, la Segunda Carta expresa una voluntad transaccional: ambas partes ponen fin de mutuo acuerdo a las numerosas disputas que habían ido surgiendo durante el cumplimiento del Contrato de Concesión; un ejemplo lo constituye el acuerdo de la Provincia de indemnizar a OSM en una suma de 18 M \$ por el retraso en la revisión del catastro, a cambio del compromiso de la Concesionaria de destinar el saldo neto resultante de 49 M \$ a la constitución del fondo de inversión;
- Adicionalmente, la Segunda Carta también representa una novación modificativa del Contrato de Concesión: las partes, de mutuo acuerdo, convienen en modificar algunos de los acuerdos que en su momento habían alcanzado; así p.e. se pacta una nueva metodología de cálculo y un nuevo procedimiento para la revisión de tarifas;
- Finalmente la Segunda Carta también funge como reconocimiento de deudas: ambas partes reconocen adeudarse recíprocamente determinadas cantidades, las compensan en los importes concurrentes y se comprometen a pagarlas en ciertos plazos y condiciones.

Efectos de la Segunda Carta

353. A efectos de la presente *litis*, las partes defienden posturas contrapuestas sobre los efectos del otorgamiento de la Segunda Carta de Entendimiento. La Demandante entiende que nos encontramos ante un hito más dentro del proceso de expropiación de la Concesión, proceso iniciado en el año 2000 y que culmina en la intervención y rescisión del Contrato³⁸⁵. La Demandada por el contrario entiende que la Segunda Carta de Entendimiento representa una cesura en las relaciones entre ambas partes, al haberse alcanzado un acuerdo transaccional, que vedaría la posibilidad de que el Tribunal tomara en consideración hechos acaecidos con anterioridad³⁸⁶.

354. En este punto, el Tribunal coincide con la postura defendida por la Demandada.

355. El art. 832 del Código Civil Argentino [“C.c.”] define la transacción en los siguientes términos

“La transacción es un acto jurídico bilateral, por el cual las partes, haciéndose concesiones recíprocas, extinguen obligaciones litigiosas o dudosas.”

³⁸³ Cfr. *Supra* II.8.

³⁸⁴ Para un análisis detallado cfr. II.13.1.

³⁸⁵ Demanda, para. 179

³⁸⁶ Contestación, para. 41.

356. La esencia de la transacción consiste pues en un acuerdo entre dos partes, enfrentadas en uno o varios litigios potenciales, o ya iniciados, para poner fin a dicha desavenencia, asumiendo cada una de ellas el compromiso de otorgar o renunciar a algún bien o derecho. Los efectos del contrato de transacción se hallan definidos en el art. 850 C.c., que se decanta por utilizar una expresión clásica, común en la mayoría de Códigos Civiles del mismo tronque que el argentino:

“La transacción extingue los derechos y obligaciones que las partes hubiesen renunciado, y tiene para con ellas la autoridad de la cosa juzgada.”

357. La Ley ordena pues que en todas las cuestiones que hayan sido objeto de acuerdo transaccional, dicho pacto produzca el mismo efecto que una decisión judicial contenida en sentencia firme de última instancia. Con este arcaísmo semántico lo que la norma quiere indicar es que la transacción despliega eficacia entre las partes, obligándolas a cumplir lo pactado, e impidiéndoles exhumar posiciones o circunstancias pretéritas, novadas o liquidadas por el acuerdo. Es como si las propias partes de mutuo acuerdo hubieran pronunciado sentencia sobre los pleitos o derechos dudosos.

358. El efecto subjetivo de la cosa juzgada se predica en primer lugar con respecto a las dos partes que otorgaron el acuerdo transaccional: OSM y la Provincia. Pero los efectos derivan también hacia Sauri, el accionista que controla OSM, pues Sauri no puede considerar como expropiatorias medidas que su propia filial ha dado por resueltas. Si una medida de la Provincia dio lugar a una disputa con OSM, y esa disputa ahora está zanjada como consecuencia de la transacción, el acuerdo transaccional impedirá a OSM reabrir la disputa y a Sauri incluirla entre las medidas expropiatorias por las que reclama contra la República.

Las medidas expropiatorias alegadas por Sauri

359. Veamos pues cuáles son las medidas expropiatorias alegadas por Sauri y si se han visto afectadas por la Segunda Carta de Entendimiento. Sauri alega³⁸⁷ haber sufrido una expropiación indirecta, que la Demandada habría consumado mediante una cadena de medidas, iniciada a finales del año 2000, que incluyen los siguientes:

- (i) Las sucesivas negativas a incrementar las tarifas;
- (ii) La no actualización del catastro;
- (iii) El impago de las subvenciones para carenciados y jubilados;
- (iv) Las medidas de urgencia económica adoptadas en 2002;
- (v) Incapacidad de las autoridades provinciales de concluir un acuerdo de renegociación en los plazos inicialmente previstos;
- (vi) Intervención y las medidas adoptadas para su aplicación.

³⁸⁷ Demanda, para. 206.

360. ¿Cuáles de estas medidas expropiatorias se hallan afectadas por la transacción pactada en la Segunda Carta? En opinión del Tribunal, las cinco primeras medidas se hallan dentro de esta categoría:
- (i) Es cierto – como alega SAURI – que durante cinco años, las Autoridades provinciales se negaron a incrementar las tarifas; pero también es cierto que en la Segunda Carta se pactó un incremento de la tarifa del 19,7 % y una metodología y un procedimiento de revisión futura³⁸⁸; las partes por lo tanto alcanzaron un acuerdo transaccional en toda la materia atinente a tarifas;
 - (ii) Es cierto que la Provincia se retrasó en la actualización del catastro, pero también es cierto que en la Segunda Carta de Entendimiento ambas partes pactaron que OSM recibiría una indemnización de 18 M \$³⁸⁹ por este motivo; el reclamo fue por lo tanto transado;
 - (iii) Es cierto que la Provincia se retrasó en el pago de las subvenciones para carenciados y jubilados; pero también es cierto que los saldos debidos ya habían sido establecidos en la Primera Carta de Entendimiento, y en la Segunda Carta dichos saldos, incrementados en los intereses correspondientes, fueron pagados mediante compensación con otras obligaciones adeudadas por OSM³⁹⁰; la reclamación por este motivo se halla pues saldada;
 - (iv) Es cierto que las medidas de urgencia económica afectaron a OSM; pero también es cierto que en la Segunda Carta de Entendimiento se transaron los dos principales efectos negativos sufridos por la Concesionaria: la congelación de las tarifas y la devolución de los préstamos internacionales cifrados en divisas que OSM había recibido antes de la toma de control por Sauri;
 - (v) Es cierto que las Autoridades provinciales incumplieron ampliamente los plazos inicialmente previstos para renegociar las tarifas, y que estos plazos tuvieron que ser reiteradas veces extendidos; pero también es cierto que OSM transigió con esos retrasos, al aceptar en la Segunda Carta un incremento de tarifa del 19,7% y una metodología y un procedimiento para las futuras revisiones.
361. En resumen: el Tribunal estima que de las seis medidas expropiatorias alegadas por Sauri, las cinco primeras han perdido su virtualidad, al estar afectadas por el acuerdo transaccional sancionado en la Segunda Carta de Entendimiento. Los efectos perjudiciales que dichas medidas pudieran haber causado a OSM han sido sanados. Solo la última medida expropiatoria alegada, la que se refiere a la intervención, a la rescisión y a los actos posteriores, permanece incólume. En consecuencia, Sauri únicamente podrá prevalecer en su pretensión expropiatoria, si es capaz de probar que la intervención de OSM y las medidas que

³⁸⁸ Cfr. para. 113 *supra*.

³⁸⁹ Cfr. para. 113, n. 153, *supra*.

³⁹⁰ Cfr. para. 113 *supra*.

la desarrollaron violaron el art. 5.2 del APRI. Esta cuestión será analizada en las siguientes secciones.

2.3. La regulación de la expropiación en el APRI

362. Como punto de partida conviene recordar el tenor literal del art. 5.2. del APRI:

“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.

Esta 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”.

363. El precepto transcrito se expresa en términos de prohibición: ordena a la República Argentina (y también a Francia) que se abstenga de adoptar determinadas “medidas”, salvo que éstas reúnan tres requisitos: utilidad pública, carácter no discriminatorio y no violación de un compromiso particular.

Medidas

364. El concepto de “medida”, que no se halla definido en el APRI, debe entenderse en sentido amplio³⁹¹. Así se desprende (aplicando el art. 31.1 de la Convención de Viena) del art. 5.2 del APRI, que engloba tanto medidas directas como indirectas. El concepto por lo tanto incluye todo tipo de actos administrativos, legislativos o judiciales, realizados por cualquiera de los poderes que constituyen la República (o por cualquier otra entidad de cuyos actos la República sea responsable de acuerdo con los criterios de imputación del Derecho internacional), y prohíbe que dichos actos resulten en una expropiación o en una nacionalización, o en una medida equivalente que produzca un efecto similar de desposesión.

365. El APRI no define los conceptos de “expropiación”, “nacionalización” ni “medida equivalente”, y esta laguna debe integrarse, tal como ordena el art. 8.4 del Tratado, “en base a los principios del Derecho Internacional en la materia”.

(i) Expropiación

366. La “expropiación” radica en que el Estado, en ejercicio de sus facultades soberanas, afecta a un inversor protegido por el Tratado, desposeyéndole del control o de la titularidad de una inversión protegida. El APRI, al igual que otros AAPRI firmados por Francia, se centra en el concepto “desposesión”, como requisito fundamental para la existencia de una

³⁹¹ Cfr. *Fisheries Jurisdiction Case* (España c. Canadá), Corte Internacional de Justicia, Decisión sobre Jurisdicción de 4 de diciembre de 1998, ICJ Reports (1998), p. 432-460, para. 66.

expropiación³⁹². Desposesión implica que el inversor sufre la pérdida del uso y disfrute³⁹³ (y no necesariamente de la propiedad) sobre la inversión. La definición del APRI se centra pues en el inversor, no en el Estado. No exige que la desposesión del inversor resulte en una apropiación en beneficio del Estado (o de un tercero que actúe por su cuenta). Sin embargo, en la mayoría de los casos, el empobrecimiento del inversor provocará el recíproco enriquecimiento de un ente público, lo que facilitará la consideración de la actuación como expropiatoria. La definición del Tratado tampoco exige que exista intención expropiatoria.

367. Inversor e inversión son conceptos definidos en el propio APRI, y a los efectos que aquí interesa, el Tratado considera inversores a las personas jurídicas constituidas en el territorio de Francia³⁹⁴, e inversiones tanto a las participaciones en sociedades argentinas, aun si son minoritarias o indirectas³⁹⁵, como a las concesiones administrativas³⁹⁶.

(ii) Nacionalización

368. “Nacionalización” es un concepto análogo al de expropiación, con el añadido que en este caso el Estado sí que hace suya la inversión de la que ha desposeído al inversor³⁹⁷.

(iii) Medidas equivalentes

369. El tercer concepto utilizado por el art. 5.2. del APRI es el de “medida equivalente que tenga un efecto similar de desposesión”. El circunloquio engloba lo que se suele conocer como expropiación regulatoria o indirecta. Se trata de actos legislativos o administrativos adoptados por un Estado, en ejercicio de sus facultades de regulación o policía, que no llegan a privar al inversor de la titularidad y control de su inversión, pero sí interfieren significativamente en su goce y disfrute.

Directa o indirectamente

370. El art. 5.2 del APRI añade una precisión adicional: prohíbe que la República Argentina adopte medidas expropiatorias, nacionalizadoras o de efecto equivalente “directa o indirectamente”.

³⁹² Cfr. art. 5.2.I se refiere a “cualquier otra medida equivalente que tenga un efecto similar de desposesión” y el 5.2.III se refiere a que toda expropiación tendrá una “fecha de desposesión”.

³⁹³ En *Total S.A c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/04/01, Decisión sobre Responsabilidad de 27 de diciembre de 2010, el Tribunal, aplicando el mismo APRI, concluye que “el término ‘desposesión’, por lo tanto, se refiere necesariamente a la pérdida de control que es característica de la ‘posesión’” (para. 193). En aquel caso el Tribunal entendió que el inversor no había sido desposeído de su participación en la sociedad argentina, ni de la administración de sus operaciones (cfr. para. 194). La situación en el presente arbitraje es totalmente diferente, pues Sauri ha perdido el control y la gestión de OSM y ha sido privada de su inversión.

³⁹⁴ Art. 1.2.b).

³⁹⁵ Art. 1.1.b); Decisión sobre Jurisdicción para. 87.

³⁹⁶ Art. 1.1.e); cfr. también *infra* n. 430.

³⁹⁷ En la práctica, el concepto de nacionalización se suele reservar a la expropiación en beneficio del Estado o de un ente público de recursos naturales o sectores industriales; cfr. IAN BROWNLIE: “*Principles of Public International Law*”, 7ª ed. (2008), p. 532.

371. ¿Qué quiere significar el Tratado con la inclusión de estos adverbios?
372. En una primera aproximación, podría pensarse que el APRI se está refiriendo a la denominada expropiación indirecta o regulatoria. Tal interpretación, sin embargo, debe desecharse, porque la expropiación indirecta o regulatoria ya está englobada en el concepto de “medida equivalente”. No tendría sentido que el mismo precepto y en una misma frase el Tratado se refiriese dos veces a la misma institución, utilizando conceptos radicalmente diferentes.
373. La precisión “directa o indirectamente” tampoco parece referirse a la forma en que el inversor protegido detente la inversión. Recuérdese que el art. 1.1.b) del APRI engloba dentro de su ámbito de protección las “participaciones indirectas” en sociedades argentinas detentadas por sociedades constituidas en Francia. Por lo tanto, las medidas expropiatorias están prohibidas, tanto si van dirigidas directamente contra el inversor francés, o indirectamente contra las sociedades argentinas en las que éste participe – sin que sea necesario que el art. 5.2 reitere el principio.
374. En realidad, los adverbios “directa o indirectamente” se refieren – como muestra su colocación dentro de la frase – a la forma en que el Estado adopta las medidas: el precepto veda que las pueda adoptar tanto directamente, como prevaliéndose de la participación de cualquier otra entidad, pública o privada, que actúe por cuenta del Estado o de la que el Estado sea internacionalmente responsable. En todo caso, la explícita referencia a medidas indirectas subraya la intención de los autores del APRI de dar una interpretación amplia a las medidas expropiatorias prohibidas.

