

CENTRO INTERNACIONAL DE ARREGLO DE
DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES

WASHINGTON, D.C.

EN EL PROCEDIMIENTO ENTRE

LG&E ENERGY CORP.
LG&E CAPITAL CORP.
LG&E INTERNATIONAL INC.
(Demandantes)

y

REPÚBLICA ARGENTINA
(Demandada)

Caso CIADI NO. ARB/02/1

DECISIÓN SOBRE RESPONSABILIDAD

Miembros del Tribunal:

Doctora Tatiana B. de Maekelt, Presidenta
Juez Francisco Rezek, Árbitro
Profesor Albert Jan van den Berg, Árbitro

Secretaria del Tribunal:

Claudia Frutos-Peterson

Fecha: 3 de octubre de 2006

En representación de las Demandantes

Sr. Eugene D. Gulland
Sr. Oscar M. Garibaldi
Sr. Eric D. Brown
Sra. Karin L. Kizer
Sr. Miguel López Forastier
Covington & Burling
Washington, D.C.
Estados Unidos de América

Sra. Dorothy O'Brien
LG&E Energy LLC.

y

Dr. Horacio J. Ruiz Moreno
Dr. Gustavo Cedrone
Dr. Leonardo Orlanski
Hope, Duggan & Silva
Buenos Aires
Argentina

En representación de la Demandada

S.E. Osvaldo César Guglielmino
Procurador del Tesoro de la Nación
Procuración del Tesoro de la Nación
Buenos Aires
Argentina

INDICE*

I.	Las partes	1
II.	El tribunal de arbitraje	2
III.	Antecedentes procesales	3
IV.	Antecedentes fácticos	11
	A. Finales de los años 80 y Años 90.	11
	B. Crisis económica e inicio del conflicto, 1999–2001	16
	C. La ley de emergencia, 6 de enero de 2002.	19
	D. Renegociación de los contratos de servicios públicos	20
	E. Peticiónes de las partes	21
V.	Consideraciones preliminares	24
	A. <i>Jus Standi</i>	24
	B. Derecho Aplicable al fondo del litigio.	25
	1. Alegatos de las partes	25
	2. Análisis del Tribunal	25
	3. Conclusión del Tribunal	31
VI.	Determinación de la responsabilidad	32
	A. Artículo II(2)(a): Trato justo y equitativo	32
	1. Alegatos de las partes	32
	2. Conclusión del Tribunal con respecto a las garantías ofrecidas por Argentina a los inversionistas	37
	3. Análisis del Tribunal	39
	4. Conclusión del Tribunal	43
	B. Artículo II(2)(b): Medidas Arbitrarias y Discriminatorias	46
	1. Medidas discriminatorias.	46
	(i) Alegatos de las partes	46
	(ii) Análisis del Tribunal	48
	(iii) Conclusión del Tribunal	48

* La numeración de las páginas que aparece en el Índice se refiere a la numeración de las páginas en la decisión original.

2. Medidas Arbitrarias	49
(i) Alegatos de las partes	49
(ii) Análisis del Tribunal	51
(iii) Conclusión del Tribunal	52
C. Artículo II(2)(c): Cláusula Paraguas	53
1. Alegatos de las partes	53
2. Análisis del Tribunal	55
3. Conclusión del Tribunal	56
D. Consideraciones sobre la expropiación indirecta	57
1. Alegatos de las partes	57
2. Análisis del Tribunal	60
3. Conclusión del Tribunal	64
E. Estado de Necesidad.	65
1. Posición de las partes	65
2. Comentarios generales sobre el Artículo XI	66
(i) Consideraciones preliminares	66
(ii) Naturaleza self-judging del Artículo XI.	66
(iii) Carácter necesario de las medidas adoptadas.	69
a. Alegatos de las partes	69
b. Análisis del Tribunal	72
(iv) Consecuencias del estado de necesidad	85
(v) Conclusión del Tribunal	86
VII. Decisión del tribunal sobre la responsabilidad	86

I. LAS PARTES

1. Las Demandantes, LG&E Energy Corp. y LG&E Capital Corp. son sociedades constituidas de conformidad con las leyes de *Commonwealth* del Estado de Kentucky, en Estados Unidos de América, que operan en ese y otros países¹. La Demandante, LG&E International Inc., es una corporación constituida bajo las leyes del Estado de Delaware, Estados Unidos de América. Las Demandantes, en su conjunto, serán denominadas en lo sucesivo “LG&E” o “las Demandantes”.

2. LG&E posee participación accionaria en tres compañías distribuidoras de gas, constituidas en Argentina, por el propio Estado argentino: Distribuidora de Gas del Centro (“Centro”), Distribuidora de Gas Cuyana S.A. (“Cuyana”) y Gas Natural BAN S.A. (“GasBan”), denominadas, en adelante, en forma colectiva, “las licenciatarias”. LG&E posee el porcentaje mayoritario de las acciones en Centro y el minoritario en GasBan y Cuyana.

3. La Demandada es la República Argentina que, como los Estados Unidos de América, es parte del Convenio para el Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados (“Convenio CIADI” o “Convenio”), ratificado por la República Argentina en 1994 y por los Estados Unidos en 1966. El Tratado Bilateral entre los Estados Unidos de América y la República Argentina sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones fue suscrito el 14 de noviembre de 1991 (“TBI”, “el Tratado Bilateral” o el “Tratado”) (y entró en vigencia el 20 de octubre de 1994).

II. EL TRIBUNAL DE ARBITRAJE

4. En fecha 31 de enero de 2002, el Secretario General del Centro registró la solicitud de arbitraje de las Demandantes, de conformidad con el Artículo 36(3) del Convenio CIADI y, de acuerdo con la Regla 7 de las Reglas Procesales Aplicables a la Iniciación de los Procedimientos de Conciliación y Arbitraje (“las Reglas de Iniciación”), notificó a las partes del registro de la solicitud y las invitó a constituir, a la brevedad, un Tribunal de Arbitraje.

¹ Hasta el 1 de diciembre de 2005 las Demandantes estaban integradas por LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. y LG&E International Inc. No obstante, en fecha 26 de enero de 2006, las Demandantes informaron al Tribunal que el nombre de dos de las tres Demandantes había sido modificado. LG&E Energy Corp. ahora denominada E.ON.US. LLC y LG&E Capital Corp. ahora denominada E.ON.US. Capital Corp. LG&E International Inc. mantuvo su denominación. A petición del Tribunal LG&E proporcionó documentos que, en opinión del primero, sólo prueban el cambio de nombre, más no sus implicaciones. La Demandada, por su parte, guardó silencio sobre el particular.

5. Seguidamente, las partes acordaron que el Tribunal de Arbitraje estaría constituido por tres (3) árbitros, uno designado por las Demandantes, otro por la República Argentina y el tercero, que presidiría el Tribunal, sería nombrado por el Secretario General del Centro, de conformidad con el procedimiento adoptado por las partes.

6. En fecha 20 de junio de 2002, las Demandantes designaron al profesor Albert Jan van den Berg, nacional de los Países Bajos, como árbitro para el presente caso. Dicho nombramiento fue confirmado por las Demandantes mediante sus cartas enviadas al Centro, de fechas 15 y 28 de agosto de 2002. La República Argentina, mediante carta del 26 de agosto de 2002, designó al juez Francisco Rezek, nacional de Brasil, como árbitro. En fecha 7 de noviembre de 2002, el Secretario General del Centro procedió a nombrar de conformidad con el acuerdo de las partes, a la doctora Tatiana B. de Maekelt, nacional de Venezuela, como Presidenta del Tribunal de Arbitraje.

7. En fecha 13 de noviembre de 2002, la Secretaría General del CIADI, de conformidad con la Regla 6(1) de las Reglas Procesales Aplicables a los Procedimientos de Arbitraje (“Reglas de Arbitraje”), notificó a las partes que todos los árbitros habían aceptado sus nombramientos y que el Tribunal se tenía por constituido y el procedimiento por iniciado desde esa misma fecha. Ese mismo día, de conformidad con la Regla 25 del Reglamento Administrativo y Financiero del CIADI, se informó a las partes que la Dra. Claudia Frutos-Peterson se desempeñaría como Secretaria del Tribunal.

III. ANTECEDENTES PROCESALES

8. El 28 de diciembre de 2001, el CIADI recibió de LG&E una solicitud de arbitraje de fecha 21 de diciembre de 2001, en contra de la República Argentina.

9. El 24 de enero de 2002, las Demandantes presentaron al Centro una comunicación en la cual informaban la ampliación de su solicitud de arbitraje. Las Demandantes afirmaban que la Demandada había cometido nuevas violaciones del TBI al sancionar la Ley de Emergencia Pública y de Reforma del Régimen Cambiario (“Ley de Emergencia”), que, según sostienen, afectaba negativamente sus inversiones en Argentina.

10. De conformidad con la Regla 13 de las Reglas de Arbitraje, el Tribunal celebró su primera sesión con las partes en la sede del Centro en la ciudad de Washington, D.C., el 19 de diciembre de 2002. En esa oportunidad, las partes fijaron de mutuo acuerdo el siguiente calendario para las actuaciones escritas:

las Demandantes debían presentar su Memorial el 31 de marzo de 2003; una vez recibido el Memorial de las Demandantes, la Demandada podía optar por uno de los siguientes plazos: contestar dentro de los 60 días o bien dentro de los 90 días. En su contestación, la Demandada podía oponer excepciones a la jurisdicción e incluir, si lo considerase necesario, las respuestas a los alegatos de fondo de las Demandantes. Si la Demandada presentaba un Memorial sobre Jurisdicción, las Demandantes debían presentar su Memorial de Contestación sobre Jurisdicción dentro de los 30 días siguientes, contados a partir de la recepción del Memorial sobre Jurisdicción de la Demandada; con posterioridad, la Demandada debía presentar su Réplica sobre Jurisdicción dentro de los 20 días siguientes, contados a partir de la recepción del Memorial de Contestación sobre Jurisdicción de las Demandantes, y las Demandantes debían presentar su Dúplica sobre Jurisdicción dentro de los 20 días siguientes, contados a partir de la recepción de la Réplica sobre Jurisdicción presentada por la Demandada.

11. Para las actuaciones orales, también fue acordado durante la primera sesión del Tribunal el siguiente cronograma basado en las actuaciones escritas: Si la Demandada elige el plazo de 60 días para presentar su contestación y el Tribunal estuviera de acuerdo, podría llevarse a cabo una Audiencia sobre jurisdicción el 22 y el 23 de septiembre de 2003. Si la Demandada opta por el plazo de 90 días para presentar su contestación a la demanda principal, la Audiencia sobre jurisdicción, si el Tribunal estuviera de acuerdo, podría llevarse a cabo entre el 20 y el 21 de octubre de 2003. La Audiencia sobre el fondo de la cuestión tendría lugar entre el 8 y el 12 de marzo de 2004.

12. El 31 de marzo de 2003, las Demandantes presentaron su Memorial.

13. Con posterioridad, las partes, de mutuo acuerdo, decidieron modificar el calendario de actuaciones sobre excepciones a la jurisdicción y así se lo comunicaron al Secretariado del Centro, el 1 de julio de 2003 la Demandada y el 2 de julio de 2003 las Demandantes. De tal forma, el calendario se fijó de la siguiente manera: Memorial sobre Jurisdicción, 21 de julio de 2003; Memorial de Contestación sobre Jurisdicción, 29 de agosto de 2003; Réplica sobre Jurisdicción, 22 de septiembre de 2003, y Dúplica sobre Jurisdicción, 13 de octubre de 2003. Asimismo se acordó que la Audiencia sobre jurisdicción se celebraría los días 20 y 21 de octubre de 2003. Con posterioridad, el Tribunal, de común acuerdo con las partes, decidió que la Audiencia sobre jurisdicción debía celebrarse entre los días 20 y 21 de noviembre de 2003 en La Haya, los Países Bajos.

14. De conformidad con los plazos acordados, el 21 de julio de 2003 la Demandada opuso formalmente excepciones a la jurisdicción del CIADI. En

su Memorial sobre Jurisdicción, expuso las razones en las que fundaba dichas excepciones y adjuntó documentos para respaldar sus argumentaciones. El 29 de agosto de 2003, las Demandantes presentaron su Memorial de Contestación sobre Jurisdicción. El 22 de septiembre de 2003, la República Argentina presentó su Réplica sobre Jurisdicción y el 14 de octubre de 2003, las Demandantes presentaron su Dúplica sobre Jurisdicción.

15. En fecha 30 de octubre de 2003, la Demandada presentó una solicitud de suspensión del procedimiento y solicitó, como medida alternativa, que se aplazara la Audiencia sobre jurisdicción. En fecha 31 de octubre de 2003, la Presidenta del Tribunal invitó a las Demandantes a que presentaran sus observaciones sobre dicha solicitud, a más tardar, el 3 de noviembre de 2003. En fecha 3 de noviembre de 2003, las Demandantes objetaron la suspensión solicitada. El 5 de noviembre de 2003, los miembros del Tribunal de Arbitraje deliberaron sobre la solicitud de la República Argentina y negaron tanto la solicitud de la Demandada de suspender el presente procedimiento como la de aplazar la Audiencia sobre jurisdicción prevista para los días 20 y 21 de noviembre de 2003.

16. La Audiencia sobre jurisdicción se realizó en la fecha indicada, en la sede de la Corte Permanente de Arbitraje, en La Haya, Países Bajos. En representación de las Demandantes actuaron ante el Tribunal los señores Eugene D. Gulland y Oscar M. Garibaldi, de la firma de abogados Covington & Burling de Washington, D.C. También asistieron a la Audiencia la señora Dorothy O'Brien, Consejera Jurídica General Adjunta de LG&E Energy Corp. y el señor S. Bradford Rives, Oficial Financiero Principal de LG&E Energy Corp.

17. Los señores Carlos Ignacio Suárez Anzorena e Ignacio Pérez Cortés, en nombre del doctor Horacio Daniel Rosatti, el entonces Procurador del Tesoro de la Nación Argentina, asistieron a la audiencia en representación de la Demandada.

18. Durante la Audiencia, las partes presentaron sus argumentos en materia de determinación de la jurisdicción. El Tribunal formuló preguntas a las partes de conformidad con la Regla 32(3) de las Reglas de Arbitraje.

19. En fecha 30 de abril de 2004, el Tribunal emitió su Decisión sobre Excepciones a la Jurisdicción, en la cual estableció que el Centro tiene jurisdicción y este Tribunal competencia para conocer de la presente controversia. Para lograr tal decisión el Tribunal consideró los siguientes criterios:

- a. Que la diferencia debe ser entre un Estado Contratante y un nacional de otro Estado Contratante, y que las Demandantes deben tener legitimación (*jus standi*) para actuar en este proceso.

- b. Que debe tratarse de una controversia de naturaleza jurídica que surja directamente de una inversión.
- c. Que las partes deben haber expresado su consentimiento, por escrito, de someterse a arbitraje y, específicamente, al arbitraje del CIADI.
- d. Que deben cumplirse los demás requisitos exigidos, tanto por el Convenio CIADI como por el Tratado Bilateral, para someter una diferencia al arbitraje.

20. En relación con el criterio (a), referente al *jus standi*, el Tribunal opinó que, a los efectos del Convenio CIADI y el Tratado Bilateral, las Demandantes deben ser consideradas inversionistas extranjeras, aún cuando no hubieran ejecutado directamente la inversión en la República Argentina, sino a través de sociedades constituidas para tal efecto en el territorio de este país (Decisión sobre Jurisdicción, § 63).

21. En relación con el criterio (b), el cual requiere que la controversia ante el Tribunal sea de naturaleza jurídica y surja directamente de una inversión, el Tribunal concluyó que, en fase jurisdiccional, se debía presumir que los reclamos de las Demandantes se basaban en violaciones del Tratado Bilateral que afectaban su inversión en el sentido del Convenio CIADI y del Tratado Bilateral (Decisión sobre Jurisdicción, § 66).

22. En relación con el criterio (c), relativo al consentimiento de las partes para someterse al arbitraje del CIADI, el Tribunal consideró que el consentimiento de la República Argentina estaba dado en base al Artículo VII(4) del Tratado Bilateral. Por su parte, las Demandantes, al acudir al CIADI, han decidido someter sus diferencias en materia de inversiones a la jurisdicción de este Centro. Es de destacar que, en este caso, las Demandantes no sometieron la diferencia a los tribunales argentinos o a alguno de los demás mecanismos de solución de controversias mencionados en el Artículo VII del Tratado Bilateral. Por estos motivos, en el presente caso no surge cuestión alguna vinculada con la disposición conocida como “bifurcación de vías” (Decisión sobre Jurisdicción, § 69 ss).

23. Finalmente, en relación con el criterio (d), referido a la verificación de los demás requisitos del Convenio CIADI y del Tratado Bilateral, el Tribunal concluyó que las demandas no están limitadas en el tiempo y que las peticiones plasmadas por las Demandantes en su petición adicional, coinciden con las alegadas en su petición original, por lo que es posible examinarlas en el mismo proceso, en aras de la eficiencia. Por otra parte, el hecho de que las licenciatarias puedan haber iniciado negociaciones con la Demandada, es ajeno a este procedimiento arbitral, pues las licenciatarias, siendo personas jurídicas diferentes, llevan adelante ese proceso desde su propia perspectiva (empresarial).

Así, habiendo transcurrido más de seis meses desde la fecha en que surgió la controversia, es decir, el 24 de enero de 2002, no hay obstáculo para iniciar el procedimiento arbitral (Decisión sobre Jurisdicción, § 80).

24. Sobre la base de estas consideraciones, el Tribunal decidió lo siguiente:

- a. Considerar que esta controversia se encuentra dentro de la jurisdicción del Centro y la competencia del Tribunal;
- b. Desestimar todas las objeciones planteadas por la Demandada sobre la admisibilidad de la controversia y todas las excepciones opuestas por la Demandada a la jurisdicción del CIADI y a la competencia de este Tribunal;
- c. Ordenar, en virtud de la Regla 41(4) de las Reglas de Arbitraje, la continuación del procedimiento;
- d. Reservarse todas las cuestiones relativas a las costas y los gastos del Tribunal y de las partes para su determinación posterior.

25. De conformidad con la Orden Procesal N° 1, de fecha 4 de mayo de 2004, la Demandada presentó su Memorial de Contestación sobre el fondo el 18 de junio de 2004, solicitando se rechace en forma total la demanda de LG&E. El 6 de agosto de 2004, las Demandantes presentaron su Réplica.

26. En fecha 27 de septiembre de 2004, la Demandada presentó su Dúplica sobre el fondo, entre cuyas argumentaciones legales y fácticas incluyó la petición de exclusión del testimonio del Sr. Patricio Perkins de la Audiencia sobre el fondo, invocando un supuesto conflicto de interés. Las Demandadas objetaron esta solicitud el 1 de noviembre de 2004.

27. Mediante la Orden Procesal N° 3, fechada el 23 de noviembre de 2004, el Tribunal de Arbitraje decidió: (i) admitir las declaraciones testimoniales presentadas por la Demandada; (ii) otorgar a las Demandantes la oportunidad de presentar pruebas adicionales respecto a las declaraciones testimoniales producidas por la Demandada en su Dúplica, a más tardar el 20 de diciembre de 2004 y practicar contrainterrogatorios respecto a dichos testigos durante la Audiencia sobre el Fondo; (iii) admitir la declaración testimonial del señor Patricio Perkins, quien podrá ser, además, contrainterrogado por la Demandada.

