

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

DECISIÓN SOBRE LAS EXCEPCIONES A LA JURISDICCION

CASO CIADI No. ARB/04/01

**Total S.A.
Demandante**

c.

**la República Argentina
Demandada**

ante el Tribunal de Arbitraje integrado por:

Prof. Giorgio Sacerdoti (Presidente)

Sr. Luis Herrera Marcano (Arbitro)

Sr. Henri C. Alvarez (Arbitro)

Secretaria del Tribunal
Gabriela Álvarez Ávila

Washington, D.C., 25 de agosto de 2006

Decisión del Tribunal sobre las excepciones a la jurisdicción

Índice de materias

Índice de abreviaturas	Error! Bookmark not defined.
I. Procedimiento.....	1
II. El objeto de la controversia.....	4
III. Las excepciones a la jurisdicción presentadas por la Argentina.....	12
A. Primera excepción:.....	13
B. Segunda excepción:	14
C. Tercera excepción:.....	16
D. Cuarta excepción:.....	20
E. Quinta excepción:	24
F. Sexta excepción:	28
IV. Examen por el Tribunal de las excepciones a la jurisdicción.....	30
A. La metodología apropiada para resolver el dilema jurisdiccional	31
B. Primera excepción a la jurisdicción presentada por la Argentina.....	36
C. Segunda excepción a la jurisdicción presentada por la Argentina.....	37
D. Tercera excepción a la jurisdicción opuesta por la Argentina.....	41
E. Cuarta excepción a la jurisdicción opuesta por la Argentina.....	47
F. Quinta excepción a la jurisdicción presentada por la Argentina.....	49
G. Sexta excepción a la jurisdicción presentada por la Argentina.....	51
Decisión	54

Decisión del Tribunal sobre las excepciones a la jurisdicción

Índice de abreviaturas

“Total” o “la Demandante”	Total S.A.
“la Argentina” o “la Demandada”	la República Argentina
“Convenio del CIADI”	El Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados
“TBI”	El Tratado entre Francia y la Argentina sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones
“Reglas de Iniciación”	Reglas Procesales Aplicables a la Iniciación de los Procedimientos de Conciliación y Arbitraje
“Reglas de Arbitraje”	Las Reglas Procesales Aplicables a los Procedimientos de Arbitraje
“MFD”	Memorial sobre el fondo de la cuestión de la Demandante
“MJD”	Memorial sobre objeciones a la jurisdicción del Centro y a la competencia del Tribunal de la Demandada
“MCJD”	Memorial de contestación sobre la jurisdicción de la Demandante

I. Procedimiento

1. El 12 de octubre de 2003, Total S.A. (en adelante “Total” o “la Demandante”) presentó al Secretario General del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones una “Solicitud de arbitraje” contra la República Argentina (en adelante “la Argentina” o “la Demandada”) de conformidad con el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (en adelante el “Convenio del CIADI”) y el Tratado entre Francia y la Argentina sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (en adelante el “TBI”) del 3 de julio de 1991.

2. De conformidad con la Regla 5 de las Reglas Procesales Aplicables a la Iniciación de los Procedimientos de Conciliación y Arbitraje (en adelante las “Reglas de Iniciación”), el 3 de noviembre de 2003 el Secretario General acusó recibo de la solicitud y el 4 de noviembre de 2003 envió copia de ésta a la República Argentina y a la Embajada de la Argentina en la ciudad de Washington. Tras el intercambio de nuevas comunicaciones, el 22 de enero de 2004 el Secretario General registró la Solicitud de arbitraje de Total de conformidad con el Artículo 36(3) del Convenio del CIADI, y notificó su registro a las partes. Al mismo tiempo, el Secretario General, con arreglo a la Regla de Iniciación 7(d), invitó a las partes a que procedieran, en cuanto fuera posible, a constituir un Tribunal de Arbitraje de conformidad con los Artículos 37 a 40 del Convenio del CIADI.

3. El 29 de marzo de 2004, la Demandante nombró al Sr. Henri C. Alvarez, nacional de Canadá, como árbitro. El 14 de abril de 2004, la República Argentina nombró al Dr. Luis Herrera Marcano, nacional de Venezuela, como árbitro. El 20 de agosto de 2004, en

cumplimiento de la Regla 4 de las Reglas Procesales Aplicables a los Procedimientos de Arbitraje (en lo sucesivo, las “Reglas de Arbitraje”), el Presidente del Consejo Administrativo del CIADI nombró Presidente del Tribunal al Profesor Giorgio Sacerdoti, nacional de Italia. El 24 de agosto de 2004, el Secretario General Adjunto del CIADI informó a las partes que todos los miembros del Tribunal habían aceptado su nombramiento, por lo que, de conformidad con la Regla de Arbitraje 6(1), se entendía que el Tribunal había quedado constituido en esa misma fecha.

4. La primera sesión del Tribunal de Arbitraje se celebró el 15 de noviembre de 2004. Las partes comparecieron y estuvieron debidamente representadas. Las partes confirmaron que el Tribunal había sido debidamente constituido el 24 de agosto de 2004 de conformidad con el Convenio del CIADI y con las Reglas de Arbitraje y que no tenían objeciones que oponer a ese respecto.

5. En el curso de la primera sesión, las partes llegaron a un acuerdo sobre varias cuestiones de procedimiento, como consta en el acta firmada por el Presidente y la Secretaria del Tribunal. Entre las diversas decisiones sobre procedimiento adoptadas en esa sesión, se acordó que, de conformidad con la Regla de Arbitraje 22, los idiomas del procedimiento serían el español y el inglés. La Demandante presentaría sus alegatos en inglés y la Argentina presentaría las suyas en español, sin que fuese necesario traducir posteriormente los escritos al idioma elegido para el procedimiento por la parte contraria. Después de oír a las partes, el Tribunal decidió, mediante la Resolución Procesal No. 1, que la Demandante presentara su Memorial sobre el fondo del asunto en el plazo de cinco meses contados desde la fecha de celebración de la primera sesión. El Tribunal decidió además que si la Demandada deseara oponer excepciones a la jurisdicción, debía hacerlo

dentro de los 45 días siguientes al recibo del Memorial sobre el fondo del asunto de la Demandante. En el caso de que se opusieran excepciones a la jurisdicción, la Demandante presentaría su Memorial de contestación a las excepciones a la jurisdicción dentro de los 45 días siguientes al recibo del Memorial sobre jurisdicción de la Demandada. En la misma Resolución Procesal, el Tribunal decidió además que si la Demandada no oponía excepciones a la jurisdicción, debía presentar el Memorial de contestación sobre el fondo del asunto dentro de los cinco meses siguientes al recibo del Memorial sobre el fondo del asunto de la Demandante; posteriormente la Demandante debía presentar su Escrito de réplica sobre el fondo en el plazo de 60 días contados desde el recibo del Memorial de contestación de la Demandada; y la Demandada debía presentar su Escrito de dúplica sobre el fondo de la cuestión dentro de los 60 días siguientes al recibo del Escrito de réplica de la Demandante.

6. La Demandante presentó su Memorial sobre el fondo de la cuestión (en lo sucesivo el “MFD”) el 11 de abril de 2005; la Argentina presentó su Memorial sobre objeciones a la jurisdicción del Centro y a la competencia del Tribunal (en adelante el “MJD”) el 3 de junio de 2005. Con arreglo a la Regla de Arbitraje 41(3), el procedimiento sobre el fondo del asunto quedó suspendido. En virtud de la Resolución Procesal No. 1, la Demandante presentó luego su Memorial de contestación sobre la jurisdicción (en adelante el “MCJD”) el 1 de agosto de 2005.

7. La audiencia sobre jurisdicción se celebró en la ciudad de Washington el 5 de septiembre de 2005. La Sra. Cintia Yaryura, la Sra. María Victoria Vitali y el Sr. Ariel Martins se dirigieron al Tribunal en nombre de la Argentina. El Sr. Nigel Blackaby, el Sr. Georgios Petrochilos y el Sr. Luis A. Eriza se dirigieron al Tribunal en nombre de la

Demandante. Durante la audiencia, el Tribunal hizo preguntas a las partes, según lo dispuesto en la Regla de Arbitraje 32(3).

II. El objeto de la controversia

8. Antes de proceder a examinar la cuestión de jurisdicción planteada ante el Tribunal, parece conveniente referirse brevemente al objeto de hecho y de derecho de la controversia, tal como fue presentado por la Demandante en su Solicitud de arbitraje, y ampliado posteriormente en el MFD teniendo en cuenta además las declaraciones presentadas hasta la fecha por la Argentina. Dicha reseña se realiza con el único propósito de enunciar las circunstancias de hecho y las reclamaciones legales formuladas por la Demandante en relación con las cuales la Argentina ha opuesto excepciones a la jurisdicción. Ello no constituye una evaluación jurídica implícita ni explícita de parte del Tribunal, ni debería atribuírsele tal significado a los efectos del presente caso.

9. Como lo indica Total en sus escritos, la Demandante es una sociedad constituida de conformidad con la ley francesa y tiene su domicilio social en Francia, por lo que reúne las condiciones para ser un “inversor” francés en el sentido del artículo 1.2(b) del TBI. Total ha realizado varias inversiones en la Argentina en los sectores de transporte de gas, exploración y producción de hidrocarburos y generación de electricidad. De acuerdo con Total, sus inversiones en la Argentina consisten en tenencias accionarias mayoritarias y minoritarias en compañías que operan en los sectores de transporte, exploración y producción de gas natural, y de generación de electricidad, así como diversas licencias y derechos, concesiones y préstamos, todos los cuales se pueden calificar de “inversión” en el sentido que se da a ese término en el Artículo 1.1 del TBI.

10. En el sector de transporte de gas, Total tiene una participación indirecta del 19,21% en Transportadora de Gas del Norte S.A. (“TGN”), una de dos compañías distribuidoras de gas establecidas cuando la República Argentina privatizó Gas del Estado, Sociedad del Estado, en 1992. Se otorgó a TGN una licencia para el transporte de gas en el norte y el centro de la Argentina por un período de 35 años, prorrogable por otros 10 años a elección de TGN. En mayo de 1992, la Argentina promulgó la Ley 24.076 (la “Ley de Gas”) y el Decreto 1738/1992 (el “Decreto sobre el gas”), que establecieron las bases jurídicas para la privatización de la industria del gas. Tras un proceso de licitación pública, en 1992 el Gobierno de la Argentina vendió una participación del 70% en TGN a Gasinvest, un consorcio de inversores. En mayo de 2000, uno de los inversores de Gasinvest, el Grupo TransCanada, convino en vender su participación del 19,21% en TGN a Total. El acuerdo se concluyó el 23 de enero de 2001. Actualmente la tenencia accionaria de Total en TGN se realiza a través de Gasinvest, en la que tiene una participación indirecta del 27,23%, y de varias otras tenencias accionarias¹.

11. Las inversiones de Total en el sector de exploración y producción de petróleo se iniciaron en 1978 cuando formó un consorcio con otras tres compañías (el “Consortio”) para explorar y explotar una serie de yacimientos de petróleo y gas en la zona de Tierra del Fuego. En 1979, cada uno de los miembros del Consortio, entre ellos Total Exploración S.A., conocido actualmente como Total Austral S.A., celebraron un contrato (Contrato 19.944) con Yacimientos Petrolíferos Fiscales, Sociedad del Estado (“YPF”) para la exploración y explotación de hidrocarburos en esa zona. Como parte de un plan

¹ Solicitud de arbitraje, párr. 101 y Anexo C-56 donde se muestra la estructura de la tenencia accionaria de Total en TGN. Véanse también las copias de extractos del registro de accionistas de TGN en que figuran las tenencias de acciones de Total en TGN, en el Anexo C-44.

para privatizar la industria de petróleo y gas a partir de 1989, ese contrato fue reemplazado por una nueva concesión por 25 años para la explotación de petróleo y gas de conformidad con la Ley 17.319/1967 (la “Ley de hidrocarburos”) y sus Decretos reglamentarios Nos. 1055/1989, 1212/1989 y 1589/1989. Según Total, con el fin de inducir a la compañía y a los demás inversores a que aceptaran rescindir el contrato anterior y participar en la nueva concesión, la Argentina ofreció a los integrantes del Consorcio el derecho a explorar y explotar yacimientos adicionales y ciertos derechos de disposición sobre el petróleo y el gas que extrajeran². Además, según Total, los ofrecimientos de la Argentina fueron incorporados en el Decreto 214/1994 (el “Decreto de concesión”) que fue adoptado para reglamentar la nueva inversión³. Otros aspectos del marco legal y reglamentario que gobierna la inversión de Total fueron establecidos en varios decretos y leyes. Total señala que como resultado de las declaraciones y las seguridades que recibió y que fueron incorporadas en el marco legal y reglamentario, convino en rescindir el contrato anterior y realizar nuevas inversiones como parte de la nueva concesión. Estas inversiones se hicieron a través de Total Austral e incluyen bienes para exploración y producción en varias zonas del sur de la Argentina, instalaciones y equipo de producción y contratos de venta de gas a largo plazo.