Excepciones

375. La prohibición de adoptar medidas expropiatorias, nacionalizadoras o equivalentes no es absoluta. El APRI las permite, siempre que se cumpla una triple condición (y además se pague la correspondiente indemnización):
- Que obedezcan a causa de utilidad pública;
 - Que no sean discriminatorias;
 - Ni contrarias a un compromiso particular adquirido por el Estado frente al inversor o a un tercero.
376. Una expropiación legítima obliga al pago de una compensación adecuada, cuyo monto y modalidades de pago se debe fijar a más tardar a la fecha de la desposesión. Para ser adecuada la compensación:
- Debe equivaler al valor real de las inversiones afectadas;
 - Debe ser calculada en relación a una situación económica normal anterior a cualquier amenaza de desposesión;
 - Debe ser efectivamente realizable y libremente transferible;

- Debe ser pagada sin demora;
- Y debe devengar intereses a una tasa apropiada hasta la fecha de pago.

2.4. Subsunción de los hechos en el concepto de expropiación

377. Analizada la norma, debe plantearse si los hechos probados (*infra* A) pueden ser subsumidos en ella (*infra* B).

A) Hechos probados

378. *Pro memoria*: La intervención administrativa es una prerrogativa de carácter administrativo que el art. 48 de la Ley n° 6.044 reserva al Poder Ejecutivo de la Provincia. Se trata de una medida temporal (limitada a dos periodos de 180 días), que procede cuando el incumplimiento por el Concesionario de sus obligaciones legales o convencionales importa irregularidad en las condiciones de prestación del servicio, y siempre que las sanciones administrativas no sean adecuadas. Su finalidad es el restablecimiento del servicio, y por regla general la designación del interventor no conlleva la sustitución de los órganos de dirección de la Empresa Concesionaria – aunque excepcionalmente tal sustitución es posible³⁹⁸.

379. Constituyen hechos probados³⁹⁹:

- El 3 de agosto de 2009 el Directorio del EPAS adoptó un acuerdo solicitando al Poder Ejecutivo la intervención de OSM, bajo el régimen más severo de sustitución temporaria de los órganos de dirección;
- Ese mismo día el Gobernador de la Provincia promulgó el Decreto n° 1.690 (mediante un Acuerdo de Ministros), decretando la medida solicitada, y nombrando interventor al Ing. Manuel Dávila, vicepresidente del EPAS, por un plazo de 180 días;
- El Decreto de intervención ordena que el interventor ejerza la totalidad de las atribuciones otorgadas por el estatuto social y las reglamentaciones internas al Directorio y a su Presidente; los accionistas propietarios de OSM quedan en consecuencia desposeídos de todos sus derechos de participar en la gestión de la empresa, cuyo control es encomendado al interventor;
- La intervención fue prorrogada por un segundo periodo de 180 días – el máximo permitido por la Ley; para poder extender nuevamente la duración, se tuvo que promulgar una nueva Ley, la n° 8.196⁴⁰⁰, que extendió la medida administrativa hasta el 27 de septiembre de 2010;

³⁹⁸ Cfr. para. 187 *supra*.

³⁹⁹ Cfr. para. 219 *supra*.

⁴⁰⁰ Decreto n° 3.332/2009 y Ley n° 8.196.

- En el discurso oficial pronunciado por el Gobernador el 1 de mayo de 2010 ante el Parlamento Regional, aquél anunció que OSM se encontraba en “una crítica situación por años de desidia en su gestión privada” y que “debe volver a estar en manos del Estado provincial”;
 - El 27 de julio de 2010 el Gobernador decretó la rescisión del Contrato de Concesión por culpa del Concesionario;
 - Dos meses después, el 27 de septiembre de 2010 se dio eficacia a la rescisión, produciéndose la recepción provisoria del servicio por la Provincia;
 - En esa misma fecha, la concesión fue otorgada a una nueva empresa concesionaria, de propiedad pública: Aysam;
 - El 1 de octubre de 2010, a instancias del interventor, se convocó una Asamblea General Extraordinaria de Accionistas de OSM para aprobar su disolución; al tratarse de una sociedad de objetivo único – la explotación de la Concesión – y haberse decretado la rescisión del Contrato que constituía su único objeto, la sociedad se hallaba incurso en una causal de disolución, y así fue acordado por los accionistas;
 - No hay expectativa real alguna de que los accionistas puedan llegar a cobrar una cantidad significativa a resultas del proceso de liquidación;
 - OSM no ha recibido pago alguno de la Provincia como contraprestación por la rescisión del Contrato de Concesión.
380. Visto desde el punto de vista de Sauri, los hechos probados han producido el siguiente efecto:
- Sauri, una sociedad francesa, era propietaria, a través de AdM, una sociedad argentina, de una participación del 32,08% en OSM, una sociedad argentina cuyo único objeto era la explotación del Contrato de Concesión;
 - A consecuencia del Decreto promulgado por el Gobernador de la Provincia, ordenando la intervención con sustitución de administradores, Sauri perdió toda capacidad de participar en la gestión y el control de OSM;
 - OSM ya no es titular del Contrato de Concesión, a resultas de la rescisión decretada por el Gobernador de la Provincia, sin haber recibido indemnización alguna;
 - OSM se encuentra en proceso de disolución, a propuesta del interventor, por haber incurrido en una causal legal de disolución, sin expectativa de que de dicho proceso resulte ningún dividendo para los accionistas.

B) Aplicación de la norma

381. Los hechos probados muestran que Sauri en su momento fue propietaria, a través de OSM, de una participación indirecta del 32,08% en la Concesión para la distribución de agua potable y la prestación de servicios de saneamientos en la Provincia de Mendoza, que OSM ha sido

desposeída de la Concesión en virtud de actos administrativos y legislativos adoptados por la Provincia, que la Provincia ha otorgado la misma Concesión a una empresa pública controlada por ella, y que OSM se halla en proceso de liquidación, sin que Sauri haya recibido o tenga expectativa de recibir compensación alguna.

382. En opinión del Tribunal Arbitral, estas actuaciones constituyen “medidas de expropiación o de nacionalización” incompatibles con el art. 5.2. del APRI, adoptadas por la Provincia de Mendoza, y de las que la República Argentina es internacionalmente responsable.
383. La decisión de entender que las medidas adoptadas por la República Argentina constituyen una expropiación directa se fundamenta en los siguientes razonamientos:

Medidas expropiatorias...

384. La República Argentina es responsable, de acuerdo con los principios del Derecho internacional, por los actos realizados por la Provincia, y la Provincia ha adoptado varias medidas concatenadas (la intervención de la Concesión, la rescisión del Contrato, la re- adjudicación de la Concesión a Aysam, la liquidación de OSM), con el resultado que Sauri, un inversor protegido, que era titular de una inversión protegida (la participación indirecta en el Contrato de Concesión), ha sido desposeído de dicha inversión. La desposesión fue provocada:
- Inicialmente por la intervención, una decisión *iure imperii* de la Provincia que apartó totalmente al inversor de la gestión y administración de OSM y le privó del uso y disfrute de la Concesión, uso y disfrute del que gracias a su participación en OSM venía disfrutando,
 - Se convirtió en definitiva al decretarse la rescisión del Contrato de Concesión, que supuso la pérdida de la propiedad sobre la Concesión,
 - Y la disolución y liquidación de OSM finalmente privó al inversor de toda expectativa de recibir compensación alguna.

... y de nacionalización

385. Tras la expropiación, la Concesión ha sido adjudicada a una empresa pública, consumándose de esta forma su reintegración en el patrimonio de la Provincia y su nacionalización a través de una empresa de control público. Se ha producido pues una apropiación por el Estado de los bienes y derechos que fueron expropiados al inversor, reforzándose así el convencimiento de que las medidas adoptadas tienen carácter expropiatorio⁴⁰¹. En realidad lo que ha ocurrido es que el Estado provincial ha tomado la decisión de re-nacionalizar, a nivel de la Provincia de Mendoza, el sector del agua potable y del saneamiento. Estamos nítidamente ante lo que el art. 5.2 del APRI considera “medidas de nacionalización”.

⁴⁰¹ La dualidad desposesión/apropiación constituye una prueba *prima facie* de que el Estado ha expropiado el activo; cfr. ANDREW NEWCOMBE: “*The Boundaries of regulatory expropriation in International Law*”, (2005) 20:1 ICSID REVIEW, p. 6, n. 19.

De naturaleza soberana

386. Las medidas adoptadas por un Estado, para poder ser calificadas como expropiatorias o de nacionalización, exigen adicionalmente que hayan sido ejecutadas en ejercicio de poderes soberanos. ¿Se cumple este requisito en el presente caso, en el que la Provincia primero intervino la Concesión y después rescindió el Contrato de Concesión y adjudicó la Concesión a una empresa pública de nueva creación?
387. El ejercicio de poderes soberanos es especialmente evidente en el acto de la intervención. Es ésta una potestad excepcional de naturaleza administrativa, de la que únicamente dispone un Estado, y que forma parte de las funciones de policía y/o de los poderes de regulación de los que las Administraciones públicas disponen en determinadas sectores. Esta potestad autoriza al Estado a interferir, por razones de interés público, en la gestión y administración de una empresa privada, pudiendo incluso llegar a destituir a los gestores designados por los propietarios, sustituyéndolos por otros nuevos, nombrados directamente por los Poderes públicos.
388. En el caso de autos, la intervención fue impuesta a través de la promulgación del Decreto n° 1690/2009⁴⁰², y el sustento legal de dicha medida debe buscarse – según señala su art. 1 – en los poderes excepcionales que la Ley n° 6.044 otorga al Poder Ejecutivo. La intervención estaba inicialmente prevista para 180 días, y después fue prorrogada dos veces, la primera mediante Decreto y la segunda en virtud de la Ley especial n° 8.196⁴⁰³. A partir de la intervención y durante más de un año, el poder Ejecutivo de Mendoza asumió todos los poderes en el seno de OSM, excluyendo a Sauri y a los restantes accionistas, que fueron efectivamente desposeídos del control de su Empresa Concesionaria. Como ya se ha expuesto, a los directivos designados por OSM les fue vedada en forma drástica la continuidad en la empresa⁴⁰⁴.
389. Los actos de rescisión del Contrato de Concesión y de traspaso de la Concesión a la nueva empresa pública, también son actos dictados *iure imperii*: el art. 41 de la Ley n° 6.044 prevé que una concesión caducará si el concesionario incumpliera las obligaciones que ha asumido, y que en tal caso la terminación “será dispuesta por el Poder Ejecutivo”⁴⁰⁵. La Ley otorga pues una facultad al Poder Ejecutivo provincial, la de disponer por sí solo de la caducidad de la concesión, de la que carece una persona privada en situaciones equivalentes – estamos nuevamente ante potestades soberanas de un Estado otorgadas por ley. Y buena prueba de ello es que la rescisión del Contrato de Concesión se tuvo que formalizar mediante la promulgación de una norma, el Decreto n° 1541/2010⁴⁰⁶.
390. También la recepción y el traspaso del servicio, una vez extinguida la Concesión, son actos en los que prevalece la naturaleza pública: la Provincia fija unilateralmente la fecha, designa a

⁴⁰² Doc. S. 323.

⁴⁰³ Decreto n° 3.332/2009 y Ley n° 8.196.

⁴⁰⁴ Cfr. para 193 *supra*.

⁴⁰⁵ En términos análogos se expresa el art. 63 del D. 911/95 que desarrolla la Ley n° 6.044 – Doc. A RA 79.

⁴⁰⁶ Doc. A RA 176.

quién se ha de transferir el servicio y cuáles son los bienes y el personal afectados. El Contrato de Concesión, resaltando los poderes de naturaleza pública de los que la Provincia está imbuida, añade que en la fecha designada por la Administración

“cesarán de pleno derecho todos los poderes y facultades del Concesionario con relación a la operación del Servicio, a la administración y disposición de los bienes y a la conducción del personal que sea transferido”⁴⁰⁷.

391. El Tribunal concluye por lo tanto que el conjunto de medidas expropiatorias adoptadas por la Provincia – la intervención, rescisión y la transferencia de la Concesión a la nueva empresa concesionaria – no puede ser considerado como actos privados, fundamentados en derechos y obligaciones surgidos del Contrato de Concesión. Las medidas están tipificadas en la Ley, y pudieron ser adoptadas precisamente porque la Provincia es una entidad territorial de la República Argentina, con Poder Ejecutivo y Legislativo propios, y con las inherentes potestades soberanas.
392. En resumen: El Tribunal Arbitral concluye que las medidas adoptadas por la Provincia constituyen una expropiación directa, y más concretamente una nacionalización, a los efectos del art. 5.2 del APRI. La siguiente cuestión que el Tribunal tiene que abordar es si estas medidas están justificadas y dan o no derecho a Sauri a ser indemnizado por el daño sufrido.