28. De conformidad con las Ordenes Procesales Nos. 4 y 5, fechadas el 13 y 18 de enero de 2005, respectivamente, la Audiencia sobre el Fondo se llevó a cabo entre los días 23 y 29 de enero de 2005, en la sede del Centro en la ciudad de Washington D.C. En la mencionada Audiencia estuvieron presentes:

Tribunal de Arbitraje: Tatiana B. de Maekelt, Presidenta; Francisco Rezek, Árbitro; Albert Jan van den Berg, Árbitro

Secretaria del Tribunal: Claudia Frutos-Peterson

En representación de las Demandantes: Oscar M. Garibaldi (Covington & Burling, Washington, D.C.), Eugene D. Gulland (Covington & Burling, Washington, D.C.), Eric D. Brown (Covington & Burling, Washington, D.C.), Miguel López Forastier (Covington & Burling, Washington, D.C.), Karin Kizer (Covington & Burling, Washington, D.C.), Warda Henning (Covington & Burling, Washington, D.C.), Harris Bor (Covington & Burling, Washington, D.C.), Matthew Chester (Covington & Burling, Washington, D.C.), Jadranka Poljak (Covington & Burling, Washington, D.C.), Alma Ramírez (Covington & Burling, Washington, D.C.), Karin Lui (Covington & Burling, Washington, D.C.), Horacio Ruiz Moreno (Rosso Alba, Francia & Ruiz Moreno Abogados, Buenos Aires, Argentina), Leonardo Orlanski (Rosso Alba, Francia & Ruiz Moreno Abogados, Buenos Aires, Argentina)

También presentes en representación de las Demandantes: Dorothy O'Brien (LG&E Energy LLC), Chris Hermann, Leonardo Massimino, Donald Sloop, Gabriel Wilkinson

En representación de la Demandada: Osvaldo Guglielmino (Procurador del Tesoro de la Nación Argentina, Buenos Aires, Argentina), Gustavo Adolfo Scrinzi (Subprocurador del Tesoro de la Nación Argentina, Buenos Aires, Argentina), Ana Badillos (Procuración del Tesoro de la Nación Argentina, Buenos Aires, Argentina), Luz Moglia (Procuración del Tesoro de la Nación Argentina, Buenos Aires, Argentina), Gabriel Bottini (Procuración del Tesoro de la Nación Argentina, Buenos Aires, Argentina), Ignacio Pérez Cortés (Procuración del Tesoro de la Nación Argentina, Buenos Aires, Argentina), Gastón Rosenberg (Procuración del Tesoro de la Nación Argentina, Buenos Aires, Argentina)

También presentes en representación de la Demandada: Carlos Garber (Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto, Buenos Aires, Argentina), Alicia Federico (Ente Nacional Regulador del Gas (ENARGAS), Buenos Aires, Argentina), Charles Joseph Masano (Secretaría de Energía, Buenos Aires, Argentina), Marcelo Masonni (Embajada de la República Argentina, Washington, D.C.),

Estenógrafos: David A. Kasdan, Dante Rinaldi

29. La Audiencia comenzó, según lo previsto, el día domingo 23 de enero de 2005 a las 8:45 a.m. Tras una breve introducción hecha por la Presidenta del Tribunal, los señores Eugene Gulland y Oscar Garibaldi, en representación

de las Demandantes, presentaron una exposición al Tribunal, refiriéndose a los argumentos señalados en sus escritos. Estos últimos fueron acompañados por la presentación de sus testigos para su examen oral: señores S. Bradford Rives, Eduardo A. Hurtado, Patricio Carlos Perkins, Rudolph Dolzer, Eduardo Schwartz, Carlos Lapuerta, Antoni Peris Mingot y José E. Álvarez.

30. A continuación, los señores Osvaldo César Guglielmino, Ignacio Pérez Cortés y Gabriel Bottini presentaron sus alegatos a favor de la República Argentina y a sus respectivos testigos: señora Anne-Marie Slaughter y señores Eduardo A. Ratti, Jorge G. Simeonoff, Cristian Folgar, Nouriel Roubini y Fabián Bello.

31. En fecha 28 de febrero de 2005, las partes presentaron por escrito sus Alegatos Post-Audiencia.

32. Por comunicación de fecha 18 de mayo de 2005, el Tribunal informó a las partes su decisión de nombrar a un experto independiente para que lo asistiera en la evaluación de las pruebas de experticias financieras presentadas por éstas. A través de una comunicación de fecha 14 de septiembre de 2005, el Secretariado del Centro transmitió a las partes el informe con los resultados obtenidos por el experto independiente, y las invitó a comentarlo antes del 5 de octubre de 2005. Las partes consignaron sus observaciones ante el Tribunal en la mencionada fecha.

IV. ANTECEDENTES FÁCTICOS

33. Antes de pronunciarse sobre el fondo de la controversia, este Tribunal considera necesario establecer los antecedentes fácticos relevantes para su decisión.

A. Finales de los años 80 y Años 90

34. Las reclamaciones de las Demandantes deben ser examinadas a la luz de los antecedentes históricos, en especial, de la profunda agitación económica vivida en Argentina y de la reacción del Gobierno ante las múltiples crisis vividas por el país a finales de los años 80 y durante los años 90.

35. A finales de los años 80, Argentina sufrió una crisis económica caracterizada por una profunda recesión e hiperinflación. Como parte de su plan de recuperación económica, el Gobierno inició un ambicioso proceso de privatización con la promulgación de la Ley de Reforma del Estado en agosto de 1989. Dentro de este marco, los grandes negocios y entidades gubernamentales fueron privatizados o dados en concesión (Memorial de Contestación de la Demandada, § 121).

36. El 27 de marzo de 1991, Argentina promulgó la Ley N° 23.928, Ley de Convertibilidad, la cual ordenó la implementación de una tasa de cambio fija, equiparando el austral (la entonces moneda de curso legal en Argentina) con el dólar de Estados Unidos². La Ley de Convertibilidad también prohibió la indexación de precio o valor.

37. Uno de los objetivos primarios del plan de Gobierno fue la privatización de Gas del Estado S.E., empresa monopólica estatal de transporte y distribución de gas natural. Bajo el esquema de privatización del Gobierno, los inversionistas podrían obtener participaciones en empresas privadas por crear, autorizadas para ofrecer servicios de transporte y distribución del gas. Tales participaciones estarían disponibles para inversionistas nacionales y extranjeros.

38. Para implementar su plan, el Gobierno promulgó, en junio de 1992, la Ley del Gas (“Ley del Gas” o “MRG”), la cual estableció una estructura reguladora global para la prestación de servicios de transporte y distribución de gas natural y creó una entidad pública, llamada Ente Nacional Regulador del Gas (ENARGAS), para supervisar la industria.

39. La Ley del Gas adoptó una estructura tarifaria de acuerdo con la cual ENARGAS cobraría las tarifas a partir del precio pagado por los consumidores. Bajo las previsiones del MRG, se solicitó a ENARGAS que fijase las tarifas del transporte y la distribución en niveles justos y razonables que permitiesen a los abastecedores autorizados recuperar un “índice de ganancia razonable”, luego de justificar los costos; ésta sería definida como una tarifa similar a la de actividades de riesgo análogo y relacionada con el nivel de eficacia y funcionamiento satisfactorio del servicio de transporte o distribución. También los beneficios debían ser comparables con los obtenidos en otras actividades de riesgo similar.

40. ENARGAS debía fijar las tarifas máximas por un período de cinco años. Al final de este período, las tarifas debían ser revisadas y ajustadas, sobre la base de indicadores del mercado internacional que reflejaran cambios en el valor de bienes y servicios representativos de las actividades de los prestadores del servicio.

41. El Reglamento de la Ley del Gas fue implementado a través del Decreto N° 1738/92, de fecha 28 de septiembre de 1992. De conformidad con sus regulaciones, las tarifas de transporte y distribución serían calculadas en dólares de los Estados Unidos y luego serían convertidas en pesos argentinos. El

² El *austral* fue luego reemplazado por el *peso*, a una tasa de 1.000 *australes* por 1 *peso*.

Gobierno no podría rescindir o modificar las licencias sin el consentimiento de las licenciatarias.

42. En fecha 7 de diciembre de 1992, el Gobierno adoptó, mediante el Decreto N° 2255/92, las Reglas Básicas de la Licencia, las cuales complementaron la Ley del Gas y su Reglamento, estableciendo el prototipo de Licencia para la distribución y transporte de gas natural. Este prototipo incluyó un cronograma de tarifas máximas para los primeros cinco años de prestación del servicio (1993–1997). Las Reglas Básicas de la Licencia obligaban al Gobierno a compensar a las licenciatarias por cualquier pérdida derivada de los cambios en el sistema tarifario garantizado en las mismas. Igualmente, estas reglas implementaron una revisión semestral de las tarifas, basada en el Índice de Precios al Productor de los Estados Unidos de América (“PPI”), la cual se llevaría a cabo en enero y junio de cada año (“ajuste por PPI”).

43. Bajo este marco jurídico integrado por la Ley del Gas, su Reglamento y las Reglas Básicas de la Licencia, la revisión quinquenal implicaría el examen del método utilizado para calcular las tarifas.

44. Mediante el Decreto N° 1189/92, publicado el 17 de julio de 1992, Argentina aprobó el procedimiento para la privatización de Gas del Estado S.E. Esta empresa fue reestructurada y dividida en dos unidades dedicadas al transporte y ocho dedicadas a la distribución, cada una responsable por cada región geográfica del país. Cada una de estas diez unidades fue transferida a las compañías recién creadas, las cuales operarían sobre la base de una Licencia regida por las normas legales correspondientes.

45. Mediante la Resolución N° 874/92, la Secretaría de Obras y Servicios Públicos inició un proceso internacional de licitación, de conformidad con el Pliego de Bases y Condiciones para la Licitación (“Reglas de Licitación”). De acuerdo con estas reglas, tanto inversionistas nacionales como extranjeros podrían participar en la misma. El objeto de la licitación era la compra y venta de la mayoría de las acciones en cada una de las compañías licenciatarias, creadas mediante el Decreto N° 1189/92. Tres de las compañías cuyas acciones fueron vendidas en su mayoría durante dicho proceso de licitación fueron: Cuyana 60%, GasBan 70% y Centro 90%.

46. En diciembre de 1992, el Gobierno argentino concedió contratos de compra del porcentaje mayoritario de acciones en las diez recién formadas licenciatarias en las cuales Gas del Estado, S.E. había sido reestructurado. Las licencias relevantes para esta controversia fueron aprobadas por los Decretos Nos. 2454/92 para Centro, 2460/92 para GasBan y 2453/92 para Cuyana, las cuales entraron en vigencia el 22 de diciembre de 1992.

47. De las participaciones de Centro, GasBan y Cuyana que fueron sometidas a privatización y concedidas a inversionistas privados: 90% de las acciones de Centro fueron otorgadas a un consorcio integrado por *Società Italiana Per Il Gas S.p.A.* (“Italgas”), compañía italiana, y *Sideco Americana S.A.*, compañía argentina (“Sideco”); 70% de las acciones de GasBan fueron cedidas a un consorcio integrado por *Gas Natural SdG S.A.*, compañía española, *Compañía General de Combustibles S.A.* y *Manra S.A.*, ambas argentinas; y 60% de las acciones de Cuyana fueron cedidas al consorcio formado por Italgas y Sideco.

48. Tres compañías argentinas de inversión fueron creadas como vehículo para la adquisición de acciones: (i) *Inversora de Gas del Centro S.A.* para adquirir las acciones privatizadas de Centro; (ii) *Invergás S.A.* para adquirir las acciones privatizadas de GasBan; y (iii) *Inversora de Gas Cuyana S.A.* para adquirir las acciones privatizadas de Cuyana. Los ganadores de la licitación o sus afiliados se hicieron accionistas de las respectivas compañías de inversión, y luego intervinieron en los Acuerdos de Transferencia con la Demandada, relativos a las participaciones objeto de este arbitraje.

49. El esquema de privatización creado por la Demandada estaba ideado para inversionistas extranjeros, pues el capital aportado por éstos era estimado como esencial para la exitosa ejecución del plan de recuperación estructurado por el Gobierno. Los inversionistas extranjeros fueron incentivados a comprar acciones que gozaban de garantías, como el cálculo de las tarifas en dólares, ajustes automáticos y periódicos de las tarifas basadas en el PPI, un régimen legal claro que no pudiera ser unilateralmente modificado, así como el otorgamiento de “licencias” en lugar de “concesiones”, con miras a ofrecer un mayor grado de protección a los posibles inversionistas.

50. Como parte de sus esfuerzos de comercialización, Argentina distribuyó un Memorandum de Información en los mercados extranjeros, incluyendo Estados Unidos y Europa. El Memorandum de Información contenía un compendio del marco legal que regulaba la privatización, los términos y las condiciones de la licitación, el proceso de licitación y el marco regulatorio que sería aplicado a la nueva industria, luego de la privatización. La información contenida en este Memorando relativa a la privatización, preparada y distribuida por bancos de inversión, era de carácter descriptivo, y desalentaba a los inversionistas de confiar únicamente en su texto.

51. Durante este período, Argentina incrementó la protección legal a los inversionistas, con el objeto de atraer inversión extranjera, en apoyo de su esquema de privatización. La Demandada ratificó tratados relativos a las obligaciones derivadas de la inversión, como el Convenio CIADI y un número

importante de tratados bilaterales de inversión, incluyendo el Tratado Bilateral con Estados Unidos, referido en esta controversia. Como se mencionó *supra*, la Ley de Convertibilidad, que equiparó el peso con el dólar, fue también dicatada en esta época.

52. Confiando en las garantías legales ofrecidas por el Gobierno argentino para la privatización de la industria energética, y basándose en una experiencia positiva previa en relación con el mercado argentino de gas, privatizado en 1992, las Demandantes decidieron comprar acciones en tres licenciatarias en el mercado de la distribución del gas. En febrero de 1997, LG&E compró en Centro un 45,9% de las acciones y un 14,4% de acciones en Cuyana. En marzo de 1999, LG&E compró un 19,6% de acciones en GasBan.

53. Desde 1993 hasta finales de 1999, las Demandantes admiten que las licenciatarias y la Demandada cumplieron con sus respectivas obligaciones derivadas de la licencia y de la ley que regula el proceso de privatización. De acuerdo con las Demandantes, las licenciatarias realizaron fuertes inversiones en la infraestructura de la distribución del gas natural en Argentina. GasBan invirtió trescientos setenta y dos millones de dólares americanos (US\$ 372.000.000,00) en una planta y equipos nuevos, aunque originalmente estaba obligado a invertir noventa millones novecientos mil dólares americanos (US\$ 90.900.000,00); Centro invirtió noventa y dos millones de dólares americanos (US\$ 92.000.000,00), cuando originalmente debió invertir diez millones de dólares americanos (US\$ 10.000.000,00); y Cuyana invirtió más de ciento veinte millones de dólares americanos (US\$ 120.000.000,00), cuando originalmente debió invertir diez millones de dólares americanos (US\$ 10.000.000,00). Argentina, por su parte honró las obligaciones derivadas de las licencias y otras de origen legal, incluyendo el ajuste semestral por PPI y el cálculo de tarifas en dólares.

B. Crisis económica e inicio del conflicto, 1999–2001

54. Una nueva crisis económica sobrevino en Argentina a finales de los noventa. En el tercer trimestre de 1998, la economía argentina cayó en un período de recesión que se prolongó por cuatro años y provocó, en opinión de la Demandada, la peor crisis económica en Argentina desde su constitución en 1810 (Memorial de Contestación de la Demandada, § 782).

55. En 1999, el Producto Interno Bruto (“PIB”) de Argentina decreció, causando una disminución dramática en los precios internos. El consumo privado y las inversiones comenzaron a caer en agosto de 1998, como consecuencia de lo cual Argentina entró en un período de deflación. Este período estuvo signado

por un importante declive en el valor de los bienes situados en Argentina. Para finales de los noventa, numerosos economistas consideraron que el peso estaba sobrevaluado y estimaron que el esquema de cambio debía ser abandonado, lo cual devaluaría inevitablemente el peso. La prima riesgo país en Argentina se incrementó y, gradualmente, el país fue excluido del mercado internacional de crédito. Problemas sociales acompañaron a estos indicadores económicos —los niveles de desempleo, pobreza e indigencia comenzaron a incrementarse. El 10 de diciembre de 1999, el Dr. Fernando de la Rúa asumió la presidencia de Argentina. Su administración trató de mantener la paridad del peso con el dólar por mandato de la Ley de Convertibilidad.

56. A pesar de estos antecedentes, las tarifas en los contratos de servicios públicos debían ser ajustadas en enero de 2000, sobre la base del PPI. En esta época, mientras Argentina atravesaba un período significativamente deflacionario, Estados Unidos estaba experimentando un período altamente inflacionario. Tal como estaba dispuesto en la Ley del Gas, las tarifas debían ser ajustadas para reflejar los cambios en la estructura de costos y ganancias de los prestadores del servicio (Ley del Gas, Artículo 41). Argentina consideró que los ajustes pendientes no eran razonables, pues implicaban un incremento de las tarifas en un contexto de recesión y deflación.

57. El Gobierno argentino se reunió con las licenciatarias para discutir una suspensión temporal del ajuste semestral por PPI. Dos acuerdos celebrados entre el Gobierno y las licenciatarias en 2000 forman parte de las reclamaciones alegadas por las Demandantes en la petición original de este arbitraje.

58. Así, el 6 de enero de 2000, el Gobierno y las licenciatarias llegaron a un primer acuerdo (Acta Acuerdo), a través del cual estas últimas aceptaron suspender, por una vez, por seis meses, el ajuste semestral correspondiente a enero de 2000. De conformidad con el acuerdo, las tarifas serían recuperadas con intereses entre el 1 de julio de 2000 y el 30 de abril de 2001. Por tal razón, a través de resoluciones publicadas el 10 de enero de 2000, ENARGAS aprobó las tarifas efectivas a partir del 1 de enero del mismo año, sin el ajuste por PPI. Las resoluciones de ENARGAS aclaraban que el régimen legal de las tarifas continuaría sin cambio.

59. Durante los primeros seis meses de 2000, la situación de la economía argentina continuó deteriorándose. El ajuste semi-anual por PPI habría obligado a un segundo incremento de tarifas en un período que seguía siendo deflacionario. Aunque las licenciatarias habían aceptado la suspensión del ajuste por PPI sólo durante un período, el Gobierno las instó a aceptar una segunda suspensión, que incluyera los ajustes previamente pospuestos y que, según lo

estipulado en el Acta Acuerdo de 6 de enero de 2000, deberían comenzar a ser recuperados el 1 de julio del mismo año.

60. A través del Decreto N° 669/00, de fecha 17 de julio de 2000, vigente a partir del 4 de agosto del mismo año, las licenciatarias y el Gobierno acordaron una segunda suspensión de los ajustes hasta el 30 de junio de 2002. De conformidad con este acuerdo, sería creado un fondo de estabilización para cubrir los montos suspendidos, estableciendo sus límites e intereses. Como en el caso del acuerdo previo, éste confirmó las condiciones y garantías ofrecidas a las licenciatarias y a sus inversionistas por la estructura legal creada para el proceso de privatización de la industria del gas, reconociendo, específicamente, la vigencia de los tratados bilaterales de inversión y el ajuste semi-anual por PPI, como un componente integral del sistema de tarifas.

61. El 3 de agosto de 2000, el Defensor del Pueblo de Argentina intentó una demanda ante la Corte Federal, solicitando una medida cautelar contra el Decreto N° 669/00. El 18 de agosto de 2000, la Corte dictó una orden provisional suspendiendo la aplicación del Decreto N° 669/00 y del acuerdo del 17 de julio de 2000. El 5 de octubre de 2001, la Corte de Apelaciones confirmó la orden y el caso fue elevado a la Suprema Corte en la cual aún continúa pendiente (Memorial de Contestación de la Demandada, § 255).

62. En noviembre de 2001, ENARGAS declaró que no ajustaría las tarifas hasta obtener una sentencia definitiva. Hasta la fecha no se ha realizado ningún ajuste.

C. La ley de emergencia, 6 de enero de 2002

63. La crisis argentina se profundizó aún más a finales de 2001. El Gobierno experimentó serias dificultades para cumplir con su deuda extranjera. A medida que la pobreza y el desempleo empeoraban, los argentinos temieron que el Gobierno incumpliera sus obligaciones y pudiera inmovilizar los depósitos bancarios. En consecuencia, los ahorros fueron masivamente retirados de los bancos. En respuesta a estos hechos, el 1 de diciembre de 2001, el Gobierno dictó el Decreto N° 1570/01, conocido como el “Corralito”, restringiendo los retiros y prohibiendo las transferencias al extranjero. En medio de grandes demostraciones públicas de descontento, incluyendo la violencia que cobró decenas de vidas, el presidente De la Rúa y su Gabinete dimitieron el 20 de diciembre de 2001. Una sucesión de presidentes asumió y dimitió de la presidencia en muy corto tiempo.

64. Finalmente, el Dr. Eduardo Duhalde asumió la presidencia e implementó un nuevo plan económico, el cual contenía las medidas que constituyen la

controversia adicional de las Demandantes. El 6 de enero de 2002, el Congreso dictó la Ley N° 25.561, Ley de Emergencia Pública y de Reforma del Régimen Cambiario (conocida como “La Ley de Emergencia”). Esta Ley derogó la Ley de Convertibilidad, terminando con la paridad entre el peso argentino y el dólar de los Estados Unidos. Igualmente, previó la conversión en pesos argentinos de las deudas con el sistema bancario, las derivadas de contratos de gerencia regidos por el Derecho público, y aquéllas derivadas de acuerdos privados. Además ordenó la renegociación de acuerdos públicos y privados para adaptarlos al nuevo sistema cambiario.

65. En suma, la Ley de Emergencia adoptó medidas que modificaron los contratos de servicios públicos, incluyendo el cálculo de las tarifas en pesos, en lugar de dólares; abolió todas las cláusulas que establecían ajustes de tarifas en dólares u otras monedas extranjeras; eliminó todos los mecanismos de indexación; y ordenó al Ejecutivo Nacional la renegociación de los contratos de servicio público.

66. Por Decreto Presidencial N° 214, de fecha 3 de febrero de 2002, el Gobierno adoptó un esquema cambiario de acuerdo con el cual todas las obligaciones pagaderas en dólares, existentes para el momento de la entrada en vigencia de la Ley de Emergencia, serían convertidas en pesos a la tasa fijada de un peso igual a un dólar.

67. La conversión en pesos argentinos, también llamada “pesificación”, que afectó a toda la economía argentina, fue calificada por la Demandada como un proceso necesario para devolver al país la estabilidad económica.

D. Renegociación de los contratos de servicios públicos

68. El 12 de febrero de 2002, Argentina anunció la renegociación de todos los contratos de servicios públicos. Mediante el Decreto N° 293/02, las licencias para el transporte y la distribución del gas natural fueron sometidas a renegociación obligatoria, a través del Comité de Renegociación, dependiente del Ministerio de Economía. De conformidad con el Decreto, el Gobierno podría, o bien renegociar los contratos, o bien rescindirlos. A través de la Resolución N° 38/02, dictada el 9 de marzo de 2002, se ordenó a ENARGAS suspender toda revisión y ajuste de tarifas o precios.