12. En el sector de generación de electricidad, Total ha invertido en dos importantes empresas generadoras, Central Puerto S.A. (“Central Puerto”) e Hidroeléctrica Piedra de Águila S.A. (“HPDA”). Central Puerto es una compañía grande de generación de electricidad a partir de dos combustibles, con capacidad para producir 2.165 megavatios,

² Véase Solicitud de arbitraje, párrs. 122-123.

³ Véase Solicitud de arbitraje, párr. 124, y los decretos y fuentes a que se hace referencia en las notas al pie 126 y 127.

lo que representa el 9,5% de la capacidad instalada total de la Argentina. Central Puerto fue creada en 1992 como parte de la privatización de Servicios Eléctricos del Gran Buenos Aires S.E. (“SEGBA”), una empresa de propiedad estatal, cuyas actividades de generación de electricidad se repartieron entre cuatro compañías generadoras de energía termoeléctrica. En el momento de la privatización, aproximadamente el 63,93% del total de acciones de Central Puerto fue adquirido por tres compañías chilenas. Eventualmente, una de ellas, la Compañía Chilena de Generación Eléctrica (rebautizada más adelante con el nombre de “Gener”), adquirió las acciones de las otras dos compañías. En julio de 2001, Total adquirió el total de las acciones de Central Puerto que tenía Gener (las que habían sido adquiridas en 2000 por AES Corporation). Total indica que pagó aproximadamente US\$255 millones y suscribió deuda por valor de US\$120 millones para adquirir las acciones de Central Puerto⁴. Total señala que posteriormente Central Puerto realizó importantes inversiones por un valor aproximado de US\$387 millones en la adquisición de unidades generadoras de energía con el objeto de ampliar y modernizar su capacidad. HPDA es, según se dice, la compañía de generación de energía hidroeléctrica más grande de la Argentina. Fue creada en 1993, como parte de la privatización de Hidroeléctrica Norpatagónica S.A., la compañía de generación de energía hidroeléctrica de propiedad estatal que se dividió en cinco unidades comerciales separadas a los fines de la privatización. Cuando se llevó a cabo la privatización en 1993, varios inversores extranjeros crearon una empresa argentina, Hidroneuquén S.A., con el propósito de hacer ofertas y adquirir el 59% de las tenencias accionarias de HPDA. Hidroneuquén S.A. sigue siendo propietaria de las acciones. En septiembre de 2001, Total, a través de Total

⁴ Véase en el Anexo C-70 un diagrama de las tenencias accionarias de Total en Central Puerto, y en el Anexo C-44, copia de un extracto del registro de accionistas de Central Puerto.

Austral, compró a Gener el 70,03% de Hidroneuquén mediante el pago de US\$72,5 millones y la adquisición de aproximadamente US\$57 millones de deuda subordinada en forma de bonos. Como resultado, Total es propietaria indirecta del 41,3% de las acciones de HPDA⁵. Después de la privatización, HPDA gastó sumas considerables en la adquisición de equipo y servicios (US\$161,7 millones) y ha asumido deuda existente (US\$405 millones). Según Total, la planta hidroeléctrica de HPDA comprende actualmente cuatro unidades con una capacidad instalada total de 1.400 megavatios. Esas unidades entraron en servicio en 1993-94 y representan el 6,13% de la capacidad instalada de generación de electricidad de la Argentina.

13. Total sostiene que en cada una de las esferas en que realizó inversiones, lo hizo sobre la base de las declaraciones ofrecimientos y promesas hechas por el gobierno argentino en el marco legal y reglamentario para las compañías privatizadas de transmisión de gas, el sector de exploración y producción de petróleo y gas y el sector de generación de electricidad. Total alega que varias medidas adoptadas por el gobierno argentino, la mayoría de las cuales se derivaron de la Ley 25.561/2002 (la “Ley de Emergencia”) o la siguieron, conjuntamente con la propia Ley de Emergencia, infringieron o revocaron los compromisos contraídos para atraer inversiones en los cuales se basó Total para realizar sus inversiones.

14. Más concretamente, Total indica que las medidas (las “Medidas” en los escritos de Total) son las siguientes:

- la conversión obligatoria de las tarifas de los servicios públicos denominadas en dólares a pesos (“pesificación”) a la tasa de uno por uno;

⁵ Véase la Solicitud de arbitraje, párrs. 158 a 160, el Anexo C-72: un diagrama en que se indica la participación de Total en HPDA y el Anexo C-44: una copia del registro de accionistas de HPDA.

- la derogación del ajuste de las tarifas de los servicios públicos en función del índice de precios al productor de Estados Unidos y otros índices internacionales;
- la pesificación de los contratos de derecho privado en dólares a la tasa de uno por uno;
- el congelamiento de la tarifa del gas al consumidor (que es la suma de a) el precio del gas en la boca del pozo, b) la tarifa de transporte del gas y c) la tarifa de distribución del gas);
- la imposición de a) un derecho de exportación retenido en la fuente a las ventas de hidrocarburos y b) de restricciones a la exportación de hidrocarburos;
- el abandono del mecanismo del precio marginal uniforme en el mercado de generación de electricidad mediante la imposición de precios máximos y otras medidas reglamentarias;
- la pesificación, a la tasa de uno por uno, de todos los demás pagos a que tienen derecho las empresas generadoras de electricidad, y
- la negativa a abonar las sumas correspondientes a los generadores, incluso a los valores enormemente reducidos resultantes de las Medidas⁶.

15. La Demandante alega que esas Medidas adoptadas por la Argentina han resultado en varias violaciones del TBI. Por lo que se refiere a las instalaciones de transmisión de gas de Total, ésta sostiene que las Medidas dieron lugar a la expropiación de la inversión de Total en TGN, en contravención del Artículo 5.2 del TBI; que las Medidas dieron un

⁶ Esta lista figura en el párr. 33 del MFD del 8 de abril de 2005. En los párrs. 104-116, 135-140 y 180-198 de la Solicitud de arbitraje de Total hay una descripción más detallada de las medidas contra las que se reclama y de sus repercusiones específicas.

tratamiento injusto e inequitativo a la inversión de Total en TGN, en contravención del Artículo 3 del TBI, y que la Argentina ha infringido su obligación de respetar los acuerdos especiales, en contravención del Artículo 10 del TBI.

16. En cuanto a las inversiones de Total en la exploración y producción de petróleo crudo y gas natural, Total alega que las diversas Medidas enumeradas le privaron del derecho a disponer libremente de sus hidrocarburos, en contravención de la obligación de otorgar un tratamiento justo y equitativo de conformidad con el Artículo 3 del TBI; que las Medidas trataron en forma arbitraria y discriminatoria a Total con respecto a su producción de hidrocarburos, en contravención de los Artículos 3 y 4 del TBI al beneficiar a los consumidores locales, industriales, comerciales o residenciales en detrimento de Total, y que las medidas de restricción de las exportaciones de hidrocarburos constituyen otras violaciones distintas a la obligación de otorgar un tratamiento justo y equitativo conforme a lo estipulado en el Artículo 3 del TBI.

17. En lo que respecta a las inversiones de Total en el sector de generación de electricidad, según Total, al aplicar las Medidas la Argentina ha incumplido la obligación de no tomar medidas equivalentes a expropiación sin otorgar una indemnización pronta, adecuada y efectiva, en contravención del Artículo 5.2. del TBI; ha violado la obligación de otorgar un tratamiento justo y equitativo estipulada en el Artículo 3 del TBI y la de abstenerse de discriminar en contra de Total (Artículo 4) con respecto a sus inversiones en Central Puerto y HPDA.

18. Con base en lo anterior, la Demandante pide al Tribunal que declare que la Argentina, a través de las distintas acciones y la conducta especificadas en la Solicitud de arbitraje y el Memorial de la Demandante, ha violado los artículos del TBI anteriormente

mencionados. Además, la Demandante solicita indemnización por los supuestos daños causados de ese modo a su inversión “por un monto que se calculará y que provisionalmente se estima no inferior a US\$940 millones”,⁷ además de intereses, una compensación adicional que se especificará posteriormente y el pago por la Argentina de todas las costas y los gastos de este arbitraje. Total considera que un Tribunal del CIADI es competente en virtud del Convenio del CIADI y del TBI para examinar sus reclamaciones y concederle la reparación solicitada. Total afirma que es un inversor francés que ha hecho inversiones protegidas en la Argentina de conformidad con el Artículo 1.1 del TBI. Asevera también que las partes en la controversia han consentido debidamente en el presente arbitraje de conformidad con el Artículo 25(1) y (2) del Convenio del CIADI y el Artículo 8 del TBI, de modo que todos los requisitos necesarios para establecer la jurisdicción se han cumplido.

19. La Argentina aún no ha contestado los argumentos de la Demandante sobre el fondo del asunto debido a que ha opuesto excepciones preliminares a la jurisdicción. Por lo tanto, el silencio de la Argentina sobre alguna cuestión determinada no puede interpretarse como aceptación de cualquiera de aquéllos. Sin embargo, con el exclusivo propósito de decidir sobre las excepciones preliminares, el Tribunal toma nota de que ciertos asuntos que guardan relación directa con su jurisdicción en este caso no han sido impugnados por la Argentina. Así pues, la Argentina no ha rebatido la alegación de que Total es una compañía francesa que ha hecho inversiones en la Argentina, ni tampoco ha refutado en realidad los hechos a que ha hecho referencia Total con respecto a sus operaciones en la Argentina, ni las referencias de la Demandante a las diversas leyes argentinas en vigor antes, durante y después del proceso de privatización que guardan

⁷ MFD párr. 403.

relación con las operaciones de Total. Tampoco ha rebatido la Argentina la existencia y el alcance de las medidas que adoptó en 2001-02, las que Total considera relevantes para el régimen jurídico aplicable a sus inversiones.

III. Las excepciones a la jurisdicción presentadas por la Argentina

20. En el MJD la Argentina plantea seis razones como fundamento para objetar la jurisdicción del CIADI y la competencia del Tribunal de Arbitraje para entender en la presente controversia. Las excepciones a la jurisdicción se enumeran a continuación y más adelante se describen específicamente y se tratan conjuntamente con los argumentos con que contesta la Demandante.

- A. La reclamación es inadmisibile *ab initio*, pues el inversor extranjero busca obtener reparación por los efectos de una crisis generalizada.
- B. La diferencia sometida al Tribunal no surge directamente de una medida dirigida contra la inversión.
- C. La diferencia sometida al Tribunal no constituye una “controversia en materia de inversión” con arreglo a lo dispuesto en el Artículo 8 del TBI pues 1) el reclamo no es una controversia de naturaleza jurídica; 2) incluso si el reclamo constituyese una controversia jurídica, sería de naturaleza contractual y, por lo tanto, ajena a la competencia de este Tribunal.
- D. Total carece de *ius standi* para demandar amparada en el derecho internacional y el derecho argentino aplicable.

- E. El Tribunal carece de competencia porque las partes pactaron la jurisdicción exclusiva de los Tribunales contencioso-administrativos federales de la ciudad de Buenos Aires, a los fines de la interpretación y ejecución del Contrato de Concesión.
- F. El reclamo es inadmisibile por falta de daño.

A. Primera excepción:

Inadmisibilidad de la demanda

Los argumentos de la Argentina

21. Según la Argentina, cualquier daño que pueda haber sufrido el inversor extranjero ha sido causado por la crisis económica que afectó a la República Argentina. Como consecuencia de la crisis, todos los que han resultado afectados han sufrido en forma proporcional a sus medios. De ello se desprende que el inversor extranjero no puede reclamar protección contra los efectos de una crisis general en virtud de las normas de protección establecidas en un tratado bilateral de inversiones.