2.5. Las defensas articuladas por la República Argentina

393. La Demandada ha articulado una serie de argumentos, con el objetivo de justificar las medidas adoptadas, de argüir que no nos encontramos ante medidas expropiatorias y de afirmar que la Demandante no tiene derecho a recibir compensación alguna:
- En primer lugar la Demandada defiende que la intervención y rescisión tuvieron como fundamento el riesgo técnico y el estado grave del servicio prestado por OSM, que su finalidad fue la protección de la salud pública, y que se trata de medidas legítimas ejecutadas en el marco de los poderes regulatorios y de policía (*infra A*);
 - En segundo lugar, añade que de haberse producido una afectación en el valor de la inversión propiedad de Sauri, ésta se debería a los reiterados y graves incumplimientos en que incurrió OSM, de los que debe responsabilizarse a Sauri (*infra B*);
 - En tercer lugar, la República sostiene que Sauri no ha sufrido una expropiación, pues continúa poseyendo y controlando las acciones de OSM, al extremo de haber participado en la decisión de liquidar la sociedad (*infra C*);
 - En cuarto lugar, la Demandada aduce que la decisión de rescindir representa el ejercicio de derechos contractuales y por lo tanto no se trata de una medida expropiatoria (*infra D*);
 - En quinto lugar, la República Argentina niega que el fin último de las medidas de la Provincia fuera el de nacionalizar el servicio, afirmando que las Autoridades de Mendoza hicieron numerosos esfuerzos por mantener la Concesión (*infra E*);

⁴⁰⁷ Contrato de Concesión, art. 13.9.1.2.

- Finalmente, la República Argentina invoca la defensa de estado de necesidad bajo el Derecho internacional general y bajo el APRI (*infra* F).

A) No existe expropiación, sino medidas legítimas ejecutadas en el marco de poderes regulatorios y de policía

394. La República Argentina ha alegado que la intervención tuvo como fundamento el riesgo técnico y el estado grave del servicio prestado por OSM, que era la protección de la salud pública, y que fue realizada de conformidad con las normas aplicables, lo que impediría calificarla como expropiatoria⁴⁰⁸. Añade que existe un margen de discrecionalidad de los Estados en cumplimiento de sus obligaciones con respecto al bienestar general, de forma que la simple determinación de la existencia de una privación no basta para obligar a un Estado a indemnizar.

395. Constituyen hechos probados:

- Durante el quinquenio que siguió a la declaración del estado de emergencia económico en 2002, la tarifa aprobada en 1991 permaneció en vigor (con una mínima adaptación por motivos fiscales). En este periodo OSM entró en una situación de pérdidas, las inversiones se fueron reduciendo, la infraestructura se deterioró y la calidad del servicio disminuyó visiblemente. La Empresa Concesionaria advirtió reiteradas veces a la Provincia del riesgo inminente del colapso del servicio;
- La Segunda Carta de Entendimiento de 2007 pareció poner fin a las desavenencias y tensiones entre OSM y la Provincia: se incrementó la tarifa en un 19,7%, se fijó la metodología y el procedimiento para futuras revisiones tarifarias y se pactó que la Concesionaria alcanzaría ciertos niveles anuales mínimos de inversión;
- La entrada en vigor de la Segunda Carta (incluyendo el incremento de tarifa del 19,7%) se pospuso casi un año – exacerbando la asfixia financiera de OSM;
- Entrada en vigor la Segunda Carta, OSM presentó en abril de 2008 una solicitud de incremento de tarifa; en claro incumplimiento de lo convenido en la Segunda Carta (que preveía un plazo de resolución de 30 días), el EPAS dilató el proceso de revisión de la solicitud hasta febrero de 2009; en esta fecha, consta en autos un informe interno del EPAS confirmando la procedencia de un incremento del 51,91%; a pesar de ello, durante seis meses el EPAS continuó negándose a proponer al Poder Ejecutivo un aumento de tarifa. Finalmente, el 3 de agosto de 2009 el EPAS propuso al Poder Ejecutivo dos decisiones: la primera la de intervenir OSM, y la segunda la de incrementar la tarifa en hasta un 51,91 %. Ese mismo día el Gobernador decretó la intervención de OSM, en su variante de sustitución de la gestión privada, y el incremento de tarifa en un 37%;
- El 1 de mayo de 2010, el Gobernador de la Provincia en su discurso programático ante el Parlamento, anunció sus planes de que OSM “debe volver a estar en manos del Estado provincial”;

⁴⁰⁸ Contestación, para. 762; Dúplica, para. 409.

- El Poder Ejecutivo provincial dio cumplimiento a este principio programático, al decretar en julio de 2010 la rescisión del Contrato de Concesión, y transferir en septiembre esa Concesión a Aysam, una sociedad pública de nueva creación.

Los poderes regulatorios del Estado

396. El Tribunal coincide con la República Argentina en que el ordenamiento jurídico puede otorgar al Estado, y a sus entes reguladores, poderes especiales de regulación y policía sobre empresas que se desenvuelvan en ciertos sectores económicos, en los que el comportamiento incorrecto de una empresa privada pueda provocar efectos colaterales perjudiciales para el bien común: así la crisis de un banco o de una entidad de valores puede provocar riesgo sistémico para todo el sector financiero, o la actuación desaprensiva de una empresa proveedora de servicios básicos puede degenerar en riesgos graves para la salud y el bienestar de la ciudadanía. En todos estos casos se justifica que el Estado se reserve, en protección y beneficio de la sociedad en su conjunto, poderes especiales que le permitan interferir en la gestión e incluso en la propiedad de la empresa privada, para enderezar la situación.
397. Es por ello que la Ley n° 6.044 otorga poderes excepcionales a la Provincia para intervenir a una empresa concesionaria de aguas y saneamiento, si ésta incumple gravemente sus obligaciones y no existe otra posibilidad para corregir la irregularidad; también parece legítimo que dicha Ley reserve al Estado potestades especiales para rescindir una concesión de servicios públicos básicos en defensa del interés general. En ambos casos la Ley n° 6.044 otorga a la Provincia lo que comúnmente suelen denominarse “poderes de policía del Estado”.
398. Los poderes de policía por definición restringen la libertad de los ciudadanos (y por ende de los inversores extranjeros) de gestionar, usar y disfrutar de sus inversiones en la forma en la que libremente decidan. En consecuencia pueden desembocar en lo que el art. 5.2 del APRI denomina “medidas equivalentes” a una expropiación, y que comúnmente se conoce como expropiación regulatoria o indirecta⁴⁰⁹. Y constituye un principio general del Derecho internacional consuetudinario, comúnmente aceptado, que el ejercicio legítimo de poderes de policía no constituye un ilícito internacional, y en ciertas circunstancias incluso está justificado que el perjudicado no reciba compensación⁴¹⁰.
399. Así ocurrió en *Saluka*. El Banco Central Checo había decretado la administración forzada de un banco en crisis, y a pesar de ello el tribunal entendió que no se había producido una expropiación incumplidora del APRI y merecedora de indemnización:

“In summary, the Tribunal finds, based on the totality of the evidence which has been presented to it, that in imposing forced administration of [the bank] on 16 June 2000, the Czech Republic adopted a measure which was valid and permissible as within its

⁴⁰⁹ Cfr. OECD: “‘Indirect Expropriation’ And the ‘Right to Regulate’ in International Investment Law”, Working Paper, septiembre de 2004.

⁴¹⁰ Cfr. JOSEPH L. SAX: “Takings and the Police Power” (1964-5) 74 Yale L.J. 36; y también ANDREW NEWCOMBE, p. 31, *op. cit. supra* n. 401.

*regulatory powers, notwithstanding that the measure had the effect of eviscerating Saluka's investment in [the bank]*⁴¹¹.

400. La cuestión consiste en determinar cuándo ese ejercicio es legítimo y cuándo es ilegítimo y cuándo además se justifica que la expropiación no sea compensada.

Ejercicio legítimo de poderes de policía

401. El ejercicio de los poderes de policía es legítimo si se realiza de acuerdo con normas de general aplicación, de forma no discriminatoria, de buena fe en defensa del interés general, y sin que el Estado haya incurrido en incumplimiento previo de sus propias obligaciones⁴¹².
402. En el presente caso, el ejercicio por la Provincia de los poderes de policía sobre OSM ha venido precedido por un claro incumplimiento de sus propias obligaciones. La Segunda Carta de Entendimiento estaba basada en un sinalagma fundamental: la Provincia se comprometía a revisar las tarifas de la Concesión cuando se produjera un incremento de los costos, adoptándolas de acuerdo con una metodología pactada, dentro de un procedimiento reglado, con plazos predeterminados. En contraprestación, OSM asumía una serie de compromisos de inversión, que permitirían rectificar la situación de infra-inversión y cuasi-colapso en la que había caído la Concesión.
403. Casi desde el mismo momento de la entrada en vigor del acuerdo la Provincia incumplió su parte del sinalagma. El plazo de 16 meses para la aprobación del aumento de tarifa, (que se produjo tras el retraso de casi un año en la entrada en vigor de la propia Carta), es un periodo que excede amplísimamente de lo pactado y que a todas luces parece excesivo – sobre todo si se toma en consideración la situación de estrangulamiento económico en el que se encontraba la Empresa Concesionaria, y el riesgo de colapso del servicio del que venía advirtiendo.
404. El comportamiento del EPAS es especialmente difícil de justificar: desde febrero de 2009 el organismo regulador era plenamente consciente de que, de acuerdo con lo pactado, una subida de la tarifa del 51,9% era procedente; y a pesar de ello, se abstuvo de cumplir con su deber y de someter la oportuna propuesta a la Provincia. El regulador esperó seis meses más, hasta agosto de 2009, para proponer formalmente a la Provincia el aumento; y en el mismo acuerdo en que lo hizo, propuso simultáneamente la intervención de OSM, decantándose, de entre las dos variantes de intervención admitidas por la ley, por la más traumática. Es decir:
- El regulador, consciente de que la subida de tarifa solicitada era correcta y apropiada, fue posponiendo su aprobación, privando a OSM de los medios a los que tenía derecho y que quizá le hubieran permitido enderezar el servicio;
 - Así provocó que la situación del servicio continuara deteriorándose, hasta que la intervención pública se hizo inevitable;

⁴¹¹ Para. 276.

⁴¹² Cfr. *Saluka*, para. 255.

- Finalmente el EPAS, en el mismo acuerdo en que propuso a la Provincia que interviniera OSM, también solicitó que se aprobara el incremento de tarifa que OSM venía infructuosamente reclamando – los medios que irregularmente se negaron a la empresa durante su gestión privada se le concedieron de golpe una vez que su gestión se puso en manos públicas.

405. En resumen: el Tribunal entiende que los incumplimientos graves de la Segunda Carta impiden que pueda prevalecer la defensa de la República Argentina de que su actuación se circunscribió a un legítimo uso de sus poderes de policía.

Expropiaciones legítimas de acuerdo con el art. 5.2 del APRI

406. Pero aun si se estimara que la actuación de la Provincia se puede reconducir a un legítimo uso de sus poderes de policía (*quod non*), no por ello quedaría la Demandada exonerada de su obligación de compensar a Sauri por la expropiación sufrida.

407. En efecto: el art. 5.2. del APRI prohíbe a los Poderes públicos, como regla general, que adopten medidas expropiatorias, nacionalizadoras o equivalentes, pero a continuación crea una excepción; considera como legítimas aquellas expropiaciones que cumplan cumulativamente cuatro requisitos:

- Que tengan por causa la utilidad pública,
- Que no sean discriminatorias,
- Que no sean “contrarias a un compromiso particular”,
- Y que den lugar a al pago de una “compensación pronta y adecuada”

408. El Tribunal Arbitral no discute que la Provincia esté facultada, por causa de utilidad pública, a intervenir o incluso nacionalizar el servicio público de abastecimiento de agua y de saneamiento. En el caso de autos, es legítimo que la Provincia, ante el indiscutido deterioro del servicio, reaccionara ejercitando los poderes excepcionales que su propia legislación le concede.

409. El Tribunal también está dispuesto a aceptar que las medidas adoptadas por la Provincia no han sido discriminatorias – la Demandante no ha aportado prueba alguna que muestre lo contrario.

410. Pero ni el tercer ni el cuarto requisito se cumplen.

411. Para que una expropiación pueda ser considerada legítima a efectos del APRI, es preciso que la Autoridad expropiadora se haya atenido a los “compromisos particulares” pactados – algo que en nuestro caso no ha ocurrido, pues la Provincia no ha cumplido con el compromiso asumido en la Segunda Carta de Entendimiento de revisar la tarifa para reflejar los incrementos de costos. En consecuencia, las medidas adoptadas por la Provincia en ningún caso podrían ser consideradas como una expropiación legítima a efectos del APRI.

412. Además, el segundo párrafo del art. 5.2. obliga al Estado que decreta una expropiación legítima a compensar al inversor con “el valor real de las inversiones afectadas”. Se impone pues la conclusión que, aun en el hipotético caso de que las medidas adoptadas por la Provincia pudieran ser consideradas como expropiación legítima (*quod non*), no por ello quedaría la República Argentina eximida de pagar a Sauri la compensación prevista en el APRI.
413. En resumen: es indiscutido que un Estado soberano, por causa de utilidad pública y actuando en defensa de lo que estima es el interés general, puede decidir en cualquier momento la nacionalización de un servicio público esencial como es el suministro de agua potable y de saneamiento. Pero una vez ejecutada la expropiación de la inversión perteneciente a un inversor extranjero protegido por el APRI, de lo que el Estado no puede escapar es de su obligación internacional, plasmada en el propio APRI, de indemnizarle por el valor real de los activos de los que ha sido privado – muy especialmente cuando la expropiación ha venido precedida por un claro incumplimiento de los compromisos asumidos por la Provincia frente al inversor.

B) La inversión se ha envilecido debido al incumplimiento por parte de OSM

414. La segunda defensa presentada por la República Argentina argumenta que la pérdida de valor de la inversión sufrida por Sauri es consecuencia de los reiterados y graves incumplimientos en que incurrió el Concesionario. Añade que el estado de riesgo técnico al que se vio abocada la Concesión se debió a la falta de inversión por el Concesionario, y estas carencias obligaron a la Provincia a intervenir primero y a rescindir después el Contrato⁴¹³.
415. El Tribunal coincide con la apreciación de la República Argentina de que un inversor no puede pretender compensación de un Estado por sus propias decisiones, por su pobre desempeño y por la falta de planeamiento de su negocio⁴¹⁴. Pero los hechos probados no encajan dentro de dicha apreciación.