69. Con posterioridad a la Ley de Emergencia, las licenciatarias y el Ejecutivo argentino presentaron tres iniciativas para implementar un incremento en las tarifas de gas natural y electricidad. Cada una de estas iniciativas fue llevada por organizaciones de consumidores y defensores del pueblo, ante los tribunales

argentinos, quienes admitieron sus acciones y rechazaron las iniciativas, por tanto, nunca se hicieron efectivas. En 2003, el Gobierno argentino, a través de Decretos presidenciales, hizo otros dos intentos para aumentar las tarifas, pero ambos esfuerzos también fueron frustrados por la judicatura.

70. El 25 de mayo de 2003, un nuevo presidente, Dr. Néstor Kirchner asumió la presidencia de Argentina, luego de una elección popular realizada el 26 de abril de 2003, y reemplazó las autoridades de transición que habían sido designadas por el Congreso argentino. La Demandada declara que con la nueva administración comienza un período de estabilización a nivel federal (Memorial de Contestación de la Demandada, § 317).

71. Mediante el Decreto Presidencial N° 311/03, publicado el 4 de julio de 2003, y la Ley N° 25.790 promulgada el 22 de octubre de 2003, el Gobierno argentino extendió el lapso de renegociación. Centro, Cuyana y GasBan han estado inmersas en el proceso de renegociación bajo amenaza de rescisión de sus contratos. Durante este proceso el Gobierno no ha ofrecido restaurar las garantías legales derogadas por la Ley de Emergencia, o compensar a las Demandantes por las pérdidas sufridas.

E. Peticiones de las partes

72. Teniendo presentes estos antecedentes las Demandantes solicitan la siguiente compensación (Solicitud de arbitraje, § 111 y según fuera reformada en el Memorial de las Demandantes, § 208):

- (i) Que se declare que la Demandada ha incumplido las obligaciones que le corresponden en virtud del Artículo II(2)(c) del Tratado Bilateral, al no observar las obligaciones asumidas respecto a la inversión de las Demandantes;
- (ii) Que se declare que la Demandada ha incumplido las obligaciones que le corresponden en virtud del Artículo II(2)(a) del Tratado Bilateral, al no dispensar a la inversión de las Demandantes un trato justo y equitativo y al otorgarle un trato menos favorable que el exigido por el Derecho internacional;
- (iii) Que se declare que la Demandada ha incumplido las obligaciones que le corresponden en virtud del Artículo II(2)(b) del Tratado Bilateral, al adoptar medidas arbitrarias y discriminatorias que coartan el uso y goce de la inversión de las Demandantes;
- (iv) Que se declare que la Demandada ha violado el Artículo IV(1) del Tratado Bilateral, al expropiar indirectamente la inversión de las

Demandantes sin cumplir con las disposiciones del Tratado Bilateral, especialmente las relativas al debido proceso legal y al pago de una compensación inmediata, adecuada y efectiva;

- (v) Que se ordene a la Demandada pagar a las Demandantes el monto total de la compensación estipulada en el Memorial, más los intereses compuestos, previos y posteriores al Laudo;
- (vi) Que se ordene a la Demandada a pagar todos los gastos y costas de este procedimiento de arbitraje, incluidos los honorarios y gastos del Tribunal y las costas de la representación legal de las Demandantes, más los intereses correspondientes conforme al Tratado Bilateral, y
- (vii) Que se ordene toda otra reparación que pueda corresponder a las Demandantes con arreglo al Tratado Bilateral o que, además de ello, pueda resultar justa y apropiada.

73. De acuerdo con su Réplica, las Demandantes (§ 287) solicitan que se dicte un laudo a su favor en los siguientes términos:

1. Declarando que la República Argentina ha incurrido en incumplimiento de sus obligaciones en virtud del Tratado;
2. Ordenando a la República Argentina pagar a LG&E: (i) la compensación por los montos establecidos en la Parte VI de esta Réplica; (ii) todos los costos y honorarios de este procedimiento arbitral, incluidos los honorarios razonables de los abogados; y (iii) el interés compuesto sobre el monto de la indemnización desde la fecha del laudo hasta la fecha efectiva de pago; y
3. Ordenando cualquier otra reparación adicional que corresponda en virtud de la ley aplicable o que pudiera ser justa y apropiada.

74. La compensación monetaria solicitada por las Demandantes asciende a doscientos cuarenta y ocho millones de dólares americanos (US\$ 248.000.000) o, si el Tribunal concluye que se produjo la expropiación, a doscientos sesenta y ocho millones de dólares americanos (US\$ 268.000.000), más los intereses compuestos y los costos previos y posteriores al laudo.

75. La Demandada niega haber violado el Tratado y solicita una decisión de este Tribunal que rechace todas las demandas de LG&E y la sentencie a pagar los costos. En su defensa la Demandada alega que en las circunstancias en que se produjo su actuación, ésta no genera responsabilidad por la violación del Tratado, pues estaba amparada por la defensa del estado de emergencia.

V. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

76. Para apoyar el análisis que sigue, el Tribunal no sólo ha considerado las posiciones de las partes antes resumidas, sino también sus numerosas discusiones detalladas y aquellos argumentos expuestos en la Audiencia sobre el Fondo. Aunque no se haga referencia expresa a tales argumentos, los mismos han de considerarse incluidos en este análisis.

A. Jus Standi

77. Con respecto al *jus standi*, el Tribunal reafirma las conclusiones adoptadas en la Decisión sobre Excepciones a la Jurisdicción, de fecha 30 de abril de 2004. Como se determinó en esa Decisión sobre Jurisdicción, el Centro tiene jurisdicción sobre las demandas de LG&E y este Tribunal es competente para decidir en este caso.

78. Argentina reafirma el argumento según el cual este Tribunal sólo tendría competencia para conocer del caso si se probase que se produjeron violaciones de sus obligaciones internacionales (Dúplica. § 521 (a)). Siendo consistente con la Decisión sobre Jurisdicción dictada el 30 de abril de 2004, el Tribunal considera que todas las obligaciones controvertidas son internacionales porque se relacionan con el Tratado. En consecuencia, el hecho de que LG&E sea un accionista minoritario no resulta obstáculo para que exponga sus demandas ni para que este Tribunal decida sobre ellas.

79. Tal como este Tribunal ha expresado en la Decisión sobre Jurisdicción, la materia objeto de este arbitraje se centra en la inversión que LG&E ha realizado en las licenciatarias argentinas; por ello el Tribunal ha insistido en el tratamiento independiente que ha de darse a LG&E con respecto a las licenciatarias, tanto desde el punto de vista de su personalidad jurídica como desde la perspectiva de las actuaciones de cada una de ellas. Sin embargo, esto no quiere decir que ciertas actuaciones de las licenciatarias, al ser las beneficiarias de la inversión, puedan producir, en algunos casos, efectos sobre la misma. Por tales razones, en ciertas circunstancias el Tribunal hará obligadas referencias a las licenciatarias y a sus actuaciones, sin que por ello estemos afirmando su confusión con LG&E. Es de advertir que, justamente, la admisión de la independencia entre unas y otras constituyó la base sobre la cual se apoyó la jurisdicción del Centro y la competencia de este Tribunal.

*A. Derecho Aplicable al fondo del litigio**1. Alegatos de las partes*

80. Las Demandantes afirman que sus pretensiones derivan del Tratado y, en consecuencia, el Derecho aplicable está conformado por las disposiciones del Tratado y el Derecho internacional general. Para las Demandantes, este enfoque es cónsono con el Artículo 42(1), primera parte, del Convenio CIADI. Desde la perspectiva de las Demandantes, el Derecho argentino es simplemente la “base fáctica” para las demandas regidas por el Tratado y el Derecho internacional (Memorial de las Demandantes, §§ 155–156).

81. La Demandada no niega la aplicación del Tratado Bilateral, pero entiende que, en vista de la ausencia de la elección del Derecho aplicable, la relación entre LG&E y el Gobierno argentino debería someterse a la segunda parte del Artículo 42(1) del Convenio CIADI, que consagra la prelación de las fuentes y, en consecuencia, deberá aplicarse, en primer lugar, el Derecho argentino. La Demandada señala que “cuando un inversor se dirige a un Estado para realizar una inversión, se somete —al igual que los inversores nacionales— a las leyes del país en el que efectúa la inversión” (Memorial de Contestación de la Demandada, § 25). Argentina destaca la insuficiencia del Tratado para regir este caso, particularmente si se tiene presente el contenido del Derecho sustantivo argentino relacionado con el tratamiento de la inversión extranjera.

2. Análisis del Tribunal

82. De acuerdo con el Artículo 42(1) del Convenio CIADI:

(1) 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.

83. Esta norma consagra la autonomía de las partes para la elección del Derecho aplicable al fondo de la controversia en los arbitrajes administrados por el CIADI. En caso de no haber elección del Derecho aplicable, el Tribunal arbitral deberá recurrir a la segunda parte de la norma.

84. Es evidente la ausencia del acuerdo expreso de las partes sobre el Derecho aplicable a la presente diferencia. Este acuerdo comúnmente podría encontrarse en el contrato de inversión, que no existe en este caso. Tampoco existe mención expresa alguna del Derecho aplicable en otros documentos, relativos a la

inversión de LG&E, lo cual podría conducir a la aplicación de la segunda parte del Artículo 42(1).

85. Es de notar que la República Argentina es parte del Tratado Bilateral de Inversiones, lo cual podría considerarse como la sumisión tácita a sus disposiciones en caso de controversias provenientes de las inversiones extranjeras. A su vez, LG&E fundamenta su demanda en las disposiciones del Tratado, lo cual hace presumir que elige como Derecho aplicable a la controversia, el Tratado y el Derecho internacional general. Sin embargo, estos elementos no son suficientes para considerar existente un acuerdo implícito de las partes con respecto al Derecho aplicable, el cual requiere de actuaciones más determinantes. En consecuencia, la controversia se resolverá de acuerdo al Artículo 42(1) segunda parte³.

86. Además de la indicación del Derecho aplicable, otros dos conceptos incluidos en el Artículo 42(1) segunda parte ameritan comentarios: la remisión a las normas de Derecho internacional privado y las normas de Derecho internacional “que pudieren ser aplicables.”

87. Con relación a la remisión a las normas de Derecho internacional privado, el Tribunal no ha encontrado en los registros del CIADI ningún caso en el que el tribunal de arbitraje haya recurrido a las normas de conflicto del Derecho del Estado parte en la controversia. En el caso *Amco v. Indonesia*, se confirma este criterio por cuanto el tribunal de arbitraje, presidido por Berthold Goldman, afirmó que no consideraba necesario entablar una discusión sobre las normas de conflicto, pues las partes hacen constantes referencias al Derecho del Estado parte en la controversia y, además, “como la diferencia planteada ante este Tribunal tiene por objeto una inversión en Indonesia no hay ninguna duda de que las reglas sustanciales de Derecho común que el Tribunal debe aplicar son del Derecho indonesio”⁴. El Tribunal, en este caso, comparte el mismo criterio.

88. En cuanto a las normas de Derecho internacional y, específicamente, a la expresión “que pudieren ser aplicables”, utilizada por el Artículo 42(1) del Convenio CIADI para referirse a las normas de Derecho internacional, el Tribunal opina que no ha de ser entendida como condicionante a la aplicación de las mismas, sino más bien como referencia, dentro del Derecho internacional, a las normas competentes para regular la controversia en cuestión⁵. Esta

³ Schreuer, Christoph, *The ICSID Convention: A Commentary*, Cambridge University Press, 2001, p. 573.

⁴ *Amco Asia Corporation and others v. Republic of Indonesia*, Laudo del 20 de noviembre de 1984, 1 *ICSID Rep.* 413 (1993).

⁵ “It simply means that the relevant rules of international law are to be applied”. Schreuer, Christoph, *The ICSID Convention...*, *op. cit.*, p. 622.

interpretación podría encontrar apoyo en la versión francesa del Convenio CIADI, la cual hace referencia a las normas de Derecho internacional “*en la matière*”⁶.

89. Igualmente, debe entenderse que la aplicación del Derecho internacional comprende al Derecho internacional general, incluyendo la costumbre internacional, para ser utilizada como instrumento de interpretación del Tratado. Por ejemplo, cuando un término sea ambiguo, o cuando una interpretación más profunda de un artículo del Tratado sea requerida, el Tribunal deberá aplicar el contenido de los Artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969.

90. Aclarado lo anterior, el Tribunal procede a analizar el alcance de la remisión al Derecho interno, contenida en la segunda parte del Artículo 42(1). Esta remisión compele al Tribunal a aplicar “la legislación del Estado que sea parte en la diferencia...”. La doctrina argentina contribuye a aclarar dicho alcance: “la situación es mucho más clara en función de la incorporación del Derecho internacional a la legislación argentina y la relación jerárquica conferida por la reforma constitucional de 1994 a los tratados internacionales por la legislación nacional en el Artículo 75, inciso 22⁷, de la Constitución Nacional”⁸.

91. El Tribunal destaca que, como parte del ordenamiento jurídico argentino, el Tratado Bilateral prevalece sobre la legislación local, “especialmente, en la medida en que en la mayor parte de los supuestos los BITs incorporan en forma expresa menciones al Derecho internacional, sea al referirse al tratamiento a conferir a las inversiones, a la compensación en materia de expropiación o a medidas equivalentes, etc.”⁹.

92. En Argentina se ha aceptado esta interpretación afirmando que “en tanto la *litis* se vincule a la violación del BIT (tratado bilateral de inversión) y del Derecho internacional y no a meras pretensiones de incumplimiento de un contrato local y las partes no hubieran establecido expresamente la legislación

⁶ Convention CIRDI, Art. 42:

(1) Le Tribunal statue sur le différend conformément aux règles de droit adoptées par les parties. Faute d'accord entre les parties, le Tribunal applique le droit de l'Etat contractant partie au différend—y compris les règles relatives aux conflits de lois—ainsi que les principes de droit international *en la matière*” (resaltado nuestro).

En: <http://www.worldbank.org/icsid/basicdoc-fra/partA-chap04.htm#s03>.

⁷ “... los Tratados y Concordatos tienen jerarquía superior a las leyes...”

⁸ Tawil, Guido Santiago, *Los conflictos en materia de inversión, la jurisdicción del CIADI y el Derecho aplicable: a propósito de las recientes decisiones en los casos “Vivendi”, “Wena” y “Maffezini”*, en: RAP, octubre 2002, Año XXV, N° 239, pp. 241 ss., especialmente pp. 256–257.

⁹ *Idem*, p. 256. El autor apoya su opinión en el caso *Vivendi*.

aplicable a la primera de dichas diferencias, la decisión se regirá por el Convenio CIADI, el BIT y el Derecho internacional aplicable. De este modo, los BIT's se transforman en la *lex specialis* en relación con los conflictos surgidos en materia de inversiones entre inversores extranjeros y países receptores de la inversión”¹⁰.

93. Es la opinión de este Tribunal que obviar el Derecho internacional, especialmente el Convenio CIADI y el Tratado Bilateral, implica desconocer el hecho de que “Estos tratados internacionales abandonan el principio según el cual la inversión externa queda sometida a la ley y jurisdicción del país receptor y optan por la resolución internacional de los conflictos”¹¹. Esta tesis, sostenida por parte de la doctrina argentina, señala que al remitir la solución de la controversia al Tribunal de Arbitraje que actúa en el marco de un convenio internacional, como lo es el del CIADI, se localiza la controversia en el Derecho internacional público, lo que conlleva a la aplicación de sus normas¹². No obstante, el problema es más complejo y así lo ha admitido la doctrina. Varios autores sostienen que es necesario “calibrar el peso que han de tener en la solución de la controversia el Derecho interno y el Derecho internacional”¹³, es decir, establecer la prelación en la aplicación de las fuentes.

94. El Derecho internacional priva sobre el Derecho interno cuando existe una contradicción, dado que un Estado no puede justificar el incumplimiento de sus obligaciones internacionales alegando las disposiciones de su Derecho interno.

95. De no existir esta contradicción, establecer la relación entre el Derecho internacional y el Derecho interno es una tarea compleja. En el Proyecto original del Convenio CIADI, la conjunción “and” no estaba presente en dicha norma y en su lugar aparecía la conjunción “or”; de manera que el texto afirmaba lo siguiente “the Arbitral Tribunal shall decide the dispute submitted to it in accordance with such rules of law, whether national or international, as it shall determine to be applicable”¹⁴. La intención en este proyecto original no era establecer un orden de prelación, sino más bien establecer un orden de alternabilidad. Inicialmente, la doctrina y algunos tribunales CIADI admitieron que la conjunción “and” significaba “and in case of lacunae, or should the law

¹⁰ *Ibidem*.

¹¹ Inversiones en la Argentina para extranjeros en: www.enplenitud.com/

¹² Grigera Naón, Horacio, *Choice of Law Problems in International Commercial Arbitration*, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck) Tübingen, Alemania, 1992, p. 115.

¹³ Vives Chillida, Julio, *El Centro Internacional de Arreglos de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI)*, Madrid, McGraw Hill, 1998, p. 195.

¹⁴ Schreuer, Christoph, *The ICSID Convention... op. cit.* p. 623.

of the Contracting State be inconsistent with international law”¹⁵. Sin embargo, limitar el papel del Derecho internacional en estos términos, implicaría aceptar que este Derecho pueda estar supeditado al Derecho interno y obviar el hecho de que existe un creciente número de arbitrajes iniciados sobre la base de tratados bilaterales o multilaterales de inversión.

96. Es la opinión de este Tribunal que “and” significa “and”, de manera que habrán de aplicarse tanto las normas derivadas del Derecho internacional, especialmente, las contenidas en el Convenio CIADI y en el Tratado Bilateral como las provenientes del Derecho interno. Así, en el análisis del tribunal del caso *Wena Hotels Limited v. Arab Republic of Egypt*, el Tribunal afirmó que “and means and”, e igualmente admitió la supremacía del Derecho internacional¹⁶.

97. El Tribunal concluye, al igual que lo hizo el tribunal del asunto *Asian Agricultural Products, Ltd (AAPL) v. Democratic Socialist Republic of Sri Lanka* en su Laudo del 27 de junio de 1990, “[El Tratado] no es un sistema jurídico cerrado y completo, limitado a proporcionar normas materiales sustantivas de aplicabilidad directa sino que ha de contemplarse dentro de un contexto jurídico más amplio en el que normas de otras fuentes se integran a través de métodos de incorporación implícita o por referencia directa a ciertas normas suplementarias, ya sean de naturaleza jurídica internacional, ya de derecho interno”¹⁷.

98. En resumen, debe recordarse que entre la República Argentina y LG&E no existe relación contractual alguna. La existencia de tal relación habría permitido que las partes pudiesen pactar cláusulas de estabilización, en el supuesto de cambios sobrevenidos en ciertas circunstancias. Pero, en ausencia del acuerdo, es necesario recurrir a un orden jurídico que regule tales supuestos. El hecho de no existir un contrato entre la República Argentina y LG&E favorece la aplicación, en primer lugar, del Derecho internacional, puesto que se trata de una genuina controversia en materia de inversión sujeta, especialmente, a las disposiciones del Tratado Bilateral que se complementa con el Derecho interno.

¹⁵ Gaillard, Emmanuel y Banifetami, Yas, *The meaning of “and” in Article 42(1), second sentence, of the Washington Convention: The role of International Law in the ICSID choice of law process*, ICSID Review, Foreign Investment Law Journal, 2003, Vol. 12, N° 2, pp. 375 ss., especialmente pp. 381–382. Ver también Schreuer, Christoph, *op. cit.*, p. 263.

¹⁶ *Wena Hotels Limited v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/98/4, Decision on Application for Annulment, Feb. 5, 2002, 41 ILM 933 (2002).

¹⁷ *Asian Agricultural Products Ltd. (AAPL) v. Democratic Socialist Republic of Sri Lanka*, ICSID Case No. ARB/87/3, Final Award, June 27, 1990, 6 ICSID Review 533 (1991).

3. *Conclusión del Tribunal*

99. Este Tribunal aplicará para decidir la presente controversia en primer lugar, el Tratado Bilateral, en segundo lugar, y a falta de regulaciones expresas de este último, aplicará el Derecho internacional general y, en tercer lugar, el Derecho interno argentino, especialmente el MRG, dictado para el sector del gas natural. Este último se aplicará por la importancia que reviste para la determinación de la posible responsabilidad de la República Argentina y las defensas de que pueda hacer uso, en relación con los actos denunciados por las Demandantes.

VI. DETERMINACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD

A. *Artículo II(2)(a): Trato justo y equitativo*

1. *Alegatos de las partes*

100. Sobre la base de las circunstancias descritas en la Sección IV, LG&E alega que la República Argentina incumplió el Artículo II(2)(a) del Tratado Bilateral, el cual garantiza que la inversión de LG&E en Argentina ha de recibir un trato justo y equitativo.

