

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

**Total S.A.**

**c.**

**La República Argentina**

**(Caso CIADI No. ARB/04/1)**

---

**Decisión sobre Responsabilidad**

---

**Miembros del Tribunal**

Prof. Giorgio Sacerdoti, Presidente

Sr. Henri C. Alvarez, Árbitro

Sr. Luis Herrera Marcano, Árbitro

**Secretaria del Tribunal**

Natalí Sequeira

***Representantes de Total S.A.:***

Sr. Jan Paulsson, Sr. Nigel Blackaby,  
Sr. Georgios Petrochilos, Sr. Noah Rubins,  
Sr. Sylvia Noury, Sr. Craig Chiasson,  
Sr. Moto Maeda, Sra. Caroline Richard  
Freshfields Bruckhaus Deringer LLP  
Paris, France

Sr. Alexander Yanos y Sr. Giorgio Mandelli  
Freshfields Bruckhaus Deringer LLP  
New York, NY, Unites States of America

Sr. Luis A. Erize y Sr. Sergio M. Porteiro  
Abeledo Gottheil Abogados SC  
Buenos Aires, Argentina

***Representante de la República Argentina:***

Dr. Joaquín Pedro da Rocha  
Procurador del Tesoro de la Nación Argentina  
Procuración del Tesoro de la Nación Argentina

Fecha de notificación a las partes: 27 de diciembre de 2010

## ÍNDICE

<b>Parte I – Introducción</b> .....	<b>1</b>
1. ANTECEDENTES PROCESALES.....	1
2. RESUMEN GENERAL DEL OBJETO DE LA CONTROVERSI, LAS RECLAMACIONES DE TOTAL Y LA REPARACIÓN SOLICITADA.....	10
3. DERECHO APLICABLE.....	14
<b>Parte II – La reclamación de Total respecto de su inversión en TGN</b> .....	<b>18</b>
1. LA INVERSIÓN DE TOTAL EN EL SECTOR DEL GAS.....	18
2. CARACTERÍSTICAS PRINCIPALES DEL SISTEMA REGULATORIO DE GAS INVOCADO POR TOTAL .....	20
3. LA SUSPENSIÓN DEL AJUSTE DE TARIFAS POR EL IPP EN 2000 .....	27
4. LAS MEDIDAS OBJETADAS POR TOTAL: LA LEY DE EMERGENCIA .....	32
4.1 La evolución económica argentina hasta la emergencia de los años 2001/2002.....	33
4.2 Características principales de la Ley de Emergencia .....	37
4.3 El proceso de renegociación de tarifas según la Ley de Emergencia y después de su implementación.....	39
5. ARGUMENTOS DE LAS PARTES.....	43
6. EVALUACIÓN LEGAL DEL TRIBUNAL DE LA RECLAMACIÓN DE TOTAL .....	47
6.1 Estándar aplicable: el estándar de tratamiento justo y equitativo en general.....	50
6.2. La noción de expectativas legítimas de los inversores extranjeros .....	53
6.3 El contenido del Artículo 3 del TBI entre la Argentina y Francia .....	60
6.4 Análisis comparativo .....	61
6.5 Derecho internacional público.....	64
7. APLICACIÓN DEL ESTÁNDAR DE TRATAMIENTO JUSTO Y EQUITATIVO.....	65
7.1 La derogación del cálculo de las tarifas en dólares estadounidenses.....	66
7.2 Las tarifas denominadas en dólares y su ajuste no son el objeto de una “promesa” hacia Total .....	70
7.3 La relevancia de la suspensión de los ajustes IPP vigente al momento de la inversión de Total en TGN .....	74
7.4 Los motivos del abandono por parte de la Argentina de las tarifas en dólares estadounidenses y sus ajustes según el IPP de los EE. UU.....	76
7.5 El bloqueo de las tarifas desde 2002 .....	80
7.6 Análisis de las decisiones arbitrales anteriores.....	84
8. CONSECUENCIAS DE LAS CONCLUSIONES DEL TRIBUNAL SOBRE LAS RECLAMACIONES DE TOTAL RESPECTO A INDEMNIZACIÓN .....	88
8.1 Conclusiones del Tribunal sobre la reclamación de Total relativa a su inversión en TGN con arreglo al Artículo 3 del TBI.....	89
9. LA RECLAMACIÓN DE TOTAL DE QUE LA ARGENTINA HA VIOLADO EL ARTÍCULO 5.2 DEL TBI EN CUANTO A SU INVERSIÓN EN TGN (RECLAMACIÓN DE EXPROPIACIÓN INDIRECTA POR PARTE DE TOTAL).....	90
9.1 Argumentos de las Partes.....	90
9.2 Conclusiones del Tribunal.....	93
10. LA RECLAMACIÓN DE TOTAL SOBRE LA VIOLACIÓN POR PARTE DE LA ARGENTINA DEL ARTÍCULO 4 DEL TBI (NO DISCRIMINACIÓN).....	99
10.1 La posición de Total .....	99
10.2 La posición de la Argentina .....	104
10.3 Conclusiones del Tribunal.....	106
11. DEFENSAS DE LA ARGENTINA.....	109
11.1 La defensa de necesidad de la Argentina según el derecho internacional consuetudinario.....	109
11.2 La defensa de la Argentina según el Artículo 5.3 del TBI .....	113
<b>Parte III – El reclamo de Total en lo que respecta a su inversión en el sector de generación de electricidad</b> .....	<b>116</b>

1. INVERSIONES DE TOTAL.....	116
2. CARACTERÍSTICAS RELEVANTES DEL RÉGIMEN DE ELECTRICIDAD EN LA ARGENTINA CUANDO TOTAL REALIZÓ SU INVERSIÓN .....	117
3. LA ALTERACIÓN DEL MARCO JURÍDICO DE LA ELECTRICIDAD RECLAMADA POR TOTAL.....	140
3.1 General.....	140
3.2 Medidas específicas reclamadas por Total y su impacto .....	143
4. VIOLACIONES AL TBI ALEGADAS POR TOTAL.....	150
5. POSICIÓN DE LA ARGENTINA .....	152
6. DAÑOS RECLAMADOS POR TOTAL.....	153
7. EVALUACIÓN DE LOS RECLAMOS DE TOTAL SOBRE LA VIOLACIÓN DEL ESTÁNDAR DE TRATAMIENTO JUSTO Y EQUITATIVO.....	153
7.1 Consideraciones generales .....	153
7.2 Evaluación de medidas específicas .....	160
8. CONSECUENCIAS DE LAS CONCLUSIONES DEL TRIBUNAL SOBRE EL RECLAMO DE DAÑOS DE TOTAL.....	169
9. EVALUACIÓN DEL RECLAMO DE TOTAL A LA LUZ DE LOS ARTÍCULOS 4, 5(1) Y 5(2) DEL TBI .....	170
10. LA DEFENSA DE ESTADO DE NECESIDAD ADUCIDA POR LA ARGENTINA.....	172
11. CONCLUSIONES DEL TRIBUNAL SOBRE LOS REGLAMOS DE TOTAL RELATIVOS A LA GENERACIÓN DE ENERGÍA.....	174

**Parte IV – El reclamo de Total en lo que respecta a la inversión en el sector de la exploración y la producción de hidrocarburos ..... 176**

1. LA INVERSIÓN DE TOTAL EN EL SECTOR DE LA EXPLORACIÓN Y LA PRODUCCIÓN DE HIDROCARBUROS .....	176
2. MEDIDAS TOMADAS POR LA ARGENTINA.....	190
3. IMPACTO DE LAS MEDIDAS ALEGADO POR TOTAL EN VIOLACIÓN DEL ARTÍCULO 3 DEL TBI.....	195
3.1 Ventas de gas natural en el mercado local.....	197
3.2 Exportación del gas natural.....	201
3.2 Venta de crudo .....	203
3.3 Impuestos a la exportación de crudo .....	203
3.5 Establecimiento del precio del GPL .....	206
4. LA POSICIÓN DE LA ARGENTINA.....	206
5. EVALUACIÓN LEGAL DEL TRIBUNAL.....	209
5.1 El contenido de la ley de la Argentina.....	211
6. MEDIDAS CUESTIONADAS POR LA DEMANDANTE RESPECTO DEL PETRÓLEO CRUDO.....	215
6.1 Venta de crudo en el mercado local .....	215
6.2 Impuesto a las exportaciones de crudo.....	217
7. ELIMINACIÓN DE LA EXENCIÓN IMPOSITIVA DE TIERRA DEL FUEGO .....	220
8. VENTA INTERNA E INTERNACIONAL DE GAS NATURAL .....	224
9. DETERMINACIÓN DEL PRECIO DE GLP .....	232
10. EVALUACIÓN DEL RECLAMO DE TOTAL EN VIRTUD DEL ARTÍCULO 4 DEL TBI.....	240
11. DEFENSA DEL ESTADO DE NECESIDAD DE ARGENTINA .....	241

**Parte V – Decisión del Tribunal sobre responsabilidad ..... 243**

## ***Parte I – Introducción***

### ***1. Antecedentes procesales***

1. El 12 de octubre de 2003, Total S.A. (“Total” o la “Demandante”) presentó al Secretario General del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (“CIADI” o el “Centro”) una Solicitud de Arbitraje contra la República Argentina (la “Argentina” o la “Demandada”), de conformidad con el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (el “Convenio del CIADI”) y el Tratado entre Francia y la Argentina sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones del 3 de julio de 1991 (“TBI”).
2. De conformidad con la Regla 5 de las Reglas Procesales Aplicables a la Iniciación de los Procedimientos de Conciliación y Arbitraje del CIADI (las “Reglas de Iniciación”), el 3 de noviembre de 2003, el Centro acusó recibo de la solicitud. El 4 de noviembre de 2003, el Centro envió copia de ésta a la República Argentina y a la Embajada de la Argentina en la ciudad de Washington D.C.. 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, de nacionalidad canadiense, como árbitro. El 14 de abril de 2004, la República Argentina nombró al Sr. Luis Herrera Marcano, de nacionalidad venezolana, como árbitro. El 20 de agosto de 2004, en cumplimiento con la Regla 4 de las Reglas Procesales Aplicables a los Procedimientos de Arbitraje (las “Reglas de Arbitraje”), el Presidente del Consejo Administrativo del CIADI nombró como Presidente del Tribunal al Profesor Giorgio Sacerdoti, de nacionalidad italiana. 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. Durante la sesión, las partes confirmaron que el Tribunal había sido debidamente constituido de conformidad con el Convenio del CIADI y con las Reglas de Arbitraje y que no tenían objeciones en ese sentido.
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 otros asuntos, se acordó que, de conformidad con la Regla de Arbitraje 22, los idiomas del procedimiento serían el español y el inglés. Se confirmó que la Demandante presentaría sus alegatos en inglés y la Argentina presentaría los suyos 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 deseaba 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 el 11 de abril de 2005 (“MFD”); la Argentina presentó el Memorial sobre objeciones a la jurisdicción

del Centro y a la competencia del Tribunal 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 (“MCJD”) el 1 de agosto de 2005.

7. La audiencia sobre jurisdicción se celebró en la ciudad de Washington D.C. 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. Erize 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).
8. El Tribunal emitió una Decisión sobre las excepciones a la jurisdicción el 25 de agosto de 2006 (“Decisión sobre jurisdicción”), mediante la cual rechazó las objeciones a la jurisdicción opuestas por la Argentina y decidió que la controversia recae dentro del ámbito de la jurisdicción del CIADI y de la competencia del Tribunal<sup>1</sup>. En su Decisión sobre jurisdicción, el Tribunal decidió considerar las costas de la etapa jurisdiccional del procedimiento en la etapa de consideración del fondo.
9. En esa misma fecha, el Tribunal confirmó que según la Resolución Procesal No. 1, la Demandada debía presentar su Memorial de contestación sobre el fondo dentro de los cinco meses de la fecha de la Decisión sobre la jurisdicción del Tribunal, es decir, antes del 26 de enero de 2007. La Demandante debía presentar su Escrito de réplica sobre el fondo dentro de los 60 días contados desde el recibo del Memorial de contestación sobre el fondo de la Demandada; la Demandada debía presentar su Escrito de dúplica sobre el fondo dentro de los 60 días siguientes al recibo del Escrito de réplica de la Demandante. En virtud de este cronograma, la Argentina presentó su Memorial de contestación sobre el fondo el 26 de enero de 2007.
10. El 9 de febrero de 2007, la Demandante propuso que se revisara el cronograma de presentación del Escrito de réplica de la Demandante y del Escrito de dúplica de la Demandada. Mediante carta del 16 de febrero de 2007, la Argentina indicó que no se oponía a la propuesta de la Demandante de modificación del cronograma. Tomando

---

<sup>1</sup> La Decisión está publicada en [http://ita.law.uvic.ca/documents/TotalSAv.Argentina\\_002.pdf](http://ita.law.uvic.ca/documents/TotalSAv.Argentina_002.pdf).

en consideración la postura de ambas partes al respecto, el Tribunal decidió modificar los plazos de presentación estipulados en la Resolución Procesal No. 1, que había sido emitida el 25 de agosto de 2006. En consecuencia, el Tribunal decidió que la Demandante debía presentar su Escrito de réplica sobre el fondo antes del 15 de mayo de 2007 y que la Demandada debía presentar su Escrito de dúplica sobre el fondo dentro de los 102 días siguientes al recibo del Escrito de Réplica sobre el fondo de la Demandante.

- 11.** Mediante carta del 16 de marzo de 2007, la Demandada solicitó una prórroga de un mes para la presentación tanto del Escrito de Réplica de la Demandante como de la Dúplica de la Demandada. El 16 de marzo de 2007, la Demandante presentó sus observaciones al pedido de prórroga de la Demandada. Mediante carta del 9 de abril de 2007, el Tribunal decidió otorgar un mes de prórroga según lo solicitado por la Demandada. El Tribunal decidió que el Escrito de Réplica sobre el fondo de la Demandante debía presentarse antes del 15 de junio de 2007 y que el Escrito de dúplica de la Demandada debía presentarse dentro de los 102 días siguientes al recibo del Escrito de réplica sobre el fondo de la Demandante.
- 12.** Mediante cartas del 9 y del 18 de mayo de 2007, la Demandante informó al Tribunal que presentaría su Escrito de Réplica el 18 de mayo de 2007 y que esperaba que el Escrito de Dúplica de la Argentina se presentara alrededor del 28 de agosto de 2007. Mediante carta del 14 de mayo de 2007, la Argentina solicitó al Tribunal que mantuviera la prórroga de un mes que había solicitado y que ordenara que el Escrito de Dúplica se presentara antes del 1 de octubre de 2007. Tal como lo manifestó la Demandante, el Escrito de Réplica sobre el fondo se presentó el 18 de mayo de 2007.
- 13.** Mediante carta del 22 de mayo de 2007, el Tribunal determinó que la Demandada tenía derecho a utilizar la prórroga de un mes otorgada por el Tribunal. El Tribunal también confirmó que la Demandante tenía libertad para presentar su Escrito de réplica antes del plazo estipulado por el Tribunal en su carta del 9 de abril de 2007. Por ello, el Tribunal ordenó que la Secretaría no enviaría el Escrito de Réplica de la Demandante a la Demandada sino hasta el 15 de junio de 2007 y que la Demandada presentaría su Escrito de Dúplica dentro de los 102 días siguientes al recibo del Escrito de réplica.

14. Mediante carta del 25 de septiembre de 2007, la Demandada presentó un pedido de producción de documentos y solicitó una prórroga de 15 días para la presentación del Escrito de Dúplica sobre el fondo. Mediante carta del 30 de septiembre de 2007, la Demandante presentó sus observaciones a la carta de la Demandada del 25 de septiembre de 2007. Mediante carta del 3 de octubre de 2007, el Tribunal otorgó la prórroga solicitada por la Demandada y ordenó la presentación del Escrito de Dúplica sobre el fondo para antes del 15 de octubre de 2007.
15. Mediante carta del 9 de octubre de 2007, la Demandada solicitó el aplazamiento de la fecha de presentación para el 16 de octubre de 2007, ya que el 15 de octubre de 2007 es un día no laborable en la Argentina. Mediante carta del 10 de octubre de 2007, el Tribunal decidió que la Demandada tendría plazo hasta el 16 de octubre de 2007 para presentar su Escrito de Dúplica sobre el fondo. El Tribunal también indicó que establecería una fecha límite para que la Demandada presentara comentarios sobre ciertas cuestiones relativas a la valuación financiera ya que la Demandada no había recibido todavía algunos documentos que la Demandante debía producir. La Demandada presentó su Escrito de dúplica sobre el fondo el 16 de octubre de 2007. Las partes intercambiaron una cierta cantidad de comunicaciones sobre la producción de documentos relativos a la valuación financiera. Luego de considerar la posición de las partes a este respecto, el Tribunal decidió, mediante carta del 5 de noviembre de 2007, que la Demandada debía presentar su informe sobre los daños antes del 20 de noviembre de 2007. La Demandada presentó el informe del experto sobre daños en la fecha estipulada por el Tribunal.
16. El 10 de diciembre de 2007, el Tribunal celebró una llamada de conferencia con las partes antes de la audiencia; el 13 de diciembre de 2007, el Tribunal emitió directivas procesales para la organización de la audiencia sobre el fondo.
17. El Tribunal celebró una audiencia sobre el fondo en la sede del Centro en Washington D.C. entre los días 7 de enero y 18 de enero de 2008. En la audiencia estuvieron presentes:

***Miembros del Tribunal:***

Prof. Giorgio Sacerdoti, Presidente

Sr. Henri C. Alvarez, Árbitro

Prof. Luis Herrera Marcano, Árbitro

***Secretaría del CIADI:***

Sra. Eloïse Obadia, Consultora Jurídica Principal

Sra. Natalí Sequeira, Consultora Jurídica

Secretarias del Tribunal

***Por la Demandante:***

Sr. Jan Paulsson (Freshfields Bruckhaus Deringer, LLP)

Sr. Nigel Blackaby (Freshfields Bruckhaus Deringer, LLP)

Sr. Georgios Petrochilos (Freshfields Bruckhaus Deringer, LLP)

Sr. Alex Yanos (Freshfields Bruckhaus Deringer, LLP)

Sr. Noah Rubins (Freshfields Bruckhaus Deringer, LLP)

Sr. Giorgio Mandelli (Freshfields Bruckhaus Deringer, LLP)

Sr. Craig Chiasson (Freshfields Bruckhaus Deringer, LLP)

Sr. Moto Maeda (Freshfields Bruckhaus Deringer, LLP)

Sra. Caroline Richard (Freshfields Bruckhaus Deringer, LLP)

Sra. Kadesha Bagwell (Freshfields Bruckhaus Deringer, LLP)

Sr. Francisco Abriani (Freshfields Bruckhaus Deringer, LLP)

Sr. Jean-Paul Dechamps (Freshfields Bruckhaus Deringer, LLP)

Sr. Martin Tavaut (Freshfields Bruckhaus Deringer, LLP)

Sr. Luis Alberto Erize (Abeledo Gottheil Abogados SC)

Sr. Sergio Porteiro (Abeledo Gottheil Abogados SC)

Sr. Stephen Douglas (Representante de Total S.A.)

Sr. Jean-André Diaz (Representante de Total S.A.)

Sr. Arturo Pera (Representante de Total Austral S.A.)

Sr. Diego Bondorevsky (Representante de LECG)

Sra. Carla Chavich (Representante de LECG)

Sr. Pablo Lopez Zadicoff (Representante de LECG)

Sra. Maria Luisa Mitchelstein (Representante de LECG)

***Por la Demandada:***

Dr. Osvaldo César Guglielmino (Procurador del Tesoro de la Nación Argentina)

Dr. Adolfo Gustavo Scrinzi (Procuración del Tesoro de la Nación Argentina)

Lic. Fabián Rosales Markaida (Procuración del Tesoro de la Nación Argentina)

Dr. Gabriel Bottini (Procuración del Tesoro de la Nación Argentina)

Dr. Ignacio Torterola (Procuración del Tesoro de la Nación Argentina)

Dr. Félix Helou (Procuración del Tesoro de la Nación Argentina)

Dr. Roberto Hermida (Procuración del Tesoro de la Nación Argentina)

Dr. Florencio Travieso (Procuración del Tesoro de la Nación Argentina)

Dra. Gisela Ingrid Makowski (Procuración del Tesoro de la Nación Argentina)

Lic. Nicolás Stern (Procuración del Tesoro de la Nación Argentina)

Dra. Viviana Kluger (Procuración del Tesoro de la Nación Argentina)

Dr. Luciano Lombardi (Procuración del Tesoro de la Nación Argentina)

Dr. Rodrigo Nicolás Ruiz Esquide (Procuración del Tesoro de la Nación Argentina)

Dr. Tomás Braceras (Procuración del Tesoro de la Nación Argentina)

Dra. Verónica Lavista (Procuración del Tesoro de la Nación Argentina)

Sr. Nicolás Duhalde (Procuración del Tesoro de la Nación Argentina)

**18.** Los siguientes testigos y expertos comparecieron ante el Tribunal de Arbitraje por la Demandante: Sr. Pablo Spiller, Sr. Manuel Abdala, Sr. Benoît Charpentier, Sr. Hugues Montmayeur, Sr. François Faurès, Sr. Jacques Chambert-Loir, Sr. Yves Grosjean, y Sr. Michel Contie; y por la Demandada: Sr. Gerardo Sanchis Muñoz, Sra. Alicia Caballero, Sr. Diego Guichón, Sr. Alejandro Sruoga, Sr. Alejandro Gallino, Prof. Nouriel Roubini, Sr. Mario Damill, Sr. Roberto Frenkel, Sr. Cristian Folgar (por video), y Sr. Augusto Belluscio.

**19.** El 11 de abril de 2008, las partes presentaron sus escritos posteriores a la audiencia<sup>2</sup>. El 26 de mayo de 2008, las partes presentaron sus propuestas sobre las costas. En su presentación, la Argentina manifestó que los costos incurridos por la Argentina ascendieron a US\$1.215.222,99. En su presentación sobre las costas, la Demandante:

“solicita al Tribunal que:

(i) ORDENE a la Argentina a reembolsar a Total el monto de US\$431.500, que representa la totalidad de los pagos por adelantado de las costas efectuados por Total, con más los intereses a la tasa a ser determinada por el Tribunal a partir de la fecha del Laudo hasta su efectivo pago; y

(ii) ORDENE a la Argentina a reembolsar a Total el monto de €10.264.735,62 y US\$4.368.881,87, que representa la totalidad de “las costas razonablemente incurridas” por la Demandante en este proceso de arbitraje, con más los intereses a la tasa a ser determinada por el Tribunal a partir de la fecha del Laudo hasta su efectivo pago”<sup>3</sup>.

**20.** El 9 de mayo de 2008, la Demandada solicitó al Tribunal autorización para producir ciertos documentos. El 15 de mayo de 2008, la Demandante presentó observaciones al pedido de la Demandada. Mediante carta del 21 de mayo de 2008, la Sra. Natalí Sequeira, Secretaria del Tribunal, informó a las partes que el Tribunal declaró

---

<sup>2</sup> Desde la audiencia sobre el fondo, Total y la Argentina presentaron un total de 690 y 274 apéndices, respectivamente, sin contar las autoridades legales, los testimonios de testigos y los informes de expertos.

<sup>3</sup> Ver la Propuesta sobre las costas de Total, párr. 29.

inadmisibles el nuevo apéndice RA-299 que la Argentina había solicitado fuera incluido en el expediente del caso, así como los apéndices RA 294-297 que ya habían sido introducidos por la Demandada como anexos del escrito posterior a la audiencia. En la misma carta, las partes fueron informadas de que, en virtud del principio del debido proceso y en consideración de la etapa del procedimiento, el Tribunal decidió no tomar en consideración las nuevas pruebas y los argumentos presentados con posterioridad a los escritos posteriores a la audiencia.

- 21.** El 20 de febrero de 2009, la Demandante solicitó al Tribunal autorización para producir una cantidad de documentos relativos a eventos concernientes a ciertas autoridades de la Argentina que habían afectado a TGN. El 20 de marzo de 2009, la Demandada presentó observaciones a la solicitud de la Demandante y solicitó autorización para producir documentos sobre la misma cuestión relativa a TGN. El 9 de abril de 2009, el Tribunal adoptó una nueva decisión sobre la producción de documentos. Retomando su previa decisión del 21 de mayo de 2008, el Tribunal volvió a manifestar que no tomaría en consideración las nuevas pruebas y los argumentos presentados luego de los escritos posteriores a la audiencia y que sólo consideraría las pruebas y las presentaciones de las partes incorporados al expediente del caso.
- 22.** El 23 de octubre de 2009, la Argentina se dirigió por escrito al Centro con el fin de informar al Tribunal sobre los hechos relacionados con una disputa laboral entre Total y uno de sus ex-empleados. De acuerdo con la Argentina, los hechos sobre los que se basa la disputa laboral mencionada son de particular relevancia en este procedimiento arbitral. El Tribunal expresa sus dudas de que los hechos detallados por la Demandada en dicha comunicación guarden relevancia con este arbitraje. El Tribunal advierte que la Demandada pretende incluir nuevos documentos y argumentos en el expediente desatendiendo las decisiones previas adoptadas por el Tribunal sobre producción de documentos. El pedido de la Demandada era totalmente extemporáneo en dicha etapa del procedimiento. Por ello, el Tribunal señala que no puede admitir estos documentos como prueba ni tomar en consideración los argumentos legales derivados de éstos.

## ***2. Resumen general del objeto de la controversia, las reclamaciones de Total y la reparación solicitada***

- 23.** El Tribunal estima 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 posteriormente detallado.
- 24.** Como se indica en la Solicitud de Arbitraje, Total es una sociedad constituida de conformidad con la ley francesa, con 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, cada uno de los cuales se pueden calificar de “inversión” en el sentido que se da a ese término en el Artículo 1.1 del TBI.
- 25.** Total sostiene que en cada una de las áreas en que realizó inversiones, lo hizo sobre la base de las manifestaciones (“representations”) y promesas hechas por el gobierno argentino respecto del marco legal y reglamentario aplicable a las compañías privatizadas de transmisión de gas, a la industria de exploración y producción de petróleo y gas y a la industria de generación de electricidad. Total alega que varias medidas adoptadas por el gobierno argentino, la mayor parte de las cuales se derivó de la Ley 25.561 (la “Ley de Emergencia”), o la siguió, así como la Ley de Emergencia misma incumplieron o revocaron los compromisos adquiridos para atraer inversiones en los cuales Total confió para realizar sus inversiones. De manera más específica, Total señala que estas medidas incluyen:
- la conversión obligatoria de las tarifas de los servicios públicos denominadas en dólares a pesos (“pesificación”) a la tasa de uno por uno;

- la derogación del ajuste de las tarifas de los servicios públicos en función del Índice de Precios al Productor (“IPP”) de los Estados Unidos de América 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 impuesto de exportación retenido en la fuente sobre las ventas de hidrocarburos y; (b) 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 medidas.

**26.** La Demandante alega que las medidas adoptadas por la Argentina han resultado en varias violaciones del TBI. Por lo que se refiere a los activos para el transporte 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; dieron un tratamiento injusto e inequitativo a la inversión de Total en TGN, en contravención del Artículo 3 del TBI; discriminaron a Total en relación con su inversión en TGN, en contravención de los Artículos 3 y 4 del TBI; y que infringieron la obligación de Argentina de respetar los acuerdos especiales, en contravención del Artículo 10 del TBI.

- 27.** En cuanto a las inversiones de Total en la exploración y producción de petróleo crudo y gas natural, Total alega que las diversas medidas 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 una violación distinta a la obligación del Artículo 3 del TBI de otorgar un tratamiento justo y equitativo.
- 28.** 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 la expropiación sin otorgar una indemnización pronta, adecuada y efectiva, en contravención al Artículo 5(2) del TBI; ha violado la obligación de otorgar un tratamiento justo y equitativo estipulada en el Artículo 3 del TBI y; ha ejercido discriminación en contra de Total con respecto a sus inversiones en Central Puerto y HPDA en violación con el Artículo 4 del BIT.
- 29.** 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 en su Solicitud de Arbitraje, la Demandante solicita indemnización por los supuestos daños causados a su inversión “por un monto que se calculará y que provisionalmente se estima no inferior a US\$940 millones”, 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.
- 30.** Con el fin de sustentar la solicitud de indemnización por daños, Total presentó, durante el procedimiento de arbitraje, tres Informes de los expertos Spiller y Abdala (LECG, LLC). Sobre la base de la información contenida en estos Informes<sup>4</sup>, Total

---

<sup>4</sup> Los Informes del Sr. Abdala y el Sr. Spiller son los siguientes: “Evaluación de la Conducta Regulatoria reciente de Argentina en el sector de Generación Eléctrica” (en adelante referido como el Informe de LECG sobre Electricidad), del 16 de mayo de 2007; “Valuación de los Daños correspondientes a las Inversiones de Total en Argentina (Informe de LECG sobre Daños), del 18 de mayo de 2007; y “Correcciones y Actualizaciones a la

reclama en su Escrito posterior a la audiencia una indemnización total por daños calculada al 31 de diciembre de 2006 de US\$1.292.100.000, que se subdivide según las diversas reclamaciones de violación al TBI por la Argentina, tal como se indica a continuación<sup>5</sup>.

**31.** En el Escrito posterior a la audiencia, Total solicitó al Tribunal las siguientes medidas de reparación:

“En vista de lo antedicho y de los escritos anteriores de la Demandante, la Demandante respetuosamente solicita al Tribunal, en rechazo todas las solicitudes y presentaciones realizadas por Argentina que:

(i) DECLARE que Argentina violó el Artículo 5(2) del Tratado por haber tomado medidas que privaron prácticamente de todo valor a la inversión de la Demandante en TGN sin pagar una compensación pronta y adecuada tal como establece el Artículo 5(2) del Tratado;

(ii) DECLARE que Argentina violó el Artículo 3 del Tratado por no haber otorgado un trato justo y equitativo a la Demandante y a su inversión en TGN, el sector de exploración y producción de hidrocarburos y las tenencias accionarias de la Demandante en Central Puerto y HPDA;

(iii) DECLARE que Argentina violó el Artículo 5(1) del Tratado por no haber “protegido [ ] y resguardado [ ] plena y completamente” las inversiones de la Demandante en TGN, en el sector de exploración y producción de hidrocarburos y como inversor accionista en Central Puerto y HPDA;

(iv) DECLARE que Argentina violó el Artículo 4 del Tratado por haber tomado medidas discriminatorias en perjuicio de la Demandante respecto de sus inversiones en TGN, el sector de exploración y producción de hidrocarburos y las tenencias accionarias de la Demandante en Central Puerto y HPDA;

(v) ORDENE a Argentina pagar una compensación en favor de la Demandante por dichas violaciones al Tratado y al derecho internacional, por una suma total, al 31 de diciembre de 2006, de US\$1.292.100.000;

(vi) ORDENE a Argentina pagar intereses compuestos previos al dictado del Laudo sobre todos los montos concedidos en virtud de (v) *supra*, actualizados a partir del 1 de enero de 2007 hasta la fecha del Laudo, a una tasa de:

- i. 13,5% anual por daños y perjuicios vinculados a TGN;
- ii. 12,18% anual por daños y perjuicios vinculados a Total Austral; y
- iii. la tasa actual de bonos a seis meses del Tesoro de EE.UU. con respecto a HPDA y Central Puerto;

(vii) ORDENE a Argentina pagar intereses compuestos, desde la fecha del Laudo del Tribunal hasta la fecha en que Argentina realice el pago total a la Demandante, a la tasa de bonos a seis meses del Tesoro de EE.UU., calculados mensualmente, sobre todos los montos de compensación ordenados por el Tribunal;

(viii) ORDENE a Argentina pagar todos los costos del presente arbitraje, incluidos los honorarios y gastos del Tribunal y de los expertos designados por el

---

“Valuación de los Daños correspondientes a las Inversiones de Total en Argentina” (Informe complementario de LECG sobre Daños), del 27 de diciembre de 2007.