B.1. La alegada falta de inversión

416. En primer lugar, la República imputa a la Demandante que el indubitado estado de riesgo técnico al que llegó a estar sometida la Concesión se debió a la falta de inversión en la que incurrió el Concesionario a lo largo de la vida de la Concesión – tanto antes como después de la entrada en vigor de la Segunda Carta de Entendimiento.

La estructura de la inversión

417. Para analizar esta imputación, es importante resaltar la forma en la que la Provincia estructuró la licitación inicial para la venta de OSM: el consorcio del que formó parte Sauri pagó en total 150 M \$, de los cuales 132 M \$ correspondieron a la Provincia, y únicamente 18 M \$ fluyeron a las arcas de la propia OSM. La licitación estaba pues diseñada de una forma muy

⁴¹³ Contestación, para. 800.

⁴¹⁴ *Robert Aziniam*, para. 83 y *Waste Mangement II*, para. 177.

favorable a la Provincia: el dinero que el consorcio pagaba fluyó en su inmensa proporción a sus manos, no a mejorar las instalaciones de la Concesionaria.

418. Las partes han discutido si el precio pagado por el consorcio IDA fue o no demasiado elevado⁴¹⁵. En realidad, este aspecto no es el relevante: Sauri, un operador experto y profesional, junto a los otros miembros del consorcio, ofrecieron 150 M \$ por la concesión, una cuantía que estimaron constituía el verdadero valor de OSM. Lo que es relevante es que el 85% de ese valor fue a manos del vendedor, la Provincia, y solo el 15% a la propia sociedad vendida. Si los 150 M \$ pagados se hubieran destinado a capitalizar OSM, los problemas que aquejaron a la concesión y que llevaron a su intervención y rescisión, probablemente no se hubieran producido. Lo trascendental no es el importe total ofrecido por el consorcio capitaneado por Sauri, lo fundamental es que este precio, en su inmensa mayoría, no se dedicó a desarrollar la concesión, sino a financiar a la Provincia.
419. Esta distribución de recursos es especialmente conflictiva, si se toma en consideración que el POE exigía nuevas inversiones a cargo de OSM en una cifra de más de 300 M \$ y que el concurso de adjudicación no preveía que el adjudicatario aportara fondos a OSM más allá de los 18 M \$ inicialmente previstos. La licitación estaba pues basada en una presunción: el Contrato de Concesión sería capaz de generar, gracias a la tarifa pagada por los consumidores de Mendoza, un margen de beneficio tal, que permitiría al Concesionario recuperar los 132 M \$ pagados a la Provincia y financiar el programa de inversión de más de 300 M \$ exigido por el POE.
420. ¿Se alcanzaron estos objetivos financieros? Los planes previstos se mostraron como desmesuradamente optimistas: en la realidad de los hechos, la tarifa autorizada por la Provincia nunca permitió generar el margen de beneficio esperado, el programa de inversión previsto nunca se pudo realizar con los fondos generados, las posibilidades de obtener financiación ajena se clausuraron por la crisis que afectó a Argentina a partir de 2002, la concesión comenzó a deteriorarse por un déficit de inversión, y al final la Provincia tuvo que intervenir la empresa y terminó rescindiendo el Contrato.

El efecto transaccional de la Segunda Carta

421. Existe una segunda razón por la que la recriminación planteada por la República no puede ser acogida: olvida la Demandada su propio argumento – aceptado por el Tribunal – de que la Segunda Carta de Entendimiento ya transó todas las disputas relativas a la obligación de invertir y a los niveles de inversión exigidos. En consecuencia, el efecto de cosa juzgada característico de la transacción⁴¹⁶ impide que la República pueda fundamentar su argumentación en actuaciones ocurridas antes de la Segunda Carta - lo único jurídicamente relevante es si las partes han cumplido con los compromisos asumidos en este pacto transaccional.

⁴¹⁵ Réplica, paras 14-15.

⁴¹⁶ Cfr. *supra* paras. 355 - 358.

422. Constituyen hechos probados⁴¹⁷ que, a pesar del retraso en la entrada en vigor de la Segunda Carta y a pesar de las dilaciones en el proceso de revisión tarifaria, OSM logró cumplir las obligaciones de inversión comprometidas, fallando únicamente en un tema menor: no logró cumplir el compromiso de que solo un 15% de las inversiones consistieran en bienes de uso.

B.2. El alegado incumplimiento de los pagos convenidos

423. También imputa la República a la Demandante, que ésta incurrió en un incumplimiento generalizado de las obligaciones de pago asumidas. En esta materia los pagos anteriores a la Segunda Carta de Entendimiento son irrelevantes, pues en el acuerdo transaccional se pactó un reconocimiento general de las deudas históricas, un pago por compensación y un compromiso de pago hacia el futuro.
424. ¿Qué aconteció tras la firma de la Segunda Carta? Los hechos muestran que ambas partes cayeron de inmediato en el mismo tipo de comportamiento que ya habían adoptado durante el quinquenio precedente: la Provincia dejó de pagar a OSM las subvenciones por jubilados y carenciados correspondientes a los tres ejercicios siguientes, mientras que OSM a su vez no satisfizo ni el canon debido a la Provincia ni los impuestos provinciales, ni los pagos debidos por el préstamo ENOHSa. Al existir un incumplimiento recíproco, le está vedado a la Provincia prevalerse del incumplimiento de la contraparte⁴¹⁸.

B.3. Las imputaciones contenidas en la Auditoría General

425. Quedan como último argumento las acusaciones contenidas en el informe de la Auditoría General.
426. El Decreto de intervención de OSM ordenó que el interventor realizara una Auditoría General de la empresa, un magno proyecto previsto en cuatro fases, de las que solo se alcanzaron a finalizar las dos primeras antes de la rescisión⁴¹⁹. Tras la segunda fase, la Auditoría realiza una valoración devastadora del comportamiento de OSM como Concesionario del servicio público, imputándole graves incumplimientos e irregularidades⁴²⁰.
427. ¿Qué valor probatorio debe el Tribunal otorgar a este documento?
428. En primer lugar, es de resaltar que la Auditoría adolece de una grave deficiencia procedimental: no se dio en ningún momento trámite de audiencia ni a OSM ni a Sauri. Sauri

⁴¹⁷ Cfr. *supra* para. 165.

⁴¹⁸ Este principio de Derecho internacional público ya fue establecido por la CPII en la sentencia sobre jurisdicción en el caso *Factory at Chorzów*: “It is, moreover, a principle generally accepted in the jurisprudence of international arbitration, as well as by municipal courts, that one party cannot avail himself of the fact that the other has not fulfilled some obligation or has not had recourse to some means of redress, if the former party has, by some illegal act, prevented the latter from fulfilling the obligation in question, or from having recourse to the tribunal which would have been open, to him”; (Alemania c. Polonia), Sentencia de 26 de Julio 1927, 1927 PCIJ, (Ser. A), No. 9 (July 26), para 87, (Doc. AL RA 26, p. 24).

⁴¹⁹ Cfr. para. 201 *supra*.

⁴²⁰ Descritos en detalle en el para. 202 *supra*.

únicamente conoció su contenido una vez preparada la Auditoría General a través de la web del EPAS. La omisión de audiencia es especialmente incomprensible, porque tras la decisión del interventor de poner en marcha la Auditoría General, Sauri designó al Ing. Inglese – que ya había revisado los informes emitidos por las Universidades en 2006 – para que participara en los trabajos. Se llegó a celebrar una reunión el 2 de septiembre entre el Ing. Inglese y el interventor, el Ing. Inglese le escribió repetidas veces solicitando participar⁴²¹, pero a pesar de ello, fue completamente excluido de los trabajos de la Auditoría.

429. Aún existe un factor adicional que agrava la trascendencia de la falta de audiencia: el art. 13.3.11 del Contrato de Concesión exigía, siempre que el incumplimiento o la infracción del Concesionario fueren subsanables, que antes de rescindir el Contrato se le intimase, para que pudiera subsanar el incumplimiento y presentar descargos. En el presente caso, la Provincia decidió obviar el trámite de intimación, y decretar la rescisión *inaudita parte*, fundamentando la decisión en el informe de la Auditoría General – un informe que había sido elaborado sin audiencia del principal afectado.
430. Con independencia de las graves irregularidades procedimentales que socavan el valor de la Auditoría General, los hechos posteriores a la expropiación contradicen las conclusiones alcanzadas y muestran claramente que fue el estrangulamiento financiero causado por una tarifa a todas luces insuficiente, lo que hizo inviable la gestión de OSM, y no sus incumplimientos o irregularidades. Aysam, la nueva empresa concesionaria, que se beneficia de una tarifa un 37% superior a la que correspondió a OSM, ha tenido que reconocer oficialmente, en carta dirigida al Parlamento regional, que sus ingresos durante el ejercicio de 2011 serían insuficientes para financiar los gastos operativos de la Concesión, previéndose un déficit operativo de 43 M \$, que tendrá que ser cubierto con subvenciones de la Provincia⁴²² - y un nuevo déficit, aunque disminuido, para 2012.

* * *

431. En conclusión, el Tribunal concluye que los hechos probados no prueban *quod erat demonstrandum*: que OSM haya incurrido en graves y reiterados incumplimientos de sus obligaciones en general y de la Segunda Carta de Entendimiento en particular, que justificaran las medidas expropiatorias adoptadas por la Provincia.

C) Sauri no ha sido expropiado, pues continúa siendo propietario de las acciones de OSM

432. En tercer lugar, la República sostiene que Sauri no ha sufrido expropiación, pues continúa poseyendo y controlando las acciones que poseía en OSM, hasta el extremo de haber participado en la reciente decisión de liquidar la sociedad⁴²³.

⁴²¹ Doc. S 467 y 468.

⁴²² Cfr. para. 227 *supra*.

⁴²³ Dúplica, para. 429.

433. La alegación no puede prosperar, porque no es compatible con el ámbito de protección del APRI y porque Sauri también ha sufrido, en su propia participación en OSM, los efectos de la expropiación.

La interpretación del APRI

434. Las inversiones protegidas por el APRI se hallan definidas en el primer artículo del Tratado.

435. El art. 1.1. b) resalta que se deben considerar inversiones protegidas no solo las participaciones directas y mayoritarias en sociedades argentinas, sino también las indirectas o minoritarias. Es decir: un inversor francés, que tenga una participación indirecta y minoritaria en una sociedad argentina – como es el caso de Sauri en OSM – es considerado titular de una inversión protegida y tiene derecho a ser indemnizado, si el Estado incumple las garantías otorgadas en el Tratado⁴²⁴.

436. Además, entre las inversiones protegidas se incluyen también “las concesiones acordadas por la ley o en virtud de un contrato” – art. 1.1.e) del APRI. Las concesiones administrativas forman pues parte de los activos que el Tratado considera inversiones protegidas, y cuya expropiación está protegida por la norma.

437. Del juego de ambos preceptos se induce – mediante una simple interpretación literal - que el ámbito de protección del Tratado debe considerarse extendido a un inversor que posea una participación indirecta y minoritaria en una sociedad argentina, que a su vez sea propietaria de una concesión. Dado que el APRI extiende la protección a los inversores extranjeros que tengan participaciones minoritarias en sociedades argentinas, los ilícitos que generan responsabilidad pueden afectar a la propia participación accionarial del inversor como a la sociedad argentina participada. Para decirlo con más claridad en el caso concreto: el ámbito de protección del APRI cubre tanto la expropiación de las acciones que Sauri posee en OSM, como la expropiación de la Concesión que constituye el único activo propiedad de esa sociedad argentina.

438. La alegación de la República debe pues desestimarse, por ser contraria al ámbito de protección definido en el art. 1 del propio APRI⁴²⁵.

Argumento subsidiario

439. Pero incluso si se desechara la interpretación del art. 1 del APRI defendida por el Tribunal, la argumentación de la República tampoco podría ser estimada.

440. La República alega que las medidas adoptadas, para constituir infracción del APRI, tienen que afectar directamente a las acciones que Sauri posee en OSM, y que tal afectación no se ha producido, pues la empresa francesa formalmente sigue siendo accionista de la sociedad argentina.

⁴²⁴ Como ya estableció la Decisión sobre Jurisdicción, para. 85

⁴²⁵ Cfr. Decisión sobre Jurisdicción, para 87

441. El argumento no convence, porque Sauri también ha sido expropiado. Con anterioridad a las medidas adoptadas por la Provincia, Sauri era titular de una participación en OSM, cuyo valor equivalía a la alícuota del valor de la Concesión, y a consecuencia de la adopción de las medidas, dicha participación ha perdido la totalidad de su valor. Sauri habrá pues sufrido una “medida equivalente que tenga un efecto similar a la desposesión”, definida en el art. 5.2 del APRI, habrá sido desposeído de la totalidad del valor de su inversión y tendrá derecho a ser indemnizada. Como ha dicho el tribunal arbitral en *Starret*:

“[it] is recognized in international law that measures taken by a state can interfere with property rights to such extent that these rights are rendered so useless that they must be deemed to have been expropriated, even though the state does not purport to have expropriated them and the legal title to the property formally remains with the original owner”⁴²⁶.

442. Por lo tanto, aun si se aceptara *arguendo* que es necesario que las medidas expropiatorias en contravención del art. 5.2 del APRI afectaran a la propia participación accionarial que Sauri posee en OSM (*quod non*), en nuestro caso tal efecto se habría llegado a producir en forma de medida equivalente.