Los contra-argumentos de la Demandante

22. En el MCJD, la Demandante sostiene que la así llamada objeción *ab initio* debe considerarse una cuestión que corresponde al fondo de la reclamación, no a su admisibilidad. En apoyo de esa posición, la Demandante se remite a diversas decisiones

dictadas en ese sentido por otros tribunales del CIADI ante los cuales la Argentina opuso la misma objeción.

B. Segunda excepción:

La diferencia sometida al Tribunal no surge directamente de una medida dirigida contra la inversión.

Los argumentos de la Argentina

23. La segunda objeción presentada por la Argentina se refiere al requisito de que “la diferencia surja directamente de una inversión” según lo estipulado en el Artículo 25 del Convenio del CIADI⁸. A juicio de la Argentina, para que ese requisito se cumpla, la medida o las medidas que supuestamente constituyen una violación del TBI pertinente deben estar dirigidas específicamente contra la inversión. Las medidas de carácter universal, que alcanzan a todos —tanto a inversores como a los que no lo son y tanto a nacionales como a extranjeros—, no pueden ser consideradas por los tribunales del CIADI. Argentina sostiene que de lo contrario se estaría juzgando la política pública de la Argentina en lugar de dirimir una diferencia de naturaleza jurídica.

24. La Argentina estima que ninguna de las medidas contra las que reclama la Demandante han estado dirigidas específicamente a sus inversiones. El hecho de que la Demandante haya sufrido como consecuencia de la crisis económica de carácter general no significa automáticamente que el inversor haya resultado directamente afectado por

⁸ El Artículo 25(1) del Convenio del CIADI dice lo siguiente: “La jurisdicción del Centro se extenderá a las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión entre un Estado Contratante (o cualquiera subdivisión política u organismo público de un Estado Contratante acreditados ante el Centro por dicho Estado) y el nacional de otro Estado Contratante y que las partes hayan consentido por escrito en someter al Centro. El consentimiento dado por las partes no podrá ser unilateralmente retirado”.

una medida adoptada específicamente contra él. Para apoyar ese criterio, la Argentina se basa en la teoría de la causalidad legal articulada por el tribunal de la causa *Methanex* en su Laudo parcial del 7 de agosto de 2002. En opinión de la Argentina, dado que las diversas medidas adoptadas por la República Argentina no estaban dirigidas específicamente al inversor, no puede considerarse que la diferencia “surja directamente de una inversión”, con arreglo a los términos del Artículo 25 del Convenio del CIADI.

Los contra-argumentos de la Demandante

25. Para responder a la segunda objeción a la jurisdicción planteada por la Demandada, la Demandante recurre, en primer lugar, a una interpretación literal del Artículo 25 del Convenio del CIADI que dispone que las diferencias que se sometan al Centro deben “surgir directamente de una inversión”. Según la Demandante, la Argentina interpreta erróneamente este requisito al relacionarlo no con la inversión *per se* sino con las medidas de las que reclama la Demandante. Además, la Demandante arguye que la Argentina está en un error al considerar que el término “directamente”, empleado en el Artículo 25 del Convenio, es sinónimo de “específicamente”, lo que la lleva a interpretar el mencionado artículo “en el sentido de que prevé la jurisdicción del CIADI con respecto a diferencias que surjan directamente de medidas dirigidas específicamente a una inversión.”⁹ A juicio de la Demandante, por el contrario, el Artículo 25 del Convenio del CIADI debe interpretarse correctamente en el sentido de que la diferencia sometida al Centro debe estar “directamente” —y no “específicamente”— relacionada con “una inversión” y no con las “medidas contra las que se reclama”.

⁹ MCJD párr. 27.

26. La Demandante precisa además que no se queja de las condiciones económicas imperantes en la Argentina, ni discrepa con las políticas económicas generales del Gobierno, entre ellas la flotación del peso y su devaluación. La Demandante reclama más bien contra las medidas “específicas” adoptadas por la Argentina “en apoyo o como consecuencia de sus políticas económicas generales.”¹⁰ A juicio de la Demandante, esas medidas “apuntaban directamente a las inversiones de Total”¹¹ y violaban los compromisos asumidos por la Argentina con el fin de atraer inversiones y en los que confiaba el inversor, lo que constituía una violación de las disposiciones del TBI que otorgaban protección a los inversores franceses.

27. En segundo lugar, la Demandante se opone a que la Argentina se valga del laudo dictado en la causa *Methanex* para reforzar su posición. Sostiene que, como esa controversia se refería a una reclamación entablada conforme a términos diferentes contenidos en el Capítulo 11 del TLCAN y había sido dirimida con arreglo a reglas procesales diferentes de las del caso de que aquí se trata (a saber, el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI), podría inducir a error utilizar el razonamiento elaborado por el tribunal de arbitraje en esa ocasión para examinar las cuestiones que se discuten en este procedimiento.

C. Tercera excepción:

La diferencia sometida al Tribunal no constituye una “controversia en materia de inversión” con arreglo a lo dispuesto en el Artículo 8 del TBI pues 1) el reclamo no es una controversia de naturaleza jurídica; 2) incluso si el reclamo constituyese una controversia jurídica, sería de naturaleza contractual y, por lo tanto, ajena a la

¹⁰ *Ibid.* párr. 42.

¹¹ *Idem.*

competencia de este Tribunal. En todo caso las tenencias accionarias minoritarias de Total no resultaron afectadas.

Los argumentos de la Argentina

28. La Argentina sostiene que la diferencia sometida al Centro debería referirse a derechos y obligaciones y no a algunas consecuencias fácticas negativas que afectaron a la Demandante. A juicio de la Argentina, la controversia de que se trata en este caso se refiere a un sistema de control de precios, expresado en la supuesta intangibilidad de las tarifas de los servicios públicos; el único derecho que eventualmente podría invocar la Demandante a este respecto es el derecho a renegociar un contrato. Como la reclamación de Total es de naturaleza contractual, el Tribunal carece de jurisdicción y competencia para entender en el caso. La Argentina sugiere que las supuestas diferencias jurídicas que puedan surgir de los desacuerdos sobre el proceso de revisión tarifaria, que todavía está en marcha, se deberían plantear ante los tribunales locales designados libremente por las partes en la controversia. Por esas razones, la Argentina niega que las reclamaciones de la Demandante den origen a una “diferencia de naturaleza jurídica” conforme a los términos

del Artículo 25 del Convenio del CIADI, o a una “controversia relativa a inversiones” conforme al Artículo 8 del TBI¹².

29. La Argentina impugna además la competencia del Tribunal sobre la base de que la diferencia de que se trata se refiere a los derechos de los accionistas minoritarios (19,23% en TGN y 41,3% en HPDA) y ninguna medida adoptada por la República Argentina ha perjudicado jamás esos derechos. La Argentina recuerda a ese respecto que el TBI se refiere a “personas jurídicas efectivamente controladas, directa o indirectamente, por nacionales de una de las Partes Contratantes o por personas jurídicas que tengan su sede social en el territorio de una de las Partes Contratantes”. En todo caso, alega la Argentina, lo que el TBI requiere es una situación de control. La Argentina concluye que en este caso la controversia no es de naturaleza jurídica por cuanto se refiere a accionistas minoritarios indirectos que no ejercen control alguno sobre las

¹² En el Artículo 8.1, 2 y 3 del TBI entre Argentina y Francia se estipula lo siguiente:

1. Toda controversia relativa a las inversiones en el sentido del presente Acuerdo entre una Parte Contratante y un inversor de la otra Parte Contratante será, en la medida de lo posible, solucionada por consultas amistosas entre las dos partes en la controversia.

2. Si la controversia no hubiera podido ser solucionada en el término de seis meses a partir del momento en que hubiera sido planteada por una u otra de las partes, será sometida, a pedido del inversor;

-- o bien a las jurisdicciones nacionales de la Parte Contratante implicada en la controversia;

-- o bien a arbitraje internacional en las condiciones descriptas en el párrafo 3.

Una vez que un inversor haya sometido la controversia a las jurisdicciones de la Parte Contratante implicada o a arbitraje internacional, la elección de uno u otro de esos procedimientos será definitiva.

3. En caso de recurso al arbitraje internacional, la controversia podrá ser llevada ante uno de los órganos de arbitraje designados a continuación a elección del inversor;

-- al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), creado por el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros estados, abierto a la firma en Washington el 18 de marzo de 1965, cuando cada Estado parte en el presente Acuerdo haya adherido a aquél. Mientras esta condición no se cumpla, cada Parte Contratante da su consentimiento para que la controversia sea sometida al arbitraje conforme con el reglamento del Mecanismo complementario del CIADI;

-- a un tribunal de arbitraje “ad-hoc” establecido de acuerdo con las reglas de arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI)”.

compañías argentinas interesadas. La Demandante alega que han resultado perjudicados los derechos de esas compañías debido a supuestas violaciones contractuales de esos derechos.

Los contra-argumentos de la Demandante

30. En el MCJD, la Demandante destaca que la tercera objeción opuesta por la Argentina se relaciona únicamente con la inversión de Total en TGN. A continuación trata separadamente los diferentes aspectos de la tercera objeción a la jurisdicción. Primero, la Demandante refuta el argumento de la Argentina de que la reclamación de Total no constituye una “controversia relativa a inversiones” con arreglo al TBI porque se refiere a un proceso de renegociación tarifaria. En segundo lugar, rebate el argumento de que la controversia es una “controversia política o, en el mejor de los casos, un asunto contractual sujeto al ‘proceso de renegociación’ conforme a las leyes argentinas”.¹³

31. Según la Demandante, la “‘renegociación’ fue un mecanismo que la Argentina impuso unilateralmente a TGN con el fin de eludir su obligación internacional de recurrir al arbitraje conforme al Artículo 8 del Tratado.”¹⁴ La Demandante alega que el proceso de renegociación no constituye un obstáculo a la jurisdicción del Tribunal porque la Demandante no está pidiendo al Tribunal que se pronuncie por adelantado acerca del proceso de renegociación en marcha, sino que se pronuncie sobre las infracciones al TBI cometidas por la Argentina. Total nunca ha participado directamente en el proceso de renegociación y sus reclamaciones derivadas del tratado son algo totalmente separado de

¹³ MCJD párr. 54.

¹⁴ *Ibid.* párr. 58-59.

ese proceso. La Demandante alega en detalle en su MFD que la Argentina, al adoptar las medidas que están en discusión, ha infringido las normas jurídicas contenidas en el TBI. El hecho de que la controversia jurídica que de ello dimanara pueda tener repercusiones o aspectos políticos, carece de importancia. Las reclamaciones relativas a la responsabilidad internacional de un Estado, como las presentadas por Total en este caso, generalmente suponen la compatibilidad del ejercicio de las facultades soberanas con las obligaciones contraídas en virtud de tratados y entrañan una dimensión política. Una controversia así no deja de tener carácter jurídico y no se convierte, como consecuencia, en no justiciable debido a esas dimensiones.

32. En cuanto al argumento de la Argentina de que no ha adoptado medida alguna que perjudique los derechos de Total como accionista minoritario y que el TBI protege a los inversores franceses sólo si éstos ejercen control, Total se remite a la definición de inversiones del Artículo 1.1(b) del TBI. En la definición están expresamente incluidas “las acciones, [...] y otras formas de participación, *aun minoritarias o indirectas*, en las sociedades constituidas en el territorio de una de las Partes Contratantes” (énfasis agregado), sin que se exija que el inversor extranjero ejerza control. Total trata nuevamente este punto en su contestación a la cuarta objeción de la Argentina en la que se esgrimen los mismos argumentos u otros similares.

D. Cuarta excepción:

Total carece de ius standi para demandar amparada por el derecho internacional y el derecho argentino aplicable.

Los argumentos de la Argentina

33. La Argentina alega que Total carece de *ius standi* para demandar porque, según un reconocido principio del derecho internacional y del derecho argentino, los accionistas de una sociedad no pueden presentar una reclamación para obtener reparación del daño infligido a los derechos de la sociedad misma. Si se permitiera a los accionistas ejercer tal acción y eventualmente obtener indemnización por los daños sufridos por la sociedad, ello llevaría en última instancia a la destrucción de ésta. Por lo tanto, las reclamaciones institucionales derivadas son inadmisibles a menos que estén previstas en una disposición expresa, como ocurre en algunos acuerdos internacionales. A juicio de la Argentina, si el Tribunal diera lugar a la reclamación entablada por algunos accionistas, no podría garantizar (en caso de que decidiera a favor de éstos) que los recursos así recuperados por los accionistas indemnizarían a la sociedad por los daños supuestamente sufridos por el patrimonio de ésta. Ello daría origen a la liquidación anticipada de la sociedad a causa del consiguiente desvío de los recursos de ésta, medida que un tribunal del CIADI claramente no puede ordenar por carecer de competencia para hacerlo. Los accionistas, en su calidad de tales, no tienen derecho legal a la conservación del valor de sus acciones.