<sup>5</sup> Ver el Escrito posterior a la audiencia de Total, párr. 1161. El Tribunal advierte que en el Informe de Gestión Anual del Directorio de Total correspondiente al año 2002, presentado en la audiencia sobre el fondo, constan las siguientes declaraciones, en la pág. 34: “Los ítems no recurrentes de 2002, integrados principalmente por desmejoras en la Argentina relativas a los activos de gas y electricidad y al mercadeo de GLP, tuvieron un impacto negativo en los ingresos operativos de 659 M€”.

Tribunal y la Demandante, así como los costos de la representación legal de la Demandante, y los demás gastos que genere este procedimiento, a ser especificados posteriormente en las presentaciones de costos, más intereses; y (ix) OTORGUE cualquier otra compensación adicional que el Tribunal considere apropiada”<sup>6</sup>.

- 32.** Sobre la base de los argumentos fácticos y legales plasmados en sus escritos, así como en las declaraciones, informes y documentos presentados por los testigos y expertos, la Argentina solicita al Tribunal de Arbitraje que rechace cada una de las reclamaciones de Total y que condene a la Demandante al pago de la totalidad de los gastos y costas legales del presente procedimiento<sup>7</sup>, incluidas las costas de la Argentina por un monto de US\$1.215.222,99.

### ***3. Derecho aplicable***

- 33.** Las Partes concuerdan en que el Artículo 8.4 del TBI consagra las fuentes de derecho aplicables al presente arbitraje. No obstante, disienten en cuanto a la jerarquía u orden de aplicación de dichas fuentes legales. El Artículo 8.4 del TBI dispone:

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.

- 34.** Total sostiene que el derecho internacional y la legislación de la Argentina son aplicables a diferentes aspectos de la controversia y en fases analíticas diferentes<sup>8</sup>. Total desarrolló su análisis de la siguiente manera:

- (a) En una primera etapa, el tribunal debe decidir si efectivamente existen ciertos bienes o derechos que constituyen la supuesta inversión. En este contexto, el derecho del Estado receptor naturalmente resulta relevante, dado que el conjunto de derechos que constituyen la inversión es una creación de derecho interno;
- (b) En la segunda etapa, al Tribunal le corresponde determinar si esos derechos constituyen o no una inversión protegida por el Tratado aplicable. El

---

<sup>6</sup> Ver el Escrito posterior a la audiencia de Total, párr. 1161.

<sup>7</sup> Ver el Escrito posterior a la audiencia de la Argentina, párr. 664.

<sup>8</sup> Ver el Escrito posterior a la audiencia de Total, párr. 152.

Tribunal ya resolvió este punto en su Decisión sobre Jurisdicción, por lo cual no se lo discute en esta etapa;

(c) Por último, en la tercera etapa debe analizarse la conducta del Estado receptor en función de los estándares sustantivos previstos en el Tratado aplicable, que deben complementarse con los “principios del derecho internacional en la materia”. Estos estándares constituyen la base en función de la cual ha de evaluarse la responsabilidad del Estado<sup>9</sup>.

**35.** Total entiende que la legislación argentina es sólo relevante como evidencia fáctica de las inversiones de Total pero que el derecho internacional es relevante para resolver la cuestión de si las inversiones de Total están protegidas por el TBI y en qué medida. Asimismo, Total entiende que el cumplimiento de la Argentina de las obligaciones de protección estipuladas en el TBI deben ser analizadas exclusivamente según el TBI y los principios aplicables del derecho internacional. Total sostiene que su posición es consistente con los principios fundamentales de derecho internacional, incluido el Artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (la “CVDT”) y los Artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos (los “Artículos de la CDI”)<sup>10</sup>. Total sostiene que la Argentina no puede hacer uso de su derecho interno para evitar la responsabilidad emanada del derecho internacional y que, de todas formas, el derecho argentino es coherente con el TBI<sup>11</sup>.

**36.** La Argentina argumenta que de conformidad con el Artículo 8(4) del TBI, la legislación de la Argentina no sólo es relevante como prueba de la inversión de Total sino que es una fuente de derecho, como lo son el TBI y los principios relevantes del derecho internacional<sup>12</sup>. De acuerdo con la Argentina, esto implica que:

“para determinar el alcance y/o vulneración de los parámetros internacionales y de los estándares de protección de inversiones previstos, resulta imprescindible analizar la aplicación del derecho interno en cuestión a la temática controvertida, haciendo especial hincapié en las circunstancias propias de cada caso, lo cual es un criterio universal del derecho”<sup>13</sup>.

**37.** La Argentina argumenta que la postura de Total respecto a que las medidas tomadas por la Argentina son incompatibles tanto con la legislación local como con el derecho

---

<sup>9</sup> Ver el Escrito posterior a la audiencia de Total, párr. 152, se omitieron las notas al pie de página.

<sup>10</sup> Ver el Escrito posterior a la audiencia de Total, párr. 155 y las fuentes que se citan en él.

<sup>11</sup> Ver el Escrito posterior a la audiencia de Total, párr. 159 – 175 y 389.

<sup>12</sup> Ver el Escrito posterior a la audiencia de la Argentina, párr. 497, 499

<sup>13</sup> Ver el Escrito posterior a la audiencia de la Argentina, párr. 501.

internacional contradice el argumento de Total de que la legislación de la Argentina es relevante únicamente para establecer cuestiones fácticas. Finalmente, la Argentina sostiene que dado que la legislación argentina es aplicable al fondo de la controversia sometida al Tribunal, se puede bien invocar el llamado principio de emergencia que contempla el sistema jurídico de la Argentina<sup>14</sup>. Según este principio de emergencia, el Congreso de la Nación está facultado a dictar normas de emergencia que afectan los derechos de propiedad toda vez que una situación económica de gravedad así lo amerita. El sistema jurídico argentino permite el dictado de dichas normas de emergencia en situaciones que se consideren suficientemente graves (como fue la emergencia económica del período 2001-2002)<sup>15</sup>. Según la Argentina, este principio de emergencia mencionado, tal como fuera elaborado y reconocido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina desde 1920, tiene relevancia para la determinación del Tribunal respecto a si ha habido o no una violación al TBI<sup>16</sup>. En conclusión, la Argentina sostiene que debido a que este principio de emergencia está firmemente establecido en el sistema jurídico argentino, Total no podría (ni debería) haberlo desconocido<sup>17</sup>. En palabras de la Argentina:

“TOTAL sabía que si ciertas condiciones de emergencia se presentaban, los tribunales argentinos podían legitimar las medidas excepcionales dictadas por el Congreso de la Nación para paliar las circunstancias. Por ende, debió considerar sus expectativas legítimas al momento de invertir sobre la base de que el derecho argentino reconoce la validez del derecho de la emergencia siempre que, por supuesto, se configure una situación lo suficientemente grave que justifique la adopción de ese tipo de medidas”<sup>18</sup>.

**38.** El Tribunal advierte que el TBI entre la Argentina y Francia contiene directivas para los tribunales de arbitraje constituidos al amparo de sus disposiciones, en cuanto a las leyes aplicables a las diferencias relativas a inversiones que se realicen a la luz del tratado, sin embargo no prevé un orden de aplicación de dichas fuentes de derecho. Tomando en consideración los argumentos de las partes antes mencionados, el Tribunal considera que es conveniente hacer una distinción entre dos tipos de cuestiones.

---

<sup>14</sup> Ver el Escrito posterior a la audiencia de la Argentina, párr. 502 y ss.

<sup>15</sup> Ver el Escrito posterior a la audiencia de la Argentina, párr. 507 y ss. sobre la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la República Argentina según la cual la legislación de emergencia (como la Ley de Emergencia de 2002), que se sancionó para enfrentar la crisis económica y cuya seriedad justificaba su adopción, es compatible con la Constitución Nacional.

<sup>16</sup> Ver el Escrito posterior a la audiencia de la Argentina, párr. 504.

<sup>17</sup> Ver el Escrito posterior a la audiencia de la Argentina, párr. 511.

<sup>18</sup> Ver el Escrito posterior a la audiencia de la Argentina, párr. 505.

39. La primera cuestión se refiere a la función de la legislación interna de la Argentina en cuanto a la determinación del contenido y el alcance de los derechos económicos de Total a la luz del sistema jurídico argentino. En este sentido, el Tribunal considera que las leyes argentinas no se limitan a establecer las circunstancias fácticas. El contenido y el alcance de los derechos económicos de Total (en palabras de Total: “los compromisos asumidos por Argentina frente a Total”)<sup>19</sup> deben ser determinados por el Tribunal sobre la base de los principios legales y las disposiciones de la Argentina. Asimismo, tanto el hecho de que la Demandante haya otorgado gran consideración a las normas de naturaleza legislativa y administrativa que regulan los sectores del gas, la electricidad y los hidrocarburos, así como las extensas discusiones entre las partes sobre el contenido y el alcance de los derechos de Total en relación con la operación de las inversiones, son un reconocimiento de que la legislación interna de la Argentina juega un papel prominente<sup>20</sup>. Por ello, el Tribunal deberá determinar el contenido exacto y alcance de los derechos económicos de Total a la luz del sistema jurídico argentino en relación con las reclamaciones de Total bajo el TBI, en cuanto sea necesario y a los efectos de determinar si se ha incurrido en una violación al TBI.

40. La segunda cuestión se relaciona con la relevancia que Argentina le otorga a la doctrina de emergencia en su propio ordenamiento jurídico para determinar si ha existido una violación del TBI. En este sentido, el Tribunal efectúa las siguientes observaciones. En primer lugar, debido a que las reclamaciones de Total son por violaciones al TBI, el Tribunal debe, principalmente, aplicar el TBI, conforme al derecho internacional, para resolver la controversia planteada. Esto significa que el Tribunal debe evaluar la responsabilidad de la Argentina en virtud del TBI aplicando el tratado en sí mismo, así como las normas consuetudinarias del derecho internacional. El Tribunal no puede aceptar la posición de la Argentina en cuanto a que la invocación del principio de emergencia a la luz de la legislación argentina

---

<sup>19</sup> Ver también el Escrito posterior a la audiencia de Total, párr. 154.

<sup>20</sup> El Tribunal advierte que un número de autoridades legales a los que se refiere Total en su escrito posterior a la audiencia indica que la función de la legislación interna no se limita a la determinación de cuestiones fácticas. Ver el Escrito posterior a la audiencia de Total, párr. 153 en relación con la opinión del profesor Schreuer según la cual “[t]ípicamente, las relaciones de inversión involucran tanto al derecho interno como al derecho internacional ...”. Ver también *Enron Corporation y Ponderosa Assets, L.P. c. la República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/01/3, Laudo, 22 de mayo de 2007, párrs 206-207. Total cita este laudo en relación con la cuestión de la compatibilidad de las medidas de la Argentina que afectan el sector del gas con la Constitución Nacional. Ver el Escrito posterior a la audiencia de Total, párr. 175 y ss.

exime a la Argentina de su responsabilidad internacional por la violación al tratado. Ello contrariaría el principio fundamental de derecho internacional según el cual “[u]na parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado” (Artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados)<sup>21</sup>. En segundo lugar, el Tribunal señala que los reclamos de Total de que las medidas adoptadas por la Argentina contravienen su ley interna no han sido formulados *per se*, sino que son usados por Total para sustentar sus reclamos basados en el TBI. En razón de ello, el hecho de que una medida interna objetada por Total pueda ser legítima según el sistema jurídico de la Argentina, sobre la base del principio de emergencia, no releva al Tribunal de su obligación de determinar si la Argentina incurrió de todas maneras en una violación del TBI.

## ***Parte II – La reclamación de Total respecto de su inversión en TGN***

### ***1. La inversión de Total en el sector del gas***

**41.** En relación con la inversión de Total en la industria del transporte de gas, Total alega en su Solicitud de Arbitraje que era titular de una participación indirecta del 19,23% en Transportadora de Gas del Norte S.A. (“TGN”). “De esta participación del 19,23 por ciento, el 19,19 por ciento es mantenido en forma indirecta por intermedio de Gasinvest, que actualmente mantiene una participación del 70,44 por ciento en TGN y en la que Total mantiene una participación del 27,24 por ciento; el 0,038 por ciento restante es de tenencia directa del grupo Total”<sup>22</sup>. TGN es una de las dos empresas de transporte de gas radicadas en la Argentina al momento de la privatización de Gas del Estado en 1992, que había sido una Sociedad del Estado hasta ese entonces. En ese momento, se otorgó una licencia a TGN “para la prestación del servicio público de transporte de gas”<sup>23</sup> en el norte y centro de la Argentina durante un plazo de 35 años,

---

<sup>21</sup> Este principio refleja el principio general de derecho consuetudinario internacional según el cual, a los efectos de la responsabilidad de un Estado por la comisión de un hecho internacionalmente ilícito, la calificación del mismo hecho como ilícito a la luz del derecho interno del Estado es irrelevante. Este principio se vuelve a consagrar en el Artículo 3 de los Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos de la Comisión de Derecho Internacional y anexados a la Resolución de la Asamblea General A/RES/56/83.

<sup>22</sup> Ver el Memorial de la Demandante, nota 76, pág. 27 (Apéndice C-275).

<sup>23</sup> Ver el Decreto 2457/92 (Licencia de TGN) Artículo 1 (Apéndice C-53(1)).

renovable a opción de TGN por diez años más, con la conformidad de TGN a los términos y las condiciones de la Licencia<sup>24</sup>.

**42.** En mayo de 1992, la Argentina promulgó la Ley 24.076 (la “Ley del Gas”) y el Decreto No. 1738/92 (el “Decreto del Gas”)<sup>25</sup>, que estableció el marco legal del sector del gas luego de la privatización. Luego de una licitación internacional, acompañada del Memorando Informativo de septiembre de 1992 preparado por los asesores financieros de la Argentina<sup>26</sup>, el Gobierno de la Argentina vendió una participación del 70% en TGN a Gasinvest (Consortio de inversores<sup>27</sup>) el 28 de diciembre de 1992<sup>28</sup>. El Gobierno de la Argentina retuvo una participación del 25% en TGN hasta julio de 1995, cuando tuvo lugar una segunda licitación sobre la base del Prospecto de oferta preparado por los asesores financieros a pedido del Gobierno de la Argentina<sup>29</sup>. Luego de participar con éxito en esta segunda licitación, CMS Gas Transmission Argentina (una sociedad argentina controlada por CMS Energy, una sociedad de los Estados Unidos) adquirió el 25% restante en TGN del Gobierno de la Argentina el 26 de julio de 1995<sup>30</sup>.

**43.** En marzo de 2000, uno de los inversores del Consortio de Gasinvest, el Grupo TransCanada (fusionado con el Grupo Nova, otro accionista de Gasinvest, en junio de 1998) decidió vender su participación y Total realizó una oferta no vinculante para adquirirla.

**44.** En relación con la historia de la inversión de Total en el sector de transporte de gas en la Argentina, según la descripción de Total:

“Varios años después de la privatización, Total decidió invertir en activos del sector de transporte de gas de Argentina para complementar las importantes

---

<sup>24</sup> Ver el Artículo 3.1. y 3.2. Reglas Básicas de la licencia de TGN adjuntas al Decreto 2.457/92 (Apéndice C-53).

<sup>25</sup> Apéndices C-31 y C-48, respectivamente.

<sup>26</sup> Ver el Memorando Informativo, Privatización de Gas del Estado S.E. de septiembre de 1992 (Apéndice C-50).

<sup>27</sup> La lista de miembros originales del Consortio Gasinvest se encuentra en la Solicitud de Arbitraje de la Demandante en la nota 95, pág. 41.

<sup>28</sup> Ver la Solicitud de arbitraje de la Demandante, párr. 98, pág. 41; Escrito posterior a la audiencia de Total, párr. 271.

<sup>29</sup> Ver el “Prospecto de Oferta” de julio de 1995 (Apéndice C-97), presentado por la Argentina para el contrainterrogatorio de Charpentier. Ver, además, *CMS Gas Transmission Company c. la República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/01/8, Laudo, 12 de mayo 2005, párr. 58.

<sup>30</sup> Es interesante notar que el 12 de julio de 2001, CMS Gas Transmission Company notificó su consentimiento al arbitraje del CIADI y su disputa en relación con el congelamiento del ajuste de tarifas según el IPP de los EE. UU. sobre las tarifas de gas, al 1º de enero de 2000, por parte del Gobierno argentino según el TBI entre la Argentina y los Estados Unidos. El 26 de julio de 2001, el Centro recibió la Solicitud de arbitraje de CMS contra la Argentina.

inversiones que ya mantenía en el área de producción de gas. En función del marco regulatorio (para ese entonces ya probado) previsto por Argentina para el transporte de gas, el 30 de mayo de 2000, Total acordó comprar a TransCanada Group (TCPL) una participación del 19,23 por ciento en TGN por el monto de US\$230 millones. El 23 de enero de 2001, se concretó la operación y se transfirieron a Total las acciones de TGN”<sup>31</sup>.

45. Finalmente, luego de la reestructuración de deuda de TGN en 2006, la participación de Total en TGN disminuyó del 19,23% al 15,35%<sup>32</sup>.

## ***2. Características principales del sistema regulatorio de gas invocado por Total***

46. Total alega que la legislación general y las normas y disposiciones específicas vigentes en la Argentina al momento de la compra de la participación en TGN por parte de Total dio lugar a un marco legal (el “Marco Regulatorio del Gas”) que incluía varios tipos de “promesas” o “compromisos” que Total ha considerado al realizar su inversión y de los que tenía derecho a invocar.

47. Total alega:

“[...] la decisión de Total de invertir US\$230 millones en TGN se basó en un estudio detenido de los compromisos específicos y explícitos contenidos en el Marco Regulatorio del Gas, en especial:

(a) La promesa de que la tarifa sería suficiente para cubrir todos los costos razonables de la prestación del servicio, impuestos, amortizaciones y una rentabilidad razonable, conocida como “equilibrio económico”. El ente regulador, ENARGAS, preservaría dicho equilibrio económico por medio de los siguientes mecanismos:

(i) El ENARGAS revisaría las tarifas cada cinco años, en función de criterios preestablecidos, con el fin de garantizar el mantenimiento del equilibrio económico de TGN durante el plazo de la Licencia (Revisión Quinquenal Tarifaria);

(ii) Las tarifas podrían ser objeto de una revisión no recurrente por parte del ENARGAS, basada en causas “objetivas y justificadas” (como, por ejemplo, con el fin de reflejar variaciones en los costos) o cuando las tarifas se tornaran “inadecuadas, indebidamente discriminatorias o preferenciales”, siempre a efectos de garantizar una continua rentabilidad razonable para TGN (Revisión Tarifaria Extraordinaria). Esta podría ser solicitada por la Licenciataria o los consumidores;

---

<sup>31</sup> Ver el Escrito posterior a la audiencia de Total, párr. 273, donde se explica la estructura corporativa de Gasinvest y TGN con un diagrama (Ver también el Memorial de la Demandante, párr. 53).

<sup>32</sup> Ver el Escrito posterior a la audiencia de Total, párr. 582.

(iii) La tarifa se calcularía en dólares, se convertiría a pesos únicamente a los efectos de su facturación y se la ajustaría cada seis meses de acuerdo a las variaciones registradas en el Índice de Precios al Productor de Estados Unidos (IPP de los EE.UU.);

(b) La tarifa no sería objeto de congelamiento, regulaciones o controles de precios sin que mediara plena indemnización por parte del Gobierno y las reglas básicas de la Licencia de TGN (que incluían el régimen tarifario) no podrían modificarse sin el consentimiento de TGN”<sup>33</sup>.

**48.** Todos los compromisos de la Argentina mencionados por Total en sus presentaciones se encuentran en la Ley del Gas, en el Decreto del Gas y la resolución administrativa que contiene la Licencia otorgada a TGN, el Decreto No. 2457/92 de fecha 18 de diciembre de 1992 (la “Licencia de TGN”). Total alega que los cambios realizados unilateralmente por la Argentina al marco legal importaron un incumplimiento de estos compromisos, que tuvieron como consecuencia, además, el incumplimiento de varias disposiciones del TBI en perjuicio de Total.

**49.** El Tribunal examinó toda la legislación y las normas a las que Total hace referencia. La Ley del Gas regula las actividades de transporte y distribución, que son un “servicio público nacional”, de conformidad con el Artículo 1. La Ley dispone en su Artículo 2 una serie de principios primordiales que regulan el régimen del gas y la actividad reguladora del ENARGAS (“Ente Nacional Regulador del Gas”). La protección de los derechos del consumidor es el objetivo principal de la Ley (Artículo 2(a)), seguido del de alentar inversiones para asegurar el suministro a largo plazo (Artículo 2(b)). La Ley también procura regular las actividades del transporte y distribución de gas natural, asegurando que las tarifas que se apliquen a los servicios sean justas y razonables (Artículo 2(d)) y “[p]ropender a que el precio de suministro de gas natural a la industria sea equivalente a los que rigen internacionalmente en países con similar dotación de recursos y condiciones” (Artículo 2(g)).

**50.** La Ley del Gas dispone en su Artículo 38(a) para los transportistas y distribuidores que operen en forma económica y prudente, la oportunidad de obtener ingresos suficientes para satisfacer todos los costos operativos razonables aplicables al servicio, impuestos, amortizaciones y una rentabilidad razonable, según se determina en el Artículo 39. Específicamente, según el Artículo 38(a), “[l]os servicios prestados

---

<sup>33</sup> Ver el Escrito posterior a la Audiencia de Total, párr. 274 [se omiten las notas al pie].

por los transportistas distribuidores serán ofrecidos a tarifas que se ajustarán a los siguientes principios: a) Proveer a los transportistas y distribuidores que operen en forma económica y prudente, la oportunidad de obtener ingresos suficientes para satisfacer todos los costos operativos razonables aplicables al servicio, impuestos, amortizaciones y una rentabilidad razonable, según se determina en el siguiente artículo; [...]”. El Artículo 39 dispone que: “A los efectos de posibilitar una razonable rentabilidad a aquellas empresas que operen con eficiencia, las tarifas que apliquen los transportistas y distribuidores deberán contemplar: a) Que dicha rentabilidad sea similar al de otras actividades de riesgo equiparable o comparable; b) Que guarde relación con el grado de eficiencia y prestación satisfactoria de los servicios”.

**51.** La Ley del Gas dispone dos mecanismos para la revisión de tarifas por parte del ENARGAS. El Artículo 42 de la Ley del Gas establece una Revisión Quinquenal Tarifaria (que será llevada a cabo por el ENARGAS según lo dispuesto por los Artículos 38 y 39), que determinará las nuevas tarifas máximas según el Artículo 39. Específicamente, “[c]ada cinco (5) años el Ente Nacional Regulador del Gas revisará el sistema de ajuste de tarifas. Dicha revisión deberá ser efectuada de conformidad con lo establecido por los arts. 38 y 39 y fijará nuevas tarifas máximas de acuerdo a lo dispuesto por el art. 39 de la presente ley”.

**52.** Los Artículos 46 y 47 permiten que las Licenciatarias y los consumidores soliciten al ENARGAS una Revisión Tarifaria Extraordinaria de “cargos, precios máximos, clasificaciones o servicios establecidos de acuerdo con los términos de la habilitación”, siempre que sus modificaciones sean por causas objetivas en razón de circunstancias de carácter extraordinario (Artículos 46(2) y 47 de la Ley del Gas). Según el Artículo 46(1), “[l]os transportistas, distribuidores y consumidores podrán solicitar al Ente Nacional Regulador del Gas las modificaciones de tarifas, cargos, precios máximos, clasificaciones o servicios establecidos de acuerdo con los términos de la habilitación que consideren necesarias si su pedido se basa en circunstancias objetivas y justificadas”<sup>34</sup>. Además, el Artículo 46 del Decreto del Gas determina la naturaleza de las “circunstancias objetivas y justificadas” que deberán

---

<sup>34</sup> El Artículo 46(2) de la Ley del Gas dispone: “Recibida la solicitud de modificación, el ente deberá resolver en el plazo de sesenta (60) días previa convocatoria a audiencia pública que deberá celebrarse dentro de los primeros quince (15) días de la recepción de la citada solicitud”.

ser invocadas en un pedido de los consumidores o de los prestadores de servicios públicos para la modificación de tarifas según la Revisión Tarifaria Extraordinaria. Según el Decreto del Gas (Artículo 46): “[l]as modificaciones contempladas en el art. 46 de la ley deberán basarse en circunstancias específicas no previstas con anterioridad, y no podrán ser recurrentes. Las mismas no incluyen el reajuste que contempla el art. 42 de la Ley”. Según el Artículo 47 de la Ley del Gas: “Cuando el Ente Nacional Regulador del Gas considere, como consecuencia de procedimientos iniciados de oficio o denuncias de particulares, que existen motivos para considerar que una tarifa, cargo, clasificación o servicio de un transportista o distribuidor es inadecuada, indebidamente discriminatoria o preferencial, notificará tal circunstancia al transportista o distribuidor y la hará pública convocando a tal efecto a una audiencia pública dentro de los primeros quince (15) días”. Según la última oración del Artículo 47: “Celebrada la misma, dictará resolución dentro del plazo indicado en el artículo 46 de esta ley”.

- 53.** Respecto del cálculo de la tarifa en dólares de los Estados Unidos de América (“US\$” o “dólares de los EE. UU.”), el Artículo 41(2) del Decreto del Gas dispone: “Las tarifas de transporte y distribución se calcularán en dólares. El cuadro tarifario resultante será expresado en pesos convertibles según la ley 23.928, teniendo en cuenta para su reconversión a pesos la paridad establecida en el art. 3 del dec. 2128/91”. La Licencia de TGN también contiene ciertas normas sobre las tarifas y su cálculo. El Artículo 9.2 de la Licencia de TGN dispone: “El Anexo III del Decreto que aprueba estas Reglas Básicas contiene la tarifa que puede percibir la Licenciataria. Dicha tarifa sólo será modificada de conformidad con lo establecido en la Ley, el Decreto Reglamentario, estas Reglas Básicas y las disposiciones de la misma Tarifa”. Además, “[l]a tarifa se ha calculado en dólares estadounidenses. Los ajustes a que se refiere el punto 9.3. serán calculados en dólares estadounidenses”. Específicamente, “El Cuadro Tarifario resultante o recalculado se expresará en el momento de su aplicación a la facturación en pesos (\$) a la relación para la convertibilidad establecida en el art. 3° del Dto. 2128/91, reglamentario de la Ley 23.928 y sus eventuales modificatorios”. El Anexo III contiene las Reglas Básicas de la Licencia de TGN y dispone que: “Las tarifas están expresadas en pesos convertibles según la ley 23928”.

**54.** Respecto del ajuste periódico de las tarifas en dólares estadounidenses, el primer párrafo del Artículo 41 de la Ley del Gas no dispone mecanismos específicos como el ajuste semestral del IPP de los EE. UU. En cambio, dispone, en términos generales: “En el curso de la habilitación las tarifas se ajustarán de acuerdo a una metodología elaborada en base a indicadores de mercado internacional que reflejen los cambios de valor de bienes y servicios representativos de las actividades de los prestadores. Dichos indicadores serán a su vez ajustados, en más o en menos, por un factor destinado a estimular la eficiencia y, al mismo tiempo, las inversiones en la construcción, operación y mantenimiento de instalaciones. La metodología reflejará cualquier cambio en los impuestos sobre las tarifas”. Según el Artículo 41(3) del Decreto del Gas: “La metodología para ajustar las tarifas de los transportistas y distribuidores en base a indicadores de mercado internacional a que se hace referencia en el art. 41 de la ley será incluida en las respectivas habilitaciones. El ente establecerá los requerimientos de información necesarios para controlar la correcta aplicación del mecanismo previsto en la habilitación, dentro de los plazos y con la periodicidad establecidos en la misma. El ente no podrá suspender, limitar o rechazar tales ajustes de tarifas excepto cuando y en la medida en que se hayan detectado errores en los cálculos y/o en los procedimientos aplicados”. La referencia al IPP de los EE. UU. aparece en el Artículo 9.4.1.1 de la Licencia de TGN. Este Artículo dispone que: “Las tarifas de transporte serán ajustadas semestralmente de acuerdo con la variación operada en el PPI”.

**55.** Respecto del Marco Regulatorio del Gas detallado más arriba, Total distingue entre “compromisos principales” y “compromisos adicionales”. Sobre los “compromisos principales”, Total expone:

“[...] La promesa global del Marco Regulatorio del Gas era que se mantendría el equilibrio económico de TGN durante los 35 a 45 años de plazo de la Licencia. Es decir, Argentina prometió que la tarifa regulada de TGN, que representaba el 98% de sus ingresos, estaba y seguiría estando regulada de forma tal de aportarle a TGN ingresos suficientes para satisfacer todos los costos razonables, incluidos impuestos, amortizaciones y costos de capital, y permitirle obtener una “rentabilidad razonable” similar a la correspondiente a actividades de riesgo comparable”<sup>35</sup>.

**56.** Total alega también:

---

<sup>35</sup> Ver el Escrito posterior a la audiencia de Total, párr. 20 [se omiten las notas al pie].

“El Marco Regulatorio del Gas incluía otros dos compromisos adicionales que respaldaban la promesa del equilibrio económico. Establecía que las tarifas de TGN se podrían ajustar en forma automática de modo tal de garantizar que los ingresos de la empresa siempre bastaran para cubrir sus costos, denominados mayormente en dólares:

(c) En primer lugar, Argentina prometió que las tarifas de TGN se calculaban y seguirían calculando en dólares y se convertirían a pesos solamente a los efectos de su facturación.

(d) En segundo lugar, Argentina dispuso que las tarifas en dólares de TGN serían ajustadas semestralmente de forma automática según las variaciones registradas en el Índice de Precios al Productor de Estados Unidos (IPP de los EE.UU.), con lo que los ingresos de la empresa en dólares mantendrían su valor real en dicha moneda”<sup>36</sup>.