D) Sauri no ha sido expropiado, sino que el Estado ha ejercido sus derechos contractuales

443. En cuarto lugar, la Demandada aduce que la decisión de rescindir el Contrato de Concesión representa el ejercicio de derechos contractuales y por lo tanto no puede constituir una medida expropiatoria. La aplicación de una cláusula contractual, aun cuando se refiera a la rescisión del Contrato, jamás podrá equipararse a la expropiación del Contrato que contiene esa misma cláusula⁴²⁷.
444. La alegación debe ser rechazada, porque las medidas expropiatorias adoptadas por la Provincia forman un conjunto: la intervención primero, la rescisión después, el otorgamiento de la concesión de Aysam y la disolución de OSM a propuesta del interventor. Es la concatenación de estos actos lo que ha producido la expropiación y nacionalización del servicio. Las medidas adoptadas por la Provincia no son de naturaleza contractual, pues una contraparte privada nunca las podría haber adoptado *ex contractu*⁴²⁸: se trata de actos realizados en el ejercicio de poderes soberanos⁴²⁹.
445. En todo caso, existe reiterada jurisprudencia que señala que la anulación o rescisión de un contrato o de una concesión, en especial cuando se prueba que la autoridad administrativa

⁴²⁶ *Starret Housing Corporation c. Islamic Republic of Iran*, Iran-US C.T.R. No. 314-24-1, Laudo de 14 de agosto 1987, para. 154.

⁴²⁷ Dúplica, para. 435.

⁴²⁸ Cfr. *supra* paras. 386 - 391.

⁴²⁹ Cfr. IAN BROWNLIE, *op. cit. supra* n. 397, p. 547, donde explica que los incumplimientos contractuales de un Estado dan lugar a responsabilidad internacional, si existe denegación de justicia o una expropiación contraria al Derecho internacional.

ejerció poderes soberanos fuera del alcance de personas privadas, puede constituir una expropiación⁴³⁰.

E) La Provincia realizó reiterados esfuerzos por mantener la Concesión

446. En quinto lugar, la República Argentina niega que el fin último de las medidas de la Provincia fuera el de nacionalizar el servicio; explica que las Autoridades de Mendoza hicieron numerosos esfuerzos por mantener la Concesión en manos de OSM, llegando a renegociar el Contrato de Concesión en medio de la crisis, y aceptando una revisión extraordinaria de la tarifa. A pesar de los buenos esfuerzos, continuaron los incumplimientos de la Concesionaria, que llevaron a un estado de colapso del servicio, y esto precipitó la necesidad de la intervención y rescisión⁴³¹.
447. La presente defensa no puede prosperar, por la sencilla razón de que los hechos probados no se han desarrollado en la forma alegada por la República.
448. El Tribunal no duda que la Provincia hizo un gran esfuerzo, al aceptar los términos y condiciones de la Segunda Carta – como sin duda también lo hizo OSM. En toda transacción, el acuerdo exige que ambas partes cedan en algunas de sus pretensiones. Y el Tribunal tampoco duda que tanto la Provincia como OSM otorgaron la Segunda Carta de buena fe y con ánimo de cumplirla. Pero una vez firmado el documento, la situación se torció.
449. En primer lugar, la necesaria ratificación tanto por el Poder Ejecutivo como por el Legislativo se fue alargando, hasta requerir de un plazo de casi un año – un año durante el cual la situación de OSM no hizo más que deteriorarse.
450. Posteriormente, las legítimas solicitudes de modificación de tarifa presentados por OSM fueron irregularmente paralizadas por el EPAS durante 15 meses – periodo durante el cual la Concesión entró en situación cercana a la del colapso. OSM nunca se llegó a beneficiar del aumento de tarifa del 51,9% al que tenía derecho. En consecuencia, la Provincia no permitió que se comprobara si, con las tarifas revisadas de acuerdo con la metodología convenida, OSM hubiera sido capaz de reconducir la situación. Así las cosas, OSM quedó avocada a la intervención. Y ya desde la declaración misma de la intervención se hizo patente que el *iter* llevaría inexorablemente hacia la expropiación y nacionalización del servicio.

F) Estado de necesidad

451. La República también invoca la defensa de estado de necesidad bajo el Derecho internacional general para el hipotético caso de que el Tribunal considere que las medidas adoptadas por las Autoridades argentinas constituyen una violación del APRI⁴³². Explica que la situación de

⁴³⁰ *Middle East Cement Shipping and Handling Co. S.A c. República Árabe de Egipto*, Caso CIADI N° ARB/99/6, Laudo de 12 de abril 2002, para. 104 (Doc. ASL 85); *Capital Bank ad c. Bulgaria*, Sentencia T.E.D.H. de 24 de noviembre de 2005, para 130; *Parkerings-Compagniet AS c. República Lituana*, Caso CIADI N° ARB/05/8, Laudo del 11 de septiembre de 2007, para. 445 (Doc. AL RA 84); cfr. también *supra* n. 396.

⁴³¹ Dúplica, para. 451.

⁴³² Contestación, para. 410.

crisis que afectó a la República Argentina desde 2001 reúne los requisitos para ser considerada como estado de necesidad, y eximirla de cualquier eventual responsabilidad internacional, por cumplir los requisitos exigibles:

- Que el Estado no haya contribuido al estado de necesidad;
- Que las medidas adoptadas constituyeran el único modo para salvaguardar intereses esenciales del Estado frente a un peligro grave de disolución social y anarquía política;
- Que no se haya afectado gravemente un interés esencial del Estado;
- Que el APRI no excluya la posibilidad de invocar el estado de necesidad⁴³³.

452. La República ha identificado cuáles han sido las medidas en las que se concreta la defensa de estado de necesidad: se trata de las medidas excepcionales adoptadas a comienzos del año 2002 tanto por el Estado como por la Provincia, medidas que arrancan con la Ley n° 25.261, denominada de Emergencia Económica, que declaró la “emergencia pública en materia social, económica, administrativa, financiera y cambiaria” y derogó la paridad entre el Peso y el Dólar⁴³⁴. La Demandada añade que con el paso del tiempo “los efectos de la crisis fueron desapareciendo” y “la Concesionaria y la Provincia de Mendoza a través de un procedimiento de renegociación lograron celebrar dos Cartas de Entendimiento, a través de las cuales compensaron sus obligaciones recíprocas y readecuaron el Contrato de Concesión a las nuevas circunstancias existentes”⁴³⁵.

453. La República Argentina también se ha apoyado en el art. 5.3. del APRI, que establece lo siguiente:

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

454. Estima la Demandada que el precepto transcrito prevé expresamente la adopción de medidas de emergencia por parte de un Estado, medidas que incluso pueden causar pérdidas a las inversiones de la otra parte contratante, y que legitima el accionar del Estado en estos casos⁴³⁶.

Demandante

455. Sauri por su parte entiende que la argumentación de la República debe ser rechazada, pues la gran mayoría de las violaciones del Tratado no coinciden con las medidas de emergencia

⁴³³ Contestación, para. 832.

⁴³⁴ Dúplica, paras. 465 y 471.

⁴³⁵ Dúplica, para. 526.

⁴³⁶ Contestación, para. 546.

adoptadas por las Autoridades argentinas a raíz de la crisis⁴³⁷. Adicionalmente la Demandante alega que la noción de estado de necesidad en Derecho internacional consuetudinario es particularmente restrictiva, y que la República Argentina no ha logrado demostrar que los requisitos exigidos para poderse amparar en tal defensa se hayan cumplido⁴³⁸. Añade que, aun si hubiera alcanzado tal objetivo, el reconocimiento del estado de necesidad no excluiría en ningún caso la obligación de indemnizar al inversor⁴³⁹.

456. En lo que atañe a la interpretación del art. 5.3. del APRI, señala la Demandante que esta norma no excluye las obligaciones del Estado receptor de proteger a los inversores extranjeros, sino que crea una obligación de no discriminación específica en las circunstancias definidas⁴⁴⁰.
457. Finalmente Sauri resalta que el estado de necesidad únicamente puede ser admitido temporalmente. Y en opinión de la Demandante, no puede entenderse que el estado de necesidad haya pervivido hasta el momento presente, y pueda justificar todas las violaciones del APRI cometidas por la Demandada a partir de 2002⁴⁴¹.

El Tribunal Arbitral

458. La República Argentina ha alegado que las medidas excepcionales adoptadas a comienzos del año 2002, que arrancan con la Ley n° 25.261 que declaró la “emergencia pública en materia social, económica, administrativa, financiera y cambiaria”⁴⁴², habrían provocado una situación de estado de necesidad que excluiría su responsabilidad internacional – tanto por aplicación de los principios de Derecho internacional consuetudinario como del art. 5.3. del APRI. La Demandante niega la existencia de estado de necesidad y las consecuencias que la República pretende inducir de su existencia.
459. El Tribunal Arbitral constata que el estado de necesidad es una institución reconocida en el Derecho internacional consuetudinario, tal como ha afirmado la Corte Internacional de Justicia en el caso *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*⁴⁴³:

“The Court considers, first of all, that the state of necessity is a ground recognized by customary international law for precluding the wrongfulness of an act not in conformity with an international obligation. It observes moreover that such ground for precluding wrongfulness can only be accepted on an exceptional basis.”⁴⁴⁴

⁴³⁷ Réplica, para. 317.

⁴³⁸ Réplica, paras. 327 y 328.

⁴³⁹ Réplica, para. 344.

⁴⁴⁰ Réplica, para. 241.

⁴⁴¹ Réplica, para. 352.

⁴⁴² Dúplica, paras. 465 y 471; véase también Informe del Prof. Roubini de 9 de mayo de 2011, perito de la Demandada, para. 18.

⁴⁴³ *Gabčíkovo-Nagymaros Project* (Hungría/Eslovaquia), 1997 CIJ Reports 7, 40 para. 51. (Doc. AL RA 182).

⁴⁴⁴ Para. 51.

460. A los efectos de esta *litis*, no es preciso que el Tribunal realice un análisis pormenorizado del concepto, los requisitos y los efectos de la defensa de estado de necesidad, ni de la correcta interpretación del art. 5.3. del APRI. Para que una medida del Estado se pueda beneficiar de la existencia de estado de necesidad o del tratamiento previsto en el art. 5.3. del APRI, es preciso que entre el estado de necesidad y dicha medida exista un nexo de unión: la medida debe haber sido dictada por causa del estado de necesidad, y para impedir los efectos perniciosos para el bien común que, sin tal medida, se habrían provocado.
461. En el presente caso, a partir del año 2009 la Provincia adoptó determinadas medidas, que han producido efectos expropiatorios y nacionalizadores en perjuicio de OSM. Dichas medidas se hallan temporalmente muy alejadas de la fecha en la que la República alega se produjo el estado de emergencia – comienzos de 2002. Existen numerosos indicios que muestran que varios años antes de dictarse las medidas expropiatorias la situación en Argentina se había normalizado y el estado de emergencia había desaparecido. El indicio más claro es que en el año 2005, Argentina logró reestructurar su deuda soberana y salir del *default*⁴⁴⁵. A partir de ese momento, parece difícil defender que la situación de emergencia no había sido resuelta⁴⁴⁶.
462. Pero existe una segunda razón, que imposibilita todo intento de defensa basada en el estado de emergencia decretado en el año 2002. Como con toda razón ha declarado la propia Demandada, con el paso del tiempo “los efectos de la crisis fueron desapareciendo” y “la Concesionaria y la Provincia de Mendoza a través de un procedimiento de renegociación lograron celebrar dos Cartas de Entendimiento, a través de las cuales compensaron sus obligaciones recíprocas y readecuaron el Contrato de Concesión a las nuevas circunstancias existentes”⁴⁴⁷. El estado de emergencia provocó pues la renegociación del Contrato de Concesión, y esta renegociación desembocó en una transacción, formalizada en la Segunda Carta de Entendimiento. En este contrato las partes zanjaron de forma definitiva todas las desavenencias debidas a la situación de emergencia por la que atravesó Argentina a partir de 2002. Firmada la Segunda Carta, el efecto de cosa juzgada precluye la posibilidad de que ninguna de las partes pueda exhumar, bien como pretensión, bien como defensa, aquellas cuestiones que ya fueron transadas.
463. Aún existe un tercer argumento: la decisión del Gobernador de intervenir OSM se fundamenta en las razones identificadas por el EPAS en su informe de 7 de julio de 2009⁴⁴⁸. Se trata del mal estado de ciertas instalaciones, del incumplimientos de metas, de la baja presión del suministro, de problemas de calidad, de ausencia de plan de contingencia, de imposición de multas, de incumplimiento de obligaciones de invertir⁴⁴⁹ – todas ellas causas que nada tienen que ver con el estado de emergencia económico decretado por el Estado en 2002, sino con el manejo de la Concesión por la Concesionaria en 2008 y 2009. No existiendo – ni remotamente – relación de causa y efecto entre el estado de emergencia y la

⁴⁴⁵ Dúplica, para. 530.

⁴⁴⁶ Como la propia Argentina parece reconocer: cfr. Dúplica, para. 530.

⁴⁴⁷ Dúplica, para. 526.

⁴⁴⁸ Doc. S 341.

⁴⁴⁹ Cfr. II.16.6 *supra*.

media expropiatoria generadora de responsabilidad iusinternacional, la defensa argüida por la República Argentina no puede prosperar.

3. LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDANTE POR VIOLACIÓN DEL TJE Y PPS

464. La Demandante no solo alega que la actuación de la República Argentina resultó en una expropiación de su inversión, sino que la Demandada también violó los principios de TJE y de PPS garantizados por los arts. 3 y 5.1 del APRI. A pesar de ello, a la hora de reclamar una compensación, la Demandante no distingue: pide una única indemnización, por importe de 143,9 M USD, tanto si el Tribunal estima la pretensión principal de carácter expropiatorio, como si acepta la pretensión subsidiaria de violación de los dos principios garantizados en el APRI.
465. El Tribunal ya ha estimado la pretensión principal planteada por la Demandante y ha llegado a la conclusión que la Provincia de Mendoza ha adoptado “medidas de expropiación o de nacionalización” que entran en conflicto con el art. 5.2. del APRI. En consecuencia, podría pensarse que el estudio de las pretendidas violaciones de los principios de TJE y PPS ha devenido fútil, pues sea cual fuera la decisión que recayera, sería irrelevante para el cálculo de la indemnización. Sin embargo, la Demandante ha presentado una pretensión de carácter declaratorio, pidiendo que el Tribunal declare la violación de los principios de TJE y PPS, y para dar contestación a dicha solicitud es necesario que el Tribunal analice la cuestión. Con este objetivo, el Tribunal resumirá brevemente las posiciones de las partes (*infra* 3.1), para después estudiar como cuestión previa el impacto de la Segunda Carta de Entendimiento (*infra* 3.2), la regulación de los principios en el APRI (*infra* 3.3), terminando con un análisis de las alegadas violaciones de los principios de TJE y PPS (*infra* 3.3 y 3.4).