34. Para respaldar su argumento, la Argentina se remite en primer lugar, en materia de derecho internacional, a la decisión de la Corte Internacional de Justicia (“CIJ”) en el caso *Barcelona Traction*. En opinión de la Demandada, el pronunciamiento de la CIJ en este caso refuerza su argumento de que el daño causado a los accionistas por las medidas adoptadas por el Estado en contra de la sociedad misma no puede significar que los accionistas tengan derecho a ser indemnizados. La Argentina alega que la decisión de la CIJ sigue siendo válida y que además se extiende más allá del ejercicio de la protección

diplomática. Los mismos principios se aplican con respecto al CIADI, pues los inversores extranjeros no gozan, con arreglo al Convenio, del derecho a entablar acción en nombre de su filial localmente constituida, la que sí goza de ese derecho de conformidad con el Artículo 25(2)(b). Se necesitaría una disposición expresa a ese efecto en un tratado internacional, la que, afirma la Argentina, se encuentra en el TLCAN y en algunos otros acuerdos de libre comercio.

35. Basándose además en su Ley de Sociedades Comerciales No. 19550,¹⁵ La Argentina explica que sólo la sociedad puede defender sus propios intereses. No hay ninguna disposición en la Ley de Sociedades que permita a un accionista presentar una reclamación en nombre de la sociedad. En ese mismo orden de ideas, un accionista tampoco puede ejercer una acción en nombre y en interés propio a los efectos de obtener una indemnización por supuestos daños y perjuicios en proporción a su tenencia accionaria. Ello sería equivalente a un intento de apropiación del patrimonio social. La Argentina hace una distinción entre las acciones derivadas que a su juicio ha planteado Total, y ciertas acciones que la Ley de Sociedades permite a un accionista ejercer en defensa de los intereses de la empresa. En el presente procedimiento, sin embargo, la Demandante no interpuso una acción de esa naturaleza, así como tampoco una acción individual por daños causados directamente a su propio patrimonio. La Demandante está procurando ejercer los derechos de otra persona jurídica. Esto es improcedente de conformidad con el derecho societario argentino, que es el único derecho aplicable al presente caso.

¹⁵ En apoyo de sus argumentos basados en la legislación argentina sobre sociedades, la Argentina ha presentado una opinión jurídica del Profesor Ricardo Augusto Nissen, Inspector General de Justicia.

Los contra-argumentos de la Demandante

36. Para abordar la cuarta objeción a la jurisdicción opuesta por la Argentina, Total se remite, primero que nada, a la disposición del TBI que define las inversiones que el Tratado abarca. De hecho, la participación accionaria de Total en TGN, Central Puerto y HPDA, todas las cuales son sociedades constituidas en la Argentina, está prevista en el Artículo 1.1 del TBI como “b) las acciones, [...] y otras formas de participación, *aun minoritarias o indirectas*, en las sociedades constituidas en el territorio de una de las Partes Contratantes” (énfasis agregado). En consecuencia, según la Demandante, la controversia de que se trata se refiere a inversiones realizadas con arreglo al TBI en el marco del Artículo 8.1 de éste.

37. La referencia que hace la Demandada a la Ley de Sociedades de la Argentina, con arreglo a la cual no se podrían interponer reclamos derivados, es irrelevante en este procedimiento porque la reclamación de Total se basa en el TBI. Por esa razón, el derecho internacional general, al que hace referencia la Demandada, tampoco guarda relación con este asunto. Por consiguiente, Total objeta la referencia de la Argentina al caso *Barcelona Traction*.

38. La Demandante sostiene que para desestimar la objeción a la jurisdicción que se discute, basta remitirse al Artículo 1.1(b) del TBI, en cuya definición de inversión están comprendidas diferentes formas de participación —incluso la minoritaria o indirecta— en sociedades constituidas en el territorio del otro Estado Contratante. Con objeto de proteger esas inversiones, el TBI otorga un derecho directo de protección, que incluye el acceso al arbitraje internacional de conformidad con el Convenio del CIADI. Total

arguye que la posición de la Demandada de que una reclamación que tenga por objeto la defensa de los derechos de los accionistas sería admisible en virtud del Convenio del CIADI únicamente conforme al Artículo 25(2)(b), es decir, mediante una reclamación directa de la sociedad constituida localmente, es contraria al Convenio del CIADI en sí y no tiene en cuenta la disposición del TBI que precisamente define qué inversiones están comprendidas en él. A juicio de la Demandante, el Artículo 1.1(b) del TBI tuvo por objeto ampliar la protección jurisdiccional de que disponían los inversores con arreglo al Convenio del CIADI. Respondiendo a la afirmación de la Demandada de que las reclamaciones derivadas sólo son admisibles si así lo dispone un acuerdo internacional, la Demandante sostiene que el “Artículo 1.1(b) del TBI contiene una norma clara y dispositiva a ese efecto.”¹⁶ Total concluye que las disposiciones de tratados, como el Artículo 1.1(b) del TBI, “permiten a los accionistas pedir indemnización del daño causado a sus tenencias accionarias por las medidas dirigidas a la sociedad en la que participan,”¹⁷ tal como ha quedado establecido en la jurisprudencia arbitral, con independencia del derecho a entablar una acción que la propia sociedad pueda tener.

E. Quinta excepción:

El Tribunal carece de competencia pues las Partes pactaron la jurisdicción exclusiva de los Tribunales contencioso-administrativos federales de la ciudad de Buenos Aires, a los fines de la interpretación y ejecución del Contrato de Concesión.

Los argumentos de la Argentina

¹⁶ MCJD párr. 107.

¹⁷ *Ibid.* párr. 109.

39. La Argentina señala que en la cláusula 1.3.5 del Pliego de Bases y Condiciones de la licitación para la privatización de la compañía Gas del Estado se dispone que “Los Oferentes, la Sociedad Inversora y la Sociedad Licenciataria se someten a la jurisdicción de los Tribunales Federales con competencia en lo Contencioso-Administrativo de la Capital Federal para los conflictos que pudieren suscitarse con respecto a la Licitación incluyendo el cumplimiento o rescisión del Contrato de Transferencia, con renuncia a todo otro fuero o jurisdicción”.

40. La Argentina cita como precedentes pertinentes el caso *Woodruff* dirimido por la Comisión para Reclamos entre Estados Unidos de América y Venezuela, el caso *North American Dredging Company (NADC)* decidido por la Comisión de Reclamos Estadounidense-Mexicana en 1926 y los casos más recientes *SGS v. Pakistán* y *SGS v. Filipinas*. La Demandada considera que esa jurisprudencia pone de relieve una teoría fundamental del derecho continental, a saber, la teoría de los “actos propios”, conocida también en derecho internacional como “estoppel”, término utilizado por el derecho anglosajón.

41. Según la Demandada, la Demandante, al convenir en una cláusula que estipulaba la jurisdicción exclusiva de los tribunales nacionales, retiró su consentimiento a la jurisdicción del CIADI para entender en la controversia. En el Artículo 26 del Convenio del CIADI se prevé la jurisdicción exclusiva del Centro, “salvo estipulación en contrario”¹⁸. A juicio de la Demandada, al aceptar la cláusula anteriormente mencionada del Pliego de Bases y Condiciones, Total claramente rehusó el ofrecimiento de la

¹⁸ El Artículo 26 del Convenio del CIADI dispone lo siguiente: “Salvo estipulación en contrario, el consentimiento de las partes al procedimiento de arbitraje conforme a este Convenio se considerará como consentimiento a dicho arbitraje con exclusión de cualquier otro recurso. Un Estado Contratante podrá exigir el agotamiento previo de sus vías administrativas o judiciales, como condición a su consentimiento al arbitraje conforme a este Convenio”.

Argentina de recurrir al arbitraje conforme al Convenio del CIADI y consintió en cambio en la jurisdicción de los tribunales nacionales de la Argentina para entender en cualquier controversia relacionada con la inversión. La Argentina concluye que Total retiró su consentimiento al arbitraje conforme al Convenio del CIADI al convenir en una cláusula que reconocía una jurisdicción diferente. En consecuencia, falta el consentimiento por escrito estipulado en el Artículo 25 del Convenio del CIADI en el caso de la Demandante puesto que ha consentido en cambio en aceptar la jurisdicción de los tribunales nacionales.

Los contra-argumentos de la Demandante

42. La Demandante rechaza el argumento de la Argentina de que el Tribunal no puede conocer de la reclamación porque la cláusula 1.3.5 del Pliego de Bases y Condiciones de la licitación para la privatización de la compañía Gas del Estado dispone la jurisdicción exclusiva de los tribunales nacionales para conocer de cualquier controversia que se produzca en relación con el proceso de licitación. La Demandante sostiene que no está obligada por el Pliego de Bases y Condiciones porque no fue parte en ese acuerdo, y que sus reclamaciones nada tienen que ver con el Pliego de Bases y Condiciones, puesto que se basan en el TBI. El Artículo 26 del Convenio del CIADI, invocado por la Argentina, es totalmente irrelevante en este caso. Total nunca firmó una cláusula sobre controversias relativas a su inversión cuyo efecto hubiera sido “rehusar el

ofrecimiento de la Argentina de someter a arbitraje las controversias surgidas del Tratado con arreglo al Convenio del CIADI.”¹⁹

43. Para distinguir el caso *NADC* al que se remite la Demandada, la Demandante señala que ese caso trataba de la suscripción por un inversor de una así llamada “cláusula Calvo” en un contrato con el Estado receptor. Dicha cláusula impediría que el inversor pidiera a su Estado de origen intervenir invocando la protección diplomática; sin embargo, no puede impedir que un inversor extranjero entable su reclamación con arreglo al derecho internacional. En el mismo orden de ideas, según la Demandante, la referencia que hace la Demandada al caso *SGS v. Filipinas* no es pertinente. Ese caso se refería a una reclamación contractual sometida a un tribunal de arbitraje en el marco de una “cláusula paraguas” de un TBI. Aunque el tribunal reconoció en principio que tenía competencia para conocer del caso, declinó ejercerla dado que las partes habían sometido la reclamación a los tribunales de Filipinas. En el presente caso, por el contrario, las reclamaciones de Total no tienen carácter contractual, no se han hecho valer conforme al Artículo 10 del TBI, y no han sido sometidas a ninguna otra jurisdicción. En apoyo de ese argumento, la Demandante se basa en diversas decisiones sobre jurisdicción pronunciadas por tribunales arbitrales en controversias sobre inversiones, tales como *Impregilo v. Pakistán*, *CMS v. Argentina*, *Enron v. Argentina* y *Azurix v. Argentina*. La Demandante se refiere luego a otros casos para reforzar su posición de que “las reclamaciones que hacen valer una causal de acción derivada de un tratado no pueden ser reducidas a reclamaciones contractuales ... por el mero hecho de que pueden plantear

¹⁹ MCJD párr. 116.

algunas cuestiones contractuales, o estar relacionadas de algún modo con un contrato subyacente.”²⁰

F. Sexta excepción:

La reclamación es inadmisibile por falta de daño.

Los argumentos de la Argentina

44. Sobre la base de este argumento la Argentina afirma la inexistencia de una controversia porque los daños que Total alega haber sufrido no existen y las cuestiones planteadas por Total han sido resueltas mediante un acuerdo sobre la normalización del Mercado Eléctrico Mayorista (MEM). La Argentina considera que por ese motivo la controversia ha cesado de existir de modo que la jurisdicción contenciosa del Tribunal no subsiste. En apoyo de su opinión, la Argentina se remite a un pasaje de la decisión de la CIJ en el caso *Nuclear Tests* que dice que “la existencia de una controversia es la condición principal para que la Corte ejerza su función judicial. La Argentina alega que esta función no se puede seguir ejerciendo si la controversia ha desaparecido.”²¹

(Translation)

45. Específicamente, en lo que respecta a la supuesta falta de daño, la Argentina se refiere a ciertas medidas que ha adoptado, como parte de sus medidas de emergencia, para hacer frente al aumento de los costos de las empresas generadoras de electricidad. La Argentina sostiene que, durante el período comprendido entre enero de 2002 y

²⁰ *Ibid.* párr. 128.