Asimismo, Total alega que: “[...] Por otra parte, el Marco Regulatorio del Gas aportó dos mecanismos concebidos para permitir que el ente regulador, ENARGAS, reestableciera el equilibrio económico de TGN tanto en forma periódica como no recurrente (extraordinaria). El Marco Regulatorio del Gas dispuso que:

a. El ENARGAS revisaría las tarifas cada cinco años con el fin de fijar las tarifas aplicables en el quinquenio siguiente, a cuyo efecto tomaría en consideración las inversiones planificadas y posibles eficiencias de TGN, garantizando siempre ingresos suficientes para satisfacer todos los costos razonables, incluidos los impuestos, las amortizaciones y los costos de capital, y permitir obtener una “rentabilidad razonable” (Revisión Quinquenal Tarifaria);

b. En caso de alteración del equilibrio económico de TGN, el ENARGAS podría realizar una revisión no recurrente de las tarifas por causas “objetivas y justificadas” (por ejemplo, con el fin de reflejar las variaciones registradas en los costos), revisión que también quedaría habilitada para el caso de que las tarifas se tornaran “inadecuadas, indebidamente discriminatorias o preferenciales”, siempre garantizando suficientes ingresos para satisfacer todos los costos razonables de TGN, incluidos los impuestos, las amortizaciones y los costos de capital, y permitirle obtener una “rentabilidad razonable” (Revisión Tarifaria Extraordinaria). Argentina también reforzó la promesa de ingresos estables y suficientes mediante diversas cláusulas de estabilización. Prometió que las tarifas no serían objeto de congelamientos, administraciones o controles de precios sin que mediara plena compensación por parte del Gobierno, y que no se podrían modificar las reglas básicas de la Licencia de TGN (que incluían el régimen tarifario) sin contar para ello con el consentimiento de esta última”<sup>37</sup>.

**57.** Total hace referencia, además, a los términos de la Licencia de TGN y al Pliego de Bases y Condiciones<sup>38</sup> sancionados por la Argentina en 1992, que regulan la participación de las partes interesadas en el proceso de licitación internacional para la venta de las empresas privatizadas, sin perjuicio del hecho de que Total no participó en dicho proceso.

---

<sup>36</sup> Ver el Escrito posterior a la audiencia de Total, párr. 21 [se omiten las notas al pie].

<sup>37</sup> Ver el Escrito posterior a la audiencia de Total, párr. 22-23 [se omiten las notas al pie].

<sup>38</sup> Pliego de bases y condiciones para el llamado a licitación pública internacional para la privatización de Gas del Estado No. 33-0150 (Apéndice C-49).

**58.** Total considera que tres de las normas de la Licencia de TGN deberían ser calificadas como “cláusulas de estabilización”<sup>39</sup>. En primer lugar, el Artículo 9.8 dispone bajo el título ‘Inaplicabilidad de Controles de Precios’ que: “No se aplicará al régimen de tarifas de la Licenciataria congelamientos, administraciones y/o controles de precios. Si a pesar de esta estipulación se obligara a la Licenciataria a adecuarse a un régimen de control de precios que estableciere un nivel menor al que resulte de la Tarifa, la Licenciataria tendrá derecho a una compensación equivalente pagadera por el Otorgante”. En segundo lugar, el Artículo 9.1 dispone que: “El Reglamento del Servicio podrá ser modificado periódicamente, después de la fecha de vigencia, por la Autoridad Regulatoria, para adecuarlo a la evolución y mejora del Servicio Licenciado. Cuando tales modificaciones no se deban a la iniciativa de la Licenciataria, corresponderá la previa consulta a la misma. Dichas modificaciones no podrán alterar las presentes Reglas Básicas y, si alteraran el equilibrio económico-financiero de la Licencia, darán lugar a una revisión de la Tarifa según lo determine la Autoridad Regulatoria”. Finalmente, el Artículo 18.2 dispone que: “El Otorgante no modificará estas Reglas Básicas, en todo o en parte, salvo mediante consentimiento escrito de la Licenciataria y previa recomendación de la Autoridad Regulatoria. Las disposiciones que modifiquen el Reglamento del Servicio y la Tarifa que adopte la Autoridad Regulatoria no se considerarán modificaciones a la Licencia en ejercicio de sus facultades, sin perjuicio del derecho de la Licenciataria de requerir el correspondiente reajuste de la Tarifa si el efecto neto de tal modificación alterase, en sentido favorable o desfavorable, respectivamente, el equilibrio económico-financiero existente antes de tal modificación”.

**59.** Total también invocó el incumplimiento del Pliego de Bases y Condiciones de TGN (Anexo F) por parte de la Argentina. Este Pliego de Bases y Condiciones había sido preparado por la Argentina en 1992 para el proceso de licitación internacional para la venta de acciones de TGN en noviembre y diciembre de 1992. Además, como se explica en el Memorando Informativo sobre la Privatización de Gas del Estado S.E., el Pliego de Bases y Condiciones de 1992, aprobado por el Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos (Ministerio de Economía, Decreto No. 874/92), disponía “el proceso de calificación, licitación y adjudicación, así como los requisitos que deben ser satisfechos para licitar por una o más de las nuevas empresas” y los plazos

---

<sup>39</sup> Ver más arriba, párr. 56, en el que se cita el Escrito posterior a la audiencia de Total, párr. 22-23.

para que las partes interesadas efectúen sus ofertas para las nuevas empresas<sup>40</sup>. Por lo tanto, este Pliego se dirigía a las partes que habían participado en el proceso de adjudicación en noviembre y diciembre de 1992.

### ***3. La suspensión del ajuste de tarifas por el IPP en 2000***

- 60.** Luego de describir el régimen legal vigente desde 1992 para el sector de transporte de gas invocado por Total, el Tribunal da cuenta de que la Argentina ha señalado dos eventos que considera relevantes, debido a que han tenido lugar poco tiempo antes o durante la adquisición de acciones por parte de Total. La Argentina alega que estos eventos debilitaron el Marco Regulatorio del Gas y que Total debería haber considerado esto al momento de invertir.
- 61.** En primer lugar, la Argentina señala la Ley No. 25.344, sancionada el 19 de octubre de 2000, que declaró en “emergencia la situación económico-financiera y la ejecución de los contratos a cargo del sector público nacional”. Esta Ley “[...] específicamente activó prerrogativas extraordinarias en materia de contratos administrativos, suspendió todos los juicios contra el Estado y consolidó sus deudas (diferimiento de los pagos)”<sup>41</sup>. Si bien la Argentina reconoce que esta Ley no se aplica al sector de servicios públicos, la Argentina sostiene que la promulgación de esta Ley implicaba el reconocimiento legal de que, en 2001, al momento en que Total invirtió en los sectores de transporte de gas y generación de energía eléctrica, el país se encontraba en una situación de “emergencia económico-financiera”. Total debería haber tenido en cuenta esta situación al evaluar los riesgos macroeconómicos y normativos<sup>42</sup>.
- 62.** En segundo lugar, la Argentina señala enfáticamente un hecho puntual ocurrido en el sector del gas. El 6 de enero de 2000 (antes de la oferta de Total al Grupo TransCanada del 30 de mayo de 2000 por la participación del 19,23% en TGN), el ENARGAS y las Licenciatarias de gas (incluida TGN) prestaron su conformidad

---

<sup>40</sup> Ver Memorando Informativo para la privatización de Gas del Estado S.E., nota 26 *supra*, pág. 10, y el cronograma del proceso de licitación y adjudicación, pág. 12.

<sup>41</sup> Ver el Escrito posterior a la audiencia de la Argentina, párr. 68 y 69 (en cuanto a esta Ley en general, párr. 70-73).

<sup>42</sup> Ver el Escrito posterior a la audiencia de la Argentina, párr. 68. En este sentido, el Tribunal destaca que la Argentina se había referido a la Ley No. 25.344 por primera vez en las Audiencias sobre el Fondo cuando el testigo Belluscio la mencionó.

para el diferimiento en forma excepcional (y por única vez) del ajuste del IPP de los EE. UU. para las tarifas de gas del 1º de enero de 2000 al 30 de junio de 2000 y diferir su aplicación hasta el 30 de junio de 2000 (Artículo 1 del Acta Acuerdo)<sup>43</sup>. Al mismo tiempo, el Artículo 1 del Acta Acuerdo dispone el recupero de las Licenciatarias de los ajustes suspendidos entre el 1º de julio de 2000 y el 30 de abril de 2001. Los motivos del Acuerdo y su fundamento legal se determinan en el Preámbulo y guardan relación con la grave recesión de la economía argentina. El Preámbulo señala que la Secretaría de Energía de la Nación había tomado la iniciativa de invitar a las Licenciatarias a reconsiderar temporariamente la aplicación del IPP de los EE. UU. en concordancia con los objetivos establecidos en el Artículo 2 de la Ley del Gas y sus normas de implementación<sup>44</sup>. El Preámbulo menciona, además, que la Secretaría de Energía de la Nación: “ha manifestado preocupación en orden a la realidad económica imperante [es decir, la profunda y creciente recesión y deflación] y a la necesidad de arbitrar soluciones acordes con el plan económico oportunamente diseñado por las Autoridades Nacionales, sin que ello repercuta en el cumplimiento de lo legislado en el marco regulatorio vigente”. En relación con la postura de las Licenciatarias, el Preámbulo establece que, por un lado, las Licenciatarias eran “conscientes de las necesidades sociales surgidas como consecuencia de la situación económica general que atraviesa coyunturalmente el país”; y, por el otro, “quieren destacar que tal situación no es ajena a su integridad económica y resultados, por lo que la vigencia plena de las políticas públicas privatizadoras revisten carácter esencial para las misma” (cuarta oración).

- 63.** En cuanto a esta situación y el Marco Regulatorio del Gas, Total no niega que, mientras decidía su inversión en TGN, estaba al tanto de la mencionada Acta Acuerdo. A la vez, Total sostiene que “Dado que el acuerdo se realizó en forma excepcional y por única vez, como favor al nuevo gobierno [de Fernando De la Rúa], y que el IPP de EE.UU. diferido se recuperaría con intereses seis meses más tarde,

---

<sup>43</sup> Ver el Apéndice C-119.

<sup>44</sup> En relación con los objetivos de la Ley del Gas, ver párr. 49. más arriba. En consideración del objetivo del Acta Acuerdo de mitigar el efecto negativo de la recesión económica argentina y la deflación en la población general, el Tribunal considera que la protección de los derechos de los consumidores establecida en el Artículo 2(a) de la Ley del Gas es particularmente relevante en este caso. Esta conclusión está sustentada expresamente por el Decreto 669/00, que incluye la Segunda Acta Acuerdo (ver las oraciones octava y novena del Preámbulo del Decreto).

Total no tomó en consideración el diferimiento al valorar a TGN ni al proponer su oferta a TCPL”<sup>45</sup>.

**64.** El 4 de agosto de 2000, luego de la celebración del Acuerdo de compra de acciones entre Total y el Grupo TransCanada de fecha 30 de mayo 2000 (pero antes de la finalización de la venta), la Argentina sancionó el Decreto No. 669/00. (“Dase por diferida la aplicación al las tarifas respectivas del ajuste en los puntos 9.4.1.1 y 9.4.1.4 de las Reglas Básicas de la Licencia de Transporte y Distribución de Gas Natural, con el fin de mitigar el impacto económico generado por la aplicación de indicadores de mercados internacionales en las tarifas, que afectaría tanto a la población en general como al sector industrial. Aplicación del mecanismo de ajuste relacionado con Producer Price Index, Industrial Commodities (PPI). Acta suscripta con las Licenciatarias”)<sup>46</sup>. Mediante este Decreto, se aprobó el segundo acuerdo (Acta Acuerdo) de julio de 2000 entre el Gobierno y las licenciatarias de gas (en este caso, incluida TGN) para diferir y suspender el ajuste por el IPP de los EE. UU. de las tarifas de gas hasta el 30 de junio de 2002. La segunda Acta Acuerdo se celebró sobre las pautas de la existencia de una “profunda crisis” que provocó la necesidad de mitigar el impacto de la referencia a los precios internacionales. El Preámbulo del Decreto (en su oración décimo primera) establece: “[Q]ue por ello y en orden a asumir plenamente la profundidad de esta crisis, surge necesario que el Estado Nacional y las Licenciatarias de gas, con el único y específico objetivo de mitigar el impacto económico generado por la aplicación de los indicadores de mercado internacionales en la tarifas de los usuarios de gas natural, adopten las medidas conducentes a evitar un efecto económico excesivamente gravoso tanto para la población en general como para el sector industrial”. Así, el Decreto contradice la naturaleza excepcional y no recurrente de la primera suspensión determinada formalmente en el Acta Acuerdo. El Tribunal nota que el Preámbulo del Decreto incluía una referencia relevante a los compromisos de la Argentina en virtud de sus tratados de inversión. “[Q]ue el proceso privatizador y las inversiones resultantes encuentran amparo legal en la normativa vigente, y en especial, también en los Tratados de Protección Recíproca de Inversiones suscriptos por la REPUBLICA ARGENTINA y ratificados por diversas leyes” (cuarta oración). Además, el

---

<sup>45</sup> Ver el Memorial de la Demandante, párr. 77.

<sup>46</sup> Apéndice C-54.

Preámbulo del Decreto establece también: “[...] dicho sistema de ajuste constituye una premisa básica, condición de los pliegos licitatorios y de las ofertas adjudicadas que fueron su consecuencia, y por lo tanto importa un derecho legítimamente adquirido por parte de las Licenciatarias adjudicatarias de cada licencia” (quinta oración).

65. Algunos días después, el 18 de agosto de 2000, a pedido del Defensor del Pueblo de la Nación, la Jueza Clara María do Pico emitió una medida cautelar mediante la que se suspendía la aplicación del Decreto 669/00<sup>47</sup>. El Ombudsman alegó el conflicto de la medida en relación con los derechos de los consumidores y el recupero en su totalidad del ajuste del IPP de los EE. UU. con más el 8,2% de interés luego del período de suspensión (es decir, luego del 30 de junio de 2002) que establecía el Decreto 669/00 a través de la creación del Fondo de Estabilización del IPP. Según el Ombudsman, este mecanismo de recupero del ajuste del IPP de los EE. UU. diferido no tenía en consideración el perjuicio a los derechos de los consumidores y el cambio radical en las circunstancias económicas hasta 1999. El Ombudsman hizo referencia, por un lado, a la profunda recesión de la economía argentina y la deflación experimentada por la Argentina desde 1999 y, por el otro, al aumento inusual de los precios en los Estados Unidos de América (EE. UU.). La Jueza aceptó este argumento y decidió que el recupero total del ajuste del IPP de los EE. UU. diferido establecido en el Decreto se hallaba en conflicto con el principio fundamental que dispone que las tarifas deberán ser justas y razonables no sólo para las Licenciatarias sino también para los consumidores (Artículo 9.1 del Anexo B, Decreto No. 2255/92, Reglamento del Servicio y Tarifas). Además, según la Jueza, estas nuevas circunstancias económicas podrían considerarse como “circunstancias objetivas justificadas”, por lo tanto, requerían una Revisión Tarifaria Extraordinaria por parte del ENARGAS, con una visión que tenga en cuenta los derechos de los consumidores. Según la Jueza, el Gobierno y el ENARGAS actuaron de manera incorrecta y por encima del Marco Regulatorio del Gas al establecer el ajuste del IPP de los EE. UU. a través del Decreto No. 669/00 sin la intervención de los consumidores en los procedimientos de revisión de tarifas públicas (tal como la Revisión Tarifaria Extraordinaria, según el Artículo 47 de la Ley del Gas).

---

<sup>47</sup> Ver el Apéndice C-122.

66. Poco después, el 28 de agosto de 2000, al considerar que la suspensión judicial del Decreto 669/00 constituía una violación al TBI entre la Argentina y los Estados Unidos, CMS Gas Transmission, accionista de TGN, envió una carta al Presidente de la República Argentina con el fin de iniciar el período de seis meses de negociación, en virtud del TBI entre la Argentina y los Estados Unidos antes de iniciar el arbitraje ante el CIADI. El 22 de septiembre de 2000, el ENARGAS, el Ministerio de Economía y el Procurador apelaron dicha acción sin éxito<sup>48</sup>. El 23 de enero de 2001, Total cerró la compra de la participación del 19,23% en TGN. En relación con estos hechos ocurridos mientras Total llevaba adelante su inversión en TGN y que eran considerados por otro accionista extranjero (de los EE. UU.) como una potencial violación al TBI entre la Argentina y los EE. UU., Total alega que “Dado el recurso interpuesto por el propio gobierno contra la decisión y los débiles fundamentos jurídicos en los que creía que ésta se había basado, TGN confiaba en su pronta revocación. En consecuencia, estos hechos no afectaron la concreción de la venta a Total”<sup>49</sup>.

67. Por el contrario, la Argentina alega que la Ley No. 25.344 era parte de la cronología de los actos de emergencia iniciados con los dos Acuerdos (Actas Acuerdo) y seguidos por la medida cautelar que suspendía el ajuste por inflación del IPP en el sector de transporte de gas. Asimismo, la Argentina señala que “Todos estos hechos son anteriores a la realización de la inversión de TOTAL en los sectores de gas y generación de electricidad”<sup>50</sup>. Dados los hechos precedentes, en oposición a la descripción de Total en su alegato de apertura durante las Audiencias, la Argentina describió el contexto en el que Total realizó su inversión tanto en el sector de transporte de gas como en el de generación de energía eléctrica en los siguientes términos:

“[...] (a) en lugar de una política consciente del Gobierno para atraer inversión extranjera, había una política desesperada para salvar la economía; (b) en lugar de una Ley de Reforma del Estado que implementaba un “masivo programa de privatización,” había una Ley de Emergencia Económica que autorizaba la intervención en los contratos administrativos; (c) en lugar de la firma reciente de 39 TBI’s, había dos Actas Acuerdos y una medida cautelar con efectos respecto

---

<sup>48</sup> Ver el Apéndice C-125. La apelación del Gobierno fue rechazada por la Cámara de Apelación de Buenos Aires el 5 de octubre de 2001. TGN y las otras Licenciatarias también apelaron la medida cautelar.

<sup>49</sup> Ver el Memorial de la Demandante, párr. 81 (la generalidad de los hechos, en párr. 80).

<sup>50</sup> Ver el Escrito posterior a la audiencia de la Argentina, párr. 75 [original en cursiva].

de las licencias para el transporte y la distribución de gas natural, y un inversor (CMS) que recurría al CIADI; y (d) en lugar de una reciente moneda atada al dólar por la Ley de Convertibilidad como medida contra la hiperinflación, había una moneda camino a una mega-devaluación, y una situación económica y social que era descripta en una ley de emergencia como “un proceso de profunda depresión”<sup>51</sup>.

#### 4. Las medidas objetadas por Total: La Ley de Emergencia

68. Una vez revisadas las distintas disposiciones legales que las partes consideran relevantes para la inversión de Total, el Tribunal apunta ahora a las medidas de la Argentina objetadas por Total, que alega que han “destruido completamente” ese marco, en violación a la protección del TBI.
69. Según Total, las medidas adoptadas por la Argentina en violación de sus compromisos hacia Total están contenidas o fueron implementadas a partir de la Ley de Emergencia del 6 de enero de 2002. Específicamente, según Total<sup>52</sup>: “En otras palabras, tal como lo ilustra el siguiente cuadro, han quedado derogados todos y cada uno de los compromisos en función de los cuales invirtió Total:

Promesa	Derogación de la promesa
<b>Equilibrio económico:</b> tarifas que bastaran para cubrir los costos y aportar una rentabilidad razonable ( <i>Artículos 38, inciso a) y 39 de la Ley del Gas; artículo 2, inciso 4) del Decreto del Gas</i> )	Destrucción del equilibrio económico, tarifas pesificadas y reducidas a un tercio de su nivel anterior en dólares mientras que se mantuvieron inalteradas las obligaciones denominadas en dólares y los deberes que imponía la Licencia ( <i>Ley de Emergencia: artículos 8, 9 y 10</i> )
<b>Revisiones tarifarias</b> que se realizarían cada cinco años y revisiones tarifarias extraordinarias que se realizarían para reestablecer el equilibrio ante alteraciones provocadas por circunstancias imprevistas ( <i>Artículos 42, 46 y 47 de la Ley del Gas; artículos 42, 46 y 47 del Decreto del Gas; puntos 9.4.1 y 9.5 de la Licencia de TGN</i> )	Al ENARGAS se le prohibió revisar las tarifas; imposición del proceso de renegociación obligatoria ( <i>Artículo 9 de la Ley de Emergencia y Resolución ME 38/200</i> )

<sup>51</sup> Ver el Escrito posterior a la audiencia de la Argentina, párr. 79.

<sup>52</sup> Ver el Escrito posterior a la audiencia de Total, párr. 37.

<b>Tarifas calculadas en dólares</b> ( <i>Artículo 41 del Decreto del Gas; punto 9.2 de la Licencia de TGN; punto 7.1 Anexo F del Pliego de Bases y Condiciones</i> )	Pesificación de las tarifas al tipo de cambio artificial de US\$1 a 1 peso ( <i>Artículo 8 de la Ley de Emergencia</i> )
<b>Tarifas ajustadas semestralmente según el IPP de los EE.UU.</b> ( <i>Artículo 41 de la Ley del Gas; artículo 41 del Decreto del Gas; punto 9.4.1.1 de la Licencia de TGN; punto 7.5 Anexo F del Pliego de Bases y Condiciones</i> )	Se prohibió el ajuste de las tarifas por referencia al IPP de los EE.UU. ( <i>Artículo 8 de la Ley de Emergencia</i> )
<b>Prohibición de congelamientos tarifarios</b> sin que medie plena indemnización; prohibición de modificar los términos de la Licencia sin el consentimiento de la licenciataria ( <i>Artículos 4, inciso 5) y 41 del Decreto del Gas; puntos 9.1, 9.8, 11.5 y 18.2 de la Licencia de TGN</i> )	Modificación unilateral de la Licencia de TGN e imposición de la renegociación obligatoria que desconoce los términos de la Licencia original ( <i>Artículos 8-10 de la Ley de Emergencia; Resolución ME 38/2002; artículo 2 de la Ley 25.790</i> )

**70.** Antes de examinar en detalle las disposiciones objetadas por Total y su efecto en el marco legal que Total invoca, el Tribunal considera adecuado considerar la evolución económica, social y política de la Argentina, que llevó a la promulgación de la Ley de Emergencia y a las importantes medidas tomadas por las autoridades para sobrellevar la crisis. Esta evolución y la legislación de emergencia son relevantes también para la evaluación del Tribunal de otras cuestiones planteadas por Total en este arbitraje.

#### ***4.1 La evolución económica argentina hasta la emergencia de los años 2001/2002***

**71.** La Ley de Emergencia cuestionada por Total fue dictada por la Argentina durante la ya conocida crisis económica, política y social que atravesó el país durante el período 2001-2002, como respuesta a la crisis, y en un intento de controlar y superar dicha crisis. Esta crisis ha sido definida como una de las peores crisis en la historia de Argentina y “entre las más severas crisis económicas de la historia reciente” en el mundo<sup>53</sup>.

<sup>53</sup> Ver el Documento Ocasional No. 236 del FMI, *Lessons from the Crisis in Argentina* (2005) (en adelante, “*Lecciones de la crisis argentina del FMI*”) (Apéndice C-454); FMI, *El FMI y la Argentina, 1991-2001*, FMI, Oficina de Evaluación Independiente, 2004 (en adelante, “*Informe de Evaluación del FMI*”), 8. Tal como estipula el Prefacio al Informe, la Oficina de Evaluación Independiente (OEI) del FMI, que emitió el informe, “se creó en 2001 para llevar a cabo evaluaciones independientes y objetivas de las políticas y actividades del FMI. De conformidad

72. La crisis argentina de 2001-2002 tuvo lugar luego de tres años de profunda recesión y deflación. Sin perjuicio de ello, los medios empleados por la Argentina para lidiar con esta profunda recesión estuvieron limitados por el hecho de que la convertibilidad del peso a la par con el dólar estadounidense bajo este sistema prevenía la devaluación<sup>54</sup>.
73. Desde fin del año 2000 y durante el año 2001, la Argentina sancionó varias leyes tendientes a implementar o preservar las reformas estructurales que el FMI había solicitado tomar a la Argentina de conformidad con las condiciones del acuerdo de derecho de giro que celebró con el FMI en marzo de 2000, a la vez que mantenía el régimen de convertibilidad<sup>55</sup>. Esto fue un elemento fundamental de la política de estabilidad promovida por el FMI con el acuerdo de la Argentina. De diciembre del 2000 a septiembre del 2001 el FMI otorgó apoyo financiero excepcional a la Argentina por un monto de 17 billones de dólares de los Estados Unidos. Este apoyo financiero del FMI continuó durante agosto y septiembre de 2001, “A pesar de las preocupaciones sobre la falta de apoyo político a las medidas que serían necesarias para lograr la meta de déficit cero...”<sup>56</sup>. A pesar del programa fiscal para el año 2000 el cual fue lanzado para implementar la Ley de Responsabilidad Fiscal aprobada por el Congreso Argentino en septiembre de 1999 con el objetivo de reducir el déficit

---

con su mandato, tiene plena autonomía frente a la Gerencia del FMI y realiza sus funciones en condiciones de igualdad con el Directorio Ejecutivo”. El Informe de Evaluación del FMI “examina la función que desempeñó el FMI en Argentina durante el período 1991-2001, con principal énfasis en el período de crisis de gestión desde 2000 hasta principios de 2002”, *ibídem* 11. En su descripción de la crisis, el Tribunal se basa en las *Lecciones de la crisis*, el *Informe de Evaluación* y los extractos de laudos anteriores del CIADI relativos a los efectos de la crisis argentina, tal como el caso *Continental Casualty Company c. Argentina*, Caso CIADI No. ARB/03/9, Laudo, 5 de septiembre de 2008, disponible en <http://ita.law.uvic.ca/documents/ContinentalCasualtyAward.pdf>

<sup>54</sup> El FMI atribuye el origen de la crisis a ciertos factores que impactaron a la Argentina en la segunda mitad de 1998. Dentro de los factores externos, el *Informe de Evaluación del FMI* (ver nota 53 *supra*) identifica la apreciación del dólar estadounidense y la devaluación del Real brasileño. Específicamente, el Informe señala que “El régimen de convertibilidad regulaba la depreciación nominal cuando la depreciación de la tasa de cambio real estaba garantizada por, entre otros, la apreciación sustancial del dólar estadounidense y la devaluación del Real brasileño a principios de 1999. La deflación y contracción de la producción se instalaron a medida que la Argentina enfrentaba crecientes dificultades financieras y crecían las preocupaciones de los inversores por la solvencia fiscal”. Luego de criticar al FMI por apoyar las débiles políticas del país durante un período demasiado extenso, “aún luego de que se haya convertido en evidente a fines de la década de los noventa la falta de capacidad política para generar la disciplina fiscal y las reformas estructurales necesarias”. “Al momento en que la crisis golpeó a la Argentina, a fines de 2000, existían serias preocupaciones sobre la tasa de cambio del país, pero no existía una solución fácil. Dada la gran dolarización de la economía, los costos de la salida del régimen de convertibilidad ya eran realmente importantes”.

<sup>55</sup> La Ley de Convertibilidad, sancionada por la Argentina en 1991, tuvo por objetivo contrarrestar la hiperinflación existente desde inicios de la década del noventa, al forzar la paridad entre el peso y el dólar de los EE. UU. como parte de una medida de mayor extensión (el llamado Plan de Convertibilidad) que reformó la economía argentina. Ver párr. 137 y ss. más abajo.

<sup>56</sup> Ver el Informe de Evaluación del FMI, nota 53.9 *supra*.

público, a principios de marzo de 2001, la crisis económica empeoró aún más debido a un mayor declive de la actividad económica la cual resultó en un deterioro de la actividad fiscal y, consecuentemente, de las finanzas del gobierno federal.

**74.** A fin de lidiar con la crisis cada vez mayor, a fines de marzo de 2001, el gobierno convocó al Sr. Domingo Cavallo (el autor del Plan de Convertibilidad en 1991) como Ministro de Economía, a quien el Congreso le otorgó facultades de emergencia. Poco después, el 1º de mayo, el nuevo Ministro reafirmó públicamente que la Argentina preservaría el régimen de convertibilidad.

**75.** Entre otras medidas adoptadas por la Argentina a fines de 2000 y durante el transcurso de 2001, se introdujo un impuesto a las operaciones financieras junto con más flexibilidad en la convertibilidad externa del peso (se modificó la Ley de Convertibilidad para agregar la paridad al euro junto con la del dólar estadounidense); la reforma del mercado laboral y de la seguridad social (ambas planeadas pero no implementadas debido a la gran oposición de la sociedad); el paquete de medidas de comercio y en materia de impuestos para mejorar la competitividad de empresas (el plan de competitividad) en junio de 2001; la Ley de Déficit Cero de julio de 2001; el cambio voluntario de instrumentos de deuda externa del gobierno a un valor nominal de US\$ 29,5 billones para instrumentos de largo plazo (el llamado megacanje); y la “Ley de intangibilidad de los depósitos” del 24 de septiembre de 2001 (que estableció que todos los depósitos en pesos o en moneda extranjera se consideraban “intangibles”). En octubre de 2001, luego de que las agencias de calificación de crédito bajaran su calificación a la deuda argentina en dos oportunidades, el Ministro Cavallo anunció que lanzaría una nueva reestructuración voluntaria de toda la deuda del gobierno argentino (Decreto 1387 del 1º de noviembre de 2001).

**76.** El desarrollo posterior de la crisis fue detallado por el Tribunal del CIADI en el caso *Continental Casualty Company c. la República Argentina*, sobre la base de los documentos oficiales del FMI, en los siguientes términos:

“(…)los retiros de depósitos de los bancos se hicieron cada vez más frecuentes y se incrementó la fuga de capitales. Si bien desde 1997 hasta 2000 se había registrado un ingreso constante de inversiones extranjeras directas en Argentina, que alcanzó un nivel máximo en 1999, el flujo prácticamente se detuvo en 2001.

El volumen de reservas oficiales continuó cayendo hasta alcanzar un nivel apenas suficiente para respaldar el circulante de moneda local. Mientras tanto, la economía se seguía dolarizando, puesto que la gente buscaba refugio en los depósitos, ahorros y activos financieros denominados en dólares. El margen entre las tasas de interés de los instrumentos en “dólares intraterritoriales (*on-shore*)” y en pesos, que antes de 2001 era, en promedio, de no más de 1,5 a 2 puntos porcentuales, se elevó a 40 puntos en los primeros meses de 2001, al tiempo que el margen de la deuda pública se disparó<sup>57</sup>.

123. La situación económica general se deterioró a pesar de la asistencia del FMI: en 2001, el PIB real disminuyó en un 4,5%, siendo que en el programa del Fondo se había previsto un aumento, y la tasa de desempleo aumentó hasta llegar al 18,3%. Para fines de 2001, “tanto la economía como las finanzas públicas atravesaban una profunda crisis”. Se estima que el PIB cayó un 4,5%; la posición fiscal primaria y general acabó siendo un 3% más débil que lo previsto en septiembre; la relación deuda/PIB aumentó hasta superar el 60%.

124. El 6 de noviembre de 2001, Standard & Poor’s bajó de CC a SD (*selective default* o incumplimiento selectivo) la calificación de la deuda pública a largo plazo de Argentina, lo cual implicaba que el gobierno aún no estaba en condiciones de cumplir algunas de sus obligaciones financieras. En el extranjero, un número creciente de comentaristas, sobre todo en la prensa financiera internacional, hicieron alusión a la imposibilidad de que Argentina pudiera mantener el régimen de convertibilidad. A fines de ese mes, el peso comenzó a devaluarse en el mercado libre de Montevideo. Adelantándose a una fuerte corrida de depósitos, el 1 de diciembre de 2001, el Gobierno dictó el Decreto 1570 (Corralito), que congelaba los depósitos del sistema bancario (sólo se podían retirar \$Arg 250 por semana) y prohibía las transferencias de dinero al exterior<sup>58</sup>.