101. En opinión de las Demandantes, al firmar el Tratado, Argentina hizo promesas a los Estados Unidos en relación al tratamiento que daría a las inversiones de nacionales de ese país en Argentina. En el Artículo II, Argentina acordó mantener un ambiente igualitario para todas las inversiones, domésticas y extranjeras, por igual, libre de leyes y reglamentos arbitrarios y discriminatorios, que persiguieran el fin último de la justicia y la equidad y ofrecieran completa protección y seguridad a las inversiones de ciudadanos norteamericanos.

102. Las Demandantes explican que el trato justo y equitativo en el contexto de este Tratado requiere un marco jurídico estable y predecible para regular las inversiones. Las Demandantes fundamentan su interpretación del estándar analizando el Preámbulo del Tratado, que establece el propósito y objeto del mismo y, en particular la disposición que regula el trato justo y equitativo. Igualmente analizan tres de las opiniones de tribunales de arbitraje más recientes, que consideran la misma cuestión en un contexto similar¹⁸. Las Demandantes

¹⁸ *Técnicas Medioambientales Tecmed S.A. c. Los Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/00/2 Laudo § 154 (29 de mayo de 2003); *MTD Equity Sdn. Bhd. y MTD Chile S.A. c. República de Chile*, Caso CIADI No. ARB/01/7 Laudo § 113 (25 de mayo de 2004); *Occidental Exploration and Production Company c. República del Ecuador*, Caso LCIA No. UN 3467 Laudo Final (1 de julio de 2004).

argumentan que bajo este estándar, un Estado no puede brindar un tratamiento que afecte las expectativas básicas tomadas en cuenta por el inversor extranjero al momento de hacer su inversión. Considerando que el objeto del Tratado es promover la inversión extranjera, las Demandantes afirman que la estabilidad y previsibilidad del marco jurídico que conformó las bases para la inversión y protegió su valor, es particularmente importante.

103. En relación al valor que da la Demandada al caso *Genin*¹⁹, las Demandantes señalan que este caso no sugiere más que un estándar para evaluar la justicia y equidad de los procedimientos de un Estado, en consecuencia, tal estándar debería ser evaluado a la luz de casos más recientes.

104. Las Demandantes también afirman que el grado en el cual el estándar del trato justo y equitativo se relaciona con el estándar mínimo de trato bajo el Derecho internacional consuetudinario, no comporta diferencia en este caso, pues el estándar ha evolucionado desde el caso *Mondev*²⁰, para incluir las expectativas razonables del inversionista.

105. Bajo este esquema, las Demandantes afirman que Argentina trató la inversión de LG&E en forma injusta e inequitativa. En *primer* lugar, Argentina incumplió las garantías que había ofrecido a los inversionistas extranjeros cuando los indujo a invertir en su territorio. En *segundo* lugar, Argentina le dio a la industria de distribución del gas, entre otras industrias que prestaban servicios públicos, un trato menos favorable que el dado a los diferentes sectores de la economía. En *tercer* lugar, Argentina formuló cargos públicos contra los inversionistas y amenazó a las licenciatarias para que presionaran a las compañías de distribución de gas, para que renuncien a sus derechos y renegocien los términos de las licencias. En *cuarto* lugar, Argentina exigió a las licenciatarias el estricto cumplimiento de los términos de las licencias, mientras congelaba las tarifas de distribución del gas y, *finalmente*, las Demandantes alegan que Argentina impidió a las licenciatarias ejercer acciones judiciales o arbitrales (Memorial de las Demandantes, § 171).

106. Argentina atrajo a las Demandantes con las garantías derivadas del Tratado y con el marco legal de privatización, en el que leyes y reglamentos garantizaban el tratamiento que daría Argentina a las inversiones de LG&E. Para tomar la decisión de invertir en Argentina, las Demandantes confiaron en las leyes

¹⁹ *Alex Genin, Eastern Credit Limited, Inc. and A.S. Baltoil v. Republic of Estonia*, Caso CIADI N° ARB/99/2 Laudo, § 367 (25 de junio de 2001).

²⁰ *Mondev International Ltd. v. The United States of America*, Caso CIADI N° ARB(AF)99/2, Laudo, § 116 (11 de octubre de 2002).

argentinas que garantizaban protección contra las fluctuaciones cambiarias y la inflación, a la vez que establecían ajustes que garantizaran una utilidad razonable y aseguraban que el Gobierno no congelaría las tarifas, sino que mantendría un sistema tarifario fluido, regulado por un ente experto en la materia.

107. Las Demandantes no esperaban que su inversión estuviera libre de riesgos, o que el Artículo II del Tratado Bilateral las protegiera de todos los riesgos relacionados con la inversión. Ellas sostienen que el MRG garantizaba que su inversión estuviera libre de cambios o alteraciones de las reglas en base de las cuales se había llevado a cabo la inversión. LG&E entiende que podían producirse los llamados “riesgos comerciales”, así como demandas industriales, recesión y sustitución del gas natural por combustibles alternativos (Audiencia sobre el Fondo, 24 de enero de 2005, Perkins, Transcripción en español, p. 369; Presentación Post-Audiencia de las Demandantes, § 8).

108. Las Demandantes alegan que, durante la crisis económica, Argentina abandonó las garantías que había ofrecido a los inversionistas del sector de distribución de gas. En enero de 2002, la Ley de Emergencia eliminó toda protección contra la inflación. Argentina forzó a las licenciatarias a celebrar dos acuerdos posponiendo el ajuste por PPI, luego de lo cual, una corte argentina emitió una sentencia, que ENARGAS interpretó como una prohibición de realizar dicho ajuste. Posteriormente, la Ley de Emergencia abolió permanentemente el ajuste por PPI.

109. La mencionada Ley también abolió la protección contra las fluctuaciones cambiarias. La Ley del Gas garantizaba que las tarifas serían calculadas en dólares para luego ser convertidas a pesos. Confiando en esta protección contra la devaluación del peso, las Demandantes decidieron invertir en las licenciatarias.

110. Al considerar estas medidas, las Demandantes sostienen que Argentina repudió la garantía general que prohibía el congelamiento o control tarifario (Presentación Post-Audiencia de las Demandantes, §§ 15–31).

111. Las Demandantes reconocen que el material utilizado por la Demandada para hacer la oferta no era vinculante, pero sí lo eran las leyes y promesas que contenía dicha oferta (Presentación Post-Audiencia de las Demandantes, § 9). Agregan que si la fijación de las tarifas hubiese quedado en manos del Estado, los inversionistas nunca hubiesen invertido.

112. La Demandada objeta la definición dada al trato justo y equitativo. Desde su perspectiva, este estándar debería ser definido mediante criterios imparciales y objetivos y no por criterios personales y arbitrarios. Concluyen que la

interpretación de las Demandantes es tan vaga que conllevaría al desconocimiento de las obligaciones y derechos de las partes (Memorial de Contestación de la Demandada, §§ 603–604).

113. La Demandada cita las decisiones *Alex Genin, Eastern Credit Limited, Inc. y A.S. Baltoil v. Republic of Estonia*²¹; y *Robert Azinian, Kenneth Davitian & Ellen Baca v. Los Estados Unidos Mexicanos*²², para concluir que el principio del trato justo y equitativo está referido al trato mínimo internacional que se le debe a un inversor y constituye, en consecuencia, un patrón mínimo de justicia sustantiva (Memorial de Contestación de la Demandada, § 620). También cita el caso *S.D. Myers, Inc. v. The Government of Canada*²³, del cual se desprende que una violación de este estándar “ocurre solamente cuando se demuestra que un inversor ha sido tratado de un modo tan injusto o arbitrario que el tratamiento se eleva a un nivel inaceptable desde la perspectiva internacional” (Memorial de Contestación de la Demandada, §§ 621–622).

114. En relación al listado de garantías mencionadas por las Demandantes, la Demandada señala que la Ley del Gas no establece lo que las Demandantes denominan “protección cambiaria” (Presentación Post-Audiencia de la Demandada, § 74a). La Demandada señala que cuando se interrogó a los testigos de las Demandantes, éstos no lograron identificar dónde se había establecido esa “protección”. Igualmente, la República Argentina ha afirmado que el cálculo de las tarifas en dólares americanos estaba relacionado con la vigencia del tipo de cambio fijo entre el peso y el dólar americano establecido por la Ley de Convertibilidad. Ningún testigo de las Demandantes logró demostrar lo contrario. Añade la Demandada que mantener tarifas unidas al dólar americano, luego de abandonado el régimen de convertibilidad, carece de toda lógica económica. Además, afirma que ninguna de las garantías regula el abandono de la convertibilidad.

115. Sobre el punto de la garantía tarifaria afirma la Demandada que posiblemente las autoridades argentinas se hayan planteado en algún momento asegurar el cálculo de las tarifas en dólares americanos, con independencia de la Ley de Convertibilidad, pero ello fue desechado debido a que se llegó a la conclusión de que la Ley de Convertibilidad proveía de suficiente protección a la inversión (Presentación Post-Audiencia de la Demandada, § 26).

²¹ Ver *Genin*, nota No. 19 *supra*.

²² *Robert Azinian y otros v. Los Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/97/2, Laudo, §§ 83 y 87 (1 de noviembre de 1999).

²³ *S.D. Myers, Inc. v. The Government of Canada*, Arbitraje TLCAN bajo las Reglas CNUDMI, Laudo Parcial, § 263 (13 de noviembre de 2000).

116. En cuanto al ajuste por PPI, la Demandada alega que, a partir de mediados de 1998, la aplicación del PPI como índice para ajustar las tarifas se tornó irrazonable y no cumplía el propósito para el cual se había concebido. Este propósito consistía en reflejar los cambios representativos de valor de los bienes y servicios relacionados con la actividad realizada por los inversionistas (Presentación Post-Audiencia de la Demandada, § 44). Adicionalmente, señala la Demandada, el abandono de esta protección no causó pérdidas a las licenciatarias. Citando las opiniones de Schwartz y Lapuerta, la Demandada afirma que la suspensión del PPI sólo habría afectado la tarifa en un valor aproximado del 2% entre Agosto del 2000 y Octubre del 2002 (Presentación Post-Audiencia de la Demandada, § 46).

117. La Demandada está de acuerdo en que las tarifas deben ser justas y suficientes, más no abusivas, cuestión que ocurriría si se cumplen las pretensiones de las Demandantes (Presentación Post-Audiencia de la Demandada, § 74c).

118. En relación a la denuncia de que las Demandantes fueron “inducidas” a invertir en la República Argentina, señala que no hay prueba de tal inducción (Memorial de Contestación de la Demandada, § 647). La Demandada indica que las Demandantes fundamentan su petición en documentos no vinculantes, como informes y minutas sin ninguna relevancia jurídica. A juicio de la Demandada, estos documentos son irrelevantes con respecto a la normativa que sí debió haber sido tomada en cuenta para decidir si se debía o no invertir en el mercado de distribución de gas argentino (Presentación Post-Audiencia de la Demandada, § 17).

2. Conclusión del Tribunal con respecto a las garantías ofrecidas por Argentina a los inversionistas

119. El Tribunal concluye que la Ley del Gas y su Reglamento ofrecían cuatro garantías a los inversionistas de los centros de transporte y distribución del gas:

1. Los Artículos 41.1 del Decreto N° 1738/92²⁴ y 9.2 de las Reglas Básicas de la Licencia²⁵ preveían que las tarifas debían ser calculadas en dólares americanos para luego ser convertidos a pesos.

²⁴ Art. 41(1):

En la adecuación normal y periódica de las tarifas que autorice, el Ente se ajustará a los siguientes lineamientos: Las tarifas de Transporte y Distribución se calcularán en dólares. El Cuadro Tarifario resultante será expresado en pesos convertibles según la Ley N° 23.928, teniendo en cuenta para su conversión a pesos la paridad establecida en el Artículo 3° del Decreto N° 2.128/91.

²⁵ Art. 9.2.: “La tarifa se ha calculado en dólares estadounidenses. Los ajustes a que se refiere el punto 9.3. serán calculados en dólares estadounidenses.”

2. El Artículo 9.4.1.1 de las Reglas Básicas de la Licencia garantizaba que las tarifas serían sometidas a ajustes semi- anuales en base al PPI²⁶.
3. El Artículo 38 de la Ley N° 24.076, disponía que las tarifas debían proveer ganancias suficientes como para cubrir todos los costos y permitir una tasa razonable de retorno²⁷.
4. El Artículo 9.8 de las Reglas Básicas de la Licencia garantizaba que el sistema tarifario no estaría sujeto a congelamientos ni al control de precios sin compensación²⁸.

120. El Tribunal también concluye que la Ley de Emergencia, sancionada el 6 de enero de 2002, declaró que las tarifas no se calcularían en lo sucesivo en dólares sino directamente en pesos (Artículo 8) y que no habría ajustes de tarifas semi- anuales en base al PPI (Artículo 8). El Tribunal destaca que desde julio de 1999, no ha habido ningún ajuste tarifario para las licenciatarias en base al PPI ni tampoco se ha producido el ajuste quinquenal del sistema tarifario, vencido desde 2002. La ausencia de ambos ajustes afecta las tarifas en el sector de distribución del gas y, en consecuencia, la tasa de retorno de la inversión de las Demandantes. Argentina tomó estas medidas sin compensar a las Demandantes y las forzó a renegociar (proceso en el que un funcionario argentino recomendaba a los inversionistas abandonar sus demandas contra el Gobierno con relación a las licencias) o, en su defecto, rescindirían sus licencias (Decreto No. 293/02, Art. 2 y Memorial de las Demandantes, §§ 120 y ss.).

3. Análisis del Tribunal

121. El Tribunal debe responder si las medidas implementadas por Argentina violaron las obligaciones asumidas por la Demandada a la luz del Artículo

²⁶ Art. 9.4.1.1.: “Las tarifas de transporte serán ajustadas semestralmente de acuerdo con la variación operada en el PPI.”

²⁷ Art. 38:

Los servicios prestados por los transportistas distribuidores serán ofrecidos a tarifas que se ajustarán a los siguientes principios:

- a) Proveer a los transportistas y distribuidores que operen en forma económica y prudente, la oportunidad de obtener ingresos suficientes para satisfacer todos los costos operativos razonables aplicables al servicio, impuestos, amortizaciones y una rentabilidad razonable, según se determina en el siguiente artículo.

²⁸ Art. 9.8:

No se aplicará al régimen de tarifas de la Licenciataria congelamientos, administraciones y/o controles de precios. Si a pesar de esta estipulación se obligara a la Licenciataria a adecuarse a un régimen de control de precios que estableciere un nivel menor al que resulte de la tarifa, la Licenciataria tendrá derecho a una compensación pagadera por el Otorgente.

II(2)(a) del Tratado de otorgar trato justo y equitativo a las inversiones de LG&E.

122. El Tratado no define lo que significa trato justo y equitativo. Tomando en cuenta estas circunstancias, el Tribunal debe interpretar este artículo con buena fe y de acuerdo al significado ordinario dado a estos términos en su contexto y a la luz de sus objetivos y propósitos, tal como lo requiere el Artículo 31(1) del Convención de Viena.

123. El Tratado, siguiendo la tendencia general en este tipo especial de regulaciones, establece el tratamiento jurídico aplicable a las inversiones en el Estado receptor, a través de la consagración de una serie de estándares internacionalmente reconocidos²⁹. Debido a que tales estándares internacionales tienen carácter genérico y su interpretación varía con el transcurso del tiempo y con las circunstancias de cada caso concreto, resulta difícil establecer un concepto unívoco y estático de tales nociones.

124. Considerando el contexto en el que Argentina y los Estados Unidos incluyeron el estándar de trato justo y equitativo, así como el objeto y propósito del mismo, el Tribunal observa que en el Preámbulo del Tratado los dos países acordaron “a los fines de mantener un marco estable para las inversiones y la utilización más eficaz de los recursos económicos, es deseable otorgar un trato justo y equitativo a las inversiones”. Al adoptar el Tratado Bilateral como un todo, resulta evidente que las partes deseaban “promover una mayor cooperación económica” y “estimular el flujo de capital privado y el desarrollo económico de las partes”. A la luz de esos objetivos, el Tribunal debe concluir que, en este caso, la estabilidad del sistema legal es un elemento esencial del trato justo y equitativo, siempre y cuando no se presenten situaciones de peligro para la existencia misma del Estado receptor de la inversión.

125. En los últimos años, varios tribunales han realizado el mismo análisis en cuanto al estándar del trato justo y equitativo, previsto en tratados sobre

²⁹ La noción de estándar apareció por primera vez en un tratado en 1948, en el Havana Charter for an International Trade Organization y se le consideraba como un salvavidas contra las acciones estatales que violaran las normas internacionalmente aceptadas. En los años 60's se le relacionó con la protección de la propiedad de los extranjeros. En jurisprudencia el estándar apareció antes, a través de una interpretación que se dio en la década de los 20's para el emblemático caso *Neer*, de acuerdo con el cual para que se perfeccionara el supuesto de hecho del estándar debía haber una conducta del Estado anfitrión que fuese grosera, que implicara mala conducta, injusticia manifiesta, una atrocidad, mala fe o voluntaria negligencia del deber; sin embargo, siendo coherentes con la posición expresada hasta el momento, la interpretación que se le dio en aquella época, no es la misma que la de hoy día. Por ejemplo, lo que era considerado como “atroz” en 1926 puede no serlo hoy, al contrario, lo que no se consideraba violento entonces, puede serlo ahora. Ver: *Fair an Equitable Treatment Standard in International Investment Law*, OECD, Working Paper on International Investment, November 2003/4.

inversión, con redacción similar a la establecida en el Preámbulo del Tratado Bilateral entre Estados Unidos y Argentina³⁰. Repetidamente, estos tribunales han concluido, sobre la base de específicas disposiciones y en el contexto de los objetivos establecidos por los distintos tratados, que la estabilidad del marco legal y comercial del Estado parte es un elemento esencial en la valoración del estándar del trato justo y equitativo³¹. Así, el Tribunal considera esta interpretación como un estándar emergente de trato justo y equitativo en el Derecho internacional.

126. Aunque el Tratado Bilateral de Inversión entre Chile y Malasia no hace referencia expresa en su Preámbulo al trato justo y equitativo, en el caso *MTD Equity Sdn. Bhd. y MTD Chile S.A. v. República de Chile*, el tribunal afirmó que los objetivos del Tratado se encontraban expresados en el Preámbulo y concluyó que a la luz de tales objetivos, el trato justo y equitativo estaba referido a “una manera igualitaria y justa, conducente a fomentar la promoción de la inversión extranjera”³².

127. Adicionalmente a la obligación del Estado de proporcionar un ambiente jurídico y comercial estable, el análisis del trato justo y equitativo conlleva la consideración de las expectativas del inversionista al momento de invertir confiando en las protecciones que le brinda el Estado receptor. Esta tendencia se refleja, entre otros, en la decisión del caso *Tecmed*, adoptada por los tribunales de arbitraje:

El Tribunal Arbitral considera que esta disposición del Acuerdo, a la luz de los imperativos de buena fe requeridos por el derecho internacional, exige de las Partes Contratantes del Acuerdo brindar un tratamiento a la inversión extranjera que no desvirtúe las expectativas básicas en razón de las cuales el inversor extranjero decidió realizar su inversión. Como parte de tales expectativas, aquél cuenta con que el Estado receptor de la inversión se conducirá de manera coherente, desprovista de ambigüedades y transparente en sus relaciones con el

³⁰ Ver en este sentido, *CMS Gas Transmission Company c. República Argentina*, Caso CIADI N° ARB/01/8, Laudo (12 de mayo de 2005), (TBI Argentina-Estados Unidos); *Occidental Exploration and Production Company c. República del Ecuador*, Caso LCIA N° UN 3467, Laudo Final (1 de julio de 2004), (TBI Estados Unidos-Ecuador, con idéntica disposición); *MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. c. República de Chile*, Caso CIADI N° ARB/01/7, Laudo, § 113 (25 de mayo de 2004) (TBI Malasia-Chile); *Metalclad Corporation c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI N° ARB(AF)/97/1, Laudo, §75 (30 de agosto de 2000) (El objetivo que subyace en el Artículo 102(1) del Tratado NAFTA es “promover e incrementar las oportunidades de inversión extranjera y asegurar la implementación exitosa de iniciativas de inversión”).

³¹ *CMS*, § 274; *Occidental*, § 183; ver también *Metalclad*, § 99 (“México no aseguró a los negocios e inversiones de Metalclad, un marco regulatorio transparente y previsible”).

³² *MTD*, § 113.

inversor extranjero, de manera que éste pueda conocer de manera anticipada, para planificar sus actividades y ajustar su conducta, no sólo las normas o reglamentaciones que regirán tales actividades, sino también las políticas perseguidas por tal normativa y las prácticas o directivas administrativas que les son relevantes³³.

128. De manera similar, en el caso *Waste Management, Inc. v. Estados Unidos Mexicanos*, el tribunal, interpretando el estándar del trato justo y equitativo de conformidad con el Artículo 1105(1) del Tratado de NAFTA, entendió que en aplicación de este estándar, “Al aplicar este criterio es pertinente que el trato sea contrario y violatorio de las declaraciones hechas por el Estado receptor sobre las que la demandante se basó en forma razonable”³⁴. Lo anterior se traduce en que las violaciones al estándar del trato justo y equitativo pueden derivarse de una actuación poco transparente por parte del Estado, esto es, todos los requerimientos legales relevantes implementados o que vayan a implementarse en orden a la iniciación, funcionamiento y fin exitoso de la inversión, han de ser reconocibles por todos los inversionistas afectados³⁵.