²¹ Véase el caso *Nuclear Tests* (Australia v. Francia). Corte Internacional de Justicia, el 20 de diciembre 1974, párr. 55. Autoridad Legal de la Demandada AL RA 14.

diciembre de 2003, las empresas generadoras de electricidad no sufrieron daño alguno, porque cuando los costos de las compañías generadoras de electricidad aumentaron, la diferencia fue cubierta por el Fondo de Estabilización del MEM. En lo que respecta al período comprendido entre enero de 2004 y diciembre de 2006, el fondo especial llamado “Foninenvem”, establecido en 2004, utilizará las liquidaciones de venta de las empresas generadoras de electricidad para financiar la instalación de nuevas plantas de generación. Las empresas generadoras (incluida la Demandante) serán accionistas de las nuevas plantas con derecho a percibir dividendos, lo que supuestamente la Demandante ha aceptado. Actualmente, la Argentina sostiene que los ingresos de las empresas generadoras de electricidad han aumentado en 25% en 2005 en comparación con 2001. Puesto que las ganancias de la Demandante permanecen inalteradas, la inexistencia de daño del lado de la Demandante es tan evidente que la reclamación debe considerarse inadmisibile, sin necesidad de examinar ulteriormente el fondo del asunto.

Los contra-argumentos de la Demandante

46. Para responder a la sexta excepción a la jurisdicción opuesta por la Argentina, Total se basa en dos argumentos: en primer lugar, sostiene que la existencia de daño no es un elemento necesario de una controversia con arreglo al derecho internacional; y en segundo lugar, impugna la refutación de la Demandada de los daños sufridos por Total respecto de Central Puerto y HPDA, por ser contraria a las pruebas y pertenecer al fondo de la causa.

47. Para ejercer su jurisdicción, el Tribunal debe estar satisfecho, de conformidad con el Artículo 8 del TBI y el Artículo 25 del Convenio del CIADI, de que existe una “diferencia”. Conforme al derecho internacional, una diferencia es un “desacuerdo sobre una cuestión de hecho o de derecho, un conflicto de opiniones o de intereses jurídicos entre dos personas”²². Por tanto, el hecho de basarse en el caso *Nuclear Tests* induce a error, porque ese caso se refería a “la falta de un interés jurídico en la solución de una diferencia en razón de la desaparición de los hechos que dieron origen a la diferencia”.²³ En el presente caso, en cambio, la reclamación de la Demandante se refiere a las medidas tomadas por la Demandada que han reducido el valor de su inversión en una cantidad estimada provisionalmente por la Demandante en su Solicitud de arbitraje.

48. Por el motivo antes mencionado, la Demandante considera que la aseveración de la Argentina de que no ha sufrido ningún daño desde 2002 “no es sincera”. La Demandante explica, con respecto a los diversos períodos mencionados por la Argentina, cómo los fondos de estabilización y otras medidas a que hace referencia la Argentina no eliminaron ni mitigaron los daños ocasionados por las medidas respecto de las cuales reclama Total.

IV. Examen por el Tribunal de las excepciones a la jurisdicción

49. De conformidad con el Artículo 41 del Convenio del CIADI y la Regla 41 de las Reglas de Arbitraje, el Tribunal debe decidir, como cuestión preliminar, las excepciones presentadas por la Demandada en el sentido de que la disputa no recae dentro de la jurisdicción del Centro ni es de la competencia del Tribunal. Si bien las partes han

²² Véase el caso *Mavrommatis Palestine Concessions*, Corte Permanente de Justicia Internacional, Serie A, No. 2, p. 11 (1924).

²³ MCJD párr. 134.

presentado muchos argumentos, algunos de los cuales se refieren al fondo del asunto, el Tribunal examinará a continuación sólo aquellos que tienen importancia para su decisión relativa a las excepciones a la jurisdicción planteadas por la Demandada.

50. Por consiguiente, el Tribunal debe establecer, con el único propósito de determinar su jurisdicción con arreglo al Convenio del CIADI y al TBI, si se cumplen los criterios que definen la diferencia a los fines de la jurisdicción del CIADI en virtud de esos dos instrumentos. Esos criterios son los siguientes:

- a) que la diferencia ocurre entre la Argentina (como parte contratante en el Convenio del CIADI y el TBI) y un nacional de Francia (según la definición del TBI y el Convenio del CIADI);
- b) que la diferencia es una diferencia “jurídica” (Artículo 25(I) del Convenio del CIADI);
- c) que dicha diferencia jurídica surge “directamente” de una inversión (Artículo 25(1) del Convenio del CIADI);
- d) que dicha diferencia es una “controversia relativa a las inversiones, en el sentido del presente Acuerdo, entre una Parte Contratante y un inversor de la otra Parte Contratante” (Artículo 8.1 del TBI)²⁴, y
- e) que tales inversiones son del tipo protegido por el TBI (Artículo 1.1 del TBI).

A. La metodología apropiada para resolver el dilema jurisdiccional

²⁴ El TBI se redactó en español y en francés, siendo ambos textos igualmente auténticos (Art. 13, último párrafo). Al utilizar una traducción al inglés, el Tribunal utilizará el texto que aparece en 1728 UNTS 298 (1993), No. 30174, del que también se vale la Demandante.

51. Antes de iniciar el examen mencionado sobre la base de los argumentos y la documentación de las partes, pero no necesariamente en el mismo orden en el que las partes los han presentado, el Tribunal estima apropiado aclarar el tipo de análisis que debe realizar a fin de determinar su jurisdicción en el presente caso.

52. Dado que, como se indicó anteriormente, las excepciones preliminares a la jurisdicción se plantean antes de que la Demandada haya contestado al memorial de la Demandante sobre el fondo del asunto, con el fin de determinar su competencia, el Tribunal debe considerar si la diferencia, tal como ha sido presentada por la Demandante, recae *prima facie* en el ámbito de la competencia de un tribunal del CIADI establecido para dirimir una diferencia entre un inversor francés y la Argentina conforme al TBI. Los requisitos de un examen *prima facie* con ese propósito han sido aclarados en varios casos internacionales²⁵. El objeto de la investigación es establecer si la reclamación, tal como ha sido presentada por la Demandante, cumple los requisitos jurisdiccionales en cuanto a la cuestión de hecho que se discute, las normas jurídicas que se dicen aplicables y que supuestamente han sido infringidas, y la reparación solicitada²⁶. Para ese propósito la presentación de la reclamación tal como ha sido hecha por la Demandante necesariamente constituye la base de la decisión del Tribunal. La investigación no prejuzga si la reclamación estaba bien fundada, sino que tiene por único objeto determinar si el Tribunal es competente para resolverla.

²⁵ Un examen detallado de las causas internacionales puede encontrarse en la reciente Decisión sobre Jurisdicción del Tribunal del CIADI en el caso *Impregilo S.p.A. v. República Islámica de Pakistán*, (Caso CIADI No. ARB/03/3), Decisión sobre jurisdicción del 22 de abril de 2005, párrs. 237-253, disponible en <http://www.worldbank.org/icsid/cases/awards.htm>.

²⁶ Esto corresponde a la descripción tradicional de los elementos de una demanda según el derecho romano: *factum, causa petendi y petitum*.

53. En cuanto a los hechos del caso, la presentación de la Demandante es fundamental; es preciso suponer, al solo efecto de determinar la jurisdicción, que la Demandante sería capaz de probar a satisfacción del Tribunal, en la fase de examen del fondo del asunto, los hechos que invoca en apoyo de su reclamación. Esto es, la existencia y el impacto de las medidas y acciones de la Argentina que la Demandante considera que han afectado sus inversiones en contravención del TBI. Ello no significa necesariamente que la descripción que hace la Demandante de los hechos deba aceptarse como verdadera, sin un examen ulterior de algún tipo. La Demandada podría aportar información que demostrara que el caso carece de base fáctica incluso tras un análisis preliminar, de modo que el Tribunal no sería competente para ocuparse del asunto que es objeto de la controversia debidamente determinado.

54. En la presente controversia, sin embargo, no parece haber un desacuerdo fundamental entre las partes en cuanto a la mayoría de los elementos de hecho del caso, en la medida en que ello puede ser importante para establecer el ámbito de la competencia del Tribunal en relación con la controversia. La Argentina no discute, en esencia, que Total ha hecho y mantiene ciertas inversiones, descritas en detalle por Total en sus escritos y en la documentación anexa, en el sector de transporte de gas, el sector de exploración y producción de petróleo, y el sector de generación de energía eléctrica en Argentina. Además, la Argentina tampoco discute que las Medidas²⁷, que Total alega que violaron sus derechos con arreglo al TBI, han tenido en general el alcance descrito por Total. Como se menciona en el párrafo 16, esas medidas eliminaron la libre convertibilidad del peso en dólares de los Estados Unidos a la tasa de uno por uno; han

²⁷ La Demandante hace referencia a ellas en diversos escritos y están resumidas en el párrafo 16 *supra*, entre ellas específicamente la Ley de Emergencia de 2002 y aquellas otras que le siguieron y se derivaron de ella.

abolido el derecho de las empresas de servicios públicos regulados —entre ellos, TGN— a ajustar sus tarifas de acuerdo al índice de precios al consumidor, el dólar estadounidense u otras divisas e índices; han congelado la tarifa del gas; han gravado con un impuesto a la exportación retenido en la fuente las ventas de hidrocarburos y han restringido las exportaciones de éstos, y han limitado la capacidad de las empresas generadoras de electricidad de ajustar sus precios. La Argentina tampoco discute, en la medida en que puede haber abordado esta cuestión en la etapa jurisdiccional, que esas medidas han afectado específicamente las operaciones de las compañías locales, en las cuales ha invertido Total, de acuerdo a las condiciones resultantes de la legislación aplicable a esas operaciones cuando Total realizó inversiones en ellas.

55. En cuanto a la base jurídica del caso, de conformidad con la práctica judicial aceptada, el Tribunal debe evaluar si esos hechos, si se demuestran, a saber, los cambios unilaterales del régimen jurídico recién mencionado y su supuesto impacto negativo en la inversión de Total, podrían dar origen a las violaciones del Tratado que la Demandante alega, y que el Tribunal es competente para juzgar²⁸. En otras palabras, esos hechos, si se demuestra que son ciertos, deben ser “capaces” de quedar comprendidos en la disposición del TBI y de haber causado o de representar violaciones del tratado como afirma la Demandante²⁹. Corresponde por cierto a la etapa de examen del fondo de la controversia determinar si los hechos alegados (es decir, las medidas y la conducta de la Argentina) constituyen violaciones del TBI de las cuales debe considerarse responsable a la

²⁸ Véase ICJ, caso *Oil Platforms* (República Islámica de Iran v. Los Estados Unidos), Orden del 10 de marzo de 1998, ICJ Reports 1998, pág. 806, párr. 16; véase también la Opinión separada de la Jueza Higgins, párr. 32; *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v República de las Filipinas*, (Caso CIADI ARB/02/6), Decisión sobre jurisdicción de 29 de enero de 2004, en ICSID Reports (2005), pág. 518, párr. 157.

²⁹ ICJ, *Legality of the Use of Force* (Yugoslavia v. Italia), ICJ Reports 1999-1, Orden del 2 de junio de 1999, párr. 25.

Argentina en virtud del TBI, de conformidad con las disposiciones legales aplicables³⁰. Corresponde también a la etapa de examen del fondo determinar si esas medidas han causado realmente en las inversiones de Total el efecto negativo específico del que reclama Total, en la medida en que tal determinación es pertinente para establecer las supuestas violaciones y evaluar los daños.

56. En cuanto a la reparación solicitada, no cabe duda sobre la admisibilidad de la demanda de reparación que la Demandante ha entablado contra la Argentina, en particular una sentencia declaratoria de que la Argentina ha cometido varias violaciones de las disposiciones del TBI y una orden de que la Argentina indemnice a Total por los daños derivados de ellas.