77. A principios de diciembre de 2001, el FMI anunció “que la revisión pendiente según el acuerdo de derecho de giro no podría completarse dadas las circunstancias”, por lo tanto, retiró su apoyo a la Argentina<sup>59</sup>.

78. El corralito (implementado mediante el Decreto 1570 del 1º de diciembre de 2001), consistió en el bloqueo de los retiros bancarios, y fue aplicado inicialmente como una medida temporal. Sin embargo fue la primera de las medidas de emergencia que tomó la Argentina mientras se desarrollaba la crisis, la cual culminó con la devaluación del peso, la pesificación de los activos denominados en dólares en la Argentina y el default de la deuda pública y su reestructuración.

79. La crisis conllevó el empeoramiento de las dificultades para la sociedad, que ya había soportado tres años de profunda recesión. En diciembre de 2001, la tasa de desempleo alcanzó un nivel récord del 18% y el nivel de indigencia se incrementó el

---

<sup>57</sup> Información tomada de las tablas de las Lecciones de la crisis argentina del FMI, notas 53 y 25 *supra*.

<sup>58</sup> *Continental Casualty Company c. Argentina*, nota 53 *supra*, párr. 122 a 124 [se omiten las notas al pie].

<sup>59</sup> Ver el Informe de Evaluación del FMI, nota 53.5 *supra*.

358%; gran parte de este aumento tuvo lugar desde mayo de 2001. Las manifestaciones políticas, disturbios y saqueos a supermercados tuvieron lugar en varias zonas y se extendieron a las ciudades principales. En este punto, la crisis económica y social adquirió una dimensión política. El Gobierno declaró el estado de sitio y, hacia fines de diciembre, luego de disturbios y manifestaciones que causaron decenas de muertes, el Presidente De la Rúa renunció. El fin del Gobierno de De la Rúa estuvo marcado por el resultante vacío de poder político. Luego de la renuncia del Presidente de la Rúa el 20 de diciembre de 2001 y la designación poco exitosa del Congreso de tres presidentes entre el 20 y el 30 de diciembre, el Senador E. Duhalde fue electo Presidente por el Congreso por el resto del término presidencial correspondiente. Duhalde asumió el mandato el 1º de enero de 2002. El 25 de mayo de 2003, mediante la elección democrática del Presidente Néstor Kirchner, se produjo el restablecimiento del funcionamiento regular de las instituciones democráticas.

#### *4.2 Características principales de la Ley de Emergencia*

- 80.** Dentro de este contexto, la Argentina sancionó la Ley de Emergencia el 6 de enero de 2002. La Ley de Emergencia y las medidas adoptadas en función de ella estipularon la abolición oficial del régimen de convertibilidad y de la paridad del peso con el dólar estadounidense, así como la conversión forzada a pesos de todos los instrumentos financieros denominados en dólares, así como de las deudas, los contratos y las tarifas de servicios públicos (la “pesificación”) de conformidad con las leyes argentinas.
- 81.** La Ley de Emergencia, luego de haber declarado “la emergencia pública en materia social, económica, administrativa, financiera y cambiaria”, en el Artículo 1 encomendó al Gobierno a: “1. Proceder al reordenamiento del sistema financiero, bancario y del mercado de cambios. 2. Reactivar el funcionamiento de la economía y mejorar el nivel de empleo y de distribución de ingresos, con acento en un programa de desarrollo de las economías regionales. 3. Crear las condiciones para el crecimiento económico sustentable y compatible con la reestructuración de la deuda pública. 4. Reglar la reestructuración de las obligaciones, en curso de ejecución, afectadas por el nuevo régimen cambiario instituido en el artículo 2º”, según las

normas especificadas en los artículos siguientes. Según el Artículo 8, “a partir de la sanción de la presente ley, en los contratos celebrados por la Administración Pública bajo normas de derecho público, comprendidos entre ellos los de obras y servicios públicos, quedan sin efecto las cláusulas de ajuste en dólar o en otras divisas extranjeras y las cláusulas indexatorias basadas en índices de precios de otros países y cualquier otro mecanismo indexatorio. Los precios y tarifas resultantes de dichas cláusulas, quedan establecidos en pesos a la relación de cambio UN PESO (\$1) = UN DOLAR ESTADOUNIDENSE (U\$S 1)”<sup>60</sup>. El Artículo 9 autorizó al Gobierno a “renegociar los contratos comprendidos en lo dispuesto en el Artículo 8° de la presente ley. En el caso de los contratos que tengan por objeto la prestación de servicios públicos, deberán tomarse en consideración los siguientes criterios: 1) el impacto de las tarifas en la competitividad de la economía y en la distribución de los ingresos; 2) la calidad de los servicios y los planes de inversión, cuando ellos estuviesen previstos contractualmente; 3) el interés de los usuarios y la accesibilidad de los servicios; 4) la seguridad de los sistemas comprendidos; 5) la rentabilidad de las empresas”. Según el Artículo 10, “[l]as disposiciones previstas en los artículos 8° y 9° de la presente ley, en ningún caso autorizarán a las empresas contratistas o prestadoras de servicios públicos, a suspender o alterar el cumplimiento de sus obligaciones”. A la vez que disponía la pesificación de las tarifas de servicios públicos y el bloqueo de la aplicación de “las cláusulas de ajuste en dólar o en otras divisas extranjeras y las cláusulas indexatorias basadas en índices de precios de otros países y cualquier otro mecanismo indexatorio”, el Artículo 9 de la Ley de Emergencia disponía la renegociación de las licencias a las proveedoras de servicios públicos y fijó los criterios para llevar adelante el proceso de renegociación. Dentro de estos criterios se encontraban “el interés de los usuarios y la accesibilidad de los servicios” y “la rentabilidad de las empresas”.

**82.** El Tribunal nota que los principios establecidos en la Ley de Emergencia, mencionados más arriba, no derogaban sino que reflejaban y restablecían los criterios fundamentales expresados en la Ley del Gas y los objetivos principales del Marco Regulatorio del Gas. Estos objetivos y principios están establecidos en la Ley del Gas

---

<sup>60</sup> Además de la pesificación y la renegociación de las tarifas en los sectores de servicios públicos, la Ley de Emergencia dispone la pesificación de contratos sujetos al derecho privado y, al mismo tiempo, dispuso la renegociación entre las partes (Artículo 11). La medida no se encuentra comprendida en relación con la reclamación de Total hacia TGN.

en los siguientes términos: “Proveer a los transportistas y distribuidores que operen en forma económica y prudente, la oportunidad de obtener ingresos suficientes para satisfacer todos los costos operativos razonables aplicables al servicio, impuestos, amortizaciones y una rentabilidad razonable” (Artículo 38(a) de la Ley del Gas) y “[p]roteger adecuadamente los derechos de los consumidores” (Artículo 2(a) de la Ley del Gas), tomando en cuenta la naturaleza de las actividades de transporte y distribución de gas como “servicio público nacional” (Artículo 1). Finalmente, el Tribunal nota que ni la Ley de Emergencia, ni el decreto posterior oficialmente derogado, reemplazaron o enmendaron el texto de la Ley del Gas, o del Decreto del Gas, sino que ambas leyes permanecieron vigentes.

#### ***4.3 El proceso de renegociación de tarifas según la Ley de Emergencia y después de su implementación***

- 83.** La Ley de Emergencia de enero de 2002 se limitó a establecer un proceso de renegociación con las Licenciatarias y el criterio general de dicha renegociación. Sin embargo, no indicó si este proceso sería diferente del dispuesto en el Régimen del Gas. En términos generales, la Ley de Emergencia no determinó si el proceso de renegociación consistiría de varios mecanismos de revisión y ajuste específicamente dispuestos en el sistema legal argentino para cada sector de servicios públicos o, mejor dicho, si estos mecanismos serían reemplazados por uno o más procedimientos nuevos.
- 84.** En cualquier caso, el 12 de febrero de 2002, la Argentina sancionó el Decreto No. 293/02<sup>61</sup>, que establecía que una Comisión única tendría la tarea de renegociar todas las concesiones y licencias que tuvieran por objeto “la prestación de obras y de servicios públicos” según el Artículo 8 de la Ley de Emergencia y los criterios estipulados en el Artículo 9 de dicha Ley. El Decreto No. 293/02 estableció el proceso de renegociación para todas las licencias y concesiones de servicios públicos y estipuló que el proceso tendría una duración de 120 días contados a partir del 1º de marzo de 2002. Mediante el Decreto No. 370/02, sancionado posteriormente, el 22 de febrero de 2002, se decidió que la Comisión de la Renegociación de Contratos de Obras y Servicios Públicos estaría a cargo del Ministerio de Economía. El 18 de

---

<sup>61</sup> Ver el Apéndice C-19.

marzo de 2002, el Ministerio de Economía, mediante la Resolución No. 20/02<sup>62</sup>, articuló las normas que regulaban el proceso de renegociación y confeccionó una lista en el Anexo II de todas las concesionarias y licenciatarias involucradas en el proceso (incluida TGN). Según la Resolución No. 20/02 del Ministerio de Economía (MoE)(Artículo 2.1.2.), "...el PODER EJECUTIVO NACIONAL, a través de la Comisión creada en jurisdicción del MINISTERIO DE ECONOMIA por el Decreto N° 293 de fecha 12 de febrero de 2002 y determinada su integración por el Decreto N° 370 del 22 febrero de 2002, procederá a renegociar los Contratos de Concesión de Obras y de Servicios Públicos en ejecución, afectados por la emergencia y por el nuevo régimen cambiario, en la medida de dicha afectación, con el alcance establecido en el artículo 9° de la Ley [de Emergencia]. En relación con los objetivos de la renegociación, la Resolución establece en su Artículo 2.1.3: "Constituye un objetivo primario de este proceso, procurar, en la medida de las posibilidades y con el criterio de sacrificio compartido, adecuar de común acuerdo los contratos de concesión o de licencia, durante el período de emergencia y hasta tanto sea superada dicha situación, sin introducir cambios estructurales, a efectos de preservar la vida del contrato y las condiciones originariamente pactadas con miras a su restablecimiento futuro". El Artículo 2.1.4 también establece que: "El período que abarque la emergencia previsiblemente requerirá ajustes en el corto plazo, a fin de adaptar la ejecución de los contratos al desenvolvimiento del conjunto de la economía, esperando que en un escenario de recuperación sostenida dentro de los próximo DOS (2) años -que es la duración de la emergencia que establece el Artículo 1° de la Ley N° 25.561- sea posible para las partes asumir compromisos que involucren el mediano y largo plazo". Finalmente, agregó que: "Se deberán reordenar paralelamente los cronogramas de los procesos de revisión tarifaria actualmente en marcha, en los casos en que corresponda. Las características del escenario de corto plazo podrán demandar revisiones periódicas de los parámetros tenidos en cuenta para la readecuación de las condiciones contractuales durante la situación de emergencia".

**85.** La Resolución No. 20/02 del Ministerio de Economía (Artículo 2.2.1) también dispuso un cronograma de aplicación general para el proceso de renegociación: por un lado, la Resolución restableció la fecha límite de 120 días (desde el 1° de marzo de

---

<sup>62</sup> Ver el Apéndice C-57.

2002) dispuesta por el Decreto No. 293/02, por el otro, enfatizó que el proceso de renegociación involucraba distintos contratos, y advirtió que “los plazos de inicio y terminación de cada etapa pueden diferir según los casos”.

**86.** Para permitir que la Comisión y el Ministerio de Economía llevaran adelante el proceso de renegociación, el 9 de abril de 2002, la Resolución No. 38/02 del Ministerio de Economía<sup>63</sup> bloqueó todas las revisiones de tarifas de servicios públicos pendientes hasta ese momento según los regímenes legales sectoriales. Específicamente, la Resolución notó que “los organismos reguladores de los respectivos servicios públicos vienen desarrollando tareas que les competen de acuerdo con las normas que los rigen, entre ellas revisiones tarifarias y otras decisiones que afectan directa o indirectamente precios y tarifas de los servicios”. Sobre este tema, la Resolución determina que “resulta conveniente evitar que esas decisiones se produzcan en tanto se desarrolla el proceso de renegociación dispuesto por la precitada Ley N° 25.561”. De conformidad con ello, el Ministerio de Economía previno que los reguladores de varios sectores de servicios públicos adoptaran decisiones o acciones que afectaran directa o indirectamente los precios o las tarifas de los servicios mediante una revisión de tarifas en curso (Artículos 1 y 2). El 26 de junio de 2002, la Argentina sancionó el Decreto No. 1090<sup>64</sup> que, por un lado, reafirmaba la obligación general de las Licenciatarias de mantener la calidad de los servicios públicos que brindaban en virtud de sus Licencias (Artículo 2). Por el otro, disponía que las nuevas reclamaciones de servicios públicos debían estar incluidas en el proceso de renegociación y finalmente formarían parte del acuerdo celebrado con la Comisión de Renegociación (párrafo 1 del Artículo 1). En consecuencia, los proveedores de servicios públicos que presentaran nuevas reclamaciones contra el Gobierno fuera del proceso de renegociación, estarían excluidos de participar en él (párrafo 2 del Artículo 1)<sup>65</sup>.

**87.** En cuanto al impacto específico de las estipulaciones de más arriba sobre TGN y el proceso de renegociación, según Total:

---

<sup>63</sup> Ver el Apéndice C-25.

<sup>64</sup> Ver el Apéndice C-23.

<sup>65</sup> Ver el Escrito posterior a la audiencia de Total, párr. 479.

“Con el fin de impedir toda recomposición de las tarifas pesificadas mientras estuviera en curso la “renegociación”, el Gobierno adoptó la Resolución ME, 38/2002 que prohibió a los entes reguladores, entre ellos el ENARGAS, la realización de cualquier tipo de revisión tarifaria [Resolución ME 38/2002, del 10 de abril de 2002]. En consecuencia quedó suspendida la segunda Revisión Quinquenal Tarifaria de TGN – que ya había avanzado bastante con el cálculo del CPPC en noviembre de 2001. Al no haber ninguna señal de que se estuviera avanzando en el proceso de renegociación, en octubre de 2002 TGN solicitó una Revisión Tarifaria Extraordinaria en función de circunstancias objetivas y justificadas (con arreglo al artículo 46 de la Ley del Gas). El ENARGAS solicitó el permiso del Ministerio de Economía para llevar adelante la revisión de las tarifas [...]”<sup>66</sup>.

**88.** Tal como fuere solicitado por el ENARGAS, el 17 de octubre de 2002, el Ministerio de Economía dictó la Resolución No. 487/02<sup>67</sup>. Esta resolución establecía específicamente que las revisiones de tarifas de gas eran necesarias “a fin de posibilitar la preservación de la prestación de los servicios públicos” y exceptuaba al ENARGAS de la Resolución No. 38/02. En consecuencia, el ENARGAS inició la Revisión Tarifaria Extraordinaria, mediante el llamado a audiencia pública. Sin embargo, el 14 de noviembre de 2002, la audiencia—el primer paso en la Revisión Extraordinaria según el Artículo 46 de la Ley del Gas— fue suspendida por una medida cautelar dictada por el Juez Rodríguez Vidal en el caso *Unión de Usuarios y Consumidores y Otros c. EN-Mº Economía y Infraestructura*<sup>68</sup>. Finalmente, el 3 de febrero de 2003, la Argentina extendió el plazo del proceso de renegociación por 60 días por Resolución No. 62/03 del Ministerio de Economía<sup>69</sup>.

**89.** A fines de mayo de 2003, el Sr. Néstor Kirchner fue electo Presidente de la Argentina en las elecciones generales. Entonces, el nuevo Gobierno decidió establecer un nuevo mecanismo para llevar adelante el proceso de renegociación tanto fuera del Marco Regulatorio del Gas como separado de la Comisión de Renegociación establecida en febrero de 2002 por el Gobierno de Duhalde. Luego de la reorganización y cambio de nombre del Ministerio de Economía y del Ministerio de la Producción (ahora llamados Ministerio de Economía y Producción y Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios, respectivamente), el Decreto

---

<sup>66</sup> Ver el Escrito posterior a la audiencia de Total, párr. 477-478.

<sup>67</sup> Ver el Apéndice C-58.

<sup>68</sup> Ver el Escrito posterior a la audiencia de Total, párr. 478.

<sup>69</sup> Ver el Apéndice C-21.

No. 311 del 4 de julio de 2003<sup>70</sup> creó la Unidad de Renegociación y Análisis de Contratos de Servicios Públicos (UNIREN), bajo el control de ambos ministerios. La UNIREN reemplazó a la Comisión de Renegociación en la tarea de llevar adelante el proceso de renegociación. Además, según el Preámbulo del Decreto, se encomendó a la UNIREN una tarea más amplia. Consistía en “la elaboración conjunta de un proyecto de Marco Regulatorio General para los servicios públicos correspondientes a la jurisdicción nacional”. Tal como se resalta en la presente Decisión en el párrafo 171 y siguientes, el proceso de renegociación para el ajuste de las tarifas de TGN según el mecanismo de la UNIREN duró varios años sin generar resultados significativos. Finalmente, el 17 de abril de 2007, la UNIREN propuso a TGN el borrador final del Acta Acuerdo que TGN consideró inaceptable<sup>71</sup>.

### *5. Argumentos de las Partes*

- 90.** Total invoca principalmente la obligación de dispensar un tratamiento justo y equitativo establecida en el Artículo 3 del TBI a fin de fundamentar su reclamación frente a la Argentina<sup>72</sup>. Específicamente, Total reclama que la Argentina ha violado el Artículo 3 al no cumplir con las legítimas expectativas de Total en relación con la estabilidad del Marco Regulatorio del Gas sobre la base de varios compromisos otorgados para atraer inversores extranjeros a este sector por la privatización de 1992. Asimismo, Total reclama que confiaba razonablemente en dicha estabilidad al momento de su inversión en TGN. Total enfatiza que el marco legal interno fue “alterado fundamentalmente” por las medidas, en violación a las leyes argentinas, de forma tal que sus expectativas legítimas habían sido frustradas por dichas medidas<sup>73</sup>.
- 91.** El fundamento principal del argumento de Total radica en que el tratamiento justo y equitativo incluye la protección de las “expectativas legítimas” de un inversor extranjero sobre la estabilidad del régimen legal. Según Total, estas expectativas son legítimas y merecen la tutela del estándar del TBI en la medida en que (i) dicha

---

<sup>70</sup> Ver el Apéndice C-22.

<sup>71</sup> Para la posición de Total en el proceso de renegociación, ver el Escrito posterior a la audiencia de Total, párr. 489 a 515.

<sup>72</sup> Total reclama que las mismas medidas que alega que se encuentran en incumplimiento del Artículo 3 del TBI también constituyen una expropiación indirecta en los términos del Artículo 5.2. Si bien Total dirigió su reclamación en virtud del Artículo 5(2) antes del Artículo 3, el Tribunal considera más apropiado examinar al último en primer lugar ya que Total fundamentó su reclamación en el Artículo 3 con mayor extensión.

<sup>73</sup> Ver el Escrito posterior a la audiencia de Total, párr. 222 y ss.

estabilidad ha sido “prometida” (al inversor extranjero); y (ii) el inversor extranjero ha “confiado” en estas promesas al efectuar su inversión.

**92.** Total apunta a distintas promesas de variada especificidad. Del campo más amplio al más específico, Total hace referencia a: los “compromisos principales” o “promesas globales” del Marco Regulatorio del Gas “que se mantendría el equilibrio económico de TGN durante los 35 a 45 años de plazo de la Licencia. “Es decir, Argentina prometió que la tarifa regulada de TGN, que representaba el 98% de sus ingresos, estaba y seguiría estando regulada de forma tal de aportarle a TGN ingresos suficientes para satisfacer todos los costos razonables, incluidos impuestos, amortizaciones y costos de capital, y permitirle obtener una “rentabilidad razonable” similar a la correspondiente a actividades de riesgo comparable”<sup>74</sup>. En cuanto al fundamento legal de estas promesas, Total hace referencia a la Ley del Gas (Artículos 38(a) y 39) y al Decreto del Gas (Artículo 2.4) de 1992.

**93.** Total señala que el Marco Regulatorio del Gas incluía otros dos compromisos adicionales “que respaldaban la promesa del equilibrio económico”<sup>75</sup>, a saber:

- (i) La “promesa” de que las tarifas de TGN se calculaban y seguirían calculando en dólares estadounidenses y se convertirían a pesos solamente a los efectos de su facturación, en el Artículo 41.2 del Decreto del Gas y el Artículo 9.2 de la Licencia de TGN, ambos de 1992.
- (ii) Las tarifas en dólares de TGN serían ajustadas semestralmente de forma automática según las variaciones registradas en el Índice de Precios al Productor de los Estados Unidos (IPP de los EE. UU.) “con lo que los ingresos de la empresa [de TGN] en dólares mantendrían su valor real en dicha moneda”, según el Artículo 41 de la Ley del Gas, el Artículo 41.3 del Decreto del Gas, y el Artículo 9.4.1.1 de la Licencia de TGN, todos de 1992.

**94.** Como se menciona previamente, Total señala dos mecanismos adicionales diseñados para permitir que el ente regulador, el ENARGAS, recuperara y determinara el equilibrio económico de TGN sobre una base recurrente y no recurrente

---

<sup>74</sup> Ver el Escrito posterior a la audiencia de Total, párr. 20.

<sup>75</sup> Ver el Escrito posterior a la audiencia de Total, párr. 21.

(extraordinaria), a saber: (i) la Revisión Quinquenal Tarifaria dispuesta en el Artículo 41 de la Ley del Gas, el Artículo 41.3 del Decreto del Gas y el Artículo 9.4.1.1 de la Licencia de TGN; y (ii) la Revisión Tarifaria Extraordinaria dispuesta en el Artículo 42 de la Ley del Gas, el Artículo 42 del Decreto del Gas y el Artículo 9.5.1 de la Licencia como una revisión no recurrente, disponible por causas objetivas y justificadas, o en caso de que las tarifas pasen a ser inadecuadas, indebidamente discriminatorias o preferenciales.

**95.** Por último, tal como fue mencionado anteriormente, Total señala las promesas de la Argentina en la Licencia de TGN, en la que establece que las tarifas no serán congeladas ni estarán sujetas a controles de precios o normas sin resarcimiento por parte del Gobierno, y que las reglas básicas de la Licencia de TGN (que incluían el régimen tarifario) no serían modificadas sin el consentimiento de TGN (Artículos 9.8 y 9.1 y 18.2, respectivamente, de la Licencia de TGN).

**96.** Si bien está de acuerdo, en general, con el contenido de los instrumentos y las disposiciones específicas invocadas por Total, la Argentina objeta el significado legal que Total les atribuye. Por un lado, la Argentina no disputa que el principio más importante de la Ley del Gas (“la norma más importante del marco regulatorio del servicio público de distribución de gas natural”) es que “las tarifas deben ser *justas y razonables*”<sup>76</sup>. Específicamente, la Argentina reconoce que el “principio rector” de la Ley del Gas es que “la tarifa debe cubrir los costos operativos, impuestos y amortizaciones, y permitir una ganancia razonable, que asegure a los consumidores el mínimo costo compatible con la seguridad del abastecimiento”<sup>77</sup>. La Argentina, sin embargo, disputa la interpretación de varias disposiciones que Total invoca como “promesas” hacia Total, y señala que la Argentina nunca “indujo” a Total a invertir en TGN dado que Total invirtió 9 años después de la privatización “en una transacción completamente privada”<sup>78</sup>; la Argentina resalta que ni la Ley del Gas, ni el Decreto del Gas ni la Licencia de TGN mencionan los términos “promesa”, “garantía”, o algún sinónimo de éstos. Según la Argentina, Total ha sido incapaz de

---

<sup>76</sup> Ver el Escrito posterior a la audiencia de la Argentina, párr. 255. Énfasis en el original.

<sup>77</sup> Ver el Escrito posterior a la audiencia de la Argentina, párr. 263.

<sup>78</sup> Ver el Escrito posterior a la audiencia de la Argentina, párr. 251 a 253.

presentar un instrumento en el que figure una promesa o garantía respecto de la divisa y el ajuste automático de las tarifas<sup>79</sup>.

97. Según la Argentina, los instrumentos que invoca Total son “de diferente jerarquía normativa”<sup>80</sup>. Aún cuando se caracterizaran como “garantías”, la Argentina opina que no son inmunes a los cambios ante hechos que amenacen su estabilidad, ni pueden resultar en derechos mayores que aquellos que goza el resto de la población cuando el bien común de la sociedad está en juego, tal como fue la situación en la crisis de principios de 2002<sup>81</sup>. Por el contrario, las autoridades legislativas y ejecutivas de la Argentina tienen el derecho a ejercer sus facultades y enmendar estos instrumentos en función del interés público<sup>82</sup>. Efectivamente, éste fue el caso de la Ley de Emergencia sancionada dentro del marco de la crisis de fines de 2001 que afectó la economía argentina en general<sup>83</sup>. Específicamente, la Argentina señala que el cálculo de las tarifas en dólares estadounidenses se dispone en el Decreto del Gas, no en la Ley del Gas. La Argentina sostiene que el principal parámetro de que las tarifas deben ser justas y razonables en todo momento, y se habría violado si el cálculo de tarifas en dólares estadounidenses luego de la maxidevaluación del peso se hubiera mantenido.<sup>84</sup> Por oposición a la visión de Total, la Argentina alega que la referencia al cálculo de las tarifas en dólares aparece siempre asociado a la Ley de Convertibilidad<sup>85</sup>. Desde el abandono legítimo y necesario del régimen de convertibilidad, según la Argentina, dadas las circunstancias de la crisis a fines de 2001, la pesificación de las tarifas como parte de la pesificación de todos los

---

<sup>79</sup> Ver la Dúplica de la Demandada, párr. 58 y 59.

<sup>80</sup> Ver el Memorial de contestación de la Demandada, párr. 264.

<sup>81</sup> Ver el Memorial de contestación de la Demandada, párr. 319 a 320.

<sup>82</sup> Con el fin de sustentar su argumento, la Argentina hace referencia al Artículo 18.3 de la Licencia de TGN, que dispone: “Si alguna disposición de esta Licencia fuera declarada inválida o inexigible por sentencia firme del tribunal competente [es decir, los tribunales en lo Contencioso Administrativo Federal de la Capital Federal, conforme al Artículo 16.1], la validez y exigibilidad de las restantes disposiciones de esta Licencia no serán afectadas. Cada estipulación de la Licencia será válida y exigible en la mayor medida permitida por la ley aplicable [es decir, la ley argentina conforme al Artículo 16.2]”. La Argentina cuestiona que esta disposición cubre expresamente la aplicación de sus Medidas (específicamente, la Ley de Emergencia) e incluye tanto decisiones judiciales y actos legislativos. En consecuencia, según la Argentina, el Artículo 18.3 le permite modificar por ley la Licencia de TGN, específicamente, en relación con el ajuste de tarifas por IPP de los EE. UU. (ver el Escrito posterior a la audiencia de la Argentina, párr. 188-193). Por lo tanto, la Argentina concluye, en el párr. 193 que “La Ley de Emergencia de ninguna manera pudo entonces violar el TBI en su aplicación a la Licencia [...] porque entre las expectativas legítimas que debió formarse cualquier inversor estaba la posibilidad de que mediante una ley del Congreso se modificara, legítimamente, la Licencia (aunque ello no podía hacerse a través de un acto del Poder Ejecutivo)”.

<sup>83</sup> Ver el Memorial de contestación de la Demandada, párr. 293.

<sup>84</sup> Ver el Escrito posterior a la audiencia de la Argentina, párr. 266.

<sup>85</sup> Ver el Escrito posterior a la audiencia de la Argentina, párr. 267.

contratos “no importó un trato arbitrariamente injusto”, sino que constituyó “un remedio universal, aplicable a todas las relaciones jurídicas dolarizadas”<sup>86</sup>.

**98.** En cuanto a la Licencia, la Argentina señala que dicha Licencia está sujeta a las limitaciones de las facultades del poder ejecutivo nacional (Artículo 16.1). La Argentina hace una distinción entre las limitaciones al poder del ejecutivo para enmendar la Licencia sin el consentimiento de la Licenciataria y el derecho del Congreso argentino de modificar la Licencia legítimamente<sup>87</sup>. En conclusión, la Argentina señala que, según los propios términos de la Licencia, “el instrumento contractual teóricamente violado”<sup>88</sup> sujeto al derecho argentino, podría ser modificado por una Ley sancionada por el Congreso argentino, de forma tal que Total debía tener en cuenta esta posibilidad como parte de sus expectativas legítimas<sup>89</sup>.

#### ***6. Evaluación legal del Tribunal de la reclamación de Total***

**99.** La primera cuestión que analizará el Tribunal es determinar si la legislación, normativa y las disposiciones invocadas por Total constituyen en su conjunto promesas y compromisos hacia dicha parte cuya modificación unilateral importa el incumplimiento de las legítimas expectativas de Total y, como consecuencia, resultan también en el incumplimiento del estándar del tratamiento justo y equitativo del TBI. Por el contrario, la Argentina señala que no ha violado ninguna promesa o garantía hacia Total ya que “[E]l Estado argentino NO celebró ningún contrato con TOTAL”<sup>90</sup> ni indujo a Total a invertir en TGN<sup>91</sup>. Las disposiciones invocadas por Total como “garantías”, según la visión de la Argentina, no son más que la totalidad del marco regulatorio vigente oportunamente<sup>92</sup>.

**100.** No se cuestiona que Total no celebró ningún contrato con las autoridades argentinas en 2000-2001 cuando adquirió una participación indirecta en TGN al

---

<sup>86</sup> Ver el Memorial de contestación de la Demandada, párr. 306.

<sup>87</sup> En este aspecto, la Argentina señala en el Art. 18.3 *in fine* de la Licencia: “[c]ada estipulación de la Licencia será válida y exigible en la mayor medida permitida por la ley aplicable”. Ver el Escrito posterior a la audiencia de la Argentina, párr. 193 y Dúplica de la Demandada, párr. 188.

<sup>88</sup> Ver el Escrito posterior a la audiencia de la Argentina, párr. 200.

<sup>89</sup> Ver el Escrito posterior a la audiencia de la Argentina, párr. 193.

<sup>90</sup> Ver el Memorial de contestación de la Demandada, párr. 311.

<sup>91</sup> Ver el Escrito posterior a la audiencia de la Argentina, párr. 253.

<sup>92</sup> Ver el Memorial de contestación de la Demandada, párr. 81.

comprar una parte de Gasinvest de TransCanada, uno de los varios accionistas extranjeros de esta última. Todas las leyes y normas que invoca Total como fuente de las promesas sobre las que se sustenta (la Ley del Gas y el Decreto del Gas de 1992) son instrumentos de aplicación general, sancionados por el Congreso o el Ejecutivo de la Argentina, que son parte de las facultades otorgadas a estos poderes con arreglo a la Constitución Nacional. Tampoco alega Total haber participado en modo alguno en la privatización del transporte de gas de la Argentina en 1991-1992 a través del cual los primeros inversores privados en TGN se convirtieron en accionistas.