129. El Tribunal no está convencido de que la mala fe u otro elemento comparable fuese necesario para valorar una violación del trato justo y equitativo. El tribunal, en el caso *Alex Genin, Eastern Credit Limited, Inc. y A.S. Baltoil v. Republic of Estonia*³⁶, tampoco llegó a esta conclusión. El tribunal simplemente afirmó: “Acts that would violate this minimum standard would include acts showing a willful neglect of duty . . . or even subjective bad faith” (resaltado nuestro)³⁷. El tribunal concluyó que la mala fe no era necesaria para encontrar una violación al trato justo y equitativo³⁸.

130. Por tanto se puede decir que las justas expectativas del inversionista tienen las siguientes características: están fundamentadas en las condiciones ofrecidas

³³ *Técnicas Medioambientales Tecmed S.A. v. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI N° ARB(AF)/00/02, Laudo § 154 (29 de mayo de 2003); citado, entre otros, en *MTD*, § 114; *Occidental*, § 185; *CMS*, § 279.

³⁴ *Waste Management, Inc. v. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI N° ARB(AF)/00/3, Laudo, § 98 (30 de abril de 2004).

³⁵ Ver e.g. *Tecmed*, §154; *CMS*, §§278–279 y *Occidental*, §185 (Citando párrafos de *Tecmed* y *Metalclad* referentes a la transparencia).

³⁶ *Genin*, § 367.

³⁷ *Ibidem*.

³⁸ Ver *Mondev*, § 116 (“To the modern eye, what is unfair or inequitable need not equate with the outrageous or the egregious. In particular, a State may treat foreign investment unfairly and inequitably without necessarily acting in bad faith.”). Ver también *Occidental*, § 63 (“this is an objective requirement that does not depend on whether the Respondent has proceeded in good faith or not.”); *Tecmed*, § 153 (tomando como referencia el caso *Mondev*); *Waste Management*, § 93 (rechaza el estándar fijado en el caso *Neer* relacionado con la negligencia voluntaria y la mala fe).

por el Estado receptor para el momento de la inversión; no pueden establecerse unilateralmente por una de las partes; tienen una existencia real, por lo que son exigibles; su incumplimiento por parte del Estado receptor hace nacer en él la obligación de indemnizar los daños causados por tal incumplimiento, salvo aquéllos producidos durante estados de necesidad; sin embargo, las justas expectativas del inversionista no pueden dejar de considerar parámetros como el riesgo del negocio y los patrones habituales en la industria.

131. Así, este Tribunal, habiendo considerado, como antes se afirmó, todas las fuentes del Derecho internacional, entiende que el estándar del trato justo y equitativo consiste en la conducta sólida, transparente y libre de ambigüedades del Estado receptor que conlleva la obligación de proporcionar y mantener la estabilidad de su sistema jurídico, elemento necesario para cumplir las justas expectativas del inversionista extranjero.

4. Conclusión del Tribunal

132. Este Tribunal concluye que Argentina violó el estándar del trato justo y equitativo previsto por el Tratado Bilateral, por las razones que se expresan a continuación.

133. Apenas superada la crisis de finales de 1980, Argentina creó un plan de recuperación económica dependiente, principalmente, del capital extranjero. Argentina, conjuntamente con la banca de inversión, diseñó atractivos paquetes jurídicos que garantizaban protección a cada una de las preocupaciones de los inversionistas extranjeros con relación al riesgo país argentino. En vista de tales riesgos, las Demandantes confiaron en garantías claves que ofrecían la Ley del Gas y su Reglamento: que el cálculo de las tarifas debía hacerse primero en dólares americanos para luego ser convertidos a pesos; que las tarifas serían sometidas a ajustes semi- anuales en base al PPI; que las tarifas debían proveer ganancias suficientes para cubrir todos los costos y permitir una tasa razonable de retorno; y, que habría una compensación en el caso de que el Gobierno alterase este esquema tarifario. Al crear expectativas específicas entre los inversionistas, Argentina estaba vinculada por sus obligaciones relativas a las garantías ofrecidas a las inversiones, en particular para con las licenciatarias de distribución del gas. La derogatoria de estas garantías específicas viola la estabilidad y previsibilidad que yace en el estándar de trato justo y equitativo.

134. Específicamente, fue injusto e inequitativo sancionar una ley revocando la garantía contenida en el Decreto N° 1738/92 relativa al cálculo de las tarifas en dólares americanos para luego ser convertidos a pesos. Tal y como señalan las Demandantes, ésta no era simplemente una política económica y monetaria

del Gobierno argentino, materializada en la Ley de Convertibilidad; por el contrario, era una garantía del sistema tarifario. Tal garantía era especialmente importante para la protección de la inversión, hecha en dólares, de una subsiguiente devaluación del peso.

135. Argentina también actuó injusta e inequitativamente cuando derogó las garantías incluidas en la Ley del Gas y su Reglamento, afectando negativamente el sector de la distribución del gas pero no a otros sectores de la economía. Por ejemplo, ciertos contratos, como aquéllos de la industria de la exportación, fueron excluidos de la pesificación forzosa o, de hacerla, se procedió con una tasa más favorable para el individuo o la compañía.

136. Argentina actuó de manera injusta e inequitativa cuando prematuramente abandonó el sistema de ajuste de tarifas por PPI y congeló las tarifas antes del inicio de los desórdenes públicos y las amenazas a su seguridad en diciembre de 2001. Igualmente, se rehusó a reasumir los ajustes, luego de que se normalizaran las condiciones en abril de 2003 y, por el contrario, forzó a las licenciatarias a renegociar sus licencias³⁹. Los antecedentes han demostrado que el ajuste por PPI, que inicialmente sólo iba a ser pospuesto, fue abandonado por completo y luego derogado mediante “negociación”.

137. Argentina también actuó de manera injusta e inequitativa al forzar a las Licenciatarias a renegociar los contratos de servicios públicos y a renunciar a su derecho de demandar al Gobierno argentino, con el riesgo de la rescisión de sus contratos. Aunque el MRG contempla la posibilidad de renegociación de los contratos de servicios públicos, en la práctica no se llevó a cabo una verdadera renegociación, sino más bien se impuso un proceso.

138. Asimismo, la Resolución N° 38/02, publicada el 9 de marzo de 2002, en la cual se ordenó a ENARGAS suspender todas las revisiones de las tarifas y abstenerse de hacer cualquier ajuste de tarifas o precios, constituye una violación del estándar del trato justo y equitativo.

139. No obstante, este Tribunal reconoce las dificultades económicas por las que atravesó Argentina durante este período, también es consciente de que la realidad política y social pudo haber influenciado la respuesta del Gobierno ante las cada vez mayores dificultades económicas. Ciertamente, LG&E tenía

³⁹ Como se describirá con mayor detalle *infra*, Argentina ha quedado eximida de responsabilidad por las medidas tomadas durante las circunstancias extremas que se produjeron entre diciembre de 2001 y abril de 2003, con el objeto de mantener el orden público y proteger sus intereses esenciales. Por tanto, resultó justo que durante este período de tiempo Argentina suspendiera las garantías de la Ley del Gas y pospusiera el ajuste por PPI hasta el momento en que el Gobierno pudiera retomar sus obligaciones.

conocimiento de los riesgos inherentes a su inversión en un Estado extranjero. Pero, en el presente caso, este Tribunal estima que Argentina se extralimitó desmontando totalmente el marco jurídico establecido, el cual había sido establecido precisamente para atraer a los inversionistas.

B. Artículo II(2)(b): Medidas Arbitrarias y Discriminatorias

1. Medidas discriminatorias

(i) Alegatos de las partes

140. Las Demandantes alegan que el Gobierno argentino adoptó medidas que resultaron ser discriminatorias en contra del sector de gas de transporte y distribución si éste se compara con el de producción. Los grandes consumidores industriales y otros sectores que no estuvieran dominados en su totalidad por inversionistas extranjeros, tales como los sectores de energía alternativa y el público. A su juicio, esta discriminación viola el Artículo II(2)(b) del Tratado Bilateral, de acuerdo con el cual "...[n]inguna de las Partes menoscabará, en modo alguno, mediante la adopción de medidas arbitrarias o discriminatorias, la dirección, la explotación, el uso, el usufructo, la adquisición, la expansión o la liquidación de las inversiones".

141. Las Demandantes afirman que desde el primer ajuste por PPI hasta la sanción de la Ley de Emergencia del 6 de enero de 2002, la industria del gas recibió un tratamiento distinto al acordado a otros servicios públicos en similar situación, incluidas las compañías de distribución de agua y electricidad. Estas compañías prestadoras de servicios públicos continuaron disfrutando de los ajustes por PPI hasta la sanción de la Ley de Emergencia.

142. Las Demandantes refuerzan su alegato señalando que, luego de la sanción de la Ley de Emergencia de 6 de enero de 2002, el Gobierno impuso a la mayoría del sector público privatizado, incluyendo la industria de distribución del gas, el régimen de cambio de las obligaciones en dólares a pesos menos favorable. Las Demandantes también alegan que dentro del sector público el Gobierno discriminó a la industria de distribución del gas, al exonerar a otras compañías de servicios públicos de la obligación de convertir sus tarifas a pesos. El Gobierno impuso a las compañías distribuidoras de gas lo que se considera como el peor sistema cambiario y tarifario aplicado durante la crisis argentina.

143. Destacan las Demandantes que si se comparan las medidas que afectaron sectores como el de la producción del gas, el de las fuentes alternativas de energía o incluso aquéllos del sector público, con las medidas que afectaron

el sector de transporte o distribución del gas, el Tribunal sólo puede llegar a la conclusión de que el Gobierno argentino discriminó los sectores de transporte y distribución del gas; aunado a esto, afirman que es considerable el hecho de que los inversionistas del sector de distribución son, en su mayoría, extranjeros.

144. La Demandada afirma que las medidas adoptadas no fueron discriminatorias pues eran de carácter general y se aplicaban sin distinciones irrazonables. La Demandada se pregunta por qué, si se reconoce que hay otras industrias, relacionadas con servicios públicos, afectadas por las medidas tomadas con relación al PPI, las Demandantes señalan que hubo discriminación (Memorial de Contestación de la Demandada, § 700).

145. Explica la Demandada que cada servicio público está regulado por su propia normativa tarifaria, por lo que el efecto no pudo haber sido exactamente igual para todos los sectores, incluso en el ramo de los servicios públicos. Aduce que “resulta ilógico e ilegítimo comparar un servicio público con otro diferente, sujeto a normas diferentes, a acuerdos diferentes y características diferentes para luego sostener que es discriminatorio tratar diferente a los diferentes servicios públicos en juego” (Memorial de Contestación de la Demandada, § 703. Énfasis omitido).

(ii) Análisis del Tribunal

146. En el contexto de los tratados de inversión y de la obligación en ellos contenida de no discriminar a los inversionistas extranjeros, una medida es considerada discriminatoria si tiene por objeto discriminar, o si tiene un efecto discriminatorio⁴⁰. Como se expuso en el caso *ELSI Elettronica Sicula SpA (United States of América v. Italy)*, ICJ Report 1989, R.L.A. 56, pp. 61–62, (20 de julio de 1989), para determinar que una medida es discriminatoria debemos estar frente a: (i) un tratamiento intencional; (ii) a favor de un nacional; (iii) contra un inversor extranjero; y (iv) que la medida en cuestión no sea tomada en circunstancias similares contra otro nacional.

(iii) Conclusión del Tribunal

147. Este Tribunal concluye, basado en las evidencias presentadas, que las Demandantes trataron a las compañías de distribución de gas de forma discriminatoria, al imponerles medidas más estrictas que a otros sectores

⁴⁰ Ver: Vandevelde, Kenneth J., *United States Investment Treaties: Policy and Practice*, Kluwer Law and Taxation, 1992, p. 77.

prestadores de servicios públicos. No obstante, las Demandantes no lograron probar que las medidas dictadas por el Gobierno argentino estuvieran apuntadas específicamente a la inversión extranjera de las Demandantes.

148. Ciertamente, todas las compañías de distribución de gas se vieron afectadas por la crisis económica y por las medidas del Gobierno, al igual que todas las compañías prestadoras de servicios públicos. Sin embargo, Argentina suspendió el ajuste por PPI a la industria del gas dos años antes de sancionar la Ley de Emergencia. Tampoco sometió a la misma medida a compañías como las de distribución de agua y electricidad, ya que continuó ajustando las tarifas de estas compañías hasta la sanción de la Ley de Emergencia. Al contrario, a las compañías de distribución de gas las sometió a un régimen desfavorable para la conversión de sus obligaciones y tarifas a pesos. Aunque no se probó que estas medidas se hayan implementado para causar daños a la inversión extranjera de las Demandantes, hubo evidente discriminación entre las compañías distribuidoras del gas en relación a otras compañías como la del agua y la electricidad.

2. Medidas Arbitrarias

(i) Alegatos de las partes

149. Las Demandantes califican la conducta del Gobierno argentino con las licenciatarias de distribución de gas, como arbitraria, en violación del Artículo II(2)(b) del Tratado Bilateral. Ahora bien, para que constituya un acto “arbitrario”, las Demandantes afirman que ha de tratarse de un acto “de menosprecio por el imperio del derecho” (Memorial de las Demandantes, § 176).

150. Las Demandantes afirman que, cuando Argentina tomó medidas contra las licenciatarias de distribución de gas y otros servicios públicos, actuó menospreciando el imperio del Derecho. A decir de las Demandantes, el Gobierno ha actuado según la letra de las leyes, decretos, resoluciones y decisiones judiciales; sin embargo, han repudiado los compromisos contraídos con las licenciatarias de distribución del gas y con sus accionistas. Esta es “la regla del poder, no la del imperio de la ley” (Alegatos Post-Audiencia de las Demandantes, § 44). Añaden que el repudio generalizado del Gobierno al régimen tarifario fue innecesario para alcanzar los objetivos perseguidos por la suspensión de PPI o los de la Ley de Emergencia, ya que el régimen tarifario era lo suficientemente flexible como para ser modificado unilateralmente, siempre y cuando se pagara una compensación a las licenciatarias. El Gobierno, por el contrario, decidió desmontar el sistema tarifario sin otorgar la compensación debida (Memorial de las Demandantes, § 176).

151. Las Demandantes afirman que, cuando las obligaciones asumidas a la luz del Tratado Bilateral y de las promesas hechas a los inversionistas extranjeros se tornaron política y económicamente inconvenientes, la Demandada ignoró las obligaciones e incumplió los aspectos claves del MRG. Estas medidas, afirman, no sólo sorprenden, sino que también violan el sentido de propiedad jurídica, por tanto tienen carácter arbitrario. Las Demandantes señalan que no hay pruebas que soporten la afirmación de la Demandada de que si no se hubieran abolido las garantías, los precios de las tarifas iban a triplicarse o cuadruplicarse (Alegatos Post-Audiencia de las Demandantes, § 44).

152. La Demandada, en su defensa, señala que las medidas no fueron arbitrarias, por el contrario, resultaron razonables y proporcionadas en relación al fin perseguido. A decir de Argentina, el régimen tarifario no fue desmantelado sino modificado por las medidas que el Gobierno se vio forzado a tomar durante la crisis económica. La Demandada sugiere que, tomando en cuenta las circunstancias, diferir el pago del PPI del año 2000 fue una medida razonable. Esta posición, a juicio de la Demandada, es avalada por una decisión de un Tribunal de Primera Instancia y por la Cámara Federal de Apelaciones quienes concluyeron que el ajuste en cuestión era irrazonable en el contexto económico recesivo por el que atravesaba la República Argentina. Agrega la Demandada que la estabilidad que debe caracterizar los sistemas jurídicos no significa perpetuidad, inmutabilidad o inmovilidad. Luego apunta que “congelar el derecho”, sin atender a las circunstancias sociales y económicas bajo las cuales es producido, es transformarlo en “un rito frívolo” (Memorial de Contestación de la Demandada, §§ 638–639).

153. La Demandada afirma que la pesificación no resulta arbitraria ni discriminatoria. Si no se hubiera pesificado, muchos consumidores no habrían podido tener acceso al servicio de gas, resultando en el descalabro de las propias industrias de distribución y las tarifas hubiesen dejado de ser justas para pasar a ser abusivas.

154. Según la Demandada, ninguna de las medidas tomadas por el Gobierno argentino pueden calificarse como arbitrarias ni discriminatorias, por el contrario, ellas fueron proporcionadas y razonables considerando las circunstancias, por tanto no violan el Artículo II(2)(b) del Tratado Bilateral (Alegatos Post-Audiencia de la Demandada, § 112).

(ii) Análisis del Tribunal

155. El Artículo II(2)(b) del Tratado Bilateral establece que “...[n]inguna de las Partes menoscabará, en modo alguno, mediante la adopción de medidas

arbitrarias o discriminatorias, la dirección, la explotación, el uso, el usufructo, la adquisición, la expansión o la liquidación de las inversiones”.

156. La “arbitrariedad” no está definida en el Tratado Bilateral. Por tal razón, este Tribunal debe recurrir al Derecho internacional para determinar si las medidas adoptadas por Argentina pueden ser calificadas como arbitrarias.

157. Según el Derecho internacional, la arbitrariedad ha sido definida como “voluntario desacato del debido proceso, acto que altera, o al menos sorprende, el sentido de correcta actuación jurídica”⁴¹. El tribunal, en el caso *Ronald S. Lauder v. Czech Republic*, refiriéndose al Black’s Law Dictionary, definió el término como “[acto] dependiente de la discreción individual (...) fundado en el prejuicio o preferencia más que en la razón o los hechos”⁴².

158. Se desprende del Tratado Bilateral que Argentina y Estados Unidos deseaban prohibirse mutuamente la implementación de medidas que afectasen las inversiones de los nacionales del otro Estado parte y que no fueran producto de procesos racionales de toma de decisión. Tal proceso debería incluir la consideración del efecto de las medidas a tomar sobre la inversión extranjera, a los fines de mantener el equilibrio de los intereses en juego. Ciertamente, un Estado que no motive sus acciones en un juicio razonado y, por el contrario, emplee argumentos abusivos, no “estimulará el flujo de capital privado”⁴³.

159. El caso *Genin*, citado por la Demandada, proporciona un buen ejemplo del mantenimiento de una medida similar de prohibición contra tratamiento arbitrario, impuesta por el Tratado Bilateral Estonia-Estados Unidos. En ese caso, el tribunal concluyó que la anulación de una licencia por parte del Banco de Estonia, ocurrida en el curso del ejercicio de sus obligaciones estatutarias de regular el sistema bancario estonio, no constituyó una medida arbitraria⁴⁴. En su conclusión, el tribunal aceptó la argumentación de Estonia, según la cual las circunstancias de la transición política y económica vividas en el país en ese momento, justificaron un mayor control del sector bancario, y la regulación impuesta por el Estado reflejó “un claro y preciso propósito público”⁴⁵.

⁴¹ *Electronica Sicula S.p.A. (ELSI) (United States of America v. Italy)*, 1989 I.C.J. 15, 76 (Juicio del 20 de julio).

⁴² *Ronald S. Lauder v. Czech Republic*, Laudo Final, § 221 (3 de septiembre de 2001) (citando al Black’s Law Dictionary 100 (Séptima ed. 1999)).

⁴³ Preámbulo del Tratado Bilateral Argentina-Estados Unidos (1994).

⁴⁴ *Genin*, § 370.

⁴⁵ *Ibidem*.

160. Por el contrario, el tribunal del caso *Lauder* determinó que los actos del Consejo de Medios de la República Checa eran arbitrarios. Estos actos consistieron en forzar a un inversionista privado de la recién privatizada compañía licenciataria de la televisora estatal, a cambiar su participación directa en la compañía por una relación contractual⁴⁶. El tribunal consideró que este acto estaba motivado por el temor de las implicaciones políticas que podrían tener las influencias extranjeras en las transmisiones de televisión checa⁴⁷.

(iii) Conclusión del Tribunal

161. El presente caso se ubica en medio de los dos casos antes referidos, no obstante, este Tribunal concluye que las medidas tomadas por Argentina no son arbitrarias y, por tanto, no violan el Artículo II(2)(b) del Tratado por las siguientes razones:

162. Mientras que las Demandantes han expuesto en sus alegatos la motivación política de Argentina para usar a los inversionistas extranjeros del sector de servicios públicos como excusa para justificar los errores económicos del país, Argentina ha evidenciado que el Gobierno estaba motivado por el deseo de eludir el completo colapso económico. Para ello, entre otras acciones, celebró acuerdos con las licenciatarias en 2001. Teniendo en cuenta el análisis del Tribunal, calificar que las medidas no fueron arbitrarias, no significa establecer que fueran justas y equitativas o que no afectaron la estabilidad del marco jurídico del transporte del gas en Argentina. Por el contrario, significa que Argentina enfrentó severas dificultades económicas y sociales desde 2001 en adelante, teniendo que reaccionar ante esta situación. Aunque las medidas tomadas por Argentina no resultasen la mejor manera de proceder, ellas no fueron tomadas a la ligera, sin consideración suficiente. Ello se refleja, particularmente, en los ajustes por PPI, los cuales, antes de ser pospuestos, fueron negociados por Argentina con los inversionistas. El Tribunal concluye que las cargas impuestas por Argentina a la inversión de las Demandantes, aunque injustas e inequitativas, fueron el resultado de juicios razonados y no de simples descatos al Derecho.