57. Teniendo presentes esas consideraciones el Tribunal pasará a examinar la base jurisdiccional de la reclamación impugnada por la Argentina. El Tribunal desea despachar de inmediato el primer requisito enunciado anteriormente, a saber, el que concierne a la nacionalidad de las partes. Total ha presentado pruebas de que fue constituida y establecida conforme a las leyes de Francia y que mantiene su sede social en Francia. La Argentina no ha puesto en duda de que la Demandante, Total S.A., es una persona jurídica que tiene la nacionalidad de otro Estado Contratante de conformidad con el Artículo 25(1)(a) del Convenio del CIADI. Más concretamente, la Argentina no ha puesto en duda de que la Demandante cumple el requisito de ser una persona jurídica francesa con sede social en Francia de acuerdo a la ley francesa, según lo dispuesto en el Artículo 1.2(b) del TBI.

³⁰ El Artículo 8.4 del TBI dispone lo siguiente: “El órgano arbitral decidirá en base a las disposiciones del presente Acuerdo, al derecho de la Parte Contratante que sea parte en la controversia —incluidas las normas relativas a conflictos de leyes— y a los términos de eventuales acuerdos particulares concluidos con relación a la inversión como así también a los principios del Derecho Internacional en la materia.”

B. Primera excepción a la jurisdicción presentada por la Argentina

Inadmisibilidad de la reclamación.

58. La Argentina considera que la reclamación de Total es inadmisibles porque un inversor extranjero no puede pretender quedar a salvo de una crisis general ocurrida en el país receptor invocando la protección del TBI. En otras palabras, la Argentina sostiene que un inversor no puede alegar que las medidas de carácter general adoptadas por el país receptor y que supuestamente le han producido daño constituyen una violación del TBI. Sin embargo, la práctica internacional demuestra que muchas controversias basadas en una supuesta violación de las normas internacionales relativas al tratamiento de los bienes de extranjeros, solucionadas ya sea mediante la protección diplomática o el arbitraje directo, han tenido su origen en medidas de carácter general adoptadas por el Estado receptor que afectaron a dichas inversiones. Si ello no fuera admisible, las medidas de nacionalización, dirigidas ya sea a los bienes de nacionales y extranjeros, o exclusivamente a los bienes de extranjeros, y que han constituido el objeto de una porción considerable de esas controversias, habrían escapado a todo mecanismo internacional de litigio o arreglo de controversias.

59. Es importante aclarar que el objeto de la controversia no son las medidas generales de la Argentina *per se* (incluso los cambios de su política cambiaria) y que tampoco tiene el Tribunal derecho a dictaminar si eran o no correctas desde un punto de vista económico o de derecho interno. Lo que pide la Demandante al Tribunal es que determine si se han adoptado algunas medidas específicas, “o medidas generales de

política económica que tienen una relación directa con esa inversión, han sido adoptadas en contravención a los compromisos jurídicamente obligatorios adquiridos con el inversionista mediante los tratados, la legislación o los contratos” .³¹ “Lo que queda cubierto por la jurisdicción del Centro no son las medidas generales en sí sino la manera como ellas pueden violar esos compromisos específicos”³².

60. En consecuencia, el Tribunal no ve ningún obstáculo a su jurisdicción a este respecto, pues el hecho de que la violación de la protección del TBI alegada por Total se pueda derivar, en todo o en parte, de las medidas generales adoptadas por la Argentina, no priva a la presente controversia del requisito de ser una “diferencia de naturaleza jurídica” de conformidad con el Artículo 25(1) del Convenio del CIADI.

C. Segunda excepción a la jurisdicción presentada por la Argentina

La diferencia sometida al Tribunal no surge directamente de una medida dirigida contra la inversión.

61. Pasamos ahora a examinar la objeción de la Argentina de que sus medidas no están dirigidas “específicamente” contra las inversiones de Total. La Argentina basa esta objeción en la premisa de que al hacer referencia a “las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión”, el Artículo 25(1) del Convenio del CIADI

³¹ *CMS Gas Transmission Co. v. República Argentina*, (Caso CIADI No. ARB/01/8), Decisión sobre jurisdicción, 17 de julio de 2003, párr. 33. disponible en <http://www.worldbank.org/icsid/cases/awards.htm>.

³² *Ibid.*, párr. 27, citado por la Argentina. El criterio del Tribunal del caso *CMS* ha sido seguido sistemáticamente por otros tribunales del CIADI ante los cuales la Argentina ha planteado este argumento; véase, por ejemplo, *Enron Corp. y Ponderosa Assets L.P. v. República Argentina* (Caso CIADI No. ARB/01/3), Decisión sobre jurisdicción (demanda incidental), 2 de agosto de 2004, párr. 12 disponible en <http://www.worldbank.org/icsid/cases/awards.htm>; *Camuzzi International S.A v. República Argentina*, (Caso CIADI No. ARB/03/2), Decisión sobre jurisdicción, 11 de mayo de 2005, párr. 59 disponible en <http://www.worldbank.org/icsid/cases/awards.htm>.

requiere que las medidas que la Demandante impugna por ser contrarias al TBI deben estar “específicamente” dirigidas a una inversión. En el presente caso, según la Argentina, Total reclama contra las medidas generales adoptadas con el objeto de lograr el bien común. Además, según la Argentina, las reclamaciones de Total plantean cuestiones contractuales derivadas de asuntos tarifarios relativos a concesiones de servicios públicos.

62. El Tribunal no está de acuerdo con el argumento de la Argentina ni con sus conclusiones, por las razones que se exponen a continuación. Desde un punto de vista textual, el Artículo 25(1) del Convenio del CIADI se refiere a “las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión”; no puede interpretarse que ello signifique “las diferencias de naturaleza jurídica que surjan de una medida del país receptor dirigida específicamente a una inversión”. En primer lugar, es la “diferencia de naturaleza jurídica” la que debe surgir directamente de una inversión o estar relacionada con la inversión (tener una relación directa con ésta) y no cualquier “medida” que pueda haber dado origen a la diferencia jurídica; en segundo lugar, “que surja directamente de una inversión” no es equivalente a “dirigida específicamente a una inversión”. En todo caso, una medida adoptada por el Estado receptor puede afectar a una inversión directamente, de modo que la controversia acerca de la legalidad internacional de esa medida surge directamente de esa inversión, incluso si la medida no apunta ni está dirigida específicamente a ella.

63. En el presente caso, de las reclamaciones y las pruebas *prima facie* de Total (suficientes para los efectos de establecer la jurisdicción) se desprende que ciertas medidas, comenzando por la Ley de Emergencia No. 25.561 y en particular sus Artículos

8 y 10, afectaron específicamente las inversiones de Total. Por ejemplo, se cambió el régimen jurídico aplicable al servicio de distribución de gas prestado por TGN, lo que parece haber afectado las operaciones de TGN.

64. El requisito de que la diferencia surja directamente de una inversión estipulada en el Artículo 25(1) del Convenio del CIADI se cumple cuando, como ocurre en este caso, la Demandante objeta ciertas medidas tomadas por el Estado receptor las cuales afectaron directamente la inversión, en el sentido de que esas medidas eran aplicables a tal inversión como cuestión de derecho y que efectivamente fueron aplicadas con respecto a tal inversión.

65. Además, en el presente caso podría considerarse que el criterio más restrictivo propugnado por la Argentina también se cumple. Ello es así porque varias de las medidas que Total dice, afectaron negativamente sus inversiones, tanto desde el punto de vista jurídico como del económico, estaban dirigidas y se aplicaban específicamente a los servicios públicos y a sus concesionarios, entre éstos los distribuidores de gas y electricidad, como TGN, y las compañías generadoras de electricidad de Total³³. Al respecto, el Tribunal considera que para concluir que una medida estuvo dirigida “específicamente” a una entidad determinada o a los bienes de ésta no es necesario individualizarla por su nombre como destinataria de esa medida.

66. Por el contrario, la Argentina se basa en la decisión sobre jurisdicción pronunciada en el conocido caso *Methanex* con arreglo al Capítulo 11 del TLCAN. En

³³ Véase el párrafo 62. En cuanto a sus operaciones de exploración y producción de hidrocarburos, Total señala los decretos 1606/2001 y 2703/2002 que impusieron a los productores de hidrocarburos la obligación de repatriar el total o una parte sustancial del ingreso en divisas derivado de las exportaciones de petróleo y gas. En lo que respecta a su operación de generación de energía eléctrica, Total señala varias medidas que forzosamente han cambiado los anteriores mecanismos de ajuste de precios y congelado o limitado los precios de la electricidad pertinentes “a niveles artificiales” (tales como varias Resoluciones del Secretariado de Energía dictadas en 2002/2003).

ese caso, el tribunal de arbitraje concluyó que una medida promulgada por el Estado de California que restringía el uso de un aditivo de la gasolina (MTBE) con fines de protección ambiental, impidiendo de ese modo que Methanex proporcionara a los productores de ese aditivo un componente que fabricaba en los Estados Unidos (metanol), no era una medida “relativa a” un inversor protegido o a una inversión según lo dispuesto en el Artículo 1101(1)³⁴. El Tribunal del caso *Methanex* sostuvo que los términos del Artículo 1101(1) exigían que hubiera una relación jurídicamente importante entre la medida y el inversor o la inversión³⁵. Concluyó que, como la medida no guardaba relación con el metanol ni con Methanex, no tenía jurisdicción sobre la reclamación: Methanex no había alegado hechos “que establecieran una relación jurídicamente importante entre las medidas de Estados Unidos, Methanex, y sus inversiones”³⁶. Cabe señalar que el TLCAN se refiere efectivamente a “medidas”, en tanto que el Convenio del CIADI, como se indicó anteriormente, habla de “diferencias de naturaleza jurídica”, y que mientras el TLCAN se refiere a medidas “relativas a” una inversión, el Convenio del CIADI se refiere a diferencias de naturaleza jurídica “surgidas directamente de una inversión”. Con independencia de esta cuestión, sin embargo, el Tribunal estima que las circunstancias de hecho son en este caso muy diferentes. En el caso en mención, los bienes que según la Demandante representan sus inversiones en la Argentina estaban

³⁴ *Methanex Corp. v. Estados Unidos*, Decisión sobre jurisdicción, 7 de agosto de 2002, párrs. 127-139 (esta decisión sobre jurisdicción ha sido aplicada posteriormente en el Laudo definitivo del 3 de agosto de 2005), la que se puede consultar en www.naftalaw.org. El Artículo 1101(1) del TLCAN dice lo siguiente: “Este capítulo se aplica a las medidas que adopte o mantenga una Parte relativas a: a) los inversionistas de otra Parte; b) las inversiones de inversionistas de otra Parte realizadas en el territorio de la Parte; y c) en lo relativo al Artículo 1106 y 1114, todas las inversiones en el territorio de la Parte”.

³⁵ *Ibid*, párr. 139. Incluso si el Tribunal considerara la jurisprudencia relacionada con el TLCAN, el Tribunal hace notar que otros tribunales han interpretado los mismos términos del TLCAN en forma diferente y han llegado a resultados diferentes.

³⁶ *Ibid*, párr. 150.

expuestos directamente a las medidas que se discuten y resultaron económica y jurídicamente afectados por éstas. Teniendo presente lo dicho anteriormente, el requisito jurisdiccional de que la diferencia surja “directamente” de una inversión se ha cumplido.

D. Tercera excepción a la jurisdicción opuesta por la Argentina

La diferencia sometida al Tribunal no constituye una “controversia en materia de inversión” con arreglo a lo dispuesto en el Artículo 8 del TBI con la República Francesa pues 1) la diferencia no es una diferencia de naturaleza jurídica, y 2) si la diferencia que presenta la Demandante constituyese una diferencia jurídica, sería de naturaleza contractual y, por lo tanto, ajena a la competencia de este Tribunal. En todo caso las tenencias accionarias minoritarias de Total no resultaron afectadas.

67. El Tribunal no puede compartir la opinión de la Argentina de que Total está reclamando una revisión tarifaria cuando invoca una “supuesta intangibilidad de las tarifas de los servicios públicos”.³⁷ Más bien, como se desprende claramente de la Solicitud de arbitraje de Total, y de sus memoriales y documentos posteriores, Total objeta las diversas medidas adoptadas por la Argentina a partir de 2001 que modificaron los regímenes tarifarios, por considerar que contravienen diversas disposiciones del TBI. Concretamente en lo que respecta a la transmisión de gas, Total ha sostenido que invirtió en TGN sobre la base de la estructura de tarifas ajustables en dólares y que ese hecho fue una premisa y una condición básicas de la oferta pública inicial para suscribir acciones de Gas del Estado en 1992. Total alega que como resultado de las medidas aplicadas por la Argentina en 2001-03, que trastocaron ese régimen, se le ha privado sustancialmente del valor y el beneficio económico que esperaba razonablemente obtener con su inversión en TGN. Según Total, la Argentina violó de ese modo las obligaciones contraídas en virtud del TBI de no adoptar medidas equivalentes a expropiación, de otorgar un tratamiento

³⁷ MJD párr. 40.

justo y equitativo, de abstenerse de discriminar y de respetar ciertos compromisos específicos con respecto a TGN.