3.1. Las posiciones de las partes

466. En su Demanda Sauri argumenta que la República Argentina ha violado su compromiso internacional de garantizar un TJE y PPS a la inversión protegida por el APRI⁴⁵⁰. En particular y en relación al TJE, la Demandante alega que la Demandada ha frustrado sus legítimas expectativas⁴⁵¹, ha incumplido sus obligaciones de transparencia, imparcialidad y respeto a las normas de procedimiento⁴⁵² y ha adoptado medidas coercitivas y de acoso⁴⁵³.
467. En cuanto al estándar de PPS, la Demandante defiende que la intención de las partes al suscribir el APRI fue la de ofrecer garantía de protección y de seguridad tanto materiales, de hecho, como jurídicas, de derecho⁴⁵⁴. Además, el carácter brutal con el que se desarrolló la intervención, incluyendo la participación de la policía, la prohibición de comunicación entre

⁴⁵⁰ Demanda, para. 222.

⁴⁵¹ Demanda, para. 236.

⁴⁵² Demanda, para. 254.

⁴⁵³ Demanda, para. 264.

⁴⁵⁴ Demanda, para. 274.

los empleados y la confiscación de sus efectos personales, representan una violación incontestable de la obligación de garantizar la PPS⁴⁵⁵.

Contestación

468. La Demandada por su parte niega haber cometido tal violación de sus obligaciones internacionales. En su opinión, la obligación de otorgar un TJE está textualmente limitada al contenido del Derecho internacional, por lo que la intención de las partes nunca pudo haber sido que el estándar excediera del “estándar mínimo internacional”⁴⁵⁶. La jurisprudencia sugiere que el umbral para detectar una violación del estándar de TJE es alto⁴⁵⁷. En cuanto a las expectativas legítimas, la Argentina rechaza que el concepto de TJE tenga relación alguna con dicho concepto, especialmente en el presente caso en el que el texto del APRI no recoge dicha relación⁴⁵⁸. Además, no hay prueba alguna de la existencia de garantías, promesas o declaraciones extracontractuales, hechas por la República a favor del inversor⁴⁵⁹, y sí de que OSM consintió las medidas de emergencia y el tratamiento dado por la Provincia de Mendoza al aceptar la Segunda Carta de Entendimiento⁴⁶⁰, tras un proceso de renegociación transparente y de buena fe⁴⁶¹.
469. En cuanto al estándar de PPS, entiende la Demandada que éste se halla incluido dentro del “estándar mínimo de trato a los extranjeros definido por el Derecho internacional consuetudinario”, estándar que únicamente exige que cada parte del Tratado mantenga un nivel de protección policial adecuado para defender a los inversores de la otra parte⁴⁶². La Demandada también argumenta que el estándar de PPS únicamente se puede referir a una obligación del Estado de proporcionar protección física al inversor – pero nunca a una obligación de dotar de seguridad legal a la inversión, de crear un ambiente jurídico estable y un sistema judicial y administrativo justo⁴⁶³. Finalmente, la Demandada afirma que la intervención administrativa fue llevada a cabo de acuerdo con todos los recaudos legales necesarios, sin actos de acoso ni amenaza contra los directivos de OSM⁴⁶⁴.

Réplica

470. En su Réplica, la Demandante insiste en que el estándar de tratamiento exigido por el art. 3 del APRI no coincide con el “estándar mínimo internacional”⁴⁶⁵, con referencia expresa a los

⁴⁵⁵ Demanda, para. 277.

⁴⁵⁶ Contestación, para. 574.

⁴⁵⁷ Contestación, para. 584.

⁴⁵⁸ Contestación, para. 591.

⁴⁵⁹ Contestación, para. 604.

⁴⁶⁰ Contestación, para. 689.

⁴⁶¹ Contestación, para. 711.

⁴⁶² Contestación, para. 733.

⁴⁶³ Contestación, para. 742.

⁴⁶⁴ Contestación, para. 754.

⁴⁶⁵ Réplica, para. 276.

pronunciamientos de los tribunales arbitrales en *Vivendi II*⁴⁶⁶ y *Suez Vivendi / AWG*⁴⁶⁷. Sauri reconoce que un Estado no puede ni debe mantener congelado el marco legal de una inversión, pero en el caso concreto estima que las modificaciones parciales, injusta e irrazonables impuestas por las Autoridades argentinas en elementos concretos y objetivos, que habían impulsado al inversor a invertir, son incompatibles con el estándar de TJE⁴⁶⁸. La violación por la Argentina de sus compromisos de TJE es manifiesta, pues todas las expectativas legítimas de Sauri, nacidas del marco regulatorio, de la licitación y del Contrato de Concesión, se han visto frustradas por las Autoridades argentinas, que han tomado la situación creada por su propio incumplimiento como pretexto para orquestar la renacionalización del servicio⁴⁶⁹.

471. La Demandante también rechaza los argumentos de la Demandada en relación a la PPS. Este estándar no se refiere a la simple protección física de los extranjeros, tal como pretende la República, sino que incluye tanto la seguridad física como la jurídica. El Estado debe vigilar que el cuadro reglamentario y legal sea respetado, para dar cumplimiento a su obligación de otorgar PPS a la inversión extranjera – y así lo han entendido los Tribunales en los procedimientos *CME*⁴⁷⁰, *CSOB*⁴⁷¹, *Azurix*⁴⁷² y *Vivendi II*⁴⁷³.

Dúplica

472. En la Dúplica, la Demandada insiste en que la obligación recogida en el APRI de otorgar un TJE está expresamente limitada al contenido de los principios del Derecho internacional, por lo que la intención de las partes nunca pudo haber sido que el estándar tuviera un contenido autónomo. Su contenido se halla limitado al “estándar mínimo internacional”⁴⁷⁴, lo que es conforme con la interpretación que la Comisión de Libre Comercio del Tratado de Libre Comercio de América del Norte [“TLCAN”] ha promulgado en relación con el art. 1.105 del TLCAN. La República reitera que durante el proceso de renegociación la Provincia de Mendoza actuó de buena fe, y que el retraso en la entrada en vigor de la Segunda Carta de Intención en ningún caso puede dar lugar a una violación del TJE⁴⁷⁵. Finalmente, la

⁴⁶⁶ *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal c. República Argentina*, Caso CIADI No ARB/97/3, Laudo de 20 de agosto 2007, paras. 7.4.5-7.4.7 (Doc. ALS 48).

⁴⁶⁷ Casos acumulados *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. y Vivendi Universal, S.A. c. República Argentina*, Caso CIADI ARB/03/19, y *AWG Group c. República Argentina* (CNUDMI), Decisión sobre la responsabilidad del 30 de julio 2010, para. 262 (Doc. ALS 98)

⁴⁶⁸ Réplica, para. 288.

⁴⁶⁹ Réplica, para. 302.

⁴⁷⁰ *Central European Media Enterprises (CME) c. República Checa*, Arbitraje CNUDMI, Laudo Parcial del 13 de septiembre de 2001, para. 613 (Doc. ALS 30).

⁴⁷¹ *Ceskoslovenska Obchodni Banka AS c. República Eslovaca*, Caso CIADI No. ARB/97/4, Laudo del 29 diciembre 2004, para. 170 (Doc. ALS 90).

⁴⁷² *Azurix c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/01/12, Laudo del 14 de julio de 2006, paras. 406 y 408 (Doc. ALS 42).

⁴⁷³ Réplica, para. 311.

⁴⁷⁴ Dúplica, para. 310.

⁴⁷⁵ Dúplica, para. 384.

intervención fue una medida de carácter excepcional ante la situación de riesgo técnico por la que atravesaba la Concesión, que había sido invocada tiempo antes por la propia OSM, y que fue realizada conforme lo previsto en el propio Contrato de Concesión y en el marco regulatorio⁴⁷⁶.

473. En cuanto al estándar de PPS, la República invoca la decisión en el asunto *Suez Vivendi/AWG*, que llegó a la conclusión de que el estándar de PPS no admite una interpretación extensiva que abarque el mantenimiento de un entorno jurídico y comercial estable. Pero aun si se adoptara una interpretación amplia de este estándar, lo cierto es que la Argentina respetó en todo momento dicha obligación, pues las cuestiones planteadas por Sauri son de naturaleza contractual y ya fueron transadas en la Segunda Carta de Entendimiento⁴⁷⁷.

3.2. Una cuestión previa: el valor jurídico de la Segunda Carta de Entendimiento

474. El Tribunal ya ha sentado la conclusión que la Segunda Carta representa una cesura en las relaciones entre ambas partes, al haberse alcanzado un acuerdo transaccional, que impide que ninguna de las partes – tanto OSM y Sauri como la República o la Provincia - pueda exhumar posiciones o circunstancias pretéritas, novadas, transadas o liquidadas en el acuerdo⁴⁷⁸. En consecuencia, todas las actuaciones imputables a la Demandada, que acaecieron con anterioridad al otorgamiento de la Segunda Carta, no pueden ser tomadas en consideración para fundamentar una violación de los compromisos de TJE o PPS. Por ello las alegaciones hechas por la Demandante relativas:

- A las medidas de emergencia adoptadas por la República, incluyendo el abandono de la paridad entre el Dólar y el Peso,
- Al proceso de renegociación de la Concesión y a su prolongación en el tiempo, y la congelación de las tarifas durante el mismo,
- A la no actualización del catastro y a otras presuntas irregularidades de la Provincia durante este periodo,
- Al otorgamiento y a las dificultades para la entrada en vigor de la Primera Carta de Entendimiento,
- Y en general a la frustración de las legítimas expectativas de Sauri al tiempo de realizar su inversión,

están avocadas al fracaso, pues han quedado resueltas por mor del acuerdo transaccional alcanzado en la Segunda Carta de Entendimiento. Al aceptar la Segunda Carta, y poner de esta forma fin al prolongado proceso de renegociación de la Concesión, OSM dio estatuto de

⁴⁷⁶ Dúplica, para. 391.

⁴⁷⁷ Dúplica, para. 405.

⁴⁷⁸ Cfr. paras. 353-358 *supra*.

cosa juzgada a todas las cuestiones incluidas en el objeto del acuerdo. Y Sauri quedó vinculada por la actuación de su filial⁴⁷⁹.

475. Se impone pues la conclusión de que únicamente los comportamientos de la República y de la Provincia acaecidos tras la firma de la Segunda Carta, pueden ser tenidos en cuenta para evaluar si se ha producido una violación de los estándares de TJE y PPS definidos en el APRI.

El propio otorgamiento de la Segunda Carta

476. Cabe plantearse una cuestión incidental: ¿podría el propio otorgamiento de la Segunda Carta constituir una violación del estándar de TJE? El Demandante ha alegado que OSM y por ende sus accionistas no tuvieron otra opción que aceptar los términos apremiantes de la Segunda Carta, a raíz de un ultimátum del Gobernador, y que esta imposición por el Gobierno provincial podría constituir una contravención del estándar de TJE⁴⁸⁰. Sauri aporta como prueba de la imposición gubernativa unas declaraciones, en las que el Gobernador habría exigido públicamente en noviembre de 2006 que en el plazo de un mes OSM tenía que cerrar el acuerdo, amenazando con tomar medidas si así no lo hacía⁴⁸¹.
477. La alegación no puede prosperar.
478. No hay indicio alguno de que Sauri – una poderosa empresa multinacional – fuera obligada por la Provincia a firmar la Segunda Carta de Entendimiento en contra de su voluntad. La empresa francesa y el ente público territorial tenían por aquel entonces parejo poder de negociación, lo que hace altamente improbable que OSM actuara forzada, bajo los efectos de la intimidación. Piénsese que si OSM se hubiera negado a firmar, lo que habría ocurrido es que el presente arbitraje – que Sauri ya había interpuesto, pero que se hallaba paralizado por acuerdo entre las partes – se habría reactivado anticipadamente. Además, la prueba aportada por la Demandante no demuestra lo que pretende probar: las declaraciones presuntamente intimidatorias del Gobernador, en la que éste presuntamente imponía un plazo perentorio de un mes, son de noviembre de 2006, y en la realidad de los hechos la Segunda Carta de Entendimiento no se firmó hasta mayo de 2007 - ¡medio año después!

3.3. La regulación del TJE y de la PPS en el APRI

479. El punto de partida para el análisis jurídico lo constituyen los dos preceptos del APRI, invocados por la Demandante, el art. 3:

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

⁴⁷⁹ Cfr. para. 358 *supra*.

⁴⁸⁰ Demanda, para. 258.

⁴⁸¹ Doc. S 663, artículo en el periódico Uno de 10 de noviembre de 2006.

y el art. 5.1:

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

480. En esencia, el art. 3 garantiza a las inversiones protegidas “un tratamiento justo y equitativo conforme a los principios de Derecho Internacional” y el art. 5.1. “protección y plena seguridad en aplicación del principio de tratamiento justo y equitativo”. El art. 3 define pues la regla general (el principio de TJE), y el art. 5.1. una aplicación específica de ese principio general (pues la PPS se garantiza en aplicación del principio superior de TJE).
481. ¿A qué se refiere el APRI cuando apela a los principios de TJE y PPS? El alcance de ambos conceptos debe ser establecido a la luz del art. 31.1. de la Convención de Viena, que ordena que

“[u]n tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin.”