163. Igualmente, aunque el hecho de no restaurar la Ley del Gas y el resto de las garantías relativas al sector de distribución del gas, así como implementar la política de renegociación de los contratos, constituyeron un proceder injusto e inequitativo, no fue arbitrario.

⁴⁶ *Lauder*, §§ 222–232.

⁴⁷ *Lauder*, §§ 229, 232.

C. Artículo II(2)(c): Cláusula Paraguas

1. Alegatos de las partes

164. LG&E argumenta que Argentina violó el Artículo II(2)(c) del Tratado Bilateral cuando asumió ciertas obligaciones fundamentales relacionadas con las inversiones del sector de distribución del gas y con los inversionistas extranjeros, que luego incumplió, sin otorgar compensación alguna.

165. Tal como lo explica LG&E, Argentina convirtió el capital extranjero en la piedra angular de su plan de recuperación económica a principios de los años noventa. La Demandada diseñó la privatización de *Gas del Estado S.E.* como un proceso de licitación internacional, cuyas condiciones para licitar por empresas locales sólo podrían ser cumplidas por consorcios que contasen con inversionistas extranjeros. Argentina indujo a los inversionistas extranjeros con promesas de tasas de retorno que siempre serían razonables; protecciones contra las fluctuaciones cambiarias y la inflación; el ajuste de las tarifas teniendo presente índices internacionales; la prohibición de hacer cambios unilaterales y de no controlar los precios sin indemnización. Argentina materializó estas promesas en forma de obligaciones legales.

166. Según las Demandantes, éstas son el tipo de promesas que la cláusula paraguas protege. El Tribunal no tiene que establecer que todo compromiso relacionado a la inversión y plasmado en la ley o sus reglamentos genera obligaciones que deban ser observadas a la luz de esta cláusula, por el contrario, la responsabilidad deriva de este artículo del Tratado puesto que, en las circunstancias particulares de este caso, la Demandada incumplió estas obligaciones.

167. De acuerdo con la Demandada, el problema con la demanda de LG&E es que asume que la legislación general relativa a la distribución y transporte de la industria del gas natural está inserta dentro del parámetro del Artículo II(2)(c). La Demandada sugiere que tales promesas no califican como representaciones específicas que hagan efectiva la cláusula paraguas.

168. La Demandada también señala que las demandas de LG&E no son más que demandas por incumplimiento contractual, a ser consideradas bajo cláusulas contractuales de jurisdicción específicas, y que, por tanto, no pueden ser conocidas por un foro internacional, como consecuencia de la aplicación de la cláusula paraguas.

2. *Análisis del Tribunal*

169. El Artículo II(2)(c) del Tratado Bilateral provee que “cada parte cumplirá los compromisos que hubiera contraído con respecto a las inversiones”.

170. Esta cláusula, conocida como “cláusula paraguas”, es una disposición general incluida en un amplio número de tratados bilaterales, que constituye un requerimiento para el Estado receptor, de cumplir con todas las obligaciones asumidas con inversionistas extranjeros, incluidos aquéllos con los cuales el compromiso haya sido asumido por vía contractual. De manera que las obligaciones de fuente contractual reciben una especie de protección extra, en virtud de su consideración por el tratado bilateral.

171. En numerosos casos se ha considerado que la cláusula paraguas se activa no a partir de obligaciones establecidas en las leyes municipales sino en contratos entre el Estado y el inversionista⁴⁸. Muchos de esos tribunales han concluido que el incumplimiento de obligaciones contractuales de un contrato entre un Estado y un inversionista genera un reclamo amparado por la cláusula paraguas⁴⁹.

172. La cuestión que se plantea ante este Tribunal es si debe considerar que las disposiciones de la Ley del Gas y su Reglamento constituyen (i) “obligaciones”, (ii) “relativas a” LG&E, en su calidad de inversionista extranjero, y (iii) a “su inversión”, de manera que la derogatoria de estas garantías contenidas en la Ley del Gas y en su Reglamento resulta violatoria del Tratado.

173. En este caso, será necesario establecer si la cláusula paraguas ampara los reclamos de LG&E.

174. Con el objeto de determinar la aplicabilidad de la cláusula paraguas, el Tribunal deberá establecer si en virtud de las disposiciones de la Ley del Gas y su Reglamento, el Estado Argentino ha asumido obligaciones internacionales relativas a LG&E y a su inversión. Para ello es necesario tener presente que las disposiciones de la Ley del Gas y su Reglamento establecían y regulaban el régimen tarifario que daba valor a la inversión de las Demandantes; que el propósito de la inversión de las Demandantes era incrementar el valor de sus acciones en las licenciatarias mediante un delicado balance del manejo de costos y de ganancias, representadas por las tarifas fijadas por Argentina a la luz de la mencionada Ley del Gas y de su Reglamento. En vista de lo anterior, el Tribunal concluye que

⁴⁸ Ver e.g., *CMS*, § 300 (citando casos).

⁴⁹ *CMS*, § 303; *SGS v. Republic of the Philippines*, *Caso CIADI No. ARB/02/6*, *Decisión sobre Jurisdicción*, §§ 127–28 (29 de enero de 2004).

estas disposiciones no fueron simples obligaciones legales de naturaleza general⁵⁰. Por el contrario, eran muy específicas con respecto a la inversión de LG&E en Argentina y derogarlas resultaba violatorio de la cláusula paraguas.

3. Conclusión del Tribunal

175. La derogatoria hecha por Argentina de las garantías incluidas en el marco legal- cálculo de las tarifas en dólares, ajustes semi- anuales de las tarifas basadas en el PPI y la prohibición de controlar los precios sin compensación- constituyó una violación de sus obligaciones para con las inversiones de las Demandantes. Argentina asumió estas obligaciones específicas con inversionistas extranjeros, como LG&E, al sancionar la Ley del Gas y otras regulaciones y luego promocionar estas garantías en el Memorando de Información, para inducir la entrada de capital extranjero con miras a iniciar el programa de privatización en los sectores de servicios públicos. Estas leyes y reglamentos se transformaron en lo que se entiende por obligaciones según el Artículo II(2)(c), al estar dirigidos a inversionistas extranjeros y al aplicar específicamente a sus inversiones. Lo anterior genera responsabilidad a la luz de la cláusula paraguas.

D. Consideraciones sobre la expropiación indirecta

1. Alegatos de las partes

176. LG&E ha solicitado a este Tribunal que declare la expropiación de su inversión en el sector de distribución de gas argentino, sin compensación, en violación del Artículo IV que señala entre otros que:

1. Las inversiones no se expropiarán o nacionalizarán directamente, ni indirectamente mediante la aplicación de medidas equivalentes a la expropiación o nacionalización (“expropiación”), salvo por razones de utilidad pública, de manera no discriminatoria y mediante pago de una compensación pronta, adecuada y efectiva, y de conformidad con el debido procedimiento legal y los principios generales de trato dispuestos en el párrafo 2 del Artículo II.

177. LG&E presenta su demanda por expropiación calificándola como indirecta. Es decir, LG&E afirma que el tratamiento del Gobierno argentino

⁵⁰ *SGS v. Philippines*, §121 (“For [the umbrella clause] to be applicable, the host State must have assumed a legal obligation, and it must have been assumed vis-à-vis the specific investment – not as a matter of the application of some legal obligation of a general character.”).

de la inversión de LG&E en las licenciatarias constituyó una expropiación indirecta de su inversión puesto que el valor de las acciones de LG&E en las licenciatarias se ha reducido en más de un 90% como resultado de la derogatoria de las principales garantías del sistema tarifario ejecutadas por la Demandada (Memorial de las Demandantes, § 180).

178. LG&E sostiene que, de la aplicación del Artículo IV del Tratado Bilateral, se desprende que se le adeuda una compensación equivalente al justo valor de mercado de la inversión expropiada inmediatamente después de que la expropiación, haya tenido lugar. Las Demandantes establecen la fecha de expropiación en este caso en la fecha en que la conducta de la Demandada resultó en la destrucción virtual de la inversión, producida no mucho después de agosto del año 2000, cuando el tribunal argentino dejó sin lugar el acuerdo del 17 de julio de 2000 y cualquier ajuste tarifario basado en el PPI (Memorial de las Demandantes, § 181).

179. Según la teoría de las Demandantes, una expropiación indirecta ocurre cuando un acto de gobierno afecta sustancialmente el valor de una inversión (Alegatos Post-Audiencia de las Demandantes, § 53, citando la opinión de réplica de Dolzer, § 56). En este caso, las Demandantes estiman que los actos del Gobierno argentino afectaron sustancialmente el valor de sus acciones en las licenciatarias, las cuales constituyen una inversión protegida bajo el Artículo I(1)(a) del Tratado. El valor de la inversión de LG&E se basaba en un sistema tarifario y dependía de la voluntad de la Demandada de respetar ese sistema. Hoy día, el valor de las acciones sube o baja según el incremento tarifario futuro que Argentina pueda otorgar o no (Alegatos Post-Audiencia de las Demandantes, § 53).

180. Además, añaden las Demandantes, es irrelevante, a la hora de determinar si efectivamente se produjo la expropiación indirecta, si las licenciatarias siguen operando, si controlan su negocio de distribución de gas o si las Demandantes retienen la propiedad de las acciones. En los casos de expropiación indirecta no es importante si la propiedad de las licenciatarias ha sido transferida al Estado. Es suficiente que el valor de la inversión haya sido sustancialmente afectado como resultado de los actos del gobierno. Lo cual, según señalan, es el caso, pues ha habido una apropiación sustancial de valor por parte del Estado y una transferencia de riqueza desde la industria del gas a los consumidores, especialmente los grandes consumidores industriales (Alegatos Post-Audiencia de las Demandantes, §§ 53–54).

181. La Demandada niega la procedencia de la expropiación bajo el Artículo IV del Tratado Bilateral. Afirma que para que el Gobierno argentino hubiese

expropiado directa o indirectamente la inversión de las Demandantes, las medidas de expropiación han de ser diseñadas para transferir la propiedad al Estado. Según la Demandada, la única diferencia entre la expropiación directa y la indirecta en este caso, es que en la expropiación indirecta no hay una transferencia formal de la propiedad, porque su propósito es, justamente, “enmascarar, disfrazar el evento expropiatorio y escapar a la responsabilidad consecuente” (Alegatos Post-Audiencia de la Demandada, § 103).

182. La Demandada ha afirmado que las Demandantes no han probado que la suspensión del PPI pueda calificarse como un evento expropiatorio. Señala la Demandada que la suspensión del PPI habría afectado las tarifas en un 2% y argumentan que ningún tribunal consideraría que una pérdida tan pequeña calificaría como una expropiación compensable.

183. Argentina afirma que, en todo caso, no pudo haberse materializado una expropiación durante la crisis económica. El hecho de que las licenciatarias se hayan visto afectadas por la crisis, al igual que todo el mundo, no implica necesariamente que hayan sido expropiadas. La Demandada insiste en la ausencia del nexo causal entre las medidas tomadas por el Estado argentino y las fluctuaciones en el valor de las acciones de LG&E en las licenciatarias, atribuyendo tales efectos, más que a las medidas tomadas por el Estado argentino, al “desajuste macroeconómico y cambiario al que estaba siendo sometida” la República Argentina (Alegatos Post-Audiencia de la Demandada, § 109). Argentina señala que entre 1997 y 2000 LG&E obtuvo mayores ingresos que los esperados cuando invirtieron en sus licencias.

184. Finalmente, luego de negar la procedencia de la expropiación en aquellos casos en los cuales la empresa permanece de hecho y de Derecho en poder de sus dueños, la Demandada alega que los precios de las acciones de las inversiones de las Demandantes han aumentado desde el período inmediatamente anterior a la suspensión de los ajustes por PPI. Por tanto, la Demandada afirma que una propiedad que vale hoy más de lo que valía antes del dictado de las medidas, no puede considerarse expropiada (Alegatos Post-Audiencia de la Demandada, §§ 110–111).

2. Análisis del Tribunal

185. Para determinar la procedencia de una expropiación indirecta, el Tribunal debe definir este concepto. Generalmente, los tratados bilaterales no definen el acto expropiatorio, sino que simplemente hacen referencia expresa a la “expropiación”, añadiéndose, además, la fórmula “cualquier otro acto que tenga

efectos equivalentes”. Igualmente, el Tratado Bilateral, en su Artículo IV, no define el término “expropiación” ni tampoco establece cuales medidas, actos o conductas constituirían “medidas equivalentes a la expropiación”. Por tanto, el Tribunal deberá analizar el Derecho internacional con miras a determinar los criterios relevantes para evaluar esta solicitud.

186. A la luz del Artículo IV del Tratado Bilateral y de los principios generales de Derecho internacional, un Estado puede hacer uso, a su discreción, de su poder soberano para expropiar una propiedad privada con el propósito de satisfacer intereses públicos. Sin embargo, la expropiación, en cualquiera de sus modalidades, requiere del debido proceso y de una compensación según el Derecho internacional.

187. Si bien en la doctrina se conocen dos tipos de expropiación, obviaremos lo relativo a la directa, entendida como la apropiación forzosa por el Estado de la propiedad tangible o intangible de particulares, a través de actos administrativos o por la acción legislativa. Las partes admiten que las presentes demandas no implican una expropiación directa pues, en este caso, no puede decirse que la República Argentina se haya apropiado de la inversión de las Demandantes, requisito indispensable para que se materialice la expropiación directa. En este caso concreto nos limitaremos al supuesto de la expropiación indirecta, calificada por el propio Tratado Bilateral, como “medidas equivalentes a la expropiación”.

188. De manera general se entiende que la expresión “equivalente a la expropiación” o “*tantamount to expropriation*”, que se encuentra en la gran mayoría de los tratados bilaterales, puede aludir tanto a la llamada “*creeping expropriation*” (expropiación progresiva) como a la expropiación *de facto*. Lo primero que suele resaltarse es su punto en común, esto es, las conductas o actos del Estado receptor no privan directamente a los inversionistas de sus bienes o derechos, por el contrario, ello ocurre cuando las medidas gubernamentales “neutralizan efectivamente los beneficios del inversor extranjero en su calidad de propietario”⁵¹. La propiedad o el goce se “neutralizan” cuando una parte deja de estar en control de su inversión, o cuando no puede dirigir las operaciones del día a día sobre la inversión⁵². En cuanto a las diferencias, suele afirmarse que la expropiación indirecta puede manifestarse de forma gradual o creciente —*creeping expropriation*— o puede manifestarse a través de un solo y único acto, o a través de actos muy próximos en el tiempo o simultáneos —expropiación *de facto*—.

⁵¹ *CME Czech Republic v. Czech Republic*, Laudo parcial, § 604 (13 de septiembre de 2001).

⁵² *Pope & Talbot, Inc v. Canada*, Laudo Parcial, § 100 (26 de junio de 2000).

189. Para establecer si las medidas estatales resultan en una expropiación en los términos del Artículo IV(1) del Tratado Bilateral, el Tribunal debe equilibrar dos intereses contrapuestos: el grado de interferencia de la medida con los derechos de propiedad del inversor y el poder del Estado de dictar sus políticas.

190. Para evaluar el grado de interferencia de la medida con los derechos de propiedad del inversor, es necesario analizar el impacto económico de la medida, es decir, su interferencia con las expectativas razonables del inversor y la duración de la misma.

191. Al considerar el impacto económico severo, debe analizarse si el impacto que desencadenó la medida tomada por el Estado receptor fue lo suficientemente grave como para generar la necesidad de una compensación por expropiación. En numerosas decisiones arbitrales, se ha denegado la compensación cuando no se haya afectado todo o casi todo el valor económico de la inversión. Debe destacarse que la disminución en la capacidad de la inversión para mantener sus actividades no es suficiente para solicitar la compensación, si dicha inversión se mantiene operativa, aún cuando sus ganancias disminuyan⁵³. Entonces el impacto debe ser sustancial para que sea exigible dicha compensación.

192. En el caso *Tecmed* el tribunal requirió pruebas de que la Demandante “se vio privada, de manera radical, de la utilidad económica de su inversión, como si los derechos relativos a ésta—por ejemplo, la percepción o goce de los beneficios asociados con el Confinamiento [de la inversión] o su explotación—hubiesen cesado”⁵⁴. Es decir, se requiere probar si, a raíz de una actuación atribuible a la Demandada, los bienes en cuestión han perdido valor o utilidad para las Demandantes y en qué medida⁵⁵.

193. Igualmente, debemos considerar la duración de la medida expropiatoria, ya que este criterio se relaciona con el grado de interferencia de aquélla respecto a los derechos de propiedad. En general, la expropiación debe ser permanente, es decir, no puede tener carácter temporal, salvo cuando el desarrollo exitoso de la inversión depende de que se realicen ciertas actividades en momentos específicos que no pueden sufrir variaciones.

194. No hay duda que la severidad de los cambios en el *status* legal y el impacto práctico sufrido por el inversionista en este caso, así como en la posibilidad del goce y uso de la inversión, son determinantes para establecer si hubo o no expropiación indirecta. Lo que se discute es si, únicamente, deben ser tomados

⁵³ *Pope & Talbot*, §§ 101–102.

⁵⁴ *Tecmed*, § 115.

⁵⁵ *Ibidem*.

en cuenta los efectos que produce la medida o también el contexto en que se dictó y el propósito del Estado receptor. La opinión de este Tribunal es que debe haber un equilibrio en el análisis, es decir, ha de tratarse de un análisis que alcance tanto a las causas como a los efectos de una medida, a los fines de calificarla como expropiatoria. Es importante distinguir el derecho del Estado de adoptar ciertas políticas con su facultad de dictar medidas expropiatorias. “Esta determinación es importante, pues es una de las bases para distinguir, desde la perspectiva de un tribunal internacional, entre una medida regulatoria, expresión normal de la autoridad estatal en ejercicio del poder de policía, que trae consigo una disminución de los bienes o derechos del particular, y una expropiación *de facto*, que priva de toda sustancia real a tales bienes o derechos”⁵⁶.

195. Con respecto al poder del Estado para dictar sus políticas, se puede decir en general, que el Estado tiene el derecho de dictar medidas con un propósito social o de bienestar general. En este caso, las medidas deben aceptarse sin que sea procedente reclamo alguno por responsabilidad, salvo que se trate de una actuación del Estado manifiestamente desproporcionada con respecto a la necesidad que se trata de abordar. La proporcionalidad con la que se debe ejercer este derecho se reconoció en *Tecmed*, en el cual se afirmó que “dichos actos o medidas con las exigencias del interés público presuntamente tutelado a través de los mismos y la protección legalmente debida al inversor en relación con su inversión, sin olvidar que la magnitud de dicho impacto juega un rol de peso al juzgar acerca de dicha proporcionalidad”⁵⁷.

196. El *Restatement (Third) of the Foreign Relations Law of the United States*, del American Law Institute señala al respecto que “...un Estado no es responsable por la pérdida de propiedad u otro daño económico resultante de los gravámenes generales impuestos de buena fe, penas por crimen u otras acciones similares, comúnmente aceptadas dentro de las facultades policiales del Estado, siempre que no sean discriminatorias...”⁵⁸. Este fue el criterio utilizado por el Tribunal de demandas Irán-Estados Unidos de América en el caso *Too v. Greater Modesto Insurance Associates*⁵⁹.

197. Como se estableció en el asunto *Oscar Chinn* de 1934, decidido por la Corte Permanente de Justicia Internacional:

⁵⁶ *Ibidem*.

⁵⁷ *Tecmed*, § 122.

⁵⁸ *Restatement (Third) of the Foreign Relations Law of the United States*, American Law Institute, Volumen 1, 1987, Sección 712, Comentario g.

⁵⁹ *Too v. Greater Modesto Insurance Associates*, Iran-United States Cl. Trib. Rep. 378, Laudo del 29 de diciembre de 1989, § 23.

Ninguna empresa...puede escapar de las posibilidades y riesgos resultantes de las condiciones generales de la economía. Algunas industrias pueden obtener grandes ingresos durante períodos de prosperidad generales, o aprovechar un tratado de comercio o la alteración de los deberes consuetudinarios, pero también están expuestas al peligro de ruina o extinción si las circunstancias cambian. Cuando éste sea el caso, el Estado no viola ningún derecho adquirido.⁶⁰

3. Conclusión del Tribunal

198. Tomando en consideración las circunstancias de este caso, y aunque el Estado adoptó medidas severas que, sin duda, tuvieron algún impacto sobre la inversión de las Demandantes, afectando especialmente las ganancias esperadas, tales medidas no privaron a los inversionistas del derecho de goce de su inversión. Como en *Pope & Talbot*, el verdadero interés en juego en este caso es el valor de las acciones de los inversionistas, las cuales se revalorizaron en el período posterior a la crisis económica de diciembre de 2001 y 2002.