68. A los efectos de establecer la jurisdicción, el Tribunal considera que las reclamaciones antes mencionadas están comprendidas en el ámbito de su competencia puesto que, *prima facie*, presentan una conducta de la Argentina que puede constituir una violación de las obligaciones y normas de protección del TBI a las que Total, en su calidad de inversor francés, tiene derecho. Es indudable que Total no ha pedido a este Tribunal que evalúe el proceso de renegociación con arreglo a la reglamentación de la Argentina ni que se ocupe del fondo de este proceso, respecto del cual —como lo señala la Argentina— este Tribunal no tendría competencia. Por el contrario, Total aduce que el proceso de renegociación en sí es violatorio del TBI y que, al invocar ese proceso en virtud de su derecho interno, la Argentina intenta evadir sus obligaciones internacionales, entre ellas la de someter la diferencia a arbitraje de conformidad con el Artículo 8 del TBI.

69. Habida cuenta de lo que antecede, el Tribunal no puede aceptar los argumentos de la Argentina de que la presente controversia no es una controversia de naturaleza jurídica que suponga la aplicación del TBI de conformidad con el derecho internacional. Tampoco puede el Tribunal aceptar que se trata de una diferencia contractual relacionada con el proceso de renegociación.

70. Con respecto a los derechos de Total como accionista minoritario en TGN (19,23%) y en HPDA (41,3%), la Argentina objeta en esencia que un accionista minoritario no está protegido legalmente con respecto a medidas que causen perjuicio a la compañía local en la cual es accionista minoritario el inversor del otro país, siempre y

cuando los derechos legales de este último en tanto propietario de esas acciones no resulten afectados por dichas medidas en contravención del TBI³⁸.

71. Por el contrario, Total se basa en la inclusión de “las acciones, primas de emisión y otras formas de participación, aun minoritarias o indirectas, en las sociedades constituidas en el territorio de una de las Partes Contratantes” en el marco de la definición del término “inversión” que se da en el Artículo 1.1(b) del TBI. Total considera irrelevante que sus derechos como propietario de esas acciones puedan no haber resultado afectados, suprimidos u obstaculizados por las medidas que objeta. Total arguye que como las tenencias accionarias minoritarias caen en la definición de “inversiones” que se encuentra en el TBI, el Artículo 8.1 del TBI concede claramente a Total un derecho directo para proteger sus tenencias accionarias contra las medidas adoptadas por la Argentina, que incluye el acceso al arbitraje internacional con arreglo al Convenio del CIADI.

72. Total sostiene además que las medidas de la Argentina afectaron las condiciones y el valor económicos de las compañías locales en las que Total tiene inversiones tanto mayoritarias como minoritarias. Total aduce que la Argentina cambió radicalmente — contrariando las promesas, las garantías y las expectativas legítimas— el régimen legal bajo el cual operaban las compañías locales, al cambiar la denominación y el ajuste de las tarifas y al alterar en forma unilateral los términos de las licencias que tenían esas compañías³⁹. Total aduce además que las medidas produjeron un impacto económico en

³⁸ Aunque la Argentina no hace referencia específica a Central Puerto en esta sección de su memorial, del examen de los hechos realizado por el Tribunal se desprende que esta objeción se aplica también a la tenencia accionaria minoritaria de Total en Central Puerto.

³⁹ Total alega que su adquisición de una participación en el capital de TGN en el año 2000 “se basó en varias garantías expresas y firmes dadas por la Argentina en la Ley de Gas, el Decreto de Gas y la Licencia de TGN” (MCJD, párr. 56; MFD, párr. 51 y págs. siguientes).

el valor de las compañías; en particular, el ingreso de TGN procedente de las tarifas se redujo aproximadamente en un 70% debido a las diversas medidas que afectaron a sus operaciones, mientras que sus costos y responsabilidades denominados en dólares se mantuvieron invariables de modo que, como consecuencia, TGN se vio obligada a dejar de pagar sus préstamos. Como resultado, el valor de TGN bajó bruscamente, lo que a su vez impactó en el valor de las tenencias accionarias de Total en TGN. En lo que respecta a HPDA, Total dice que como consecuencia de las medidas que afectaron sus operaciones y redujeron radicalmente su fuente de ingresos, HPDA dejó de pagar sus préstamos, y tanto HPDA como Central Puerto se encuentran actualmente a merced de sus acreedores.

73. Lo que se discute aquí es si las medidas de la Argentina que supuestamente afectaron de forma negativa a las compañías locales, en las que Total es socio minoritario cuyo valor resultó a su vez afectado, pueden constituir una violación de la protección concedida por el TBI a las inversiones de Total en él definidas⁴⁰. Si la respuesta es afirmativa sobre la base de un examen *prima facie*, entonces el presente caso constituye una “diferencia surgida directamente de una inversión” sobre la cual este Tribunal tiene jurisdicción.

74. La definición de “inversiones” que se da en los TBI es generalmente amplia, en consonancia con el propósito de esos tratados de promover recíprocamente las inversiones de nacionales de una de las partes contratantes en el territorio de la otra, en forma de capital, tecnología, conocimientos especializados y actividades conexas,

⁴⁰ Algunos de los argumentos planteados y examinados aquí con respecto a esta cuestión también son pertinentes en el caso de tenencias accionarias mayoritarias y han sido planteados por la Argentina en su cuarta excepción a la jurisdicción.

asegurando a los inversores un nivel definido de protección⁴¹. El empleo de capital y otros factores en la economía receptora normalmente se realiza a través de compañías locales constituidas en el país receptor, que son de propiedad del inversor extranjero y están controladas por éste. En su calidad de accionista en esas compañías, el inversor está facultado y capacitado para administrar y controlar sus inversiones. Ésta es generalmente la única forma que tiene un inversor extranjero de hacer inversiones cuando el Estado receptor exige que ciertas actividades sean realizadas por compañías constituidas localmente, como ocurrió en el caso de los planes de privatización de la Argentina. En consecuencia, la protección que otorgan los TBI a esos inversores no se limita al libre goce de las acciones sino que se hace extensiva al respeto de las normas del tratado en cuanto a la esencia de sus inversiones.

75. Estas consideraciones son aplicables al TBI entre la Argentina y Francia interpretado a la luz de su objeto y propósito.⁴² Las conclusiones antes mencionadas encuentran respaldo en la jurisprudencia internacional,⁴³ en la doctrina y en los estudios

⁴¹ UNCTAD, *Bilateral Investment Treaties in the Mid-1990s*, Naciones Unidas 1998, págs. 1-2: "Bilateral investment treaties are one of the policy instruments available to provide legal protection to foreign investments under international law and thus to reduce as much as possible the non-commercial risks facing foreign investors in host countries". Véase también Rudolf Dolzer & Margrete Stevens, *Bilateral Investment Treaties* (1995), págs. 25-31.

⁴² El preámbulo dice que los dos Gobiernos han convenido en la disposiciones operativas del TBI "con el deseo de intensificar la cooperación económica entre los dos Estados y de crear las condiciones favorables para las inversiones francesas en la Argentina y las inversiones argentinas en Francia; convencidos que la promoción y la protección de estas inversiones son propicias para estimular las transferencias de capital y de tecnología entre los dos países con vistas al desarrollo económico de ambos". Asimismo, el TBI, además de definir lo que se entiende por inversiones y otros términos conexos, abarca también las "actividades ligadas a esas inversiones" y concede el tratamiento acordado a los inversores nacionales o a los inversores de la nación más favorecida a ese respecto (Artículo 4, primer párrafo del TBI).

⁴³ Véase por ejemplo *Antoine Goetz y otros v. República de Burundi*, (Caso CIADI No. ARB/95/3), Laudo, 10 de febrero de 1999, párr. 89 " ... le Tribunal observe que la jurisprudence antérieure du CIRDI ne limite pas la qualité pour agir aux seules personnes morales directement visées par les mesures litigieuses mais l'étend aux actionnaires de ces personnes qui sont les véritables investisseurs"; *Alex Genin v. República de Estonia*, (Caso CIADI No. ARB/99/2), Laudo de 25 de junio de 2001, párr. 324; *Gas Natural SDG S.A. v. República Argentina*, (Caso CIADI No. ARB/03/10), Decisión sobre Jurisdicción, 17 de junio de 2005, párrs. 34-35; *Comp. de Aguas del Aconquija y Vivendi Universal v. República Argentina*, (Caso

de organizaciones internacionales que realizan actividades en esta esfera.⁴⁴ No hay motivo para sostener lo contrario cuando lo que se discute son las tenencias accionarias minoritarias en una compañía constituida localmente en una situación como la presente⁴⁵. El TBI incluye expresamente a las tenencias accionarias minoritarias en la definición de inversión. El hecho de que lo que está en juego aquí sean las participaciones minoritarias no cambia la naturaleza de la inversión ni la exposición del inversor a riesgos respecto de los cuales se supone que el TBI otorga protección. La posición y el papel de Total como inversor francés con respecto a las compañías en las que tuvo participación minoritaria no parecen ser diferentes de su posición y papel con respecto a otras compañías que controla y de las que es propietaria en la Argentina y a las actividades de éstas.

76. Por consiguiente, el Tribunal concluye que las reclamaciones relativas a las tenencias accionarias indirectas y minoritarias en TGN, HPDA y Central Puerto son diferencias relativas a inversiones, según la definición del TBI. Por ello, el Tribunal determina que tiene jurisdicción en virtud del Artículo 25(1) del Convenio del CIADI y el Artículo 8.1 del TBI con respecto a esas diferencias de naturaleza jurídica surgidas directamente de una inversión. La cuestión de si las medidas aplicadas por la Argentina efectivamente violaron alguno de los derechos de los que goza Total en virtud del tratado

CIADI No. ARB/97/3), Decisión sobre anulación, 3 de julio de 2002, párrs. 46-48; *Azurix Corp v. República Argentina*, (Caso CIADI No. ARB/01/12), Decisión sobre Jurisdicción, 8 de diciembre de 2003.

⁴⁴ UNCTAD, IIA Series, *Scope and Definition*, Naciones Unidas 1999, pág. 8; reimpresso en UNCTAD, *International Investment Agreements: Key Issues*; Naciones Unidas 2004, Cap. 3, *Scope and Definitions*, pág. 115.

⁴⁵ Para información sobre casos recientes en los que se ha confirmado la jurisdicción tratándose de tenencias accionarias minoritarias del inversor extranjero véase *CMS Gas Transmission Co. v. República Argentina*, (Caso CIADI No. ARB/01/8), Decisión sobre Jurisdicción, 17 de julio de 2003; *Enron Corp. y Ponderosa Assets v. República Argentina*, (Caso CIADI No. ARB/01/3), Decisión sobre Jurisdicción, 14 de enero de 2004, párr. 21; *GAMI Investments Inc. v. Estados Unidos Mexicanos*, Laudo arbitral definitivo, 11 de noviembre de 2004, párr. 33 (NAFTA Chapter 11, UNCITRAL arbitration), www.naftaclaims.com.

es algo que corresponde decidir cuando se examine el fondo de la controversia y no ha sido considerada por el Tribunal en esta etapa.

E. Cuarta excepción a la jurisdicción opuesta por la Argentina⁴⁶

Total carece de ius standi para demandar bajo el derecho internacional y el derecho argentino aplicable.

77. El Tribunal ha llegado a la conclusión de que, a pesar de la tercera excepción planteada por la Argentina, las reclamaciones de Total están comprendidas en el ámbito del TBI y el Tribunal tiene jurisdicción para conocer de ellas.