482. La aplicación de estos criterios hermenéuticos no logra sin embargo arrojar mucha luz – el resultado tiende a ser tautológico y circunscribirse a sustituir los términos del APRI por otros similarmente vagos. Todo lo que puede inducirse del APRI es que tanto TJE como PPS son conceptos jurídicos indeterminados, que imponen estándares de comportamiento a los Estados en relación a las inversiones protegidas: prohíben que un Estado incurra en actos administrativos, legislativos o judiciales que no sean justos y equitativos o creen desprotección o inseguridad. Y los Estados aceptan esta limitación de sus poderes soberanos, inducidos por el sinalagma, puesto que el otro Estado contratante asume un compromiso recíproco, y en el convencimiento de que la promoción y protección de las inversiones extranjeras “estimula... el desarrollo económico”⁴⁸².
483. El estándar de TJE y PPS es diferente del deber de los Estados de atenerse a su propia legislación y de cumplir los compromisos contractualmente asumidos frente a terceros. Que un Estado esté incurriendo en incumplimiento de sus propias leyes o contratos no constituye ni condición necesaria ni suficiente para que se entienda violado el estándar iusinternacional de TJE o de PPS⁴⁸³. El Derecho internacional no cubre todo incumplimiento normativo o contractual de un Estado en todas las circunstancias – en estos casos el perjudicado debe buscar protección a través del sistema judicial interno; la protección del APRI solo entra en vigor cuando la conducta del Estado, por su gravedad y trascendencia, y por el carácter soberano de los actos, es incompatible con el estándar internacional.
484. En resumen: el APRI reconoce un derecho subjetivo a favor del inversor (el art. 3 se refiere *expressis verbis* al “derecho así reconocido”) y una recíproca obligación del Estado - éste

⁴⁸² Como dice la Exposición de Motivos del APRI.

⁴⁸³ *Saluka*, para. 442.

debe atemperar su conducta de forma que “ni de hecho, ni de derecho” prive a la inversión inversor de un TJE ni de PPS.

Discriminación y arbitrariedad

485. Los principios de TJE y PPS están íntimamente relacionados con las prohibiciones de discriminación y de arbitrariedad.

486. Para que exista discriminación se exige más que un simple tratamiento diferente. Es preciso que una inversión sea tratada de forma diferente a otras situaciones similares sin que medie justificación⁴⁸⁴, esté afectada por prejuicios raciales o sectoriales⁴⁸⁵ o dirigida específicamente a inversores extranjeros⁴⁸⁶.

487. La arbitrariedad ha sido descrita como:

- “[F]ounded on prejudice or preference rather than on reason or fact”⁴⁸⁷;
- “...[C]ontrary to the law because...[it] shocks, or at least surprises, a sense of juridical propriety”⁴⁸⁸;
- “[W]ilful disregard of due process of law, an act which shocks, or at least surprises a sense of judicial propriety”⁴⁸⁹;
- O como una conducta que “manifestly violate[s] the requirements of consistency, transparency, even-handedness and non-discrimination”⁴⁹⁰.

488. Schreuer ha definido (y el Tribunal en *EDF c. Rumanía*⁴⁹¹ ha aceptado) que debe ser considerada como “arbitraria”:

“[A.] a measure that inflicts damage on the investor without serving any apparent legitimate purpose;

⁴⁸⁴ *Saluka*, para. 313.

⁴⁸⁵ *Waste Management II*, para. 98.

⁴⁸⁶ *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., LG&E International INC. c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/02/1, Decisión sobre Responsabilidad del 3 de octubre de 2006, para 147 (AL RA 163).

⁴⁸⁷ *Ronald S. Lauder c. República Checa*, Arbitraje CNUDMI, Laudo Final del 3 de septiembre de 2001, para. 221 (AL RA 150).

⁴⁸⁸ *Técnicas Medioambientales Tecmed S.A. c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No ARB/00/2, Laudo del 29 de mayo de 2003, para. 154 (AL RA 149).

⁴⁸⁹ *Loewen Group, Inc y Raymond L. Lowen c. Estados Unidos de América*, Caso CIADI No ARB/98/3, 26 de junio de 2003, para. 131 (AL RA 45).

⁴⁹⁰ *Saluka*, para. 307.

⁴⁹¹ *EDF (Services) Limited c. Rumanía*, Caso CIADI No ARB/05/13, Laudo del 8 de octubre de 2009, para. 303 (AL RA 95); el Profesor Schreuer participó como experto en este arbitraje y su opinión fue aceptada y citada por el Tribunal.

[B.] a measure that is not based on legal standards but on discretion, prejudice or personal preference;

[C.] a measure taken for reasons that are different from those put forward by the decision maker;

[D.] a measure taken in willful disregard of due process and proper procedure”.

* * *

489. Una vez clarificados los conceptos, es necesario analizar las tres grandes cuestiones planteadas por las partes en esta materia:

- En primer lugar se ha discutido si el TJE definido en el APRI constituye un principio autónomo o coincide con el “estándar mínimo de tratamiento debido a los extranjeros según el Derecho internacional consuetudinario” (*infra* A);
- En segundo lugar, si las expectativas legítimas del inversor deben o no ser tomadas en cuenta (*infra* B); y
- En tercer lugar si el estándar de PPS garantiza únicamente la seguridad física o también la jurídica (*infra* C).

A) Estándar mínimo de tratamiento según el Derecho internacional consuetudinario

490. El art. 3 del APRI establece que el TJE que se debe dispensar a los inversores protegidos será definido “conforme a los principios del Derecho internacional”. A raíz de esta precisión normativa, la Demandada argumenta que el principio de TJE está textualmente limitado al contenido del Derecho internacional, por lo que la intención de las partes nunca pudo haber sido que el estándar excediera del mínimo internacional⁴⁹² - un estándar especialmente exigente para que se pueda decretar su transgresión por el Estado⁴⁹³. La Demandante por el contrario insiste en que el estándar de tratamiento exigido por el art. 3 del APRI no coincide con el “estándar mínimo consuetudinario”, sino que constituye un estándar autónomo⁴⁹⁴.

491. En realidad la cuestión si el “tratamiento justo y equitativo conforme a los principios de Derecho internacional” definido en el APRI coincide o no con el denominado “estándar mínimo de tratamiento debido a los extranjeros según el Derecho internacional consuetudinario”, constituye una discusión más bien dogmática y conceptualista. En el fondo, lo que las partes discuten es la exigencia o no de un elemento volitivo reforzado en la conducta del Estado.

492. La Demandada defiende que la conducta del Estado, para violar el art. 3 del APRI, debe incluir un dolo, una mala fe, un ultraje, una voluntad de lesionar los intereses del inversor protegido. Y fundamenta su postura en una antigua sentencia de la Comisión General de

⁴⁹² Contestación, para. 574.

⁴⁹³ Contestación, para. 584.

⁴⁹⁴ Réplica, para. 276.

Reclamaciones entre México y los EEUU, que en 1926 decidió el caso *Neer*⁴⁹⁵. La República Argentina entiende que en dicha sentencia se definió el “estándar mínimo de tratamiento debido a los extranjeros según el Derecho internacional consuetudinario”, y que – según reza la decisión – la conducta del Estado para ser infractora exige circunstancias agravantes como ultraje, mala fe, abandono malicioso de deberes u otra conducta extraordinaria. La Demandante niega esta conclusión.

493. En realidad, no está claro que el “estándar mínimo consuetudinario” exija los elementos volitivos reforzados que se mencionan en la sentencia de *Neer* – al menos si la violación consiste en actos administrativos y legislativos, como ocurre en nuestro caso. Para este tipo de conducta, parece que la sentencia relevante no es *Neer* sino *Roberts*⁴⁹⁶, otra decisión de la Comisión General de Reclamaciones entre México y los EEUU, también del año 1926⁴⁹⁷. *Roberts* definió el estándar mínimo como aquel exigido “*in accordance with ordinary standards of civilization*”:

*“Facts with respect to equality of treatment of aliens and nationals may be important in determining the merits of a complaint of mistreatment of an alien. But such equality is not the ultimate test of the propriety of the acts of authorities in the light of international law. That test is, broadly speaking, whether aliens are treated in accordance with ordinary standards of civilization. We do not hesitate to say that the treatment of Roberts was such as to warrant an indemnity on the ground of cruel and inhumane imprisonment”*⁴⁹⁸.

De acuerdo con esta interpretación, las exigencias reforzadas de *Neer* quedarían reservadas para supuestos de denegación de justicia.

494. Sea cual sea la interpretación correcta de cuál era el “estándar mínimo consuetudinario” en 1926, de lo que no puede haber duda alguna es con el paso del tiempo dicho estándar tuvo que evolucionar y perfeccionarse. Cuando el art. 3 del APRI define el TJE “conforme a los principios del Derecho internacional”, el Tratado se está refiriendo a dichos principios tal como se entienden en la actualidad. Y en la actualidad, es prácticamente unánime la interpretación que no se exige un elemento volitivo reforzado en la conducta del Estado ofensor⁴⁹⁹. En consecuencia, ha devenido indiferente que el concepto de TJE se interprete de

⁴⁹⁵ *L.F.H. and P.E. Neer (EEUU) c. Estados Unidos Mexicanos*; Decisión de 7 de octubre de 1926; *U.N. Report of International Arbitral Awards*, IV, p. 60. Cfr. Contestación, paras. 580 – 587, apoyándose en el caso *Glamis*, para. 616; y Dúplica paras. 308-316 apoyándose en el caso *Cargill, Incorporated c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB/05/2, Laudo del 18 de septiembre de 2009, para. 286 (AL RA 227), en ambos casos por referencia *Neer*.

⁴⁹⁶ Cfr. *Joseph C. Lemire c. Ucrania*, Caso CIADI No. ARB/98/1, Decisión sobre la competencia y el principio de responsabilidad del 14 de enero de 2010, para. 248 (Doc. ALS 94); cfr. también PAULSSON/PETROCHILOS: “*Neer-ly Mised?*” *ICSID Review: Foreign Investment Law Journal* (2007), vol.22.2, pp. 242-257.

⁴⁹⁷ *Harry Roberts c. Estados Unidos Mexicanos*; Decisión de 2 de noviembre 1926, *U.N. Report of International Arbitral Awards*, IV, p. 71.

⁴⁹⁸ *Roberts*, para. 8.

⁴⁹⁹ *Azurix*, para. 361; *Mondev International Ltd c. Estados Unidos de América*, Caso CIADI No. ARB/99/2, Laudo del 11 de octubre de 2002, para 123(Doc. ASL 31); *Loewen*, para 132; *Waste Management II*, para 98; *Tecmed*, para 154; *Siemens A.G. c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/02/8, Laudo del 6 febrero de 2007, para. 299 (Doc. ASL 46); *CMS Gas Transmission Company c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/01/8, Laudo del 12 de mayo de 2005, para 280 (Doc. AL RA 23); *contra Alex Genin, Eastern Credit Limited, Inc. y A.S. Baltoil c. Estonia*, Caso

acuerdo con su “sentido corriente” – tal como exige la Convención de Viena - o de acuerdo con el derecho internacional consuetudinario – en ambos casos el estándar de conducta exigible al Estado es el mismo, y no exige un elemento volitivo reforzado.

B) Las legítimas expectativas del inversor

495. Otra cuestión que ha sido objeto de debate entre las partes es si las legítimas expectativas del inversor a la hora de realizar su inversión deben o no tomarse en cuenta para definir los estándares de TJE y de PPS exigibles al Estado. El Demandante alega haber desarrollado una legítima expectativa de que la República Argentina mantendría un entorno jurídico estable, transparente y uniforme, y que dicho marco legal no sería modificado de forma irrazonable y caprichosa, cosa que en la realidad ha ocurrido⁵⁰⁰. La Demandada por el contrario rechaza que el concepto de TJE tenga relación alguna con las expectativas legítimas del inversor, especialmente en el presente caso en el que el texto del APRI no recoge dicha relación. Además, no hay prueba alguna de la existencia de garantías, promesas o declaraciones extracontractuales, hechas por la República a favor del inversor⁵⁰¹.
496. La conexión entre los estándares de TJE y PPS y la noción de expectativas legítimas, deviene relevante cuando un inversor alega que el Estado ha modificado arbitrariamente el marco legal existente, y que con esta actuación ha violado sus compromisos de TJE y PPS. En tales situaciones, es frecuente que los tribunales arbitrales utilicen el principio de protección de las expectativas legítimas, para argumentar que la estabilidad y previsibilidad del marco legal están garantizados por los estándares de TJE y PPS⁵⁰². Esta argumentación cobra especial fuerza cuando el APRI incluye en su Exposición de Motivos una declaración de que el TJE exige mantener un marco estable para la inversión – cosa que es frecuente en tratados firmados por los EEUU⁵⁰³. En el presente caso, el APRI entre Francia y Argentina carece de dicha mención, lo que no ha obstado para que varios laudos hayan reconocido también en este caso la relación entre TJE y PPS por un lado y legítimas expectativas por otro⁵⁰⁴.
497. En nuestro caso, sin embargo, no es necesario que el Tribunal adopte una postura formal sobre esta cuestión.
498. La conexión entre expectativas legítimas y estándares de TJE y PPS solo es relevante cuando los actos presuntamente transgresores realizados por el Estado consisten en modificaciones del marco legal garantizado al inversor. En el presente arbitraje, todas las pretensiones de esta naturaleza han quedado transadas por la Segunda Carta de Entendimiento, que puso fin, de

CIADI No. ARB/99/2, Laudo del 25 de junio de 2001, paras. 367 y 371 (Doc. AL RA 69), que exige un “*willful neglect of duty, an insufficiency of action falling far below international standards or even subjective bad faith*”.

⁵⁰⁰ Demanda para. 236.

⁵⁰¹ Contestación, para. 591.

⁵⁰² *Total*, para. 114.

⁵⁰³ *LG&E Energy*, paras. 124 y 125; *Enron Corp. y Ponderosa Assets L.P. c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/01/3, Laudo del 22 de mayo de 2007, para. 259 (AL RA 21); *Lemire*, para 264.