**101.** En cuanto a la confianza de Total en la Licencia de TGN como un compromiso contractual asumido por la Argentina, sin duda este instrumento establece los derechos y obligaciones de las partes (a saber, TGN y las autoridades argentinas) respecto de dicha licencia. Específicamente, la licencia de TGN establece las obligaciones de las autoridades argentinas frente a la concesionaria. Estas obligaciones comprenden detalles respecto a cómo dichas autoridades pueden (y deberían) ejercer, con respecto al concesionario, los poderes regulatorios otorgados a éstos por la Ley del Gas y el Decreto del Gas con el fin de preservar el interés general que subyace en la prestación del servicio público. Dado que Total no es una de las partes de la concesión, una descripción más precisa de la situación sería que Total ha invertido en una empresa (a saber, TGN) que operaba una actividad de servicio público regulada por un régimen legal definido (también) en la concesión. Por ende, la Licencia de TGN no puede ser considerada como una fuente de obligaciones legales contractuales de carácter específico asumidos directamente por Argentina respecto a Total. Por ello, no es correcto calificar y tratar las cláusulas de la licencia de TGN como cláusulas de estabilización acordadas entre Total y la Argentina. Las cláusulas de estabilización son cláusulas, que se incorpora en contratos concluidos entre inversores extranjeros y estados anfitriones con la intención de congelar el marco regulatorio específico en un determinado momento, de manera que la adopción de cambios en el marco regulatorio de la inversión específica (sea mediante una ley de aplicación general y sin intención discriminatoria por parte del Estado anfitrión) sería ilegal. Por las razones expresadas anteriormente, esta caracterización no se ajusta a la relación entre Total y Argentina, respecto a la inversión que Total tenía en TGN.

- 102.** Total alega que las expectativas legítimas en la estabilidad del marco legal dentro del que una empresa extranjera hace una inversión puede derivar no sólo de compromisos contractuales, sino también de la legislación y regulación diseñada específicamente para atraer capitales extranjeros. Total señala que el marco regulatorio del gas estuvo pensado y fue sancionado para atraer inversiones extranjeras a largo plazo en los servicios que hasta ese entonces habían sido administrados por el Estado y que necesitaban urgentemente su modernización mediante inversiones masivas por parte de operadores competentes y terceros, especialmente con vista a los registros históricos de alta inflación en el país. Este régimen estaba dispuesto en base a un sólido apoyo económico, cuya parte fundamental era el compromiso global hacia una tarifa justa y razonable para los operadores y específicamente hacia la convertibilidad.
- 103.** De modo subjetivo, Total alega que la existencia de dicho marco, que había estado vigente durante casi nueve años cuando decidió participar en TGN, fue de gran relevancia para llevar adelante una inversión de tal envergadura.
- 104.** Por el contrario, la Argentina hace referencia a las suspensiones acordadas del IPP que estaban vigentes al momento de la compra a TransCanada de la participación por parte de Total en TGN y señala que dichas suspensiones deberían haber advertido a Total que el Marco Regulatorio del Gas estaba menoscabado. La Argentina también señala que Total no obró con cuidado al llevar adelante su inversión en el sentido en que no realizó el análisis de *due diligence* habitual antes de realizar una gran inversión en el extranjero. Si Total hubiera llevado adelante un correcto *due diligence*, se habría dado cuenta de las dificultades económicas de la Argentina y su posible impacto en la estabilidad futura de dicho marco.
- 105.** La cuestión legal que resolverá el Tribunal es, entonces, determinar si el estándar de tratamiento justo y equitativo del Artículo 3 del TBI ha sido violado por cambios unilaterales en la legislación y normativa vigentes en la Argentina objetados por Total, en particular, en la medida que incluye la “protección de las expectativas legítimas” de los inversores extranjeros.

### ***6.1 Estándar aplicable: el estándar de tratamiento justo y equitativo en general***

- 106.** El compromiso del país anfitrión de brindar un tratamiento justo y equitativo a los inversores de la contraparte y sus inversiones es una característica estándar de los TBI, si bien la redacción exacta de dichos compromisos no es uniforme. La generalidad del estándar de tratamiento justo y equitativo se distingue de las obligaciones específicas de las partes según un TBI en relación con aspectos típicos de las operaciones de inversión en el extranjero como aquellas relativas a las transferencias monetarias, visas, etc. Al mismo tiempo, el estándar de tratamiento justo y equitativo puede diferenciarse de otros estándares generales incluidos en los TBI, como lo son los estándares de tratamiento no menos favorable que aquél acordado a sus propios inversores, o el estándar de tratamiento acordado a los inversores de la Nación más favorecida, que aseguran una protección variable, contingente del tratamiento en un asunto determinado por el Estado anfitrión hacia sus nacionales o a los nacionales de un tercer estado al que se le otorga un trato más favorable.
- 107.** El estándar de tratamiento justo y equitativo es, por el contrario, un estándar autónomo aun cuando su contenido exacto no está predefinido, excepto en los casos donde el tratado establece especificaciones adicionales, lo cual no ocurre en el TBI entre la Argentina y Francia<sup>93</sup>. Dado que este estándar es de naturaleza flexible, es difícil, si no imposible, “anticipar en abstracto el rango de tipos posibles de violaciones a la posición legal del inversor”<sup>94</sup>. Su aplicación en un caso determinado debe tener en cuenta la práctica del Estado y la jurisprudencia de los tribunales de derecho y de los tribunales arbitrales así como el texto del TBI y otras fuentes de derecho internacional consuetudinario o general<sup>95</sup>.
- 108.** El significado de las cláusulas de tratamiento justo y equitativo ha sido puesto a prueba en varias disputas de inversión y la cuestión ha sido tratada por varios académicos en sus escritos, entre ellos, los más prominentes académicos en el campo

---

<sup>93</sup> Para instancias de contenido más específico, ver las Notas interpretativas de la Comisión de Libre Comercio del TLCAN del 31 de julio de 2001, disponible en <http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/disp-diff/NAFTA-Interpr.aspx?lang=en> y el Modelo de TBI de los EE. UU. del año 2004 disponible en <http://www.state.gov/documents/organization/117601.pdf>

<sup>94</sup> C. Schreuer, *Fair and Equitable Treatment in Arbitral Practice*, 6 J. World Trade, (2005/3), 357, 365.

<sup>95</sup> *ADF Group Inc. c. los Estados Unidos*, Caso CIADI No. ARB (AF)/00/1, Laudo, 9 de enero de 2003, párr. 184.

de derecho internacional de las inversiones. Algunos tribunales han iniciado desde el sentido común del término, de conformidad con el Artículo 31(1) de la CVDT, proporcionando las definiciones de los diccionarios de los términos “justo”, “equitativo”, “imparcial” y “legítimo”<sup>96</sup>. Por el otro lado, estamos de acuerdo con la observación de la Magistrada Higgins en el Caso *Oil Platforms* en el sentido en que “los términos clave 'trato justo y equitativo a nacionales y empresas'... son términos legales reconocidos en el campo de la protección de inversiones en el extranjero”<sup>97</sup>.

**109.** Sobre la premisa de que una “sentencia judicial que determine qué se entiende por justo y equitativo no puede ser lograda en abstracto: debe depender del caso particular” y que “el estándar es, en cierta medida, flexible, y debe ser adaptado a las circunstancias del caso particular”<sup>98</sup>, los tribunales han tratado de precisar las obligaciones típicas que pueden incluirse en este estándar así como los tipos de conducta que violarían este estándar, a fin de ser guiados en su análisis del tema.

**110.** Se han encontrado violaciones del estándar de trato justo y equitativo en relación con conductas caracterizadas como “arbitrarias”<sup>99</sup> y de “actos que muestran una inobservancia dolosa de las obligaciones, una insuficiencia de acción por debajo de los estándares internacionales o, incluso, la mala fe subjetiva”<sup>100</sup>. También se ha concluido que el estándar requiere el “trato de modo equitativo y justo, tendiente a impulsar la promoción de la inversión extranjera<sup>101</sup>”, y por ende rechazando las conductas arbitrarias, evidentemente injustas, idiosincrásicas o que “involucran una omisión del debido proceso legal que hiere el sentimiento de corrección jurídica – tal como el caso de una omisión manifiesta de la justicia natural en los procesos judiciales o una omisión total de transparencia y candidez en el proceso administrativo”<sup>102</sup>. En distintos laudos se ha considerado que existió violación en

---

<sup>96</sup> Ver *MTD Equity Sdn. Bhd. & MTD Chile S.A. c. Chile*, Caso CIADI No. ARB/01/7, Laudo, 25 de mayo de 2004, párr. 113; *Siemens c. Argentina*, Caso CIADI No. ARB/02/8, Laudo, 6 de febrero de 2007, párr. 290.

<sup>97</sup> Ver el Caso relativo a las Plataformas Petrolíferas (República Islámica del Irán c. los Estados Unidos de América), Excepciones preliminares, Sentencia, Informe de la CIJ de 1996, párr. 803, pág. 858 (Opinión separada).

<sup>98</sup> Ver *Mondev International Ltd. c. los Estados Unidos de América*, Caso CIADI No. ARB(AF)/99/2, Laudo, 11 de octubre de 2002, párr. 118, y *Waste Management, Inc. c. los Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/00/3, Laudo Final, 30 de abril de 2004, párr. 99, respectivamente.

<sup>99</sup> Ver *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI)*, Sentencia, Informe de la CIJ de 1989, pág. 15, párr. 128 donde una “acción arbitraria” se define como “una omisión dolosa del debido procedimiento legal, un acto que hiere, o al menos sorprende, al sentimiento de corrección jurídica”.

<sup>100</sup> *Genin y otros c. Estonia*, Caso CIADI No. ARB/99/2, Laudo, 25 de junio de 2001, párr. 367.

<sup>101</sup> *MTD Equity Sdn. Bhd. & MTD Chile S.A. c. Chile*, nota 96 *supra*, párr. 113.

<sup>102</sup> *Waste Management, Inc. c. los Estados Unidos Mexicanos*, nota 98 *supra*, párr. 98 (en relación con la violación al “estándar mínimo de tratamiento justo y equitativo”).

casos de discriminación contra extranjeros y conducta “impropia y desacreditable” o “irracional”<sup>103</sup>. Esto no significa que es necesario que exista mala fe a fin de determinar que existió una violación: “Un Estado puede tratar a la inversión extranjera de modo injusto e inequitativo sin necesidad de actuar de mala fe”<sup>104</sup>.

**111.** Frecuentemente, los Tribunales consultan los estándares internacionales o comparativos como referencia para determinar el ámbito de un derecho o una obligación<sup>105</sup>. Ciertamente, como es habitual en el caso de los estándares generales aplicables en cualquier sistema legal (tal como el “debido proceso”), un análisis comparativo de lo que generalmente se considera una conducta justa o injusta por parte de las autoridades públicas locales en relación con las empresas privadas y los inversores en el derecho interno también puede ser de relevancia para identificar los estándares legales en virtud de los TBI<sup>106</sup>. Tal enfoque se justifica ya que, desde un punto de vista fáctico las situaciones y la conducta que serán evaluadas a la luz de un TBI ocurren dentro del sistema legal y el entorno social económico y comercial del Estado anfitrión. Además, desde una perspectiva legal, el estándar de tratamiento justo y equitativo deriva del requerimiento de buena fe que, sin dudas, es un principio general del derecho en virtud del Artículo 38(1) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

**112.** La CNUCYD (UNCTAD por sus siglas en inglés) ha tomado un enfoque similar en su publicación sobre el tema, además de referirse a la práctica arbitral, a fin de:

“identificar ciertos comportamientos que parecen contrarios a la justicia y la equidad en la mayoría de los sistemas legales y extrapolarlos de este tipo de acción del Estado que puede ser inconsistente con el tratamiento justo y equitativo, según el enfoque del sentido básico. Por lo tanto, por ejemplo, si un Estado actúa de modo fraudulento o con mala fe, o arbitraria y voluntariamente discrimina a un inversor extranjero o censura sus derechos adquiridos de forma tal que provoca el enriquecimiento ilícito del Estado, en consecuencia, a primera

---

<sup>103</sup> *Saluka Investments BV c. la República Checa*, CNUDMI, Laudo Parcial, 17 de marzo de 2006, párr. 309.

<sup>104</sup> *Mondev International Ltd. c. los Estados Unidos de América*, nota 98 *supra*, párr. 116. Ver, además, *Siemens c. Argentina*, nota 96 *supra*, párr. 299, revisión de precedentes.

<sup>105</sup> *S.D. Myers, Inc. c. Canadá*, CNUDMI, Primer Laudo Parcial, 13 de noviembre de 2000, párr. 263-264; *Genin y otros c. Estonia*, Laudo, 25 de junio de 2001, párr. 367 ff.

<sup>106</sup> Existe amplia jurisprudencia al respecto. Ver *Noble Ventures, Inc. c. Rumania*, Caso CIADI No. ARB/01/11, Laudo, 12 de octubre de 2005, párr. 177-178, en el que se establece que un procedimiento legal que existe virtualmente en todos los sistemas legales, tal como el proceso concursal, no puede ser considerado arbitrario.

vista es un caso para argumentar que existió una violación al estándar de tratamiento justo y equitativo”<sup>107</sup>.

## ***6.2. La noción de expectativas legítimas de los inversores extranjeros***

**113.** Nos ocuparemos ahora de un concepto más específico que Total afirma forma parte del estándar de tratamiento justo y equitativo, que es el de la protección de las “expectativas legítimas” por parte de un inversor sobre la estabilidad del marco legal sobre el que ha realizado su inversión.

**114.** Frecuentemente, los Tribunales han hecho referencia al principio de protección de las expectativas legítimas, especialmente en relación con la “estabilidad” del marco legal del país anfitrión aplicable a la inversión, tal como se incluye en el estándar de tratamiento justo y equitativo. Sin embargo, la jurisprudencia no es uniforme en cuanto a las precondiciones para la reclamación de “legitimidad” en las expectativas del inversor en lo relativo a la estabilidad de una norma legal determinada, aplicable a su inversión al momento en que fue realizada. Por un lado, la estabilidad, la previsibilidad y la consistencia de la legislación y la normativa son importantes para los inversores a fin de planificar sus inversiones, especialmente si su plan de negocios se extiende por varios años. Las autoridades competentes de los Estados que celebraron TBI a fin de promover la inversión extranjera en sus economías deberían advertir la importancia que reviste para los inversores el mantenimiento de un entorno legal favorable para la realización de sus actividades comerciales<sup>108</sup>.

**115.** Por otro lado, los signatarios de estos tratados no ceden sus facultades regulatorias ni limitan su responsabilidad de enmendar su legislación a fin de adaptarla a los cambios, las necesidades emergentes y a los pedidos de su pueblo en el ejercicio regular de sus prerrogativas y deberes. Estas limitaciones a un gobierno no deben pasar inadvertidas en un tratado que no lo establece claramente, ni deben

---

<sup>107</sup> CNUCYD, *Fair and Equitable Treatment*, Serie sobre acuerdos de inversión de la CNUCYD, 1999 UN Doc. UNCTAD/ITE/IIT/11, Vol. III, pág. 12.

<sup>108</sup> Ver M. Waibel, *Opening Pandora's Box: Sovereign Bonds in International Arbitration*, 101 *American Journal of International Law* (2007) 711, 750, según el cual el estándar de tratamiento justo y equitativo desarrollado en la jurisprudencia, protege las “expectativas comerciales legítimas” y requiere que “los actos gubernamentales cumplan con los estándares internacionales de transparencia, no arbitrariedad, debido proceso y proporcionalidad en los objetivos políticos comprendidos”.

darse por entendidas<sup>109</sup>. De hecho, aún en los TBI, donde la estabilidad del marco legal para la inversión se menciona expresamente, como es el caso del TBI entre la Argentina y los Estados Unidos de 1991 (de conformidad con el TBI modelo de los EE. UU. de la época) tal referencia aparece sólo en el Preámbulo<sup>110</sup>.

- 116.** En varias disputas entre inversores de los Estados Unidos y la Argentina conforme al TBI, los tribunales han invocado la mención expresa en el Preámbulo de dicho TBI sobre el deseo de mantener un marco estable para la inversión para atraer capitales extranjeros como la base para determinar que la falta de dicha estabilidad, y su consecuente previsibilidad, sobre las que se apoya el inversor, ha resultado en la violación al estándar de tratamiento justo y equitativo<sup>111</sup>. Esta referencia se justifica debido a que, si bien la declaración mencionada en el preámbulo no crea obligaciones legales independientes, es una herramienta para la interpretación del tratado, ya que establece claramente su objeto<sup>112</sup>. Sin embargo, el TBI entre la Argentina y Francia, redactado según el modelo de TBI francés, no contiene esta referencia<sup>113</sup>. Esta ausencia indica, como mínimo, que la estabilidad del marco legal interno no fue determinada como un elemento específico del régimen legal interno que las Partes

---

<sup>109</sup> Para la aplicación del estándar de trato justo y equitativo en virtud del Artículo 1105(1) del TLCAN, el Tribunal constituido en el caso *S.D. Myers, Inc. c. Canadá*, nota 105 *supra*, párr. 263, consideró que una determinación de incumplimiento “debe efectuarse a la luz de la medida de deferencia que el derecho internacional extiende generalmente al derecho de las autoridades locales para regular sus asuntos dentro de sus fronteras”, en vista también a las normas específicas del derecho internacional.

<sup>110</sup> Ver *Continental Casualty Company c. Argentina*, nota 53 *supra*, párr. 258, con relación al TBI entre la Argentina y los EE. UU. de 1991 que incluye en su preámbulo los siguientes términos conforme al modelo de TBI de los EE. UU. de ese entonces: “Conviniendo en que, a los fines de mantener un marco estable para las inversiones y la utilización más eficaz de los recursos económicos, es deseable otorgar un trato justo y equitativo a las inversiones”.

<sup>111</sup> Ver *LG&E c. Argentina*, Caso CIADI No. ARB/02/1, Decisión sobre responsabilidad, 3 de octubre de 2006, párr. 124 a 125, donde se citan decisiones similares de otros tribunales “a la luz de los mismos términos, o términos similares”; *Enron Corporation y Ponderosa Assets, L.P. c. Argentina*, nota 20 *supra*, párr. 259. El Tribunal nota que el TBI entre la Argentina y el Reino Unido no incluye referencia a la estabilidad. Ver *National Grid plc c. Argentina*, CNUDMI, Laudo, 3 de noviembre de 2008, párr. 168 y ss. y, en particular, el párr. 170.

<sup>112</sup> *Occidental Exploration y Production Company c. República de Ecuador*, Caso de la Corte de Arbitraje Internacional de Londres (LCIA) No. UN3467, Laudo final, 1 de julio de 2004, que se sustenta expresamente en el preámbulo a fin de sostener que “la estabilidad del marco legal y comercial es, por lo tanto, un elemento esencial del tratamiento justo y equitativo”.

<sup>113</sup> El TBI en cuestión incluye la obligación de las Partes de otorgar “protección y plena seguridad” para cubrir las inversiones de nacionales de la contraparte en su territorio, “en aplicación del principio del tratamiento justo y equitativo mencionado en el artículo 3 del presente acuerdo” (Artículo 5.1 del TBI). En relación al alcance de este tipo de cláusula, algunos laudos (ver *Azurix c. Argentina*, Caso CIADI No. ARB/01/12, Laudo, 14 de julio de 2006, párr. 408; *National Grid plc c. Argentina*, nota 111 *supra*, párr. 187) han considerado que esta protección no se limita a los bienes físicos y que comprende la estabilidad del marco legal y la seguridad jurídica de la inversión. Otros laudos, en cambio, se han apegado a la limitación original de seguridad física (*BG Group Plc c. Argentina*, CNUDMI, Laudo, 24 de diciembre de 2007, párr. 326).

Contratantes asumieron al contraer obligaciones con sus respectivos inversores<sup>114</sup>. Las disposiciones operativas del TBI entre la Argentina y Francia, en todo caso, deben leerse teniendo en cuenta, dentro del objeto del tratado, la referencia en el Preámbulo sobre el deseo de las Partes de crear condiciones favorables para las inversiones contempladas<sup>115</sup>.

**117.** En ausencia de algún tipo de “promesa” por parte del Estado anfitrión o bien de una disposición específica en el tratado bilateral mismo, el régimen legal vigente en el país anfitrión al momento de realizar la inversión no está cubierto automáticamente por una “garantía” de estabilidad sólo porque el país anfitrión ha celebrado un tratado bilateral con el país del inversor extranjero. La expectativa del inversor es, sin duda, “legítima”, y por ello amparada por la protección del tratado en virtud de la cláusula de tratamiento justo y equitativo, si el Estado anfitrión ha asumido expresamente una obligación legal específica para el futuro, como, por ejemplo, mediante contratos, concesiones, cláusulas de estabilización u otros mecanismos que el inversor pueda invocar como cuestión de derecho<sup>116</sup>.

**118.** La situación es similar cuando las autoridades públicas del país anfitrión han hecho creer al inversor privado que dicha obligación existía mediante la conducta o

---

<sup>114</sup> Total ha señalado, sin embargo, la declaración oficial efectuada por el representante del Gobierno de la Argentina al Congreso en relación con la ratificación del TBI por parte de la Argentina: “*Teniendo en cuenta que el objetivo principal de este tipo de acuerdos es incitar a la inversión genuina y productiva, se prevén, en consecuencia ciertos acontecimientos o medidas que puedan perjudicar el valor de la inversión o su producido. Para ello, por intermedio de este convenio los Estados aceptan mantener inalterables durante la vigencia de aquél, determinadas normas de tratamiento de las inversiones y se consagra entre los países firmantes el compromiso de no contravenir reglas que siendo propias de esta materia forman parte del conjunto de principios comunes a todas las naciones (...). De esta manera se configura un ambiente estable y satisfactorio que mitiga las preocupaciones de los inversores extranjeros, relacionados con riesgos no comerciales – denominados riesgos políticos – y alienta el flujo internacional de capitales dentro del respeto de las leyes del país receptor*” (Apéndice C-89, Mensaje del Poder Ejecutivo al Congreso de la Nación en relación con la Ley No. 24.100/92, 10 de junio de 1992). El Tribunal nota que esta declaración no incluye referencia a la estabilidad, tal como la que corresponde al mensaje relativo al TBI entre la Argentina y el Reino Unido: “A través de ellos [los acuerdos], los Estados aceptan mantener inalterables durante su vigencia ciertas normas de tratamiento de las inversiones, con lo que se espera establecer un clima de estabilidad y confianza para atraer inversiones” (Apéndice C-87).

<sup>115</sup> En relación con esta declaración se encuentra la obligación general del Artículo 2 del TBI, según el que cada una de las Partes Contratantes admitirán y promoverán inversiones realizadas por inversores de la contraparte, pero “en el marco de su legislación y de las disposiciones del presente acuerdo”.

<sup>116</sup> Ver *CME Czech Republic B.V. c. la República Checa*, CNUDMI, Laudo Parcial, 13 de septiembre de 2001, párr. 611 sobre la interferencia en los derechos contractuales por parte de una autoridad regulatoria; *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. c. los Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB (AF)/00/2, Laudo, 29 de mayo de 2003, párr. 154 relativo al reemplazo de una licencia ilimitada por otra de duración limitada para la operación de un relleno sanitario. Ver, además, *Waste Management, Inc. c. los Estados Unidos Mexicanos*, nota 98 *supra*, donde la reclamación de un inversor en virtud del Artículo 1105(1) del TLCAN fue rechazada. En particular, el Tribunal consideró en el párr. 98 que el estándar de trato justo y equitativo sería violado por “incumplimiento de las manifestaciones efectuadas por el Estado anfitrión que fueron razonablemente invocadas por la demandante”.

por una declaración<sup>117</sup>. Las autoridades también han anunciado oficialmente su intento de seguir una cierta conducta en el futuro, que el inversor, a la vez, ha invocado al momento de efectuar sus inversiones o incurrir en gastos<sup>118</sup>. Tal como lo señala el marco del TLCAN, “el concepto de “expectativas legítimas” guarda relación, en el contexto del TLCAN, con una situación en que la conducta de la Parte Contratante crea expectativas razonables y justificables para que un inversionista (o una inversión) actúe basándose en esa conducta, por lo cual el hecho de que una Parte del TLCAN no cumpla esas expectativas puede causar perjuicios al inversionista (o a la inversión)”<sup>119</sup>.

**119.** De hecho, los tribunales arbitrales que invocan el concepto de “expectativas legítimas” han señalado frecuentemente que los “compromisos específicos” limitan el derecho del Estado anfitrión de adaptar el marco legal a las circunstancias cambiantes<sup>120</sup>. Las declaraciones hechas por el Estado anfitrión son exigibles y justifican la confianza del inversor solamente cuando dichas declaraciones han sido efectuadas a un inversor particular<sup>121</sup>. “Cuando el Estado receptor que intenta atraer inversiones extranjeras actúa en forma intencional con el fin de crear expectativas en los posibles inversores respecto de cierto trato o comportamiento, entendemos que el

---

<sup>117</sup> Ver el caso de las declaraciones proporcionadas por altos funcionarios del gobierno a un inversor en el caso *Wena Hotels Ltd. c. la República Árabe de Egipto*, Caso CIADI No. ARB/98/4, Laudo sobre el fondo, 8 de diciembre de 2000, párr. 59 y ss.

<sup>118</sup> Para la revisión de estas instancias ver M. Reisman y M.H. Arsanjani, *The Question of Unilateral Governmental Statements as Applicable Law in Investment Disputes*, 19 *ICSID Review-Foreign Investment Law Journal* 328 (2004).

<sup>119</sup> Ver el caso *International Thunderbird Gaming Corporation c. los Estados Unidos Mexicanos*, CNUDMI, Laudo Arbitral, 26 de enero de 2006, párr. 147. Esto se define como “confianza perjudicial” por T.J. Grierson-Weiler y I.I. Laird, *Standards of Treatment*, Capítulo 8 de P. Muchlinski, F. Ortino y C. Schreuer (Eds.), *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford, 2008, 275.

<sup>120</sup> Ver *CMS Gas Transmission Company c. Argentina*, Caso CIADI No. ARB/01/8, Decisión del Tribunal sobre Excepciones a la Jurisdicción, 17 de julio de 2003, párr. 27, en el que se argumenta que cuando las medidas generales son cuestionadas: “Una relación directa puede, no obstante, ser establecida también si acaso esas medidas generales se adoptan en violación de compromisos específicamente adquiridos con el inversionista en los tratados, la legislación o los contratos. En tal caso, 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”.

<sup>121</sup> Ver *International Thunderbird Gaming Corporation c. los Estados Unidos Mexicanos*, nota 119 *supra*, párr. 147. Sobre los hechos de varios casos, algunos tribunales han concluido, sin embargo, que el ordenamiento jurídico del Estado anfitrión, tal como era al momento en el que el inversor adquirió la inversión, oficia de fundamento de las expectativas legítimas del inversor en cuanto a la estabilidad de las normas relevantes: *Gami Investments, Inc. c. El Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos*, CNUDMI, Laudo Final, 15 de noviembre de 2004, párr. 93; *Feldman c. México*, Caso CIADI No. ARB(AF)/99/1, Laudo sobre el fondo, 16 de diciembre de 2002, párr. 128.

Estado receptor debería quedar vinculado por los compromisos y el inversor tiene derecho a tomar decisiones en función de ellos”<sup>122</sup>.

**120.** En otras palabras, las expectativas legítimas de un inversor pueden estar basadas “en todo compromiso y declaración expresa o implícita del Estado anfitrión. La retractación de las afirmaciones del Estado anfitrión que despertaron las expectativas legítimas de la contraparte es violatoria del principio de tratamiento justo y equitativo. Al mismo tiempo, es claro que este principio no es absoluto y no importa un requisito para que el Estado anfitrión congele su sistema legal en beneficio de un inversor. El requisito de estabilización general iría más allá de la expectativa legítima del inversor”<sup>123</sup>.

**121.** El equilibrio entre estos requisitos de competencia y, en consecuencia, los límites de la correcta invocación de las “expectativas legítimas” de cara a los cambios legislativos o regulatorios (asumiendo que no son contrarios a los compromisos contractuales, bilaterales o similares, de naturaleza vinculante) se basó en el análisis de varios elementos que apuntan en direcciones opuestas. Por un lado, la forma y el contenido específico del compromiso de estabilidad invocado es un elemento crucial del análisis. No menos relevante, es la claridad con la que las autoridades han expresado su intención de comprometerse de cara al futuro. De manera similar, mientras más específica sea la declaración al destinatario, mayor el sustento de la reclamación de dicho destinatario (el inversor extranjero) que invoca la declaración y se apoya en ella con vista al futuro en un contexto de confianza recíproca y buena fe. Por ello, el énfasis presente en varios laudos sobre la postura del gobierno de realizar “afirmaciones”, hacer “promesas” y tomar “compromisos” ofrece condiciones especiales a los inversores extranjeros al punto de solicitar o inducir al inversor a fin de que realice una determinada inversión. Total mismo ha descrito los actos de la Argentina en los que fundamente su reclamo de esa forma . Como resultado de esta conducta por parte de las autoridades del país receptor, la expectativa del inversor extranjero puede “elevar el nivel de legitimidad y razonabilidad a la luz de las circunstancias”<sup>124</sup>. Cuando esas características no están presentes, se justifica un

---

<sup>122</sup> Conclusiones de M. Reisman y M.H. Arsanjani, *The Question of Unilateral Governmental Statements as Applicable Law in Investment Disputes*, nota 118 *supra*, pág. 342.

<sup>123</sup> Ver C. Schreuer, *Fair and Equitable Treatment in Arbitral Practice*, nota 94 *supra*, párr. 374.

<sup>124</sup> Ver *Saluka Investments BV c. la República Checa*, nota 103 *supra*, párr. 304.

enfoque cauteloso basado en un análisis de todos los hechos relevantes en el contexto del caso específico.

**122.** Ciertamente, el caso más difícil es (y en esta disputa está parcialmente presente) cuando la invocación del derecho de estabilidad del inversor se basa en una cláusula de tratamiento justo y equitativo basada en las leyes o decretos de carácter general y unilateral. En dichas instancias, las expectativas del inversor están basadas en regulaciones de naturaleza administrativa y normativa que no están dirigidas específicamente al inversor del que se trata. Este tipo de regulaciones no están protegidas de cambios subsecuentes en virtud de la ley aplicable. A pesar de ello, un reclamo de estabilidad puede basarse en la naturaleza inherentemente potencial de una regulación que busca proveer un marco definido para futuras operaciones. Este es el caso de los regímenes aplicables a las inversiones y operaciones a largo plazo, y/o que proporcionan derechos alternativos o contingentes en caso de que el marco regulatorio relevante sea modificado en circunstancias no previstas o en caso de que se materialicen eventos de listas taxativas. En estos casos, la referencia a los principios financieros y económicos comúnmente reconocidos y aplicados en la operación regular de inversiones de este tipo (sean locales o extranjeras) puede brindar un patrón. Este es el caso de las inversiones de gran capital y de largo plazo para la operación de servicios públicos bajo licencia, la explotación y exploración de recursos naturales, el financiamiento de proyectos o los esquemas de construcción, operación y transferencia de proyectos. Los conceptos de “equidad regulatoria” o “certeza regulatoria” han sido utilizados en este sentido<sup>125</sup>. A la luz de estos criterios, cuando un Estado posee la facultad de fijar las tarifas de un servicio público, debe hacerlo de forma tal que la concesionaria sea capaz de recuperar sus costos operativos, amortizar sus inversiones y generar una ganancia razonable con el tiempo, tal como proporcionaba el régimen del gas argentino.