78. La Argentina se equivoca al basar su afirmación de que las medidas adoptadas por el país receptor en contra de las actividades y los bienes de una compañía local no pueden constituir una violación del TBI en el caso *Barcelona Traction*. El contexto de hecho y de derecho era diferente en ese caso y lo que se discutía en esa controversia era únicamente la protección de los accionistas extranjeros con arreglo al derecho internacional consuetudinario. Sin entrar en los detalles de ese caso, la propia CIJ reconoció en su decisión que la protección de los accionistas exigía que se recurriera a las estipulaciones del tratado. La Corte recordó que, efectivamente, ya fuera en forma de tratados multilaterales o bilaterales entre Estados, o de acuerdos entre Estados y empresas, a partir de la segunda guerra mundial se había producido un considerable aumento de la protección de las inversiones extranjeras⁴⁷. El impresionante auge de los TBI obedece a la

⁴⁶ La excepción D de la Argentina ha sido indicada erróneamente como "*Tercera Defensa*" en el índice y en el epígrafe de la página 22 del MJD.

⁴⁷ ICJ Reports (1970), párr. 90. Posteriormente en el caso *ELSI* (Elettronic Sicula S.p.A.) la Corte confirmó la aplicabilidad del artículo III.2 del Tratado bilateral de Amistad, Comercio y Navegación celebrado en

incertidumbre del derecho internacional consuetudinario con respecto a la inversión extranjera.

79. Las demás defensas planteadas por la Argentina en relación con su cuarta excepción se basan en el supuesto de que los bienes y derechos afectados por las medidas de la Argentina que son objeto de la reclamación de la Demandante pertenecen exclusivamente a las compañías locales en las cuales el inversor extranjero ha comprado acciones que representan la inversión. Como consecuencia, la Argentina considera que la reclamación entablada por Total en este caso sólo se puede definir como una acción derivada. Según la Argentina, una demanda “derivada” es una demanda mediante la cual el accionista intenta hacer efectivos en su propio nombre derechos que pertenecen en cambio a su filial en el Estado receptor. Puesto que esa demanda “derivada” es inadmisibles conforme al derecho interno de la filial, es decir el derecho de la Argentina, la Demandante no puede presentar una reclamación de esa índole ante un tribunal de arbitraje internacional.

80. No obstante, habiendo determinado, que como los bienes y derechos que Total alega resultaron lesionados en violación del TBI están comprendidos en la definición de inversiones del TBI, es irrelevante que pertenezcan a compañías argentinas de conformidad con la legislación de la Argentina. Total hace valer sus propios derechos derivados del tratado para su protección, con prescindencia de cualquier derecho, contractual o no contractual, que las diversas compañías (TGN, Total Austral, Central

.1948 entre los EE.UU. e Italia (en el que se otorgaba a los nacionales y las sociedades de cada parte el derecho a “organizar, administrar y controlar” sociedades controladas por ellas y creadas con arreglo a las leyes de la otra parte), a un caso en que las autoridades italianas habían requisado bienes de una empresa italiana de propiedad de dos sociedades estadounidenses, ICJ Reports (1989), párr. 68 y siguientes. La pertinencia de esta decisión para la interpretación de TBI ha sido destacada por F.A. MANN en su comentario *Foreign Investment in the International Court of Justice*, en *Am. J. Int. Law*, 1986, págs 92-102.

Puerto, HPDA) pudieran hacer valer con respecto a dichos bienes y derechos de conformidad con la ley local ante los tribunales de otras autoridades de la Argentina, con el fin de pedir reparación o indemnización por los daños sufridos como consecuencia de las medidas adoptadas por esas autoridades.

81. Total, por otra parte, invoca en este caso derechos relativos a su inversión en la Argentina que están protegidos por el TBI. Por consiguiente, las reclamaciones de Total no se pueden calificar de reclamaciones indirectas (o reclamaciones “derivadas”), como si Total estuviese reclamando en nombre o en lugar de sus filiales los derechos concedidos a estas últimas por las leyes argentinas. Es, por tanto, irrelevante que esas reclamaciones fuesen inadmisibles en virtud de esas leyes y que no estuviesen sujetas en ningún caso a la competencia de un tribunal de arbitraje del CIADI. En consecuencia, la objeción de la Argentina carece de fundamento.

F. Quinta excepción a la jurisdicción presentada por la Argentina

El Tribunal carece de competencia pues las Partes pactaron la jurisdicción exclusiva de los Tribunales contencioso-administrativos federales de la ciudad de Buenos Aires, a los fines de la interpretación y ejecución del Contrato de Concesión.

82. Total alega que la Argentina ha violado su obligación contraída en virtud del TBI; la Demandante no alega una violación de contrato con arreglo al derecho argentino. Por el contrario, Total considera que los términos del Pliego de Bases y Condiciones para la licitación relativa a la compañía Gas del Estado a los que hace referencia la Argentina son ajenos al presente caso y no obligan a Total pues ésta no era parte en el Pliego de Bases y Condiciones.

83. Como este Tribunal ha concluido que los derechos que Total invoca pueden ser objeto de protección con arreglo al TBI, es posible recurrir al mecanismo de arreglo de controversias previsto en el Artículo 8, en tanto que se trata de un derecho. La reclamación de que el Estado receptor ha violado las protecciones otorgadas por el TBI con respecto a una inversión determinada puede ser considerada por este Tribunal independientemente de la existencia de recursos contractuales de los que puedan disponer las sociedades argentinas en las cuales ha invertido Total, o la misma Total, llegado el caso. Por lo tanto, la cláusula exclusiva de elección de la jurisdicción contenida en el Pliego de Bases y Condiciones de TGN y la documentación conexas rige únicamente con respecto a las reclamaciones basadas en ese Pliego y esa documentación y entre las partes obligadas por ellos. No puede impedir que este Tribunal cumpla sus obligaciones de conformidad con el TBI. El consentimiento de la Argentina al arbitraje del CIADI con arreglo al TBI y el Convenio del CIADI no ha quedado desplazado ni ha perdido su efectividad con respecto a la presente controversia debido a la cláusula de elección de la jurisdicción contenida en el Pliego de Bases y Condiciones.

84. En apoyo de su posición, la Demandante se ha remitido a diversos casos en que los tribunales del CIADI han afirmado que las reclamaciones basadas en supuestas violaciones del TBI con respecto a la inversión de un inversor extranjero no se pueden equiparar a las reclamaciones derivadas de un contrato de licencia⁴⁸. Por su parte, la Argentina se apoya en varios casos para alegar que la elección de la jurisdicción local

⁴⁸ Véase, por ejemplo, *LG&E Energy Corp. v. República Argentina*, (Caso CIADI No. ARB/02/1), Decisión sobre excepciones a la jurisdicción del 30 de abril de 2004, párr. 66, en <http://www.worldbank.org/icsid/cases/awards.htm>.

basada en un contrato debe hacerse efectiva por sobre el acuerdo internacional que sirve de fundamento a la jurisdicción del tribunal internacional⁴⁹.

85. No es necesario examinar detenidamente las cuestiones planteadas en esos casos ni las decisiones emitidas por esos tribunales porque esas cuestiones no nos han sido sometidas en este caso. Sobre la base de su examen de las reclamaciones entabladas por Total y de los argumentos presentados respectivamente por las partes, este Tribunal considera que el objeto de las reclamaciones de Total sobre el cual se emitirá una decisión, y respecto del cual la Argentina impugna la jurisdicción, no es la violación de un contrato que contiene una cláusula sobre elección de la jurisdicción. Total no ha entablado una reclamación derivada de un contrato en este procedimiento. Por lo tanto, la cláusula sobre elección de la jurisdicción del Pliego de Bases y Condiciones de la licitación es irrelevante y no puede constituir un obstáculo a la competencia del Tribunal. El Tribunal tiene ante sí una reclamación basada en la supuesta violación por parte de la Argentina, a través de las medidas legislativas y de otra índole que adoptó desde 2001 en adelante, del régimen jurídico aplicable a las inversiones de Total en contravención de diversos términos del TBI. Por consiguiente, se debe confirmar la competencia de este Tribunal sobre dichas reclamaciones⁵⁰.

G. Sexta excepción a la jurisdicción presentada por la Argentina

⁴⁹ Caso *Woodruff* (1974), IX Reports of International Arbitral Awards, pág. 213 y siguientes; *North America Dredging Co.* (1926), IV Reports of International Arbitral Awards, pág. 26 y siguientes; *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. República de las Filipinas*, (Caso CIADI No. ARB/02/6), Decisiones del Tribunal sobre Objeciones a la Jurisdicción, cit., párr. 154.

⁵⁰ Esto no impediría que el Tribunal, al conocer del fondo del asunto, examinara *incidenter tantum* si ha habido infracciones del Pliego de Bases y Condiciones, si ello fuese pertinente para determinar si la Argentina ha cometido las violaciones del TBI que Total alega. Véase también la Decisión sobre anulación en el caso *Vivendi y Compañía de Aguas del Aconquija v. Argentina*, 41 ILM 1135 (2002), párr. 112.

La reclamación es inadmisibile por falta de daño.

86. Total ha alegado que las medidas promulgadas por la Argentina que afectaron sus inversiones le han ocasionado daños sustanciales, en particular la transformación de las tarifas denominadas en dólares de los Estados Unidos (a los que el peso estaba vinculado a la tasa de uno por uno) en tarifas denominadas en pesos devaluados, mediante la eliminación de ciertos mecanismos de ajuste, la imposición de restricciones a las exportaciones y a la utilización de los ingresos provenientes de éstas, y mediante la introducción de medidas reglamentarias que afectaron a los productores de electricidad. Total sostiene que ello constituye una violación de la protección a que tienen derecho sus inversiones en la Argentina en virtud del TBI.

87. Para establecer la jurisdicción en materia de las reclamaciones entabladas por la Demandante, las declaraciones, los argumentos y los documentos presentados por Total parecen suficientes para concluir *prima facie* que Total puede haber sufrido un perjuicio económico por causa de esas medidas. Contrariamente a la posición de la Argentina de que la diferencia no existe o ha dejado de existir, es indudable que existe una controversia entre las partes, pues la Argentina se opone a las reclamaciones, en tanto que Total insiste en ellas pese al argumento de la Argentina de que Total no sufrió daño alguno.

88. La posible incertidumbre en cuanto al monto definitivo de los daños no representa un obstáculo a la jurisdicción, sino que es más bien una cuestión que se habrá de decidir en la fase de examen del fondo del asunto. Por lo tanto, los argumentos formulados por la Argentina concernientes al establecimiento y la operación del Fondo de Estabilización y a otras medidas que adoptó para cubrir los costos adicionales de las empresas generadoras de electricidad, pertenecen al fondo del asunto. Además, los argumentos esgrimidos por

la Argentina se refieren sólo a algunas de las reclamaciones entabladas por Total, a saber, las relativas a las medidas que afectaron a las compañías generadoras de electricidad.

89. Por último, el Tribunal observa que la Demandante ha solicitado que se emita una sentencia declaratoria en el sentido de que la Argentina ha violado el TBI. A este respecto la cuestión de los daños es irrelevante⁵¹. En consecuencia, se debe rechazar la objeción de la Argentina basada en la supuesta falta de daños.

⁵¹ Una cuestión básica en la presente diferencia es determinar si la Argentina ha cometido un acto internacionalmente ilícito, es decir, si ha violado las obligaciones internacionales contenidas en el TBI mediante una conducta que le es atribuible. Como sostiene la Comisión de Derecho Internacional, esas dos condiciones son suficientes para determinar que ese acto ilícito da origen a responsabilidad internacional. Haber causado daño no es un requisito adicional, salvo si el contenido de la obligación principal que se ha violado tiene por objeto o supone la obligación de no causar daños; véase CDI, *Proyecto de artículos sobre responsabilidad de los Estados*, comentario al artículo 2, párr. 9.

Decisión

90. Por las razones anteriormente expuestas el Tribunal concluye que todos los requisitos sobre jurisdicción estipulados en el Convenio del CIADI y en el TBI se han cumplido en la presente controversia. En consecuencia, el Tribunal rechaza las objeciones a la jurisdicción opuestas por la Argentina y decide que la presente controversia recae dentro del ámbito de la jurisdicción del CIADI y de la competencia del Tribunal. Cada una de las partes ha solicitado que las costas de la etapa jurisdiccional del procedimiento, incluidas las propias, sean de cargo de la otra parte. El Tribunal decide considerar este asunto como parte del procedimiento sobre el fondo.

Así queda decidido.

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

[Firmado]

Giorgio Sacerdoti
Presidente del Tribunal

[Firmado]

Henri C. Alvarez
Árbitro

[Firmado]

Luis Herrera Marcano
Árbitro