⁵⁰⁴ *Total*, para 116; *Suez* para. 228; contra sin embargo la opinión separada del árbitro Pedro Nikken en el asunto *Suez*, para. 20.

mutuo acuerdo, a las desavenencias entre Sauri y la República surgidas de las medidas de emergencia, de la renegociación de la Concesión, de su prolongación en el tiempo y de la congelación de la tarifa en el ínterin⁵⁰⁵. Solucionados dichos reclamos, únicamente podrían dar lugar a una violación de los principios de TJE y PPS los hechos posteriores al otorgamiento de la Segunda Carta de Entendimiento – es decir, el retraso en su entrada en vigor, la negativa a elevar las tarifas, y los posteriores actos de intervención, rescisión y disolución y liquidación de OSM. En el análisis de estos hechos las expectativas de OSM son totalmente irrelevantes: lo que es determinante es si la conducta adoptada por la Provincia conculcó o no los estándares de TJE y PPS.

C) El ámbito de protección del estándar de PPS

499. El tercer elemento que ha sido objeto de discusión entre las partes ha sido el ámbito de protección otorgado por el estándar de PPS. La Demandada entiende que este estándar únicamente exige que cada Estado mantenga un nivel de protección física adecuado para defender a los inversores de la otra parte⁵⁰⁶. La Demandante entiende, por el contrario, que este estándar incluye tanto la seguridad física como la jurídica: el Estado debe vigilar que el marco reglamentario y legal sea respetado y no arbitrariamente modificado⁵⁰⁷.
500. El art. 5.1 del APRI garantiza la PPS “en aplicación del principio de tratamiento justo y equitativo mencionado en el art. 3”. En su sentido ordinario – primer principio hermenéutico de la Convención de Viena - la PPS constituye pues una especie dentro del género del TJE, que resultará aplicable cuando la seguridad de la inversión se vea afectada por violencia física o contiendas civiles⁵⁰⁸. La responsabilidad del Estado surgirá si no ha adoptado las medidas de protección que exija la prudencia para proteger la propiedad extranjera amparada por el Tratado.
501. Se ha discutido ampliamente si el ámbito de protección primario, que cubre únicamente la seguridad física, se puede extender también a la seguridad jurídica. Si se acepta esta extensión⁵⁰⁹, las modificaciones arbitrarias del marco legal y regulatorio también podrían resultar en contravenciones del estándar de PPS. A los efectos del presente arbitraje, no es necesario que el Tribunal entre a dilucidar esta cuestión: los únicos hechos alegados que podrían dar lugar a una violación del estándar de PPS son los actos de violencia física en los que – según alega Sauri – incurrió la Provincia al tiempo de la intervención de OSM. No puede haber duda alguna que estos actos – si realmente han ocurrido – pueden ser tipificados dentro del concepto más tradicional y estricto del estándar de PPS.

⁵⁰⁵ Cfr. paras. 360 - 361 *supra*.

⁵⁰⁶ Contestación, para. 742.

⁵⁰⁷ Réplica, para. 311.

⁵⁰⁸ *Saluka* para 483, con referencia a otras decisiones.

⁵⁰⁹ Y así lo han hecho entre otros *Azurix* para. 408 y *Vivendi II* para. 7.4.15.

3.4. Violación del estándar de TJE

502. Constituyen hechos probados⁵¹⁰:

- Firmada la Segunda Carta de Entendimiento el 17 de mayo de 2007, su entrada en vigor se retrasó casi un año, hasta marzo de 2008, por causas burocráticas y políticas imputables a la Provincia;
- Durante este periodo, la tarifa de 1991 se mantuvo en vigor;
- En abril de 2008, OSM presentó una solicitud de revisión de tarifa por incremento de costos, con respecto al cual el EPAS debía emitir un informe previo, en un plazo perentorio de 30 días, y después elevarlo al Poder Ejecutivo provincial;
- En febrero de 2009 el EPAS aprobó un informe interno previsto en la Segunda Carta, reconociendo que la petición de OSM era correcta y que la tarifa debía aumentarse en un 51,91%;
- A pesar de haber alcanzado esta conclusión, el EPAS pospuso elevar al Poder Ejecutivo el aumento de tarifa durante seis meses más, periodo en el que se continuaba aplicando la tarifa calculada a julio de 2006;
- Finalmente el 3 de agosto de 2009 el directorio del EPAS elevó el informe al Poder Ejecutivo – y en esa misma reunión el Directorio también propuso al Gobernador la intervención de OSM.
- La reacción del Gobernador se produjo ese mismo día y consistió en autorizar la intervención y decretar un aumento de tarifa en un 37%⁵¹¹.

503. En opinión del Tribunal Arbitral, los hechos probados son constitutivos de una violación del estándar de TJE garantizado por el APRI, violación cometida por la Provincia y por el EPAS y generadora de responsabilidad iusinternacional a cargo de la República. Esta conclusión se fundamenta en las siguientes razones:

Valoración de la conducta

504. Acaecida la emergencia económica que afectó a la República Argentina en el año 2002, se abrió un periodo de renegociación de la Concesión que duró cinco años, durante el cual las tarifas históricas se mantuvieron en vigor. OSM estuvo dispuesto a aceptar la renegociación de la Concesión propuesta por la Provincia y a firmar la Segunda Carta de Entendimiento, en el convencimiento que las Autoridades provinciales respetarían los términos acordados, y que así se solucionaría la situación de colapso financiero y por ende técnico que afectaba a la Concesión. Las dos principales medidas a cuyo cumplimiento se comprometió la Provincia fueron

⁵¹⁰ Cfr. para. 219 *supra*.

⁵¹¹ En el porcentaje más bajo de la horquilla propuesta por EPAS.

- Un incremento inicial de la tarifa del 19,7 %, para reflejar los incrementos de costos hasta julio de 2006, que se produciría cuando entrara en vigor la Segunda Carta y
 - La aceptación de un sistema de modificación tarifas, que reflejaba adecuadamente los incrementos en los costos, de acuerdo con una metodología, un procedimiento y unos plazos pactados.
505. En la realidad de los hechos, la efectividad de la entrada en vigor de la Segunda Carta se retrasó durante casi un año, y el sistema de modificación de tarifas no fue nunca aplicado en tanto Sauri continuó controlando OSM. Ocurrió así porque las Autoridades Provinciales adoptaron una pauta de conducta que, en opinión del Tribunal, es incompatible con las exigencias de una gestión pública diligente, ecuánime y respetuosa con los derechos del administrado:
- El retraso en la entrada en vigor de la Segunda Carta a todas luces excede del máximo esperable, y se debió a causas burocráticas y políticas bajo la entera responsabilidad de la Provincia;
 - Presentada una solicitud de incremento de tarifa por OSM en abril de 2008, el EPAS disponía de un plazo perentorio de 30 días para elevar su informe previo preceptivo al Poder Ejecutivo provincial; en la realidad de los hechos, el EPAS tardó 15 meses en presentar el informe, cosa que hizo en agosto de 2009; el retraso parece excesivo;
 - Pero el retraso no solo es excesivo, sino que es injustificable: desde febrero de 2009 el EPAS disponía de un informe interno reconociendo que la petición de aumento de tarifa era correcta y que ésta debía aumentarse en un 51,91%; a pesar de ello, el EPAS tardó seis meses más en elevar la propuesta al Poder Ejecutivo, sin que se haya probado causa justificativa;
 - Existe amplia prueba mostrando que durante todo este periodo el EPAS y la Provincia eran plenamente conscientes del estrangulamiento financiero de OSM y del progresivo deterioro del servicio, que degeneró hasta llegar a una situación de cuasi colapso;
 - Prueba de ello es que en el discurso oficial pronunciado el 1 de mayo de 2011 ante el Parlamento Regional, el Gobernador declaró que OSM se encontraba en “una crítica situación por años de desidia en su gestión privada” y anunció que la Concesión “debe volver a estar en manos del Estado”; recuérdese que en este momento estaba pendiente una revisión tarifaria solicitada hacía 13 meses, y que hacía tres meses el EPAS había emitido un informe interno reconociendo que reconociendo que la petición de aumento de tarifa era correcta y que ésta debía incrementarse en un 51,91%;
 - Finalmente, es altamente revelador que en la misma reunión del Directorio del EPAS, celebrada el 3 de agosto de 2009, en que finalmente se elevó al Poder Ejecutivo el incremento de la tarifa, también se propuso al Gobernador la intervención de OSM – propuesta que éste aceptó.
506. Los hechos descritos prueban indiciariamente que las Autoridades Provinciales – el Poder Ejecutivo y el EPAS – decidieron posponer los aumentos de tarifa a los que OSM tenía

derecho, aceptando conscientemente su estrangulamiento financiero y el agravamiento de la situación de colapso del servicio, para así precipitar una intervención que llevara a la rescisión de la Concesión y la renacionalización del servicio. Una conducta de este tipo a todas luces es incompatible con el estándar de TJE exigido por el APRI⁵¹².

507. El Tribunal resalta que la conducta de la República no se circunscribe a un incumplimiento de las obligaciones de naturaleza contractual asumidas en la Segunda Carta y en el Contrato de Concesión, sino que, al ser OSM una empresa supervisada, y estar sus tarifas sujetas a autorización administrativa, la conducta debe ser encuadrada en el ámbito del ejercicio de poderes de supervisión por el EPAS y soberanos por la Provincia.

3.5. Violación del estándar de PPS

508. Sauri alega que el carácter brutal con el que se desarrolló la intervención de OSM, con participación de la policía y otros actos de violencia física, representan una violación del principio de PPS garantizado en el APRI⁵¹³. La República por el contrario insiste en que la intervención fue llevada a cabo de acuerdo con todos los recaudos legales, sin actos de acoso ni amenaza⁵¹⁴.
509. El Tribunal Arbitral coincide con la posición mantenida por la Demandada, y en este punto desestima la demanda de Sauri.
510. La argumentación de Sauri se fundamenta en que “la notificación del decreto de intervención se realizó con amplio operativo policial con despliegue de camiones policiales, agentes de la fuerza y unas treinta personas que literalmente desembarcaron en la empresa”⁵¹⁵. Frente a ella, la República ha demostrado convincentemente que el propio Decreto de Intervención facultaba a la Escribanía Notarial a “requerir el auxilio de la fuerza pública, hasta tanto el Interventor designado tome posesión del cargo”, lo que ampara la presencia de la fuerza pública de acuerdo con la normativa vigente⁵¹⁶. Por lo demás, la presencia de la fuerza pública fue únicamente de carácter precautorio, sin que conste que en ningún momento llegara a intervenir. El Tribunal estima que la simple presencia policial, en el acto de

⁵¹² La conclusión del Tribunal es congruente con las decisiones adoptadas por otros Tribunales en casos similares:

El Tribunal en *Impregilo S.p.A. c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/07/17, Laudo del 21 de junio de 2011, también concluyó que el incumplimiento por la República Argentina de su obligación de preservar el equilibrio financiero de la concesión puede ser considerado como una violación del principio de TJE (para. 331).

Y el Tribunal en *Suez* fue un paso más allá al concluir que “la persistente e inflexible negativa de la Provincia a revisar la tarifa conforme al Contrato de Concesión y el marco regulatorio, especialmente después de la terminación de la crisis y el restablecimiento del crecimiento económico, supone la violación de los compromisos asumidos conforme a los dos TBIs, de tratar en forma justa y equitativa las inversiones de las Demandantes” (para. 218).

Finalmente el Tribunal en *Azurix* estimó que una politización de la tarifa, unida a un incremento de la misma una vez que el servicio había sido renacionalizado, es un elemento que abona la existencia de una violación del TJE (para. 375).

⁵¹³ Demanda, para 277.

⁵¹⁴ Contestación, para. 754.

⁵¹⁵ Demanda, para. 144.

⁵¹⁶ Contestación, para. 478.

intervención de una empresa, forma parte de las medidas cautelares que un gestor público puede legítimamente adoptar para garantizar el ordenado desarrollo de la toma de control.

511. Sauri también se ha referido de pasada a que la policía habría prohibido temporalmente que el personal de OSM se comunicara entre sí y que habría confiscado algunos de sus objetos personales⁵¹⁷. Las alegaciones no han sido probadas, pero aun si lo hubieran sido, no tendrían en ningún caso la gravedad suficiente para constituir una violación de las garantías de naturaleza iusinternacionales recogidas en el APRI.

⁵¹⁷ Demanda, para. 277.

VI. DECISIÓN

Por las razones expuestas, el Tribunal Arbitral por unanimidad adopta las siguientes decisiones:

1. Desestima las excepciones planteadas por la República Argentina con respecto a la jurisdicción del Centro, la competencia del Tribunal y la admisibilidad de los reclamos;
2. Declara que la República Argentina ha adoptado una serie de medidas expropiatorias y de nacionalización, con el resultado de que Sauri ha sido desposeído de su inversión en OSM, en contravención del art. 5.2 del APRI;
3. Declara que la República Argentina no ha otorgado a la inversión de Sauri un tratamiento justo y equitativo, en contravención del art. 3 del APRI;
4. Desestima la pretensión de Sauri pidiendo que el Tribunal declare que la República Argentina no ha otorgado protección y plena seguridad a la inversión, en contravención del art. 5.1 del APRI.


La cuantificación de la compensación debida a favor de Sauri, por las medidas expropiatorias y de nacionalización adoptadas y por no haber otorgado un tratamiento justo y equitativo a la inversión, y la determinación de intereses y costas, serán abordadas en una segunda fase de este arbitraje y decididas en un Laudo, para todo lo cual el Tribunal retiene jurisdicción. El Tribunal convocará a las partes a una audiencia, y emitirá una orden procesal en la que fijará los plazos y trámites para el desarrollo del procedimiento. El Tribunal en todo caso abrirá un trámite para la aportación de prueba en relación al *quantum* y permitirá que las partes puedan presentar alegaciones y conclusiones en esta materia.

* * *


La presente decisión se emite en sendas versiones en castellano y en francés, tal como se convino en el para. 9.3. del Acta de la Primera Sesión.

JuSSO

Profesor Juan Fernández-Armesto, Presidente



Profesor Bernard Hanotiau, Árbitro



Profesor Christian Tomuschat, Árbitro

Lugar: Washington DC, EEUU