**123.** Por otro lado, también debe ser tomado en consideración el derecho del Estado anfitrión de regular asuntos internos en interés público<sup>126</sup>. Las circunstancias y los

---

<sup>125</sup> Ver T.J. Grierson-Weiler y I.I. Laird, *Standards of Treatment*, nota 119 *supra*, párr. 277.

<sup>126</sup> Ver *Saluka Investments BV c. la República Checa*, nota 103 *supra*, párr. 305 y 306. Ver también *Feldman c. México*, nota 121 *supra*, párr. 112: “En el ejercicio de sus poderes regulatorios, los gobiernos frecuentemente cambian sus leyes y regulaciones en respuesta a los cambios que se producen en las circunstancias económicas o en los aspectos políticos, económicos o sociales. Estos cambios bien pueden tornar algunas actividades menos rentables o inclusive antieconómicas”.

motivos (la importancia y urgencia de la necesidad pública) para implementar cambios que impacte de modo negativo en las operaciones del inversor extranjero, por un lado, y la seriedad del perjuicio causado, por el otro, comparados a la luz de un estándar de razonabilidad y proporcionalidad, son relevantes. La determinación de que existió una violación del estándar, por lo tanto, requiere de “la evaluación de las expectativas legítimas y razonables de la Demandante, por un lado, y por el otro, el interés regulatorio legítimo de la Demandada”<sup>127</sup>. Por ello, la evaluación de la equidad de la conducta del Estado anfitrión hacia un inversor no puede llevarse adelante de forma aislada, teniendo en cuenta sólo sus relaciones bilaterales. El contexto de la evolución de la economía del Estado anfitrión, la razonabilidad de los cambios en la normativa y su adecuación a la luz de los criterios de proporcionalidad también deben ser tenidos en cuenta<sup>128</sup>. Otros criterios para la evaluación de la equidad de las medidas nacionales de aplicación general en servicios pueden observarse en el AGCS. El Tribunal señala que el Artículo VI del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS) de la OMC, del año 1994, sobre “Reglamentación nacional”, que establece que “En los sectores en los que se contraigan compromisos específicos, cada Miembro se asegurará de que todas las medidas de aplicación general que afecten al comercio de servicios sean administradas de manera razonable, objetiva e imparcial” (énfasis propio). Esta referencia relativa a los servicios (tal y como indudable lo eran las operaciones de Total en electricidad y transporte de gas) en un tratado multilateral del que la Argentina y Francia son parte, brinda pautas útiles en cuanto a los requisitos que debe contener la reglamentación nacional a fin de ser considerada justa y equitativa. El Tribunal hace referencia a los requisitos del Artículo VI del AGCS como “pautas” ya que no se considera que el AGCS sea directamente aplicable al caso. Esto dependerá de que la Argentina haya admitido que la inversión de Total en el sector

---

<sup>127</sup> Ver *Saluka Investments BV c. la República Checa*, *ibídem*. Ver también D. Carreau, P. Juillard, *Droit international économique*, 2ième édition, 2005, 442, párr. 1265 según el que el requisito de “equitativo” del estándar implica que debe asegurarse un equilibrio satisfactorio entre los intereses del inversor, los del Estado del que es nacional, y los del Estado anfitrión.

<sup>128</sup> Por ejemplo, ver *Genin and others c. Estonia*, nota 105 *supra*, párr. 348, donde el Tribunal determina que al considerar la revocación de la licencia bancaria a una institución financiera (Estonian Innovation Bank) en donde un inversor de los EE. UU. realizó sus inversiones “... el Tribunal considera imperativo analizar el contexto particular en donde se inició la disputa, es decir, el de un estado independiente en formación, rápidamente a tono con la realidad de las prácticas financieras, comerciales y bancarias modernas y el surgimiento de instituciones del Estado responsable del control y la reglamentación de las áreas de actividad, probablemente, una tarea desconocida hasta ese entonces. Éste es el contexto en el que las Demandantes eligieron, por su propia decisión, invertir en una institución financiera de Estonia, EIB”.

de electricidad se realizó sobre la base de un compromiso específico en relación con la apertura del sector de generación de energía eléctrica a los inversores por parte de otros miembros de la OMC.

- 124.** Aparte de esta comparación objetiva de intereses competitivos en contexto, la conducta del inversor en relación con los compromisos de estabilidad es, también, por decirlo de algún modo, “subjetivamente” relevante. Los Tribunales han evaluado la conducta del inversor en este sentido, resaltando que los TBI “no son pólizas de seguro contra malas decisiones de negocios” y que el inversor tiene el deber de investigar la ley aplicable del Estado anfitrión<sup>129</sup>.

### ***6.3 El contenido del Artículo 3 del TBI entre la Argentina y Francia***

- 125.** El compromiso de tratamiento justo y equitativo plasmado en el Artículo 3 del TBI guarda relación con el trato que debe dispensarse “conforme a los principios de Derecho Internacional” (“*en conformité des principes du droit international*”). Las partes han discutido si el estándar de aplicación es mínimo, tal como sugiere la Argentina<sup>130</sup>, o si determina un criterio autónomo, tal como alega Total<sup>131</sup>. Por los motivos que serán expuestos, el Tribunal considera que la frase “justo y equitativo conforme a los principios de Derecho Internacional” no puede leerse como el “tratamiento requerido por el mínimo estándar de tratamiento de extranjeros/inversores conforme al Derecho Internacional”<sup>132</sup>. Ello, independientemente del asunto de si en la actualidad existe realmente una diferencia entre este estándar mínimo tradicional y lo que el Derecho Internacional requiere, generalmente, en relación con el tratamiento de inversores extranjeros y sus inversiones<sup>133</sup>.

---

<sup>129</sup> Ver *Maffezini c. España*, Caso CIADI No. ARB/97/7, Laudo sobre el fondo, 13 de noviembre de 2000, párr. 64. Ver también *MTD Equity Sdn. Bhd. & MTD Chile S.A. c. Chile*, nota 96 *supra*, párr. 178.

<sup>130</sup> Según la Argentina (Alegato de apertura, Acta de Audiencia Día 2, 443:19-444-1), el estándar mínimo no incluiría la obligación de mantener un entorno legal estable y proteger las expectativas legítimas del inversor.

<sup>131</sup> Ver el Escrito posterior a la audiencia de Total, párr. 210 y ss.

<sup>132</sup> Ver, en este sentido, el análisis de la CNUCYD, *Fair and Equitable Treatment*, nota 107 *supra*, 40. La OCDE efectúa una revisión detallada de las distintas opiniones y declaraciones al respecto en *International Investment Law, A Changing Landscape*, 2005, párr. 81 a 96.

<sup>133</sup> Varios tribunales arbitrales que tratan controversias relativas a inversiones han sostenido que el derecho en la protección internacional de extranjeros (del que forma parte el tratamiento justo y equitativo) ha evolucionado considerablemente desde la decisión del caso *Neer* del año 1926, que consideró aplicable el estándar mínimo vigente para ese entonces (ver *Enron Corporation y Ponderosa Assets, L.P. c. Argentina*, nota 20 *supra*, párr. 257;

126. Con el objetivo de elucidar el contenido del tratamiento según el Artículo 3 conforme al derecho internacional, un tribunal debe analizar no solamente el TBI aisladamente, o la jurisprudencia de otros tribunales arbitrales en disputas de inversión, que hayan interpretado y aplicado tratados de protección a las inversiones de contenido similar, sino también el contenido del derecho internacional de manera general.
127. Por lo tanto, el Tribunal interpretará el “tratamiento justo y equitativo” teniendo en cuenta, además, los principios generales y el derecho público internacional fuera del contexto de los TBI. Este enfoque es consistente con la interpretación del Artículo 3 del TBI Argentina-Francia en el caso “*Vivendi II*”, donde el tribunal expresó la posición que hemos desarrollado anteriormente, respecto a que: “El Tribunal no encuentra fundamento para equiparar los principios del derecho internacional a la norma mínima de trato. (...) [l]a referencia a los principios del derecho internacional respalda una interpretación más amplia que implica considerar un margen de principios de derecho internacional más amplios que tan sólo la norma mínima<sup>134</sup>”. La postura expresada en los comentarios al modelo de TBI francés, de donde surge la frase, coinciden con estas conclusiones<sup>135</sup>.

#### 6.4 Análisis comparativo

128. Debido a que el concepto de expectativas legítimas se basa en el requisito de que exista buena fe, uno de los principios generales a los que el Artículo 38.1(c) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia hace referencia como fuente de derecho internacional, el Tribunal sostiene que, en este punto, se justifica un análisis comparativo de la protección de las expectativas legítimas en la competencia local.

---

*Mondev International Ltd. c. los Estados Unidos de América*, nota 98 *supra*, párr. 116 y 117). Ver también R. Dolzer y C. Schreuer, *Principles of International Investment Law*, 2008, 128 a 130.

<sup>134</sup> *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal c. Argentina*, Caso CIADI No. ARB/97/3, Laudo, 20 de agosto de 2007 (en adelante llamado también “*Vivendi II*”), párr. 7.4.6 y 7.4.7. mencionado por Total en su Escrito posterior a la audiencia, párr. 213.

<sup>135</sup> Ver D. Carreau, P. Juillard, *Droit international économique*, 2ième édition, nota 127 *supra*, párr. 1286, pág. 456. No mencionamos la *Nota Introductoria* de H. Goldsong al TBI entre Francia y la U.R.S.S. de 1989, 29 ILM 317 (1990) invocada por la Argentina, donde el autor expresa la visión de que la referencia al derecho internacional “califica” el alcance del compromiso de tratamiento justo y equitativo. Esta calificación, en todo caso, insta al intérprete a tomar en cuenta completamente la protección otorgada por el derecho internacional, sin ir más allá de ella dentro del contexto del TBI sin reducirlo por debajo de ese nivel. Tal como señala Carreau, Juillard, *Droit international économique*, 2ième éd., nota 127 *supra*, párr. 1266, pág. 442: “el tratamiento otorgado a la inversión en el derecho local no puede violar el trato requerido por la totalidad de las fuentes del derecho internacional combinadas”.

Mientras que la cobertura y el fundamento legal de este principio varía, ha sido reconocido posteriormente en el derecho civil continental y en el derecho civil común o anglosajón dentro de límites bien establecidos<sup>136</sup>.

**129.** En los sistemas legales locales, la doctrina de la expectativa legítima apoya “el derecho de un individuo a recibir protección de la ley ante daños causados por una autoridad pública que revoca una decisión pública previamente tomada, ya sea en forma de decisión formal o en forma de declaración<sup>137</sup>”. Esta doctrina, que refleja la importancia del principio de seguridad jurídica (o de Estado de derecho), parece ser de aplicación mayormente respecto de los actos administrativos y la protección de un individuo del ejercicio incoherente de la facultad administrativa o del exceso o abuso de las facultades administrativas<sup>138</sup>. Los motivos y las características de los cambios (bruscos, fundamentales, con efectos retroactivos) y el interés público involucrado deben por ende tomarse en consideración a fin de evaluar el derecho de recibir compensación de un individuo que incurrió en obligaciones financieras sobre la base de las decisiones y manifestaciones de las autoridades públicas posteriormente revocadas. Sin embargo, parece que únicamente de modo excepcional, las expectativas legítimas pueden ser resarcidas en aquellos casos en los que la acción legislativa de un Estado está involucrada. En cambio, la violación del principio fundamental de propiedad que está reconocido por la ley interna ha sido la base, por ejemplo, para que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos decida que existe una

---

<sup>136</sup> Se considera que el concepto se origina en el derecho germánico, donde se aplica en gran medida: CF Forsyth, *The Provenance and Protection of Legitimate Expectations*, Cambridge L.J. 47, 241 (1988). En cuanto al derecho civil continental, ver Argentina *Industria Madera Lanin*, Corte Suprema 1977, Fallos 298:223. El Estado fue sentenciado a indemnizar “la expectativa razonable” de una empresa a la que se le había prometido una concesión forestal, luego revocada. En el derecho inglés (caso *Schmidt c. Secretary of State for the Home Affairs* [1969] 2 Cap. 149, por Lord Denning) la Cámara de los Lores ha determinado que “la doctrina de expectativa legítima está basada en la equidad”, *R. c. Inland Revenue Commissioners ex p. Preston* [1985] 2 All E.R. 327, párr. 835 por Lord Bingham. Ver también *R. c. North and East Devon Health Authority ex p. Coughlan* [1999] LGR 703, párr. 57, donde se sostiene que en los casos en que “una promesa legítima o práctica ha inducido a una expectativa legítima de un beneficio por una autoridad sustancial, no sólo procesal, que establece que en este caso también el tribunal decidirá si frustrar la expectativa, es inequitativo, y decidir de otro modo podría resultar en un abuso de poder”. Generalmente, en cuanto a la noción en derecho administrativo de países de derecho común, ver W. Wade y CF Forsyth, *Administrative Law*, OUP Oxford 2004, 372-376.

<sup>137</sup> C. Brown, *The Protection of Legitimate Expectations as A “General Principle of Law”*: *Some Preliminary Thoughts*, Transnational Dispute Management, [www.transnational-dispute-management.com](http://www.transnational-dispute-management.com), marzo de 2009. Ver también J. Temple Lang, *Legal Certainty and Legitimate Expectations as General Principles of Law*, U. Bernitz, J. Nergelius (Eds.), *General Principles in European Community Law*, Kluwer, 2000, 163-184.

<sup>138</sup> Ver C. McLachlan, *Investment Treaties and General International Law*, 57 Int’l & Comp. L.Q. 361 (2008), pág. 377 en relación con la opinión del Comité de Anulación en el caso *MTD Equity Sdn. Bhd. & MTD Chile S.A. c. Chile*, Caso CIADI No. ARB/01/7, Decisión sobre Anulación, 21 de marzo de 2007, párr. 67 a 71; *Gami Investments, Inc. c. los Estados Unidos Mexicanos*, CNUDMI, Laudo Final, 15 de noviembre de 2004, 44 ILM 545, 560 (2005).

violación al Primer Protocolo de la Convención Europea de Derechos Humanos que protege el goce pacífico de la propiedad<sup>139</sup>.

**130.** Desde el enfoque del derecho comparado, los fundamentos del sistema legal de la Comunidad Europea (en la actualidad, la Unión Europea) que refleja las tradiciones jurídicas de veintisiete países europeos, tanto el derecho civil como del derecho común (Francia, el país del que la Demandante es nacional, inclusive) son relevantes, en especial dado que el reconocimiento al principio de expectativa legítima está expresamente basado en el principio del derecho internacional de buena fe<sup>140</sup>. Sobre la base de esta premisa, el Tribunal de la Unión Europea ha reconocido las expectativas legítimas de importadores respecto a que la Comunidad respetaría el derecho internacional público<sup>141</sup>. De conformidad con el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, las partes privadas, normalmente, no pueden invocar expectativas legítimas contra el ejercicio de las facultades normativas de las instituciones de la Comunidad, excepto bajo las condiciones más restrictivas (que ese Tribunal nunca ha hallado en ninguno de los casos que se le han presentado)<sup>142</sup>.

---

<sup>139</sup> Ver, en líneas generales, la revisión del ex-presidente del TEDH, L. Wildhaber, *The Protection of Legitimate Expectations in European Human Rights Law*, M. Monti, N. Liechtenstein, B. Vesterdorf, L. Wildhaber, *Economic Law and Justice in Times of Globalisation*, Festschrift Baudenbacher, 2007, 253, en 263: “el concepto parece no tener existencia autónoma sustancial en lo relativo a la aplicabilidad. Donde los solicitantes pueden invocar la posesión, sin embargo, y la interferencia con el goce pacífico, puede argumentarse la legitimidad de su reclamación más que sus expectativas legítimas pesarán en el análisis”. En un caso que involucra las expectativas legítimas de los beneficiarios de beneficios sociales futuros dispuestos en la legislación, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos opinó que existió una violación del Artículo 1 del Protocolo en el posterior retiro de dichos beneficios por parte del gobierno, *Doldeanu c. Moldova*, Aplicación de 17211/03, decisión del 13 de noviembre de 2007.

<sup>140</sup> Ver *Opel Austria GmbH (formerly General Motors Austria GmbH) c. el Consejo de la Unión Europea*, Caso T-115/94, Sentencia, 22 de enero de 1997, que afirma que “El principio de protección de las expectativas legítimas que, según la jurisprudencia, forman parte del orden jurídico de la Comunidad, es el corolario del principio de buena fe en el derecho internacional público”.

<sup>141</sup> En el caso mencionado en la nota anterior, por oposición al Artículo 18 de la CVDT (según el que los signatarios de un tratado que aún no esté vigente deben abstenerse de adoptar medidas que podrían ser contrarias al objeto y el fin del tratado), la Comunidad ha incrementado las tarifas aduaneras por oposición al tratado de acceso de Austria y la UE que entrará en vigencia próximamente.

<sup>142</sup> Según la doctrina del Tribunal de Justicia, un hombre de negocios competente no puede invocar expectativas legítimas respecto de la estabilidad de una norma que la Comisión puede modificar libremente (ver el caso *Di Lenardo Adriano Srl, Dilexport Srl y Ministero del Commercio con l'Estero*, Caso C-37/02 y C-38/02, Sentencia, 15 de julio de 2004, párr. 63, 82). La responsabilidad de la CE por la normativa legítima requiere, en principio, además del daño y la causalidad, que el daño sea “inusual y especial”. Esto es así si una categoría en particular de operadores económicos se encuentran afectados de manera desproporcionada en comparación con otros (“daño inusual”), y si el daño (“daño especial”) va más allá del riesgo inherente de una actividad económica determinada, sin que la medida legislativa que dio lugar al daño alegado esté justificada por un interés económico general. Ver *Dorsch Consult Ingenieurgesellschaft mbH c. el Consejo de la Unión Europea y la Comisión de las Comunidades Europeas*, Caso T-184/95, Sentencia, 28 de abril de 1998, párr. 80, ratificado por el Tribunal de Justicia de la UE, Caso C-237/98 P, Sentencia, 15 de junio de 2000.

## 6.5 Derecho internacional público

**131.** Bajo el derecho internacional, los actos unilaterales, las declaraciones y la conducta de los Estados pueden ser fuente de obligaciones jurídicas que los beneficiarios o destinatarios, o, posiblemente, cualquier miembro de la comunidad internacional, pueden invocar. El fundamento legal de este carácter vinculante parece estar relacionado sólo parcialmente con el concepto de expectativas legítimas, siendo más afín al reconocimiento de la doctrina de los actos propios. Ambos conceptos pueden llevar al mismo resultado, es decir el de rendir como vinculante el contenido de una declaración unilateral del Estado que la está emitiendo.<sup>143</sup> Según la Corte Internacional de Justicia, solamente los actos unilaterales que son incondicionales, definitivos y “muy específicos” tienen fuerza vinculante, lo cual deriva del principio de buena fe. Este principio fundamental requiere que el Estado acate los propios actos unilaterales de dicha naturaleza y que siga una línea de conducta coherente con las obligaciones legales así creadas<sup>144</sup>.

**132.** Toman relevancia en el caso los “Principios rectores aplicables a las declaraciones unilaterales de los Estados capaces de crear obligaciones jurídicas”<sup>145</sup> (los “Principios”) adoptados por la Comisión de Derecho Internacional en 2006 a modo de revisión de la jurisprudencia internacional (entre Estados) en relación con la materia de análisis en la presente diferencia. Somos conscientes de que los Principios tratan los efectos legales de los actos unilaterales de los Estados dirigidos a otros sujetos del derecho internacional, y no a los actos propios de la normativa local invocados por un inversor privado extranjero. Aún así, creemos que las condiciones necesarias para las declaraciones unilaterales de los Estados para dar lugar a

---

<sup>143</sup> Ver D.W. Bowett, “*Estoppel*” Before International Tribunals and its Relation to Acquiescence, 33 *B.Y.I.L.* 176 (1957): “Es posible interpretar dentro de la teoría de los actos propios a la responsabilidad de la parte que realiza una declaración en cuanto crea la apariencia de un acto, o en cuanto otra parte actúa en consecuencia de esta declaración y asume el riesgo de su accionar en virtud de dicha manifestación” a la que hacen referencia M. Reisman y M.H. Arsanjani, *The Question of Unilateral Governmental Statements as Applicable Law in Investment Disputes*, supra note 118, pág. 340.

<sup>144</sup> Ver *Nuclear Tests (New Zealand c. Francia)*, Sentencia, Informe de la CIJ 1974, pág. 457, párr. 46 en pág. 472 y W. Fiedler, “*Unilateral Acts in International Law*”, *IV Encyclopedia of Public International Law* 1018 (2000).

<sup>145</sup> Adoptados por la Comisión de Derecho Internacional en su 58º período de sesiones en el año 2006 junto con sus comentarios (Informe de la CDI, A/61/10, 2006, Capítulo IX), sobre la base del análisis de la jurisprudencia de la CIJ y los actos unilaterales de los Estados que se resume en el octavo informe del Relator Especial (A/CN.4/557).

obligaciones internacionales son relevantes al caso ya que el Tribunal debe resolver mediante la aplicación del derecho internacional<sup>146</sup>.

**133.** El Artículo 7 de los Principios brinda disposiciones relevantes para el análisis:

“Una declaración unilateral entraña obligaciones para el Estado que la ha formulado sólo si se enuncia en términos claros y específicos. En caso de duda en cuanto al alcance de las obligaciones resultantes de una declaración de esta índole, tales obligaciones deberán ser interpretadas restrictivamente. Para interpretar el contenido de esas obligaciones, se tendrá en cuenta ante todo el texto de la declaración, así como su contexto y las circunstancias en que se formuló”.

También es importante el Artículo final de los Principios. El Artículo 10, sobre revocación, que dispone:

“[u]na declaración unilateral que ha creado obligaciones jurídicas para el Estado que hace la declaración no puede ser revocada arbitrariamente. Para determinar si una revocación sería arbitraria, habrá que tener en cuenta: a) Todos los términos de la declaración que se refieran específicamente a la revocación; b) La medida en que los sujetos a quienes se deba el cumplimiento de las obligaciones se hayan basado en ellas; c) La medida en que se ha producido un cambio fundamental en las circunstancias”.

**134.** Tal como figura en los Principios, respecto a la naturaleza vinculante de los compromisos unilaterales, el derecho internacional, invoca los conceptos propios de la práctica arbitral de inversiones y conceptos de derecho comparado, tales como la importancia de los hechos, la relevancia del contenido y la intención, la no arbitrariedad en el caso de revocación y la interpretación restrictiva de los actos unilaterales invocados como fuente de los compromisos de la parte que los realiza<sup>147</sup>. El enfoque cauteloso que surge aquí, parece ser consistente, *mutatis mutandis*, con el de los sistemas jurídicos locales, el sistema legal de la Unión Europea, y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

### ***7. Aplicación del estándar de tratamiento justo y equitativo***

**135.** Nos ocuparemos ahora de la aplicación de los principios legales que hemos resaltado a los hechos del caso, a fin de evaluar las reclamaciones que realiza Total

---

<sup>146</sup> El preámbulo establece que “a menudo es difícil en la práctica determinar si los efectos jurídicos dimanantes del comportamiento unilateral de un Estado son la consecuencia de la intención que ha manifestado o dependen de las expectativas que su conducta ha suscitado entre otros sujetos de derecho internacional” (cuarta oración).

<sup>147</sup> Ver los Principios, Comentario al Artículo 7, nota 145 *supra*.

sobre la supuesta violación de la Argentina. Al respecto, consideramos apropiado distinguir y subdividir las reclamaciones de Total en tres partes, a saber:

- la derogación del cálculo de las tarifas en dólares estadounidenses;
- la derogación de los ajustes automáticos de las tarifas en dólares estadounidenses cada seis meses de conformidad con el IPP de los EE. UU., distinguiendo, a su vez, entre el ajuste automático semestral en sí mismo con su paridad respecto al dólar estadounidense basada en el IPP;
- la inobservancia o la derogación de las promesas de equilibrio económico y la tasa de rentabilidad razonable a través de la supresión de los mecanismos de Revisión Quinquenal Tarifaria y Revisión Extraordinaria, que congelaron las tarifas desde 2002.

### ***7.1 La derogación del cálculo de las tarifas en dólares estadounidenses***

**136.** El Tribunal considera que el cálculo de las tarifas de transporte de gas en dólares estadounidenses estaba dispuesto por el Artículo 41 del Decreto del Gas como un elemento de “adecuación normal y periódica de las tarifas que autorice el ente” [el ENARGAS]. La disposición establecía, además, que el cuadro tarifario debería estar expresado en pesos convertibles de conformidad con la Ley No. 23.928, es decir, la Ley de Convertibilidad argentina de marzo de 1991 (la “Ley de Convertibilidad”), la reconversión a pesos se realizaría de conformidad con la paridad establecida en el Artículo 3 del Decreto No. 2198/91<sup>148</sup>.

**137.** Según la Ley de Convertibilidad y el sistema de caja de conversión, en general, adoptado por la Argentina en 1991, regía la paridad del peso al dólar estadounidense y existía libre convertibilidad entre el peso y el dólar estadounidense. Tal como describe el FMI:

“La Ley de Convertibilidad, que mantenía el peso argentino a la par con el dólar de los EE. UU. en abril de 1991, fue una respuesta a la difícil situación económica de la Argentina a principios de la década de los noventa. Luego de más de una década de alta inflación y estancamiento y luego de distintos intentos fallidos de estabilizar la economía, a fines de 1989, la Argentina había caído en la hiperinflación y el colapso económico virtual [...]. El nuevo régimen de cambio,

---

<sup>148</sup> Las mismas normas están incluidas en el Artículo 9.2 de la Licencia de TGN (las “Reglas Básicas”) que ha estado sujeta al Marco Regulatorio del Gas según el Artículo 1 del Decreto 2.457/92 que otorga la Licencia a la que se anexa la otra Licencia.

que operó como una caja de conversión, estaba destinado a estabilizar la economía al establecer una paridad nominal con manifestaciones creíbles de irreversibilidad. El nuevo peso (fijado a una relación de 10.000 australes por cada dólar) fue fijado a la par con el dólar estadounidense y la creación de divisa autónoma por el Banco Central estuvo severamente restringida, aunque menos rígida que en una caja de conversión clásica. La tasa de cambio fue parte del Plan de Convertibilidad, que incluía medidas más amplias de reformas estructurales orientadas al mercado para promover la eficiencia y la productividad de la economía. Varios sectores de servicios fueron desregulados, el comercio fue liberado, y los esquemas de fijación de precios no competitivos fueron eliminados, la privatización se llevó adelante con vigor, especialmente en los sectores de petróleo, energía eléctrica y telecomunicaciones, acumulando grandes ganancias de capital”<sup>149</sup>.

**138.** En las palabras de otro tribunal del CIADI:

“En términos jurídicos más precisos, el régimen de convertibilidad significaba que la moneda nacional (el peso, que el 1 de enero de 1992 reemplazó al austral a razón de un peso por cada 10.000 australes) era de libre convertibilidad a dólares estadounidenses con una paridad de uno a uno y el valor externo del peso se equiparaba al dólar en el marco de un régimen de caja de conversión. Las transacciones en monedas convertibles estaban permitidas. Los bancos autorizados podían abrir cuentas en pesos o monedas extranjeras, de modo que a los argentinos y los extranjeros que vivían en Argentina les estaba permitido tener y utilizar todo tipo de monedas. Con el tiempo, esta posibilidad condujo a una notoria “dolarización” de la economía argentina: los contratos, especialmente los de mediano y largo plazo, como los de arrendamiento, préstamo y suministro, se expresaban en dólares, antes que en pesos, y las cuentas de depósitos bancarios se abrían y mantenían en dólares. Concretamente, una gran proporción de los activos y pasivos del sistema bancario estaba denominada en dólares. El nivel de dolarización, que había venido creciendo en forma ininterrumpida desde 1991, aumentó considerablemente en la segunda mitad de 2000: a fines de ese año, más del 70% de los depósitos del sector privado y casi el 70% del crédito otorgado por el sistema bancario al sector privado estaban denominados en dólares”<sup>150</sup>.

**139.** Sin embargo, según el informe oficial del FMI, en términos jurídicos, “la moneda de Argentina es el peso argentino” y sólo el peso. “Las transacciones en monedas convertibles están permitidas y los contratos celebrados en estas monedas son exigibles conforme a la ley, aunque las monedas no sean de curso legal”<sup>151</sup>.

**140.** Según señala el Tribunal en el párrafo 81, todos los cálculos de tarifas en dólares de los EE. UU. de los servicios públicos así como su indexación en divisas

---

<sup>149</sup> Ver el Informe de Evaluación del FMI, nota 53 *supra*, 11 [se omiten las notas al pie].

<sup>150</sup> Ver *Continental Casualty Company c. Argentina*, nota 53 *supra*, párr. 105 [se omiten las notas al pie].

<sup>151</sup> *IMF Argentina, Status Under IMF Articles of Agreements: Article VIII, Position as of January 31, 1999*, pág. 32; *IMF Argentina, Status Under IMF Articles of Agreements: Article VIII, Position as of December 31, 1999*, pág. 33; *IMF Argentina, Status Under IMF Articles of Agreements: Article VIII, Position as of December 31, 2000*, pág. 34.

extranjeras quedaron sin efecto con la sanción de la Ley de Emergencia. Según el Artículo 8, todas las tarifas se fijaron en pesos al tipo de cambio de un peso por dólar. Otras disposiciones de la misma ley abolían la paridad entre el peso y el dólar de los EE. UU. establecida por la Ley de Convertibilidad y disponían que todos los contratos privados denominados en dólares u otras monedas extranjeras se redenominaron en pesos al tipo de cambio de un peso por dólar, con posibilidad de que las partes renegociaran la deuda. A través de las disposiciones de la Ley de Emergencia, la Argentina desvinculó su divisa y su economía del dólar estadounidense. Para efectos de conversión la ley estableció la paridad existente de un peso por dólar<sup>152</sup>, de forma tal que el valor nominal existente de todos los valores monetarios expresarían dichos valores en pesos, aunque el peso había dejado de ser convertible a un valor par al dólar estadounidense<sup>153</sup>.

**141.** Mediante la Ley de Emergencia, se implementó la pesificación de las tarifas de gas, y de todos los demás servicios y contratos públicos, y el cese de los ajuste con base en índices extranjeros, como parte integral de la total desvinculación en términos legales del peso con relación al dólar estadounidense (y, en consecuencia, el fin de la convertibilidad vigente desde 1991 en la Argentina bajo el sistema de caja de conversión), luego de la pérdida de las reservas del país y la devaluación masiva del peso en el mercado internacional.