199. Aún más, no se puede afirmar que las Demandantes hayan perdido control sobre sus acciones en la licenciatarias, aunque su valor haya fluctuado durante la crisis económica, o que no fueran capaces de controlar las operaciones del día a día de las licenciatarias, de forma distinta a como lo venían haciendo antes de que las medidas fuesen implementadas.

200. En consecuencia, el efecto de las acciones del Estado argentino no se ha reflejado permanentemente sobre el valor de las acciones de las Demandantes y la inversión tampoco ha dejado de existir. Sin una privación permanente y severa de los derechos de LG&E con respecto a su inversión, o al menos, la casi completa privación del valor de la inversión de LG&E, el Tribunal concluye que las circunstancias antes expuestas no constituyen una expropiación.

E. Estado de Necesidad

1. Posición de las partes

201. La Demandada señala, en su alternativa, que si Argentina hubiese violado las obligaciones impuestas por el Tratado, el estado de crisis política, económica y social en el que cayó el país, justifican las acciones violatorias de las obligaciones que había asumido con respecto a las licenciatarias de distribución del gas. Por

⁶⁰ Caso *Oscar Chinn*, P.C. I. J., 1934, Ser A/B, Caso N° 63.

tanto, aún si las medidas adoptadas por el Estado para superar la crisis vivida en los años 1998 a 2003, infringieran los derechos consagrados en el Tratado, tales medidas se tomaron en un contexto de estado de necesidad. En consecuencia, durante este período Argentina queda exenta de responsabilidad.

202. La Demandada construye su defensa en el marco del “estado de necesidad”, admitido por el Derecho argentino, así como por el Tratado, en sus Artículos XI y IV(3) y la costumbre internacional.

203. Las Demandantes rechazan la defensa de la Demandada referente al estado de necesidad y afirman que el Artículo XI no es aplicable a los casos de crisis económica, ya que los elementos de orden público y de intereses esenciales de seguridad tienen un ámbito de aplicación intencionalmente estricto, limitado a las amenazas a la seguridad de naturaleza física.

2. Comentarios generales sobre el Artículo XI

(i) Consideraciones preliminares

204. El Artículo XI del Tratado Bilateral establece:

El presente Tratado no impedirá la aplicación por cualquiera de las Partes de las medidas necesarias para el mantenimiento del orden público, el cumplimiento de sus obligaciones para el mantenimiento o la restauración de la paz o seguridad internacionales, o la protección de sus propios intereses esenciales de seguridad.

205. Para determinar la aplicabilidad del Artículo XI del Tratado Bilateral, este Tribunal hará un doble análisis. En primer lugar, decidirá si las condiciones vividas en Argentina justifican que el Estado invoque la protección consagrada en la norma antes citada. En segundo lugar, el Tribunal ha de determinar si las medidas tomadas por Argentina fueron realmente necesarias para mantener el orden público o proteger un interés esencial de seguridad, a pesar de haberse violado el Tratado⁶¹.

206. El Tribunal reitera que para realizar el doble análisis antes mencionado, aplicará, en primer lugar, el Tratado, en segundo lugar, el Derecho internacional general, en la medida en que sea necesario y, en tercer lugar, el Derecho interno argentino. Destaca el Tribunal que las demandas y defensas antes señaladas, derivan del Tratado y que, en la medida en que sea requerido para la interpretación

⁶¹ La Demandada no ha hecho alusión al tercer elemento del Artículo XI “el cumplimiento de sus obligaciones para el mantenimiento o la restauración de la paz o seguridad internacionales”.

y aplicación de las disposiciones del mismo, se aplicará el Derecho internacional general (Véase la sección V. B *supra*).

(ii) *Naturaleza self-judging del Artículo XI*

207. Antes de proceder al análisis material del Artículo XI, el Tribunal debe determinar si este artículo es *self-judging*.

208. La Demandada considera que sí lo es y afirma que, debido a la naturaleza *self-judging* de la disposición, es facultad del Estado determinar, de buena fe, cuando las medidas sean necesarias para el mantenimiento del orden público o la protección de sus intereses esenciales de seguridad. De acuerdo con la Demandada, en el marco del carácter *self-judging* del Artículo XI del Tratado, el Tribunal sólo debe decidir si Argentina actuó o no de buena fe.

209. La Demandada considera que el Artículo XI es ambiguo. Califica dicha ambigüedad como estratégica de los Estados Unidos, ya que no establece claramente quién debe determinar el carácter necesario de las medidas para lograr el mantenimiento del orden público o la protección de los intereses esenciales de seguridad. Reconoce que el modelo de Tratado Bilateral utilizado por los Estados Unidos hasta 1987, en el cual está basado el Tratado Bilateral Estados Unidos-Argentina, no refleja claramente la posición de los Estados Unidos, ni lo hace la documentación que acompañó la negociación y ratificación del mismo. Sin embargo, la Demandada afirma que, luego de la conclusión de este Tratado Bilateral Estados Unidos-Argentina, los Estados Unidos modificaron su posición con respecto a las cláusulas de intereses esenciales, estableciendo, a partir de 1992, que tales cláusulas serían consideradas *self-judging*, desde ese momento y de manera retroactiva (Testimonio de Slaughter, §§ 12–31).

210. Las Demandantes no están de acuerdo con que el Artículo XI sea *self-judging*, y argumentan que su aplicación requiere un análisis por parte del Tribunal, en orden a determinar si las medidas tomadas por Argentina respondieron a la necesidad de mantener el orden público o de mantener un interés esencial de seguridad para el Estado, en el sentido del Artículo XI.

211. Las Demandantes sostienen que al Artículo XI debe dársele la interpretación literal por cuanto ni el contexto ni el propósito del Tratado sugieren que dicho artículo sea *self-judging*, y que la posición de los Estados Unidos en el momento de la firma del Tratado era que tales cláusulas no lo eran (Audiencia sobre el Fondo, 28 de enero de 2005, Álvarez, Transcripción en español, pp. 925 y ss). Las Demandantes señalan que la Demandada no ha probado que las partes tuvieron la intención de considerar el Artículo XI como *self-judging*, lo cual

caracterizan como “excepcional” (Audiencia sobre el Fondo, 28 de enero de 2005, Álvarez, Transcripción en español, pp. 932 y ss). Las Demandantes sostienen que los Estados Unidos no consideraron las cláusulas que protegen los intereses esenciales de seguridad como de naturaleza *self-judging* hasta la firma del Tratado Bilateral Estados Unidos-Rusia de 1992 y el cambio de modelo norteamericano de Tratado Bilateral de 1992, ambos posteriores al Tratado Bilateral Estados Unidos-Argentina y ambos con comentarios explícitos en cuanto al cambio de política de los Estados Unidos con respecto a estas disposiciones, ahora consideradas de naturaleza *self-judging*.

212. Ciertamente, el lenguaje del Tratado no especifica quien debe decidir lo que constituyen medidas esenciales de seguridad, si Argentina, previa revisión bajo el estándar de buena fe o si es tarea del Tribunal. En base a las evidencias con que cuenta el Tribunal en relación al entendimiento que tenían las Partes en 1991, año en que se firmó el Tratado, el Tribunal procede a decidir y concluye que la disposición discutida no era de naturaleza *self-judging*.

213. La interpretación de las disposiciones contenidas en un tratado internacional, es aquélla con la cual estuvieron de acuerdo las partes en el momento de la firma del Tratado, salvo si las partes, de mutuo acuerdo, modifican esta interpretación. En este caso, la fecha a considerar es noviembre de 1991. Sólo a partir de 1992, con la ratificación del Tratado Bilateral Estados Unidos-Rusia, los Estados Unidos comienzan a considerar que la aplicación de las cláusulas de seguridad esenciales están sujetas al arbitrio de las partes (*self judging*); ambos instrumentos son de fecha posterior al Tratado Bilateral entre Estados Unidos y la República Argentina y, en ambos casos, este cambio se aclaró en forma explícita.

214. En todo caso, si el Tribunal concluyera que la disposición es *self-judging* las decisiones tomadas por Argentina estarían sujetas a la revisión bajo el parámetro de la buena fe, el cual no difiere significativamente del análisis sustantivo aquí realizado.

(iii) *Carácter necesario de las medidas adoptadas*

a. *Alegatos de las partes*

215. Argentina sostiene que las medidas que implementó eran necesarias para mantener el orden público y proteger sus intereses esenciales de seguridad. La Demandada argumenta que, independientemente de como se interprete, la crisis financiera, los disturbios y el caos de los años 2000 al 2002 en Argentina,

constituyeron una emergencia nacional, suficiente para invocar las protecciones brindadas por el Artículo XI (Testimonio de Slaughter, § 45).

216. En relación al orden público, la Demandada refuerza su argumento de la necesidad de las medidas haciendo referencia a los numerosos reportes de catástrofe económica repentina; de huelgas masivas involucrando millones de trabajadores; de fatídicos tiroteos; de cierre de las escuelas, negocios, de paralización del transporte, de la energía, de los bancos y del sistema de salud; de protestas a lo largo del país y de un decadente mercado bursátil. Estos reportes culminaron con “una masiva explosión social”, en la que cinco presidentes renunciaron en un mes (Testimonio de Slaughter, §§ 46–49). En vista de estas circunstancias, Argentina afirma que el control de precios ejercido por el Gobierno argentino estuvo plenamente justificado bajo las disposiciones de orden público del Artículo XI. Adicionalmente, Argentina sostiene que las acciones para congelar el incremento de precios en el sector de la distribución del gas fueron justificadas para mantener la infraestructura básica del país, dependiente de la energía del gas natural.

217. Argentina también justifica la toma de las medidas en base a la necesidad de proteger sus intereses esenciales de seguridad. Señala Argentina que el elemento “intereses esenciales de seguridad” del Artículo XI comprende intereses políticos y económicos, así como intereses militares de defensa. La Demandada cita a numerosos funcionarios norteamericanos partidarios de dar una interpretación amplia al término “intereses esenciales de seguridad” (Testimonio de Slaughter, § 38).

218. La Demandada rechaza el argumento de las Demandantes según el cual la cláusula en discusión debería ser interpretada en sentido estricto, reservada únicamente para las acciones militares. Además, en todos los casos citados por las Demandantes el punto debatido era si el empleo de fuerza militar era justificable a la luz del Derecho internacional. En este contexto, era de esperar una interpretación restringida.

219. Desde la perspectiva de la Demandada, la estabilidad económica forma parte de los intereses esenciales de seguridad de un Estado, en consecuencia, la Demandada sostiene que las medidas tomadas fueron necesarias para proteger sus intereses económicos. Según la Demandada, durante el período de la crisis, la salud y seguridad del Estado argentino y de su gente fue amenazada, y el descalabro económico tenía el potencial para causar el deterioro del Estado. Por tanto, aunque la emergencia pública declarada, así como la Ley de Emergencia, alteraron algunos de los arreglos financieros consagrados por el Gobierno, la

adopción de tales medidas fue necesaria para la protección de los intereses esenciales de seguridad del Estado argentino.

220. Las Demandantes identifican las cuatro medidas discutidas en este caso—suspensión y derogatoria de los ajustes por PPI, congelamiento de las tarifas de distribución del gas y abandono del cálculo de las tarifas en dólares, todas tomadas unilateralmente— y señalan que la Demandada debe probar la necesidad de cada medida para proteger el orden público argentino y sus intereses esenciales de seguridad (Réplica, § 209). Según las Demandantes, las medidas son “necesarias” cuando representan la única opción disponible para invocar la protección que brinda el Artículo XI.

221. Las Demandantes definen medidas de orden público como “acciones tomadas en base a los poderes de policía del Estado, relacionadas, particularmente, con la salud y la seguridad”. Partiendo de esta definición, afirman que las medidas discutidas en este caso no estaban dirigidas a calmar la debacle que amenazaba al país. En consecuencia, no pueden ser calificadas como medidas de orden público.

222. Respecto a los “intereses esenciales de seguridad”, las Demandantes reiteran que, no incluyen intereses económicos, sólo aquéllos de defensa o los de tipo militar. Comparan los intereses esenciales del Estado con aquéllos que amenazan la seguridad nacional, mientras que una “emergencia nacional”, circunstancia alegada por la Demandada para invocar la protección del estado de necesidad, tiene un sentido completamente distinto. A juicio de las Demandantes, las crisis económicas no deberían ser elevadas al nivel de interés esencial de seguridad y que, de hacerlo, se estaría violando el objeto y propósito del Tratado. Para las Demandantes, es justamente durante las crisis económicas cuando los inversionistas requieren más de las protecciones del Tratado.

223. Las Demandantes señalan que, en todo caso, el Artículo XI no releva a Argentina de su obligación de compensarlas por los daños sufridos a consecuencia de las violaciones del Tratado.

224. Finalmente, las Demandantes también rechazan la posibilidad de aplicar la regla prevista en el Artículo IV(3) del Tratado, pues no aplica a crisis económicas y tampoco autoriza al Estado receptor a revocar o suspender las protecciones otorgadas a los inversionistas extranjeros (Réplica, § 229).

225. Las Demandantes invocan el Artículo 27 del Proyecto de Responsabilidad de los Estados de la Comisión de Derecho Internacional. Afirman que, aún si la defensa que representa el estado de necesidad fuese aplicable en las circunstancias del caso concreto, el mencionado artículo aclara que las obligaciones de

Argentina para con las Demandantes no están extintas, por lo que Argentina debe compensar a las Demandantes por las pérdidas en que incurrieron como resultado de las acciones del Gobierno. El Artículo 27 establece que “La invocación de una circunstancia que excluye la ilicitud en virtud del presente capítulo se entenderá sin perjuicio de: a) El cumplimiento de la obligación de que se trate...; b) La cuestión de la indemnización de cualquier pérdida efectiva causada por el hecho en cuestión” (Réplica, §§ 226–228).

b. Análisis del Tribunal

226. A juicio de este Tribunal, desde el 1 de diciembre de 2001 hasta el 26 de abril de 2003, Argentina estuvo sumida en un período de crisis, durante el cual fue necesario tomar medidas con miras a mantener el orden público y proteger sus intereses esenciales de seguridad.

227. El Tribunal no ha considerado como fecha de inicio para el estado de necesidad, la de la entrada en vigor de la Ley de Emergencia, el 6 de enero de 2002, debido, en primer lugar, a que la emergencia ya había comenzado cuando se dictó la Ley. En segundo lugar, si consideramos como fecha de inicio la sanción de la Ley de Emergencia, probablemente se consideraría lógico tomar como fecha de cierre el levantamiento de la emergencia por el Estado argentino, hecho que aún no ha ocurrido pues la vigencia de la Ley se ha prorrogado varias veces.

228. Es de señalar que existe una emergencia de hecho que se inició el 1 de Diciembre de 2001 y terminó el 26 de abril de 2003, por las razones que señalaremos a continuación, y una emergencia legislativa, que se inicia y termina con la sanción y la derogación de la Ley de Emergencia. Recuérdese que Argentina ha decretado un estado de necesidad que se ha extendido hasta hoy, y, de hecho, cuenta con el record de decretos desde 1901, viviéndose en este país períodos de emergencia más largos que los de no emergencia. Estos períodos deberían ser de carácter rigurosamente excepcional y únicamente deberían aplicarse en circunstancias extraordinarias. En consecuencia, para que el estado de necesidad pueda alegarse como defensa de un Estado, será necesario demostrar la existencia de graves desórdenes públicos. Basados en la evidencia con que cuenta este Tribunal, determinó que la situación cesó en el momento en que el Presidente Kirchner fue electo.

229. Por tanto, Argentina, a la luz del Artículo XI, queda eximida de responsabilidad por el incumplimiento del Tratado durante el período comprendido entre el 1 de diciembre de 2001 y el 26 de abril de 2003. La decisión se fundamenta a continuación:

230. Estas fechas coinciden, por una parte, con la medida de congelamiento de los fondos, que prohibía a los propietarios de cuentas bancarias retirar más de mil pesos mensuales y, por la otra, con la elección del Presidente Kirchner. El Tribunal ha establecido estas fechas como el inicio y el fin del período de extrema crisis, tomando en consideración la notoriedad de los eventos ocurridos.

231. De la evidencia presentada ante este Tribunal se deriva que las condiciones vividas en diciembre de 2001 representaron el grado de desórdenes públicos más alto y una amenaza a los intereses esenciales de seguridad argentinos. El período en cuestión no es simplemente un período de “problemas económicos” o de “fluctuación del ciclo de los negocios” (Alegatos Post-Audiencia de las Demandantes, § 14). Una crisis extremadamente severa en los sectores económico, político y social, alcanzó su clímax en diciembre de 2001, amenazando con el colapso total del Gobierno y del Estado argentino.

232. Los indicadores económicos de mayor importancia alcanzaron proporciones catastróficas durante diciembre de 2001. Un deterioro acelerado del Producto Interno Bruto Argentino (PIB) comenzó en diciembre de 2001, cayendo entre 10% y 15% más que el año anterior. El consumo privado, acompañado por los precios de productos domésticos, decayó dramáticamente en el último trimestre del 2001. Durante este período se registró la caída generalizada de precios y la disminución del valor de los bienes situados en Argentina. El Índice Merval, que mide el valor de la participación en las principales compañías de Argentina, incluidas en la Bolsa de Valores de Buenos Aires, cayó drásticamente en un 60%, a finales de diciembre de 2001. Para mediados de ese mismo año, el riesgo país de Argentina se ubicó como el más alto del mundo, impidiéndole solicitar préstamos en el mercado internacional y reflejando la gravedad de la crisis económica.

233. Para la época, la fuga de capitales representó un grave problema para el Gobierno. En el cuarto trimestre de 2001, el Banco Central de Argentina perdió once billones de dólares de Estados Unidos en reservas líquidas, lo cual alcanza el 40% de las mismas. El sistema bancario perdió el 25% del total de sus depósitos.

234. Desde principios de 1998, los niveles de desempleo, pobreza e indigencia gradualmente fueron aumentando hasta alcanzar límites intolerables en diciembre de 2001. El desempleo llegó a casi un 25%, y aproximadamente la mitad de la población argentina estaba viviendo en niveles extremos de pobreza. El sistema de salud estuvo al borde de un colapso. Los precios de los productos farmacéuticos se elevaron, mientras el país se iba hundiendo en un profundo período deflacionario, llegando a ser inasequibles para la población de bajos ingresos. Los hospitales sufrieron un severo recorte en sus insumos básicos. Las inversiones en infraestructura y equipo para los hospitales públicos declinaron

como nunca antes. Estas condiciones obligaron al Gobierno a declarar la emergencia del sistema de salud a nivel nacional, con el objeto de asegurar el acceso de la población a los servicios básicos de cuidado médico. Al mismo tiempo, un cuarto de la población no tenía acceso a un mínimo de productos alimenticios para asegurar su subsistencia. Dado el nivel de pobreza y la falta de acceso al sistema de salud y a una nutrición apropiada, sobrevinieron las enfermedades. Frente a la creciente presión para proporcionar servicios sociales y seguridad a las masas de gente indigente y pobre, el Gobierno estuvo forzado a disminuir en un 74% su gasto *per capita* en servicios sociales

235. Para diciembre de 2001 existía un temor generalizado entre la población de que el Gobierno cayera en *default* y restringiera los retiros para prevenir la quiebra del sistema bancario. Con el objeto de prevenir esta posible quiebra, el 1 de diciembre de 2001, el Gobierno dictó el Decreto de Necesidad y Emergencia N° 1570/01. Este Decreto desencadenó el descontento social. Violentas demostraciones y protestas paralizaron la economía, ello abarcó la suspensión efectiva del sistema de transporte. La violencia y los disturbios continuaron, y cobraron decenas de vidas a medida que la situación iba evolucionando hacia la anarquía total. Un toque de queda fue impuesto para calmar los disturbios.

236. Para el 20 de diciembre de 2001, el Presidente De la Rúa había renunciado. Su administración fue seguida por una sucesión de presidentes en muy pocos días, hasta que Eduardo Duhalde asumió el cargo el 1 de enero de 2002, con la misión de restaurar las condiciones normales del país.

237. Todo este escenario negativo —económico, político y social— en su conjunto, activó las protecciones ofrecidas por el Artículo XI del Tratado, las cuales permitieron tomar medidas para mantener el orden público y controlar el descontento de la población.

238. Este Tribunal rechaza la interpretación según la cual el Artículo XI sólo es aplicable a circunstancias relacionadas con la acción militar o la guerra. Ciertamente, las condiciones vividas en Argentina desde diciembre de 2001 exigían una acción inmediata y decisiva, para restaurar el orden civil y detener la caída de la economía. Concluir que una profunda crisis económica no constituye un interés esencial de seguridad, sería minimizar el caos que la economía puede causar en las vidas de una población entera y en la capacidad de dirección del Gobierno. Cuando las bases económicas de un Estado se encuentran sitiadas, la severidad del problema puede compararse con la de una invasión militar.

239. Las Demandantes afirman que la necesidad de defensa no fue considerada, pues las medidas adoptadas por Argentina no eran la única respuesta posible a la crisis. Este Tribunal no está de acuerdo con esta afirmación y, por el contrario,

estima que el Artículo XI se refiere a situaciones en las cuales el Estado no tenga elección al actuar. Un Estado puede tener múltiples respuestas para mantener su orden público o proteger sus intereses esenciales de seguridad. En tal sentido, se acepta que el hecho de que la República Argentina haya suspendido el cálculo de las tarifas en dólares americanos y el ajuste de las tarifas de acuerdo al PPI, fue una manera legítima de proteger su sistema económico y social.