**142.** Total alega que no objeta la pesificación de la economía argentina según dispuso la Ley de Emergencia, sino que objeta solamente la pesificación de la tarifa de gas (y el abandono relacionado del ajuste por el IPP), además, aduce que la paridad de las tarifas de gas con el dólar estadounidense no guardaba relación ni era parte del sistema de convertibilidad y no debería haber sido abolido como resultado de dicha pesificación a la luz de las promesas y manifestaciones de la Argentina conforme a las disposiciones del Marco Regulatorio del Gas sobre la estabilidad de la denominación de la tarifa en dólares estadounidenses<sup>154</sup>. Según Total, a fin de

---

<sup>152</sup> El Tribunal considera que al principio de 2002 la tasa de cambio fue depreciada a la paridad de 1,8 pesos por dólar. El 25 de junio de 2002, el valor de mercado del peso contra el dólar estadounidense saltó a un dólar por cada casi cuatro. Tiempo después, la tasa de cambio se estabilizó en aproximadamente tres pesos por cada dólar estadounidense.

<sup>153</sup> Una excepción relevante se estableció con los depósitos denominados en dólares y los créditos bancarios, que fueron convertidos a un peso y cuarenta centavos por dólar (Decreto 471 del 8 de marzo 2002), brindando así una limitada protección a los depositantes; los costos bancarios serían cubiertos por el tesoro de la Argentina.

<sup>154</sup> Ver el Escrito posterior a la audiencia de Total, párr. 25 y ss.

calcular la tarifa del gas en dólares estadounidenses y realizar un ajuste automático de las tarifas con arreglo al IPP de los EE. UU., la Argentina hizo promesas específicas para mantener las tarifas de gas de TGN en términos reales en dólares<sup>155</sup>. En otras palabras, estos dos “compromisos adicionales” comprendían, exactamente, cláusulas de estabilización que apuntan a ser operativas ante casos de devaluación. Sobre esta premisa, según Total, aún en el caso de una devaluación masiva (que comprende un cambio radical del régimen de Convertibilidad):

“la carga de convocar la Revisión Tarifaria Extraordinaria para reducir la tarifa calculada en dólares con el fin de reflejar la reducción de los costos denominados en pesos y reestablecer el equilibrio de la licenciataria le correspondería al ente regulador. Allí radica el principal beneficio de las tarifas en dólares: protegen a la licenciataria hasta que se complete la revisión, mientras que con tarifas calculadas en pesos la licenciataria queda expuesta a la devaluación y no existe un incentivo instantáneo para que el ente regulador proceda con prontitud a llevar adelante la revisión. Sin embargo, en cualquiera de los dos casos, el compromiso principal del Marco Regulatorio del Gas es el mantenimiento del equilibrio económico de la licenciataria por medio de la Revisión Tarifaria Extraordinaria”<sup>156</sup>.

**143.** En respuesta a la alegación de Argentina de que si la tarifa se hubiera que incrementar en términos de la devaluación después del 2001, implicaría un aumento de tarifas del 200 a 300%, Total responde que podría ser posible mantener estas tarifas en dólares estadounidenses a través de una Revisión Tarifaria Extraordinaria, aun cuando el resto de la economía había sido pesificada<sup>157</sup>. Según Total, si la Argentina no hubiera pesificado las tarifas, y si el ENARGAS hubiera llevado adelante la Revisión Extraordinaria de oficio o a pedido de los consumidores, de conformidad con los Artículos 46 y 47 de la Ley del Gas, tomando en cuenta el valor reducido en términos de dólares estadounidenses de los componentes de la tarifa incurridos en pesos (devaluados), la tarifa en términos de dólares estadounidenses habría disminuido cerca del 25% (equivalente en términos de pesos a un incremento del 130% en la tarifa)<sup>158</sup>. Más específicamente, luego de la Revisión Extraordinaria,

---

<sup>155</sup> Ver el Escrito posterior a la audiencia de Total, párr. 32.

<sup>156</sup> Ver el Escrito posterior a la audiencia de Total, párr. 30.

<sup>157</sup> Ver el Escrito posterior a la audiencia de Total, párr. 337.

<sup>158</sup> Ver el Escrito posterior a la audiencia de Total, párr. 44 sobre el Informe de LECG sobre daños, párr. 142-144.

las tarifas de US\$11 habrían sido equivalentes a AR\$33 (luego de la devaluación) y habrían ascendido a US\$8,33 (equivalente a AR\$25 pesos argentinos)<sup>159</sup>.

**144.** Teniendo en cuenta el análisis previo respecto a los principios aplicables a las promesas del Gobierno y los compromisos hacia los inversores extranjeros, por ejemplo, el requisito de especificidad y la facultad general de los Estados para enmendar sus leyes, en particular, cuando existe un cambio fundamental de las circunstancias fácticas, el Tribunal no está convencido de los argumentos de Total por los siguientes motivos.

### ***7.2 Las tarifas denominadas en dólares y su ajuste no son el objeto de una “promesa” hacia Total***

**145.** El Tribunal considera que las disposiciones según las que las tarifas de gas fueron calculadas en dólares estadounidenses y ajustadas según el IPP de los EE. UU. no pueden ser interpretadas como “promesas” que Total podría invocar, debido a que no estaban dirigidas directa o indirectamente a Total, sino que se trataba de disposiciones del Decreto del Gas y de la Licencia de TGN como una forma de implementar el principio rector de la Ley del Gas, que es el de garantizar a las Licenciatarias eficientes la suficiente rentabilidad que cubra todos los costos operativos razonables y asegurar una tasa de rentabilidad razonable (Artículos 38 y 39), en consonancia con el sistema de convertibilidad basado en el dólar, vigente en la Argentina. Total alega que, según el Marco Regulatorio del Gas, las tarifas en dólares no estaban vinculadas a la Ley de Convertibilidad e invoca el Artículo 9.2 de la Licencia de TGN, el Artículo 41 del Decreto del Gas y el Artículo 7.1, Anexo F del Pliego de Bases y Condiciones de 1992<sup>160</sup>. Sin embargo, el Tribunal nota que el Artículo 9.2 de la Licencia de TGN y el Artículo 41 del Decreto del Gas hace referencia expresa a la Ley de Convertibilidad. Esta referencia, entonces, sostiene la conclusión en contrario: que la denominación en dólares de las tarifas estaba vinculada a la Ley de Convertibilidad, además, también se vincula por el hecho de que la Ley de Convertibilidad prohibía la indexación en pesos<sup>161</sup> para reforzar la

---

<sup>159</sup> Ver el Escrito posterior a la audiencia de Total, párr. 339 y la tabla de la pág. 138.

<sup>160</sup> Ver el Escrito posterior a la audiencia de Total, párr. 321.

<sup>161</sup> Como parte del esquema de la Ley de Convertibilidad, de estricta adherencia al principio nominal, se prohibía expresamente todo mecanismo de indexación de deuda, incluidos los casos de mora del deudor. El Artículo 7 de la Ley de Convertibilidad No. 23.928, de marzo de 1991, establece que el deudor de una obligación de dar una suma

meta de la estabilización del régimen de Convertibilidad<sup>162</sup>, mientras que la indexación de los valores en dólares a través de la referencia a los precios extranjeros, en cambio, no estaba prohibida<sup>163</sup>.

**146.** Total alega que la denominación de la tarifa en dólares estadounidenses tenía por objeto proteger a los distribuidores ante la devaluación. Total sustenta su argumento refiriéndose al Prospecto de Oferta de TGN del año 1995 mediante el que las acciones que seguían siendo de titularidad del Gobierno se ofrecían a la venta al mercado. Según Total, las advertencias a los inversores que contempla dicho Prospecto en relación con las consecuencias de la devaluación del peso sobre la operación de TGN no incluía una advertencia de que las tarifas en dólares estadounidenses podrían ser pesificadas<sup>164</sup>. Sin embargo, el Tribunal opina que este documento apunta, en cambio, en la dirección opuesta. El Prospecto de Oferta del año 1995 para la venta de una participación del 25% de titularidad del Gobierno advertía a los inversores potenciales sobre el riesgo de una gran devaluación bajo el título “Convertibilidad y riesgos del tipo de cambio”. Precisamente, de conformidad con el Prospecto,

“Desde la entrada en vigencia de la Ley de Convertibilidad en abril de 1991, la tasa de cambio peso/dólar ha fluctuado dentro de una estrecha banda. El Banco Central, que de acuerdo con dicha Ley está obligado a vender dólares a no más de un peso por unidad, ha adoptado la política de comprar dólares a tasas también a Ps. 1/por dólar. No puede asegurarse la persistencia de la libre convertibilidad de pesos en dólares. En caso de una gran devaluación del peso con respecto al dólar, la situación patrimonial y los resultados de las operaciones de la Sociedad podrían verse afectados negativamente, así como también su capacidad de efectuar pagos en moneda extranjera (incluyendo cancelación de deudas nominadas en moneda extranjera) y distribuciones de dividendos en dólares a niveles aceptables”.

---

determinada de pesos cumple su obligación dando el día de su vencimiento la cantidad nominalmente expresada. Ver también el caso *Continental Casualty Company c. Argentina*, nota 53 *supra*, párr. 106 y nota 123.

<sup>162</sup> Según el FMI: “El régimen de convertibilidad fue un mecanismo de estabilización para lidiar con la hiperinflación existente a inicios de la década de los noventa, y fue muy exitoso”. (Ver el Informe de Evaluación del FMI, nota 53.3 *supra*).

<sup>163</sup> El Anexo I (que contiene la segunda Acta Acuerdo) del Decreto 669/00 no oculta esta situación y establece que: “las partes reconocen que la aplicación del indicador PPI no constituye una indexación en los términos de la Ley N° 23.928 de Convertibilidad sino que resulta del ajuste que sigue la evolución internacional de los cambios de valor de los bienes y servicios representativos de la actividad, todo ello conforme a los Artículos 95 y 96 de la Ley N° 24.076 que establecen el orden público normativo para el Servicio Público del Gas Natural”.

<sup>164</sup> Ver el Escrito posterior a la audiencia de Total, párr. 343.

En consideración de este texto, el Tribunal opina que el Prospecto, además de advertir a los inversores potenciales sobre el riesgo comercial general del default de TGN y de la demanda decreciente de TGN causada por la devaluación del peso, también advertía a los potenciales inversores en TGN que una gran devaluación del peso y/o el abandono de la convertibilidad afectaría el cálculo de las tarifas en dólares estadounidenses, con el consecuente perjuicio a “la situación patrimonial y los resultados de las operaciones de la Sociedad”. Esto refleja que, tal como señala Total, las tarifas reguladas de TGN representaban el 98% de su rentabilidad.

**147.** Por último, Total sostiene que las tarifas en dólares estadounidenses y el ajuste por IPP eran “compromisos” que podían invocar legalmente, según el Anexo F del Artículo 7.1 del Pliego de Bases y Condiciones. El Tribunal considera que, con el propósito de obtener participación extranjera en la privatización de varios servicios del Estado, el Gobierno realizó compromisos específicos a los extranjeros interesados para inducirlos a participar en el proceso de licitación para traer más capital y conocimientos técnicos y específicos de la materia a fin de modernizar y operar de forma eficiente estos servicios. Específicamente, Total hace referencia al Artículo 7.1 del Pliego de bases y condiciones. El Artículo 7.1, “Ajuste Futuro de Tarifas”, del Anexo F, dispone: “Las tarifas están expresadas en pesos convertibles según la Ley 23.928 a la paridad de 1=1 con el dólar estadounidense. Las mismas (...) serán ajustadas inmediata y automáticamente en caso de variación de la paridad. A esos efectos se considerará la cantidad de moneda argentina necesaria para adquirir un dólar estadounidense en la plaza de Nueva York”<sup>165</sup>. Además, el Artículo 7.5 del Pliego de bases y condiciones señala: “La tarifa del Distribuidor (...) serán ajustados semestralmente, a partir de la Toma de Posesión, de acuerdo con la variación operada en el índice de precios al por mayor de productos industriales de los EEUU, tomado por la Junta de Gobernadores del sistema de la Reserva Federal del Gobierno de los EEUU, entre el segundo mes anterior al del contrato de transferencia y el segundo mes anterior al inicio de cada semestre posterior a la Toma de Posesión, según se

---

<sup>165</sup> Según el Artículo 7.2 del Anexo F del Pliego de bases y condiciones: “Las variaciones del precio del gas serán trasladadas a las tarifas de manera tal que no produzcan beneficios ni pérdidas al Distribuidor, ni al Transportista sujeto a lo dispuesto en el Art. 38, inciso c), de la ley 24.076 y su reglamentación. Las tarifas iniciales han sido calculadas sobre la base de un precio del gas de \$0,035 por m<sup>3</sup> a 9.300 kilocalorías ó 38,93 megajoules, a una temperatura de 15° C y a una presión de 1 bar. En el caso de gas propano/butano indiluido distribuido por redes, las tarifas iniciales han sido calculadas sobre la base de un precio de \$142,50 por tonelada a la salida de la planta separadora. La Autoridad Regulatoria establecerá los requerimientos de información y mecanismos necesarios para el ajuste de las tarifas por variaciones en el precio del gas”.

establezca en la licencia correspondiente y los restantes requisitos que se establezcan en el Reglamento de Tarifas y Condiciones Generales del Servicio. La Autoridad Regulatoria establecerá el mecanismo para el ajuste”.

**148.** El Tribunal no necesita analizar estas disposiciones debido a que Total no participó en el proceso de licitación de diciembre de 1992. Por lo tanto, sobre la base de los principios legales mencionados precedentemente, Total no puede invocar el Pliego de bases y condiciones como una promesa con la que contaba cuando invirtió en el sector del gas en 2001. La situación de Total es, por lo tanto, diferente de la de los inversores extranjeros que participaron en el proceso de privatización e invocaron su confianza en el Pliego de bases y condiciones en otros casos.

**149.** Las autoridades argentinas no brindaron garantías a Total respecto a dicha estabilidad (es decir, respecto de mantener las tarifas en dólares estadounidenses y realizar ajustes según el IPP de los EE. UU. independientemente de la Ley de Convertibilidad vigente) al momento en que Total consideraba invertir o realizó la operación. A la vez, Total no buscó obtener manifestaciones de este tipo<sup>166</sup>. Al realizar su inversión, Total consideró (o debería haber considerado) la totalidad del régimen legal relativo a su inversión tal como se encontraba vigente en 2001 (incluida la suspensión del ajuste por IPP de los EE. UU.). Dentro de este marco, el Decreto del Gas y la Licencia de TGN (de la que Total no fue parte) incorporaron legalmente y regularon la convertibilidad.

**150.** En suma, el Tribunal concluye que la denominación de las tarifas en dólares estadounidenses no era objeto de una promesa o compromiso hacia Total, sino que se trataba de un elemento integral del Marco Regulatorio del Gas vigente en la Argentina al momento en que Total efectuó su inversión. El ajuste automático de las tarifas según el IPP de los EE. UU. era parte de este marco y estaba estrechamente relacionado y reflejaba la denominación y cálculo de dichas tarifas en dólares estadounidenses, lo que, a su vez, guardaban relación con el sistema de convertibilidad vigente en la Argentina desde 1991.

---

<sup>166</sup> El Tribunal señala, además, que Total no reclamó que había decidido invertir en el sector de distribución de gas en la Argentina en lugar de hacerlo hipotéticamente en otro país, a la luz del hecho de que estas tarifas estaban fijadas en dólares estadounidenses y ajustadas por el IPP de los EE. UU.

### ***7.3 La relevancia de la suspensión de los ajustes IPP vigente al momento de la inversión de Total en TGN***

- 151.** El Tribunal debe ahora proceder a considerar la conducta de Total en cuanto a su alegada confianza en la estabilidad del régimen de gas en dólares estadounidenses tal como existía al momento de realizar su inversión, tomando en consideración las suspensiones de los ajustes IPP vigente en aquel entonces.
- 152.** El Tribunal advierte que Total acordó comprar las acciones del TransCanada Group en mayo de 2000 y que cerró el acuerdo en enero de 2001. Por lo tanto, fue en esta segunda fecha que Total se convirtió en inversor extranjero francés en la Argentina bajo la tutela del TBI, en lo relativo a su inversión en TGN. Tal como se hace mención en los párrafos 62 y siguientes, en aquel entonces, los ajustes IPP había sido suspendido en dos ocasiones por acuerdos entre el ENARGAS (y el gobierno) y las Licenciatarias: primero, en enero de 2000, por un período de seis meses, y luego el 4 de agosto de 2000, por dos años. Además, el 18 de agosto de 2000, un juez suspendió la aplicación del segundo ajuste y del consiguiente recupero de los aumentos que debían devengarse durante la suspensión<sup>167</sup>.
- 153.** La Argentina señala que Total no podría haber tenido expectativas legítimas sobre la estabilidad del régimen tarifario tal como lo estipula el Marco Regulatorio del Gas dado que había sido perjudicado por estas suspensiones. La Argentina sugiere que, al momento de analizar el Marco Regulatorio del Gas, Total no obró con la diligencia debida de un inversor extranjero que tiene intención de llevar adelante una inversión a largo plazo en un país como la Argentina<sup>168</sup>. En este sentido, Total explicó en sus presentaciones que aún si la administración de Total hubiera estado al tanto de esta situación, “no consideraron que estuviera en riesgo el derecho de TGN al ajuste de las tarifas por referencia al IPP de los EE.UU.”<sup>169</sup>.
- 154.** El Tribunal observa que la administración de Total consideró la primera Acta Acuerdo como un “favor” hacia el entonces entrante gobierno de Fernando De la Rúa. La segunda suspensión por dos años se consideró como inmaterial por el recupero posterior dispuesto en el Decreto, mientras que la suspensión del Decreto

---

<sup>167</sup> Para más detalles, ver párr. 65 más arriba.

<sup>168</sup> Ver el Escrito posterior a la audiencia de la Argentina, párr. 201 y ss.

<sup>169</sup> Ver el Escrito posterior a la audiencia de Total, párr. 361.

debido a una medida cautelar fue considerada irrelevante porque Total consideraba que esta medida estaba basada en fundamentos legales débiles (la medida cautelar había sido cuestionada por el gobierno); a pesar de la admisión por parte del Sr. François Faurès, uno de los gerentes de Total en la Argentina y testigo convocado por Total respecto a que “siempre hay dudas en un litigio, porque depende de un poder independiente”<sup>170</sup>.

**155.** El Tribunal señala que si bien la gerencia de Total consideró todos estos acontecimientos que afectaban el ajuste de tarifas basado en el IPP de los EE. UU. como irrelevantes al momento de realizar su inversión en TGN, otra empresa extranjera (CMS Gas Transmission Company), que ya había invertido en TGN, los consideró lo suficientemente relevantes para iniciar una controversia contra la Argentina con arreglo al TBI entre la Argentina y los Estados Unidos sobre la base de la conclusión opuesta de que el derecho de TGN a ajustar sus tarifas según el IPP de los EE. UU. estaba en peligro.

**156.** El Tribunal considera que, si bien las Actas Acuerdo y las disposiciones judiciales del momento eran temporarias, afectaban la existencia futura del mecanismo de ajuste del IPP. Desde una perspectiva empresarial, un inversor internacional con experiencia como Total no podría haber considerado irrelevantes estos acontecimientos para la estabilidad futura de las tarifas en dólares estadounidenses ajustadas por el IPP. Un análisis objetivo de riesgo de la situación debería haber advertido a Total sobre el hecho de que el régimen del gas estaba deteriorado desde varios aspectos. Esto estaba ocurriendo en el mismo momento en que, por primera vez, el IPP podría haber brindado mayor protección a los servicios si en su lugar el ajuste se hubiera basado en el peso. Esperar que, luego de dos años de suspensión, el gobierno podría haber estado dispuesto y podría haber sido capaz de imponer a los usuarios la obligación de pagar según el incremento dispuesto por el IPP de modo retroactivo por dicho período, resulta contrario al sentido común o a la experiencia. Especialmente, éste es el caso dado que un juez a solicitud del Defensor del Pueblo, emitió una medida provisional a favor de los usuarios.

---

<sup>170</sup> Ver el contrainterrogatorio de François Faurès, Transcripción de la audiencia sobre el fondo (español), Día 3, 796:2-11. También en conexión con lo dispuesto en el Artículo 18.3 de la Licencia de TGN. Ver nota 84 *supra*.

- 157.** Total también señala que no consideraba estos acontecimientos negativos debido a que estaba enfocado en una perspectiva a largo plazo para efectuar su inversión, tal como determina uno de sus gerentes en su testimonio oral. Esto es posible, pero luego Total se contradice cuando aduce que se habían frustrado sus expectativas legítimas de estabilidad de este mismo régimen.
- 158.** En conclusión, el Tribunal opina, por lo tanto, que la confianza que Total aduce en el mecanismo de ajuste de tarifas basado en el PPI de los EE.UU es improcedente, especialmente dentro del contexto de las crecientes dificultades experimentadas por la economía argentina las cuales fueron la base de la suspensión del ajuste de tarifas con referencia al IPP de los EE. UU.

***7.4 Los motivos del abandono por parte de la Argentina de las tarifas en dólares estadounidenses y sus ajustes según el IPP de los EE. UU.***

- 159.** El Tribunal ha señalado anteriormente que los motivos, las modalidades y el contexto del cambio al sistema legal nacional (especialmente el que concierne al Marco Regulatorio del Gas) también son relevantes a la luz del requisito de que el Estado anfitrión actúe bajo el principio de buena fe, el cual incide en el estándar de tratamiento justo y equitativo.
- 160.** En este sentido, el Tribunal considera que la emergencia que sufrió la Argentina a fines de 2001, tomando en consideración su caída social y política, justifica el abandono del régimen de convertibilidad, incluida la pesificación de las tarifas. Mantener las tarifas de servicios en dólares estadounidenses, en una economía que iba abandonando la dolarización, habría sido una decisión sin fundamento razonable, y habría significado una especie de discriminación invertida o privilegio a favor de los beneficiarios. Esto es particularmente cierto si tomamos en cuenta que la actividad de transporte de TGN no es una operación comercial habitual, sino que la ley le otorga la calidad de “servicio público nacional” (Artículo 1 de la Ley del Gas). El principio que establece que la actividades del transporte y la distribución de gas serían regulados a fin de asegurar tarifas justas y razonables (Artículo 2.d de la Ley del Gas), que Total ha enfatizado específicamente, no puede justificar la interpretación únicamente a favor de los proveedores de servicios públicos. En cambio, el Tribunal considera que es necesaria una interpretación más equilibrada,

que tenga en cuenta la protección al consumidor como uno de los objetivos primordiales de la Ley del Gas, que dispone que las tarifas serán justas y razonables para los consumidores y, al mismo tiempo, que garantizarán a los proveedores de los servicios una tasa de rentabilidad razonable. Total sostiene que una Revisión Tarifaria Extraordinaria podría haber reducido la tarifa para reflejar la pesificación de los componentes locales de costos. Sin embargo, esto habría implicado transferir a los consumidores argentinos la mayoría de la devaluación del peso y habría mantenido únicamente la tarifa del gas en dólares mientras que el resto de la economía era pesificada.

**161.** En el caso de una devaluación “normal” del peso, el abandono de la dolarización de las tarifas de gas no hubiera estado justificado desde la óptica económica ni hubiera sido necesario desde el punto de vista social, y por lo tanto, podría ser objetable según la cláusula de tratamiento justo y equitativo del TBI (Artículo 3). En cambio, la “quiebra” de la Argentina de 2001-2002, el abandono forzado de la paridad con el dólar estadounidense y la devaluación del peso de más del 300% apoyan la conclusión de que la pesificación de las tarifas y su desvinculación del IPP de los EE. UU. no eran injustos ni inequitativos.

**162.** El test de equilibrio que se menciona anteriormente requiere una evaluación de la existencia de una violación del estándar de tratamiento justo y equitativo, que considere los motivos, la naturaleza y los objetivos de las medidas objetadas y evaluar si se trata de medidas proporcionales, razonables y no discriminatorias. En otras palabras, los cambios a las medidas incorporados dentro del Marco Regulatorio del Gas deben evaluarse dentro del contexto de la gran emergencia económica que atravesaba la Argentina en 2001-2002.

**163.** La pesificación era una medida de aplicación general para todos los sectores de la economía argentina y a todas las obligaciones legales expresadas en términos monetarios dentro del país. Se trataba de una devaluación y redenominación de la moneda nacional dentro de la soberanía monetaria del Estado. Además, esta medida fue tomada de buena fe en una situación de emergencia económica de naturaleza excepcional, aún catastrófica. Dentro de este contexto, una serie de medidas duras para la población (como, por ejemplo, el bloqueo de extracciones bancarias, denominado “corralito”) se tomaron para evitar el colapso general de la economía y,

por lo tanto, del Estado y la sociedad y promover una recuperación progresiva. La reversión completa de las políticas monetarias argentinas y su sistema fue inevitable dada la imposibilidad del país de mantener la tasa de cambio luego de haber estado cerca de perder casi todas sus reservas, lo cual conllevó la masiva y rápida devaluación del peso en mercados de libre cambio, mientras que el FMI había retirado su apoyo<sup>171</sup>. Dentro de este contexto de pesificación de la economía, es decir, la ruptura del rígido vínculo con el dólar estadounidense, necesariamente implicaba también el abandono de la dolarización de los regímenes de tarifas de los servicios públicos en los mismos términos, de manera que toda la deuda relacionada con las tarifas denominada en dólares así como los precios futuros fueron convertidos a pesos a la tasa de cambio oficial establecida previamente a una tasa de 1:1. Los servicios fueron tratados de la misma forma como todos los otros titulares de derechos públicos contractuales, de salarios, etc. en la Argentina<sup>172</sup>. La tasa de 1:1 reflejó la imposibilidad de los tenedores de deuda en dólares estadounidenses de pagar la tasa del mercado del dólar estadounidense al momento en que todas sus reclamaciones, e ingresos, habían sufrido la conversión forzada e inevitable de la tasa oficial. El abandono de la dolarización de las tarifas era, por lo tanto, una medida no discriminatoria de aplicación general, paralela a las medidas aplicadas en otros sectores de la economía y a todos los habitantes de la Argentina. El mecanismo de ajuste de tarifas de acuerdo con el IPP de los EE. UU. también era parte del esquema de dolarización de tarifas relacionado con la convertibilidad a una tasa de 1:1, por ende, era una excepción a la prohibición de indexación de las obligaciones denominadas en pesos en la convertibilidad, que reflejan la paridad de las tarifas con el dólar estadounidense en vez de la evolución de los precios en la Argentina. El IPP de los EE. UU. no fue abandonado durante el proceso de desvinculación en forma aislada, sino que fue abandonado como parte de la ruptura con el sistema monetario argentino basado en el dólar estadounidense que impuso la pesificación general

---

<sup>171</sup> Ver párr. 72 y ss. más arriba.

<sup>172</sup> Excepto por los depositantes, quienes obtenían una tasa preferencial de 1:1,4 con una carga impuesta a los bancos refinanciados por el tesoro argentino (un tratamiento diferencial objetado por Total en virtud de su reclamación de que la Argentina había violado una disposición de trato nacional según el Artículo 4 del TBI, ver párr. 204 más abajo).

prevista en la Ley de Emergencia y el ejercicio de la soberanía monetaria argentina<sup>173</sup>.

**164.** El Tribunal considera que esta medida y su aplicación no puede ser considerada injusta dadas las circunstancias, considerando la inherente flexibilidad del estándar de tratamiento justo y equitativo. La injusticia debe ser evaluada en relación con las medidas objetadas tanto a la luz de los motivos que llevaron a su adopción (la buena fe subjetiva, la proporcionalidad y legitimidad de las metas según la práctica general). Por lo tanto no es posible compartir la visión de Total, desarrollada especialmente en el Informe de LECG sobre daños, de que la pesificación violaba los derechos de Total amparados por el tratados y que sus efectos debían estar incluidos en el cálculo de daños sufridos por Total por los que reclama una compensación con arreglo al TBI<sup>174</sup>. Estos cambios en la legislación general en ausencia de promesas de estabilización específicas al inversor extranjero reflejan el ejercicio legítimo de las facultades gubernamentales del Estado anfitrión que no están prohibidas por el estándar de tratamiento justo y equitativo del TBI, ni violan sus disposiciones<sup>175</sup>. La “intangibilidad” de las disposiciones de paridad a la divisa extranjera invocadas por

---

<sup>173</sup> El Tribunal nota que otros tribunales internacionales y académicos también han negado que en la mayoría de los casos de devaluación están presentes la violación de estándares internacionales de trato y/o protección de propiedad privada, excepto en situaciones extremas de conducta impropia de un Estado. Esta es la jurisprudencia consistente del TEDH en virtud del Protocolo 1 sobre protección a la propiedad privada (ver L. Wildhaber, *The Protection of Legitimate Expectations in European Human Rights Law*, nota 139 *supra*, pág. 253 y ss.). Para la ausencia de las obligaciones conforme al derecho internacional en lo relativo a la divisa local sujeta al principio nominal, F. Mann, *The Legal Aspect of Money*, quinta edición, 1992, Oxford, 465 y ss.; G. Burdeau, *L'exercice des compétences monétaires par les Etats*, RC 1988-V, 261 (excepto para “*des conditions totalement arbitraires*”). Ver además I. Brownlie, *Principles of Public International Law*, séptima edición, 2008, pág. 532 que establece que “Las medidas del Estado, *prima facie* el ejercicio legítimo de los poderes del gobierno, puede afectar los intereses extranjeros considerablemente sin que califique como expropiación. Por lo tanto, los bienes extranjeros y su uso pueden estar sujetos a impuestos, restricciones al comercio que involucran licencias y cuotas, o medidas de devaluación” [original en itálica].

<sup>174</sup> Total aduce que TGN no era capaz de cumplir con sus obligaciones en dólares tomadas fuera de la Argentina. En consecuencia, TGN incumplió sus obligaciones y tuvo que negociar la reestructuración de su deuda con los acreedores extranjeros (transfiriéndoles así su parte de la carga). El Tribunal opina que esto era una consecuencia de la devaluación de los activos de TGN y sus ganancias tras la crisis monetaria de la Argentina. El Tribunal agrega que TGN se encontraba en la misma posición al igual que otras empresas locales que se habían financiado en moneda fuerte fuera de la Argentina – sin entrar en el debate entre las partes sobre si TGN había sido imprudente en su actuar tal como el ENARGAS le había advertido (al respecto, ver la Nota 1906/99 del ENARGAS y los Apéndices A RA 207 y A RA 208, respectivamente).

<sup>175</sup> Según el Laudo del Tribunal del caso *LG&E*, éste era el caso de las obligaciones efectuadas por la Argentina para con los inversores extranjeros, conforme a la Ley del Gas y sus normas de implementación debido a que eran el fundamento de invocación de los inversores originales durante el proceso de privatización para las inversiones en el sector del gas. Ver *LG&E c. Argentina*, nota 111 *supra*, párr. 175.

Total no pueden ser objeto de expectativas legales ante crisis monetarias y económicas como la argentina de 2001-2002<sup>176</sup>.

**165.** El carácter general, la buena fe y la ausencia de discriminación por parte de la Argentina, así como la circunstancias excepcionales que “forzaron” a la Argentina a adoptar las medidas en cuestión, desde una perspectiva objetiva, precluyen al Tribunal de entender que la Argentina violó las obligaciones del estándar de tratamiento justo y equitativo según el TBI en relación con la denominación en dólares estadounidenses de la tarifa y el ajuste semestral con base en el del IPP de los EE. UU.