240. El Tribunal ha determinado que dictar la Ley de Emergencia fue una medida necesaria y legítima del Gobierno argentino. Bajo las condiciones que el Gobierno enfrentó en 2001, el tiempo era un factor esencial a tener en cuenta para ofrecer una respuesta. Bajo la Ley de Emergencia, elaborada en tan sólo seis días, se tomaron rápida y unilateralmente las acciones necesarias para combatir la crisis económica (Audiencia sobre el Fondo, 25 de enero de 2005, Ratti, Transcripción en español, pp. 415–419).

241. Al elaborar la Ley de Emergencia, el Gobierno consideró los intereses de los inversionistas extranjeros, y concluyó que “Nosotros no podíamos dejar que hubiese segmentos de la economía que estuviesen funcionando con el esquema de economía virtualmente dolarizada que venía en crisis sino que había que discontinuar ese proceso y establecer una nueva regla general para todos” (Audiencia sobre el Fondo, 25 de enero de 2005, Ratti, Transcripción en español, p. 417). La estrategia de Argentina para atender miles de contratos del sector de los servicios públicos que no podían ser abordados individualmente fue implementar “soluciones generales” y luego renegociar los contratos (Audiencia sobre el Fondo, 26 de enero de 2005, Roubini, Transcripción en español, p. 635). El Tribunal acepta la necesidad de dictar una medida que detuviera la caída al abismo y, por tanto, rechaza el argumento de las Demandantes según el cual esta respuesta unilateral era innecesaria.

242. El Tribunal acepta que las disposiciones de la Ley de Emergencia que derogaron el cálculo de las tarifas en dólares estadounidenses, los ajustes en base al PPI y congelaron las tarifas, fueron medidas necesarias para combatir una crisis económica extremadamente seria. Ciertamente, sería irrazonable concluir que durante este período el Gobierno debiera haber implementado un aumento en la tarifa, de acuerdo con un índice vinculado con una economía que experimentaba un período de alta inflación (como era la de los Estados Unidos). La severa devaluación del peso con relación al dólar hace razonable la decisión del Gobierno de abandonar el cálculo de las tarifas en dólares. Igualmente, el Gobierno consideró que congelar las tarifas del gas durante el período de crisis fue necesario. Por su parte, las Demandantes no han suministrado al Tribunal razón alguna para considerar que tales medidas no habrían significado una solución inmediata para la crisis.

243. El Tribunal pasa ahora a analizar el Artículo IV(3) del BIT, según el cual:

A los nacionales o sociedades de una Parte cuyas inversiones sufran pérdidas en el territorio de la otra Parte con motivo de guerra o de otro conflicto armado, revolución, *estado de emergencia nacional*, insurrección, disturbio civil o cualquier otro acontecimiento similar, la otra Parte les otorgará, un trato no menos favorable que el trato más favorable que otorgue a sus propios nacionales o sociedades o a los nacionales o sociedades de terceros países, respecto de las medidas que adopte con relación a tales pérdidas. (Énfasis agregado).

244. El Artículo IV(3) del Tratado confirma que los Estados parte del Tratado Bilateral contemplaron el estado de necesidad como una categoría separada de circunstancias excepcionales. Lo que está de conformidad con la interpretación dada por el Tribunal del Artículo XI del Tratado. El Tribunal ha determinado, como hecho notorio, que la gravísima crisis argentina duró desde el 1 de diciembre de 2001 hasta el 26 de abril de 2003. El Tribunal, de acuerdo con las pruebas, no considera que Argentina haya violado durante este período el Artículo IV(3) del Tratado. Por el contrario, durante este período las medidas tomadas por Argentina fueron “generales”.

245. En el análisis anterior, el Tribunal ha determinado que las condiciones en Argentina desde el 1 de diciembre de 2001 hasta el 26 de abril de 2003 fueron tales, que dicho Estado queda eximido de responsabilidad por las violaciones del Tratado resultantes de las medidas que adoptó. El concepto de eximir a un Estado de responsabilidad por la violación de sus obligaciones internacionales durante el llamado “estado de necesidad” o “estado de emergencia” también existe en el Derecho internacional. Luego, y aunque el Tribunal considera que las protecciones del Artículo XI del Tratado han sido accionadas en este caso y son suficientes para eximir a Argentina de responsabilidad, reconoce que el estado de necesidad, tal y como se define hoy en el Derecho internacional (reflejado en el Artículo 25 del Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad de los Estados por Hechos Ilícitos Internacionales, elaborado por la Comisión de Derecho Internacional) confirma la conclusión del Tribunal⁶².

⁶² El Artículo 25 del Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad de los Estados por Hechos Ilícitos Internacionales (Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts) indica:

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

a) Sea el único modo para el Estado de salvaguardar un interés esencial contra un peligro grave e inminente; y

246. En el Derecho internacional el estado de necesidad está definido por ciertas características que deben estar presentes para que un Estado pueda invocarlo como defensa. En tal sentido, en el informe elaborado por Roberto Ago, uno de los mentores del Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad de los Estados, se afirma que ha de tratarse de un peligro grave para su existencia, para su supervivencia política o económica, para el mantenimiento de las posibilidades de funcionamiento de sus servicios esenciales, para la conservación de la paz interior, para la supervivencia de una parte de su territorio⁶³. Es decir, se trata de intereses que, a menudo, se hacen valer, en este contexto, como intereses esenciales o particularmente importantes para el Estado⁶⁴.

247. Así, la Organización de las Naciones Unidas ha entendido que la procedencia del estado de necesidad depende, en todo caso, de la existencia concurrente de tres circunstancias, a saber: es necesario un peligro para la sobrevivencia misma del Estado y no para sus intereses específicos; ese peligro

b) No afecte gravemente a un interés esencial del Estado o de los Estados con relación a los cuales existe la obligación, o de la comunidad internacional en su conjunto.

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

a) La obligación internacional de que se trate excluye la posibilidad de invocar el estado de necesidad; o

b) El Estado ha contribuido a que se produzca el estado de necesidad.

El Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad de los Estados por Hechos Ilícitos Internacionales de la Comisión de Derecho Internacional fue abandonado después de que se produjera un debate relacionado al proyecto original, preparado bajo los auspicios de la Sociedad de Naciones en 1930. Luego fue retomado por la Asamblea General en 1963. Su versión definitiva, producto principalmente del trabajo de Roberto Ago, Willem Riphagen y Gaetano Arangio-Ruiz, fue aprobada en 1981 y sujeta a revisión en 1998. Fue aprobada en 2001, durante la 85ava. sesión plenaria de la Asamblea General de las Naciones Unidas (Sesión de fecha 12 de diciembre de 2001, durante el quincuagésimo sexto período de sesiones, Punto en la agenda 162 del Programa, A/RES/56/83).

⁶³ Informe de las Naciones Unidas, A/CN.4/318/ADD.5, p. 3.

⁶⁴ Strupp, K., *Les règles générales du Droit de la paix*, en: Recueil des Cours, 1934 I, T. 47, pp. 259–595 ss., especialmente p. 568. En sentido similar, la Comisión de Derecho Internacional ha definido el estado de necesidad como la situación en que se encuentra un Estado que no tiene ningún otro medio para preservar un interés esencial, amenazado por un peligro grave e inminente, que el de adoptar un comportamiento no conforme con lo que de él exige una obligación internacional para con otro Estado. En la elaboración del concepto de estado de necesidad, ha de hacerse una referencia obligada al *affaire* de la caza de focas en Rusia. En tal supuesto, el Gobierno ruso prohibió la caza de focas cerca de las costas rusas, incluyendo aguas internacionales y fundamentó tal decisión en la necesidad absoluta de tomar medidas provisionales inmediatas. En una comunicación que, con ocasión de este incidente dirigiese el Canciller ruso, Chickline, al embajador británico, Morier, se establecieron los principales elementos del estado de necesidad, esto es, la naturaleza absolutamente excepcional de la situación alegada; el carácter inminente del peligro que pesa sobre un interés importante del Estado; la imposibilidad de evitar el peligro con otros medios, y el carácter necesariamente temporal de esa justificación, ligada a la persistencia del peligro debido. (Ver Naciones Unidas, Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su trigésimo segundo período de sesiones, p. 87).

no debe haber sido creado por el Estado que actúa; finalmente, se exige que el peligro sea grave e inminente, de manera que no sea posible evitarlo por otros medios.

248. En todo caso, el concepto de estado de necesidad y los requisitos que para su procedencia se exigen, conducen a la idea de prevención. El Estado se cuida del riesgo de sufrir determinados daños, por ello, la posibilidad de alegar el estado de necesidad se ve rigurosamente delimitada por la exigencia de que se trate de un peligro grave e inminente y que no se pueda evitar por cualquier otro medio. Tales circunstancias, en principio, y así lo ha aceptado la Comisión de Derecho Internacional, fueron dejadas a la apreciación subjetiva del Estado. Sin embargo, convencida de que esta excepción, de necesario reconocimiento, se ha prestado a frecuentes abusos por parte de los Estados al proporcionar una “ocasión demasiado fácil de violar impunemente el Derecho Internacional”. La Comisión, en su Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad de los Estados fijó condiciones muy restrictivas para su procedencia, reduciendo tal subjetividad⁶⁵.

249. James Crawford, quien fuera relator del Proyecto aprobado en 2001, sostuvo que cuando un Estado invoca el estado de necesidad, tiene plena conciencia de haber optado, deliberadamente, por un proceder que no está en conformidad con una obligación internacional⁶⁶. Esta acción, deliberada por parte del Estado, está sujeta, por tanto, a los requisitos del Artículo 25 del Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad de los Estados, los cuales deben cumplirse concurrentemente, pues, de lo contrario, no es posible eximir de responsabilidad al Estado que viola sus obligaciones internacionales a la luz del Derecho internacional.

250. Examinando cada uno de los elementos del Artículo 25, lo primero que se requiere es que sea el único medio a disposición del Estado para salvaguardar un interés. De acuerdo con S. P. Jagota, miembro de la Comisión, tal requisito implica que el daño a sus intereses esenciales no haya podido “evitarse por ningún otro medio, incluso mucho más oneroso, que hubiera podido adoptarse manteniendo el respeto de las obligaciones internacionales... El Estado debe haber agotado todos los medios jurídicos posibles antes de verse obligado a obrar como lo hace”⁶⁷. Mas, debe considerarse que todo lo que rebase los límites

⁶⁵ Informe de las Naciones Unidas, A/CN.4/315, p. 78.

⁶⁶ Crawford, James, *Segundo informe sobre la responsabilidad de los Estados*, ONU, Asamblea General, Comisión de Derecho Internacional, quincuagésimo primer período de sesiones, Ginebra, 23 de julio de 1999, A/CN.4/498/Add.2, pp. 27-28.

⁶⁷ Informe de las Naciones Unidas, A/CN.4/SER.A/1980, pp.155 y 175.

de lo estrictamente necesario “no puede dejar de constituir en sí mismo un hecho ilícito, aún cuando, por lo demás, la justificación de la necesidad haya sido admitida”⁶⁸.

251. El interés, sujeto a protección, también debe ser esencial para el Estado. Lo que se considera un interés “esencial”, no debe entenderse limitado a aquellos intereses referidos a la existencia del Estado. Tal como lo ha demostrado la práctica, intereses económicos, financieros o relacionados con la protección del Estado frente a cualquier peligro que comprometa gravemente su situación interna o externa son también considerados intereses esenciales. Justamente, tratando de dar contenido a la expresión “intereses esenciales”, Roberto Ago se refirió a aquéllos relacionados con “materias tan diversas como la economía, la ecología u otras”⁶⁹. Julio Barboza, por su parte, afirmó que la amenaza a un interés esencial sería identificada considerando, entre otros, “un peligro grave para la existencia del Estado, para su supervivencia política o económica, para el mantenimiento de las posibilidades de funcionamiento de sus servicios esenciales, para la conservación de la paz interior o para la conservación ecológica de su territorio”⁷⁰.

252. James Crawford también ha admitido que no se puede ofrecer una definición *a priori* de “interés esencial”, pero ha de entenderse que no se trata de la “existencia” del Estado, “pues para su protección ha de recurrirse a la legítima defensa”⁷¹. Así, el carácter más o menos esencial de un interés, ha de determinarse en función del conjunto de las condiciones en que se encuentra un Estado en las diversas situaciones concretas; es preciso apreciarlo en relación con cada caso en particular en que entre en consideración tal interés, pues no podría determinarse anticipadamente en abstracto⁷².

253. El interés debe ser amenazado por un peligro grave e inminente. La amenaza, ante todo —ha dicho Roberto Ago— “ha de ser sumamente grave y actual”⁷³. Al respecto, James Crawford ha sostenido que el peligro debe ser establecido objetivamente y no sólo ser considerado posible⁷⁴. Deberá ser inminente en el sentido de que ocurrirá pronto.

⁶⁸ *Ibidem*.

⁶⁹ Informe de las Naciones Unidas, A/CN.4/SER.A/1980, p. 174.

⁷⁰ *Ibidem*.

⁷¹ Crawford, James, *Segundo informe sobre la Responsabilidad del Estado*, *op. cit.*, p. 30.

⁷² *Ibidem*.

⁷³ Informe de las Naciones Unidas, A/CN.4/318/ADD.5-7. p. 20.

⁷⁴ Crawford, James, *Segundo informe sobre la Responsabilidad del Estado*, *op. cit.*, p. 31. Así se refleja, de hecho, en el Principio 15 de la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y el Desarrollo, aprobada por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo de 1992.

254. La acción tomada por el Estado no puede afectar un interés esencial de otro Estado. A este respecto, la Comisión ha señalado que el interés sacrificado en aras de la necesidad debe ser, evidentemente, menos importante que el interés que con ello se quiere preservar⁷⁵. Con tal precisión se buscó descartar la posibilidad de invocar el estado de necesidad, para la salvaguarda de intereses no esenciales.

255. La obligación internacional en cuestión debe permitir la invocación del estado de necesidad. La inclusión de un artículo autorizando el estado de necesidad en un tratado bilateral de inversión, constituye la aceptación, en las relaciones entre Estados, de la posibilidad de que uno de ellos pueda invocar el estado de necesidad.

256. El Estado no debe haber contribuido a que se produzca el estado de necesidad. Parece lógico que si el Estado ha contribuido a causar la emergencia, le sea vedado el acceso a la invocación del estado de necesidad. Si media falta de parte del Estado, desaparece la excepción, pues, en ese caso, se produce la relación de causalidad entre la actuación del Estado y el daño causado. El Tribunal considera que, en primer lugar, las Demandantes no han probado que el Estado Argentino contribuyera a la severa crisis que afrontaba el país; y, en segundo lugar, la actitud del Gobierno argentino ha demostrado el deseo de frenar, a toda costa, la gravedad de la crisis.

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

⁷⁵ Informe de las Naciones Unidas, A/CN.4/318/ADD.5-7. p. 20.

258. Aunque este examen del Artículo 25 del Proyecto sobre Responsabilidad de los Estados no exime por sí mismo de responsabilidad a Argentina, refuerza el análisis del Tribunal en relación al significado del Artículo XI, en especial, el requisito de necesidad de las medidas para el mantenimiento del orden público y la protección de los intereses esenciales de seguridad argentinos.

259. Cumplidos los requisitos para invocar el estado de necesidad, el Tribunal considera que éste es el factor eximente de la responsabilidad por los daños causados a consecuencia de las medidas que tomó Argentina en respuesta a la severa crisis que tuvo lugar en este país.

260. En relación al Artículo 27 del Proyecto de las Naciones Unidas alegado por las Demandantes, el Tribunal opina que el artículo en cuestión no se refiere específicamente a la compensación por alguna o por todas las pérdidas en las que haya incurrido un inversionista, debido a las medidas adoptadas por un Estado durante el estado de necesidad. El Comentario del Ponente Especial establece que el Artículo 27 “*does not attempt to specify in what circumstances compensation would be payable*”⁷⁶. La norma no precisa si debe pagarse compensación durante el estado de necesidad ni tampoco si el Estado debe reasumir sus obligaciones. En este caso, la interpretación del Artículo XI del Tratado dada por el Tribunal provee la respuesta.

261. Tomando en cuenta esta interpretación el Tribunal considera que el Artículo XI consagra el estado de necesidad como causa de exclusión de la ilicitud del comportamiento del Estado y, por ende, como eximente de responsabilidad. Esta excepción sólo procede durante la situación de emergencia y, una vez concluida tal situación, es decir, una vez recuperada cierta estabilidad, el Estado no está exento de la responsabilidad en que pudiere incurrir por la violación de sus obligaciones conforme al Derecho internacional y deberá reasumirlas inmediatamente.

(iv) Consecuencias del estado de necesidad

262. Una vez que el Tribunal ha determinado que Argentina ha actuado en estado de necesidad consagrado en el Artículo XI, y de acuerdo al Derecho internacional general, surgen tres aspectos relevantes:

263. El primero de ellos se refiere a la determinación del período durante el cual se produjo el estado de necesidad. Tal y como se estableció anteriormente,

⁷⁶ Crawford, James, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility*, Cambridge University Press, 2002, pp. 178 y ss.

a juicio de este Tribunal, se inició el 1 de diciembre de 2001 y finalizó el 26 de abril de 2003, fecha de la elección del Presidente Kirchner (véase el Análisis del Tribunal). Todas las medidas tomadas por Argentina en violación al Tratado antes⁷⁷ y después del período durante el cual se produjo el estado de necesidad, surten todos los efectos y serán tomadas en consideración por este Tribunal en el cálculo de los daños.

264. La segunda cuestión relacionada con los efectos del estado de necesidad, se vincula con la determinación del sujeto sobre quien recaen las consecuencias de las medidas tomadas por el Estado receptor durante el estado de necesidad. Tal y como se estableció en el Análisis del Tribunal, el Artículo 27 del Proyecto de la Comisión de Derecho Internacional, al igual que el Artículo XI del Tratado, no precisa si debe pagarse compensación a la parte que sufre pérdidas durante el estado de necesidad. Sin embargo y en concordancia con lo expresado en los párrafos 260 y 261 *supra*, este Tribunal determinó que las pérdidas sufridas durante el Estado de necesidad deberán ser soportadas por el inversionista.

265. La tercera cuestión, está relacionada con lo que Argentina debió haber hecho, una vez terminado el estado de necesidad el 26 de abril de 2003. Al día siguiente (27 de abril), las obligaciones de Argentina recobraron su vigencia. Por lo tanto, la Demandada debió reestablecer el sistema tarifario ofrecido a LG&E o, al menos, haber compensado a las Demandantes por las pérdidas sufridas como consecuencia de sus medidas antes del estado de necesidad y después del mismo.

(v) Conclusión del Tribunal

266. Basado en el análisis del estado de necesidad, el Tribunal concluye que, en primer lugar, dicho estado se inició el 1 de diciembre de 2001 y finalizó el 26 de abril de 2003; que, en segundo lugar, durante ese período Argentina queda exenta de responsabilidad, por lo cual las Demandantes deberán soportar las consecuencias de las medidas tomadas por el Estado receptor; y finalmente, la Demandada debió restablecer el sistema tarifario el 27 de abril de 2003 o haber compensado a las Demandantes, lo cual no ocurrió. En consecuencia, a partir de esa fecha Argentina es responsable por los daños causados a las Demandantes.

⁷⁷ El período anterior al estado de necesidad se inicia a partir de la medida cautelar dictada por la Corte argentina el 18 de agosto de 2000.

VII. DECISIÓN DEL TRIBUNAL SOBRE LA RESPONSABILIDAD

267. En base a lo antes expuesto, este Tribunal declara parcialmente con lugar la demanda de LG&E, y en tal sentido decide:

- a. Declarar sin lugar la expropiación de la inversión.
- b. Declarar que Argentina violó los estándares de trato justo y equitativo, trato no menos favorable que el exigido por el Derecho internacional y tomó medidas discriminatorias, todo lo cual causó daños a LG&E. La derogatoria hecha por Argentina de las garantías incluidas en el marco legal, según se indicó en el párrafo 175 *supra*, constituyó una violación de sus obligaciones para con las inversiones de las Demandantes, generando responsabilidad a la luz de la cláusula paraguas.
- c. Declarar que no hubo violación del estándar que prohíbe dictar medidas arbitrarias.
- d. Declarar que entre el 1 de diciembre de 2001 y el 26 de abril de 2003, Argentina actuó en estado de necesidad, razón por la cual se le exonera del pago de la indemnización por concepto de los daños ocurridos durante tal período.
- e. La República Argentina es responsable por los daños causados a las Demandantes, consecuencia de las violaciones antes indicadas, excepto durante el período correspondiente al estado de necesidad. Tales daños, incluyendo intereses, así como la especificación de los lapsos en los cuales la Demandada ha incurrido en violación de sus obligaciones internacionales, serán determinados durante la próxima fase del arbitraje, con respecto a la cual el Tribunal retiene jurisdicción.
- f. Se reserva cualquier decisión sobre los costos del arbitraje.

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

PROFESOR ALBERT JAN VAN DEN BERG

Arbitro

JUEZ FRANCISCO REZEK

Arbitro

DRA. TATIANA B. DE MAEKELT

Presidente