### *7.5 El bloqueo de las tarifas desde 2002*

**166.** Una vez examinadas las medidas tomadas por la Argentina para enfrentar la crisis al sancionar la Ley de Emergencia (es decir, la pesificación de las tarifas y el abandono de los ajustes basados en las variaciones del IPP de los EE. UU.), el Tribunal considerará ahora el bloqueo *de facto* de las tarifas desde 2002 derivados del fracaso de los mecanismos de renegociación propuestos por la Argentina luego de la sanción de la Ley de Emergencia.

**167.** El Tribunal advierte que tal y como se señaló anteriormente, la pesificación de las tarifas de servicios era razonable dadas las circunstancias de la crisis de la Argentina y el abandono general de la dolarización de la economía argentina. No se pueden mantener expectativas razonables (y menos aún “legítimamente”) de que sólo las tarifas estarían exentas de la pesificación, especialmente si Total no era beneficiario de ninguna promesa específica. Sin embargo, la situación es diferente en el caso de la ausencia de reajustes de las tarifas de gas desde 2002. Asimismo, debe recordarse que el principio de que las tarifas de servicios de gas deberían ser suficientes para cubrir sus costos y tasas de rentabilidad razonables estaba previsto en el Marco Regulatorio de Gas. Como medio para asegurar este “equilibrio económico”, se proporcionaron una serie de ajustes para el Marco Regulatorio del Gas a lo largo del

---

<sup>176</sup> Mientras que puede decirse que el estándar de tratamiento justo y equitativo debería ser entendido como un estándar proactivo que “tiende a fomentar la promoción de la inversión extranjera” (*MTD Equity Sdn. Bhd. & MTD Chile S.A. c. Chile*, cit. nota 96 *supra*, párr. 113), no creemos que un TBI pueda (y tenga por objetivo) proteger a los inversores extranjeros de una crisis de relevancia como la aquí tratada o del impacto de las medidas no discriminatorias generales tomadas por un país anfitrión para lidiar con la crisis.

tiempo. Dentro de ellos, el ajuste con base en el IPP de los EE. UU., la Revisión Quinquenal Tarifaria y la semestral Revisión Tarifaria Extraordinaria. Este marco es consistente con la sólida administración de servicios en una economía de mercado, donde los empresarios privados deben ser capaces de cubrir sus costos y obtener una tasa de rentabilidad razonable a fin de operar y acumular capital para proporcionar un servicio eficiente, especialmente consideran que las inversiones en estos servicios están basadas en una planificación a largo plazo. Las tarifas del transporte de gas estarían determinadas y ajustadas de forma tal que reflejen estos criterios. La expectativa de los inversores extranjeros del sector del gas de mantenimiento a largo plazo del principio mencionado anteriormente fue reforzada por la existencia de TBI firmados por la Argentina. Independientemente de su texto específico, sin duda, estos tratados tienen como fin promover la inversión directa extranjera y reflejar los compromisos de los signatarios hacia un clima propicio para la inversión<sup>177</sup>. Imponer condiciones que hagan que una inversión determinada no sea rentable para el inversor a largo plazo (por ejemplo, que lo obligue a operar a pérdida) definitivamente no es compatible con los conceptos subyacentes y el fin del régimen del TBI (según el Preámbulo del TBI Argentina-Francia “crear las condiciones favorables para las inversiones francesas”)<sup>178</sup>.

**168.** Un operador-inversor como Total tenía derecho, por lo tanto, a esperar que el régimen del gas respetara ciertas características básicas. Esto no quiere decir que Total podría invocar la protección del TBI para asegurar la estabilidad del régimen del gas sin que la Argentina tuviera la posibilidad de modificarlo a la luz de la dramática evolución de las circunstancias. Los principios básicos del equilibrio económico y la viabilidad comercial consagrados en la Ley del Gas estaban protegidos con una perspectiva a futuro por los mecanismos de reajuste, es decir, las revisiones ordinarias y extraordinarias cuyos beneficios no eran restrictivos a los participantes de la privatización original.

**169.** El Tribunal nota que estos principios y mecanismos estaban dispuestos con vigor en la Ley de Emergencia y en los decretos siguientes de principios de 2002 que

---

<sup>177</sup> Ver *Pope & Talbot Inc. c. el Gobierno de Canadá*, CNUDMI, Laudo sobre el fondo Fase 2, 10 de abril de 2001, párr. 115 y 116; *Saluka Investments BV c. la República Checa*, nota 103 *supra*, párr. 293.

<sup>178</sup> El Tribunal considera que el Artículo 10 de la Ley de Emergencia impedía a los proveedores de servicios públicos suspender o modificar su obligación de proveer el servicio.

establecen una comisión única para toda la renegociación de contratos de servicios y dispone plazos cortos para completar este proceso<sup>179</sup>.

**170.** Además, dado que este proceso tenía un transcurso más lento que el esperado, el Ministerio de Economía autorizó al ENARGAS a llevar adelante una Revisión Extraordinaria que había sido bloqueada por la Ley de Emergencia<sup>180</sup>. Por ello, a medida que las tarifas se pesificaban y se suspendía la aplicación del ajuste con base en IPP de los EE. UU., la Ley de Emergencia dispuso nuevamente que las tarifas podían ser reajustadas, un compromiso hacia el futuro que cobró especial importancia luego de la devaluación y del cambio radical del uso del dólar estadounidense en el régimen regulatorio del gas. Advertimos, además, que la Ley del Gas que consagra los principios fundamentales mencionados anteriormente no fue enmendada y todavía se encuentra vigente.

**171.** Sin embargo, la Revisión Extraordinaria y el incremento del 7% en la tarifa propuesto por el Poder Ejecutivo de la Argentina en diciembre de 2002 y enero de 2003 (Decretos 2437/02, 146/03 y 120/03)<sup>181</sup> fueron bloqueados por intervención judicial<sup>182</sup>. Cuando el Presidente Kirchner asumió el cargo en mayo de 2003, no se había hecho ningún ajuste a las tarifas de TGN. En este punto, la Argentina atravesó una crisis reconocida por los observadores, las organizaciones internacionales y otros tribunales arbitrales en controversias en materia de inversiones contra la Argentina<sup>183</sup>. El fracaso del proceso de renegociación de 2002 para llevar adelante los reajustes, sin perjuicio de las disposiciones legales vigentes para ese fin, podría ser entendido a la luz de la emergencia política y económica de ese período<sup>184</sup>.

---

<sup>179</sup> El Tribunal nota que según los principios arraigados de la Ley argentina – que el Tribunal tiene facultad de aplicar como ley según el Artículo 8.4 del TBI – que derivan de la concesión son “derechos adquiridos” protegidos por la Constitución, ver la decisión del caso *Bordieu* de la Corte Suprema Argentina (1925) a los que Total hace referencia (Ver el Escrito posterior a la audiencia de Total, párr. 167). Ver además el Artículo 9.8 de la Licencia de TGN que dispone el derecho de la licenciataria a recibir una compensación ante “congelamientos, administraciones y/o controles de precios” (Artículo 9.8 de la Licencia de TGN).

<sup>180</sup> Ver párr. 88 más arriba.

<sup>181</sup> Ver los Apéndices C-59, C-60 y C-61 y el Memorial de Total, párr. 91.

<sup>182</sup> En cuanto al bloqueo de la Revisión Tarifaria Extraordinaria del ENARGAS, ver párr. 88 más arriba. Las demás medidas cautelares que bloquearon el incremento del 7% en la tarifa mencionado más arriba, se encuentran en los Apéndices C-163, C-164 y C-179. Ver también el Memorial de Total, nota 144, pág. 42.

<sup>183</sup> Ver, *inter alia*, *Continental Casualty Company c. Argentina*, nota 53 *supra*, párr. 157 y 158 y las referencias que aquí se mencionan. Ver también la Réplica de Total, párr. 620 y ss.

<sup>184</sup> La medida cautelar del 14 de noviembre de 2002 mencionada más arriba que bloquea la Revisión Extraordinaria del ENARGAS y otras medidas cautelares que bloquearon el aumento del 7% de las tarifas sancionadas por el

**172.** Esto no fue así luego de la elección del Presidente Kirchner y la creación a través del UNIREN de un mecanismo general para llevar a cabo reajustes tarifarios. Se reconoce generalmente que la economía argentina se recuperó rápidamente de la crisis hacia fines de 2003 y principios de 2004. Además, en febrero de 2004, se impuso un aumento del 450% en el precio del gas para usuarios industriales. Este aumento, sin embargo, no redundó en beneficio de TGN sino que financió el fondo fiduciario para nuevas inversiones en la red de transporte de gas<sup>185</sup>. Total también adujo que el Gobierno había conferido al sector del gas un trato distinto respecto de otros sectores en este asunto.

**173.** El Tribunal advierte en este punto, que se había solicitado a la UNIREN concluir el proceso de renegociación al 31 de diciembre de 2004, el nuevo término establecido luego del vencimiento inefectivo del último plazo fijado por Resolución del Ministerio de Economía No. 62/03<sup>186</sup>. Sin embargo, esto no ocurrió. Las negociaciones con los servicios públicos transcurrían lentamente. Recién en abril de 2007, la UNIREN propuso a TGN un Acta Acuerdo Final que comprendía un 15% de aumento escalonado en las tarifas, que no habría solucionado la ausencia de reajustes en períodos previos. Además, el Artículo 17 de la propuesta exigida a TGN, como condición previa para la entrada en vigencia del acuerdo, la obligación de obtener de sus accionistas: (i) la suspensión inmediata de toda reclamación contra la Argentina; y (ii) el acuerdo para retirar completamente dichas reclamaciones luego de la revisión completa de tarifas y la publicación de las nuevas tarifas. Tal como señala Total, conforme al Artículo 17, TGN necesitaba asegurar los compromisos relevantes del 99,9% de sus accionistas (incluidos CMS y Total). Sin las suspensiones y los retiros mencionados precedentemente, el Acta Acuerdo se extinguiría y, por lo tanto, no se concedería a TGN un aumento de tarifas, la Licencia podría ser revocada y TGN estaría obligado a indemnizar al Gobierno por los daños y perjuicios pagaderos como

---

Gobierno son prueba de la dificultad de las autoridades administrativas competentes para llevar adelante de forma ordenada el proceso encomendado durante este período.

<sup>185</sup> Total hace mención a este aumento del 450% en las tarifas de gas para los usuarios industriales para remarcar que la Argentina había tratado a TGN de modo injusto e inequitativo. En cuanto a los términos de la oferta del Gobierno luego de muchos años de renegociación, Total señala que la oferta incluía “un irrisorio incremento tarifario transitorio de 15%, sobre el valor en pesos, a aplicarse entre el 1 de enero y el 1 de noviembre de 2008. Este aumento empalidece si se lo compara con los sobrecargos de 450% impuestos a los clientes industriales de TGN sobre las tarifas pesificadas de la empresa con el fin de remunerar al fideicomiso creado por el Gobierno para financiar la construcción de expansiones de la red de TGN...”. (Ver el Escrito posterior a la audiencia de Total, párr. 41).

<sup>186</sup> Ley No. 25.790 de 2003 que determinó los criterios de renegociación de la UNIREN (Apéndice C-261).

resultado de una reclamación iniciada por un accionista minoritario de TGN. Total aduce que estas condiciones representan una violación adicional del tratamiento justo y equitativo consagrado en el Artículo 3 del TBI.

**174.** En suma, a partir de la sanción de la Ley de Emergencia, las autoridades públicas de la Argentina establecieron, una y otra vez, nuevos plazos que provocaron demoras en la renegociación de concesiones y licencias (incluido el régimen de tarifas) en el sector de servicios públicos durante casi seis años. Al mismo tiempo, los ajustes automáticos semestrales (tales como el originalmente vinculado al IPP de los EE. UU.) se dejaron de lado.

**175.** Tal como se menciona más arriba, podría justificarse la falta de reajuste de las tarifas luego de la sanción de la Ley de Emergencia y durante el pico de la crisis, dado que la Argentina luego realizó renegociaciones exitosas para restablecer el equilibrio de las tarifas según dispone la ley. Esto, sin embargo, no ha sucedido debido a los resultados inconclusos del proceso de renegociación de la Argentina con la UNIREN. Por lo tanto, el Tribunal concluye que, en este sentido, la Argentina violó su obligación en virtud del TBI de otorgar un tratamiento justo y equitativo a Total según el Artículo 3 respecto de la inversión de Total en TGN.

### *7.6 Análisis de las decisiones arbitrales anteriores*

**176.** En este punto, antes de concluir con esta reclamación, el Tribunal considera apropiado mencionar decisiones arbitrales anteriores que han tratado el tema del impacto de la Ley de Emergencia y las medidas relativas al marco legal de la Argentina sobre los sectores de servicios públicos en general y, en especial, sobre el sector del gas. El Tribunal comparte la opinión de que, en el campo del derecho internacional en materia de inversiones, la consistencia judicial debe ser de la mayor precisión posible sin perjuicio de la ausencia de normas de antecedente judicial<sup>187</sup>.

---

<sup>187</sup> El Tribunal advierte que la resolución de las disputas de inversión en virtud de los TBI no es un sistema centralizado, aún dentro del ámbito del CIADI, de forma tal que la uniformidad en las resoluciones (aún en casos que presentan similitudes o conexiones) puede no mantenerse. Cada Tribunal debe decidir cada caso de forma independiente, sobre la base de la evaluación de los árbitros que actúan con el mayor nivel de capacidad y guiados por el TBI específico en cuestión. En consecuencia, un tribunal arbitral al aplicar un TBI específico bien puede llegar a una decisión diferente a la de tribunales en casos similares bajo TBIs similares a la luz de las circunstancias del caso particular, así como en consideración de los argumentos legales aducidos por las partes en el caso particular. La misma postura en cuanto al rol del precedente ha sido tomada por otros tribunales del CIADI. En este

177. El Tribunal advierte que dentro de las disputas contra la Argentina iniciadas por inversores extranjeros en los sectores de servicios públicos, aquellas que involucraban a Enron (un inversor de los EE. UU. en TGN, una de las dos empresas de transporte de gas que formaron parte del proceso de privatización de 1991-1992), British Gas (inversor del Reino Unido en MetroGAS, una de las ocho empresas de distribución de gas que formaron parte del proceso de privatización de 1991-1992) y National Grid Transco plc (inversor del Reino Unido en Transener, una empresa de transmisión de energía eléctrica que formó parte del proceso de privatización de 1992-1993) se referían a inversores que habían sido participantes del proceso de privatización original<sup>188</sup>. Al concluir que la Ley de Emergencia violó la cláusula de tratamiento justo y equitativo, los tribunales hacen hincapié en el Pliego de Bases y Condiciones que regula la participación en la privatización de varios servicios públicos involucrado (así como los Memorandos Informativos preparados por los asesores financieros de la Argentina para este propósito). A fin de resolver que la Argentina había violado en TBI, estos tribunales han hecho expresa referencia a las normas de este tratado como compromisos específicos de la Argentina hacia los inversores extranjeros y como promesas específicas efectuadas hacia ellos sobre las que había confiado al realizar su inversión. Según estos tribunales, la Argentina (a través de la pesificación de las tarifas de gas y la derogación del mecanismo de ajuste por IPP de los EE. UU. como consecuencia de la Ley de Emergencia) frustró las expectativas de los inversores que confiaron legítimamente en las disposiciones del

---

sentido, ver *AES Corp. c. Argentina*, Caso CIADI No. ARB/02/17, Decisión sobre competencia, 26 de abril de 2005, párr. 23 a 25, donde el Tribunal notó en el párr. 25 que "...las sorprendentes similitudes en los textos de muchos TBI disimulan, en muchos casos, diferencias reales en la definición de conceptos fundamentales, como puede ser el caso, en particular, de la determinación de "inversiones" o la definición precisa de los derechos y las obligaciones de cada parte"; *SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. la República de Filipinas*, Caso CIADI No. ARB/02/06, Decisión del Tribunal sobre las Objeciones a la Competencia, 29 de enero de 2004, párr. 97; *Enron c. Argentina*, Caso CIADI No. ARB/01/3, Decisión sobre competencia (Demanda Adicional), 2 de agosto de 2004, párr. 25. Para obtener un enfoque distinto sobre el rol del precedente en jurisprudencia relativa a inversión, ver *Saipem S.p.A. c. la República Popular de Bangladesh*, Caso CIADI No. ARB/05/07, Decisión sobre competencia y Recomendación de Medidas Provisionales, 21 de marzo de 2007, párr. 67 que dispone que "El Tribunal considera que no está atado a las decisiones previas. Al mismo tiempo, opina que debe considerar las decisiones anteriores de los tribunales internacionales. Cree que, según fundamentos en contrario, tiene el deber de adoptar soluciones establecidas en una serie de casos consistentes. También cree que, según las especificaciones de un tratado determinado y de las circunstancias del caso real, tiene el deber de contribuir con el desarrollo armonioso del derecho de inversiones y por lo tanto, a satisfacer las expectativas legítimas de la comunidad de los Estados e inversores hacia la seguridad del Estado de derecho" [se omiten las notas al pie].

<sup>188</sup> Ver *Enron Corporation y Ponderosa Assets, L.P. c. Argentina*, nota 20 *supra*, párr. 47 y ss.; *BG Group Plc c. Argentina*, nota 113 *supra*, párr. 24 y ss.; *National Grid plc c. Argentina*, nota 111 *supra*, párr. 56 y ss, respectivamente.

Pliego de Bases y Condiciones y violaron la obligación de tratamiento justo y equitativo del TBI relevante.

**178.** El Tribunal considera que la posición de Total es distinta respecto de la de las demandantes de los casos mencionados precedentemente, que fueron parte del proceso de privatización, dado que Total invirtió en el sector del gas argentino en 2001, casi diez años después del proceso de privatización. Hemos explicado más arriba porqué este Tribunal opina que esta situación diferente redundaría en distintas conclusiones legales en cuanto a la presencia o falta de “compromisos específicos” por parte de la Argentina y en cuanto al conflicto relacionado de “expectativas legítimas”.

**179.** Por otro lado, los Tribunales constituidos en los casos *Sempra*, *LG&E* y *CMS*<sup>189</sup> han resuelto que existieron violaciones al estándar de tratamiento justo y equitativo debido a la pesificación de tarifas (y el consiguiente abandono del ajuste de tarifas por el IPP de los EE. UU.) siendo que los inversores habían efectuado sus inversiones luego del proceso de privatización original. Tal y como en el caso de Total, dichos inversores habían adquirido subsecuentemente sus participaciones en servicios de distribución y transmisión de gas de la Argentina<sup>190</sup> o de otros inversores. Según estos tribunales, la denominación en dólares estadounidenses de las tarifas de gas y su ajuste automático según el IPP de los EE. UU. debería haber permanecido sin cambios luego de la pesificación general adoptada por la Argentina mediante la Ley de Emergencia con arreglo a la protección otorgada por el estándar de tratamiento justo y equitativo en virtud del TBI relevante. Este Tribunal ha explicado anteriormente el fundamento en el que se basa para haber llegado a la conclusión parcialmente diferente respecto a que ni la pesificación de las tarifas de gas ni la abolición de su vinculación al IPP de los EE. UU. se encuentran en violación a la cláusula de tratamiento justo y equitativo del TBI Argentina-Francia. El Tribunal considera que sus conclusiones están firmemente basadas en el derecho internacional pertinente al caso, y tal y como se analizó anteriormente, tomando en cuenta las

---

<sup>189</sup> Ver *LG&E c. Argentina*, nota 111 *supra*, párr. 52 y ss.; *Sempra Energy International c. Argentina*, Caso CIADI No. ARB/02/16, Laudo, 28 de septiembre de 2007, párr. 88 y ss.; *CMS Gas Transmission Company c. Argentina*, nota 29 *supra*.

<sup>190</sup> Este es el caso de CMS, que adquirió sus acciones en TGN directamente de la Argentina según el segundo proceso público de licitación de julio 1995 por el que la Argentina vendió su participación restante del 25% en TGN. Ver párr. 42 más arriba.

características del TBI Argentina-Francia, las circunstancias específicas de la inversión de Total, y a la luz de la naturaleza excepcional de la crisis argentina.

**180.** Tal como se explica con anterioridad, al adoptar esta diferente perspectiva, el Tribunal ha distinguido el abandono de las tarifas denominadas en dólares estadounidenses y su vinculación al IPP de los EE. UU. (que se determinó, no viola el TBI a la luz de su conexión con la Ley de Convertibilidad y la excepcionalidad de la crisis argentina que llevó a la pesificación)<sup>191</sup> del subsiguiente abandono del reajuste de tarifas. El Tribunal resolvió que esta última conducta de la Argentina constituye una violación al estándar de tratamiento justo y equitativo, también debido a que es contrario a los principios establecidos por el derecho argentino y sus autoridades, tanto antes como después de la Ley de Emergencia. Este Tribunal, por lo tanto, comparte la opinión de los tribunales constituidos en casos anteriores que decidieron que la Argentina había violado el estándar de tratamiento justo y equitativo debido a la persistente ausencia del reajuste de tarifas.

**181.** Por último, el Tribunal nota que muchos de los laudos anteriores en la materia, si bien siguen un enfoque diferente, mitigaron el impacto de sus conclusiones respecto

---

<sup>191</sup> El Tribunal advierte que el tribunal constituido en el caso CMS concluyó que las medidas cuestionadas (que fueron las mismas en disputa en este caso: la pesificación de las tarifas, suspensión de la aplicación del IPP de los EE. UU. y la suspensión de las revisiones periódicas de las tarifas, dado que CMS era accionista de TGN al igual que Total) “en efecto transformaron y modificaron totalmente el entorno jurídico y empresarial en relación al cual la decisión de invertir fue adoptada y llevada a la práctica” (*CMS Gas Transmission Company c. Argentina*, nota 29 *supra*, párr. 275). Como premisa de su razonamiento y conclusión, al haber sostenido que “[n]o puede haber en consecuencia duda alguna de que la estabilidad del entorno jurídico y empresarial es un elemento esencial del trato justo y equitativo”, el mismo Tribunal consideró que el estándar de tratamiento justo y equitativo es un “requisito objetivo” y, por lo tanto, no guarda relación con los motivos de las medidas cuestionadas. Ver *CMS Gas Transmission Company c. Argentina*, nota 29 *supra*, párr. 274 y 280 respectivamente. Por el contrario, por los motivos dados en el texto hemos concluido que el requisito de “equidad” y, específicamente, la evaluación sobre si las “expectativas legítimas” habían sido afectadas de manera ilegal por los cambios legislativos al marco legal efectuado por el Estado anfitrión sobre los que el inversor tenía derecho a confiar así como lo hizo, no pueden ignorar los motivos de estos cambios y sus modalidades. Esto guarda relación con la naturaleza flexible de este estándar y la necesidad de aplicarlo según el caso, según indican los comentarios académicos y otra jurisprudencia internacional (ver párr.106 y ss. más arriba). Consideramos que el Comité de Anulación del caso CMS criticó severamente el Laudo CMS al aplicar el Artículo XI del TBI (la cláusula de no impedimento de aplicación de las medidas en el TBI entre la Argentina y los Estados Unidos) sin distinguir su alcance, su naturaleza y las condiciones de aplicabilidad de aquellas del estado de necesidad en el derecho consuetudinario internacional (ver *CMS Gas Transmission Company c. Argentina*, Caso CIADI No. ARB/01/8, Decisión de Anulación, 25 de septiembre de 2007, párr. 128 y ss.). Además, el Comité de Anulación anuló el Laudo del caso CMS por la falta de expresión de los motivos por los que el Tribunal decidió la violación del Artículo II.c (2), es decir, la llamada cláusula paraguas (ver *ibídem*, párr. 96 y ss.). El Tribunal advierte además que en los laudos arbitrales en los casos *Sempra c. Argentina* y *Enron c. Argentina* han sido anulados en el año 2010 por no haber examinado apropiadamente la aplicabilidad del Art. XI del TBI entre Argentina y los E.E.U.U. respecto a las llamadas “*non-precluded measures*” (*Sempra Energy International c. Argentina*, Caso CIADI No. ARB/02/16, Decisión de Anulación, 19 de junio de 2010, párr. 194 y ss.) y por no haber tratado adecuadamente la defensa de necesidad bajo derecho consuetudinario internacional opuesta por Argentina (*Enron Corporation y Ponderosa Assets, L.P c. Argentina*, Caso CIADI No. ARB/01/3, Annulment Decision, 30 July 2010, paras. 367-395).

a la violación del estándar de tratamiento justo y equitativo al ponderar, con distintos enfoques, la situación de emergencia de la Argentina que llevó a la pesificación de las tarifas de servicios públicos. En este sentido, los tribunales se han basado en la defensa de necesidad conforme al derecho consuetudinario internacional<sup>192</sup>, o bien en las disposiciones específicas del TBI en cuestión<sup>193</sup> y han considerado que la violación de la Argentina al estándar de tratamiento justo y equitativo no ocurrió cuando las medidas objetadas fueron tomadas mediante la Ley de Emergencia del 6 de enero de 2002, sino tiempo después (en junio de 2002), reconociendo que la protección del TBI no podría haber aislado a los inversores completamente del estado de emergencia de la Argentina en los años 2001-2002<sup>194</sup>.

#### ***8. Consecuencias de las conclusiones del Tribunal sobre las reclamaciones de Total respecto a indemnización***

**182.** En conclusión, el Tribunal acepta parcialmente la reclamación de Total respecto de TGN en virtud del Artículo 3 del TBI. El Tribunal ha concluido que algunas de las medidas tomadas por la Argentina y cuestionadas por Total no se tomaron en violación del Artículo 3 del TBI (pesificación y suspensión de los ajustes semestrales automáticos vinculados con el dólar estadounidense), mientras que otras medidas o aspectos sí se encuentran en violación de las obligaciones argentinas en virtud del Artículo 3 del TBI (falta de reajuste). Por lo tanto, el Tribunal no puede determinar los daños sufridos por Total dado que los cálculos que Total ha presentado respecto de la cuantificación de los daños se basan en premisas distintas de la responsabilidad de la República Argentina. De conformidad, el Tribunal pospone la cuantificación de daños para una fase separada de cuantificación de daños.

**183.** Con fundamento en sus conclusiones respecto a responsabilidad, el Tribunal considera apropiado en este momento brindar algunas indicaciones generales respecto de los criterios según los cuales deben calcularse los daños en la etapa de cuantificación de daños, tanto en relación con el período que se tendrá en consideración como sobre la base de dicho cálculo. Basado en el análisis realizado

---

<sup>192</sup> Ver *LG&E c. Argentina*, nota 111 *supra*, párr. 226 y ss.

<sup>193</sup> Sobre la cláusula de no impedimento de aplicación de medidas del Artículo XI del TBI Argentina – EE. UU., ver *Continental Casualty Company c. Argentina*, nota 53 *supra*, párr. 160 y ss.

<sup>194</sup> Ver *National Grid plc c. Argentina*, nota 111 *supra*, párr. 180.

más arriba, el Tribunal considera que el bloqueo de tarifas es una conducta que viola la cláusula de tratamiento justo y equitativo en última instancia, desde el 1° de julio de 2002 (el primer plazo de 120 días establecido en la Res. 20/2002 para completar el proceso de renegociación)<sup>195</sup>. Dado que la Argentina no ha remediado este bloqueo mediante ninguno de los mecanismos de renegociación que se introdujeron después de la Ley de Emergencia o por aplicación de los mecanismos previos que seguían en vigor, el Tribunal considera que el reajuste periódico semestral de la tarifa, tal como dispone el régimen del gas, aunque basado en la evolución de los precios locales, sería apropiado para el cálculo de daños causados a Total<sup>196</sup>. El cálculo de estos daños debería tomar en cuenta la diferencia entre la rentabilidad recibida por TGN (pro-rata, tomando en consideración la participación de Total) y la que TGN habría obtenido si las tarifas en pesos vigentes el 1° de julio de 2002 se hubieran reajustado semestralmente para reflejar la variación de precios en la Argentina<sup>197</sup>.

### ***8.1 Conclusiones del Tribunal sobre la reclamación de Total relativa a su inversión en TGN con arreglo al Artículo 3 del TBI***

**184.** En cuanto a las reclamaciones de Total sobre su inversión en TGN con arreglo al Artículo 3 del TBI, el Tribunal, con fundamento en el razonamiento y conclusiones precedentes:

- (i) concluye que la Argentina violó su obligación en virtud del Artículo 3 del TBI de otorgar un tratamiento justo y equitativo a Total por no reajustar periódicamente las tarifas locales de TGN vigentes en pesos en enero de 2002 a partir del 1° de julio de 2002 en adelante;
- (ii) concluye que los daños sufridos por Total en consecuencia de ello deben ser compensados por la Argentina;
- (iii) rechaza las demás reclamaciones de Total en relación con su inversión en TGN; y

---

<sup>195</sup> Ver la descripción detallada de los Decretos en los párr. 84 a 89.

<sup>196</sup> En esta etapa, el Tribunal opina que el cálculo de los daños sufridos por Total sobre esta base, por falta de revisión ordinaria o extraordinaria (sin incluir los efectos de la pesificación) también se considerarían. Las partes podrán presentar más pruebas al respecto en la etapa de cuantificación que el Tribunal tomará en cuenta en ese entonces.

<sup>197</sup> Tal como se menciona en el párr. 203 más abajo, Total ha señalado un 95,5% de aumento desde enero de 2002 a marzo de 2007 del índice de precios al consumidor (IPC) y un aumento del 189% del índice de precios al por mayor (IPM) para el mismo período.

- (iv) difiere la determinación de los daños anteriormente señalados para la etapa de cuantificación de daños.

***9. La reclamación de Total de que la Argentina ha violado el Artículo 5.2 del TBI en cuanto a su inversión en TGN (reclamación de expropiación indirecta por parte de Total)***

***9.1 Argumentos de las Partes***

**185.** En su reclamación en virtud del Artículo 5.2 del TBI, Total reclama que ha sufrido una expropiación indirecta sin compensación, en violación de dicha disposición<sup>198</sup>. Específicamente, Total reclama que las mismas medidas que calificaron como violación de la obligación de otorgar un tratamiento justo y equitativo del Artículo 3 del TBI, alternativamente “constituyen una expropiación indirecta, ya que privaron sustancialmente a Total del valor y beneficio económico de su inversión en TGN, en contravención de lo dispuesto en el Artículo 5.2 del Tratado. TGN ha perdido aproximadamente el 86% de su valor como consecuencia directa de las medidas que adoptó Argentina – esto se extiende más allá de la ‘privación sustancial’ e importa prácticamente la destrucción del valor de la inversión de Total en TGN”<sup>199</sup>. Total aduce que esta pérdida de valor de su inversión en TGN (por la que Total pagó US\$230 millones en el año 2000) se debió totalmente a las medidas (la pesificación y el bloqueo de las tarifas de gas así como la creación del sistema de fondo fiduciario para expandir la red de TGN)<sup>200</sup>.

**186.** Además de la caída sustancial del valor de su inversión, Total reclama que el establecimiento del fondo fiduciario financiado con sobrepagos en las tarifas, pagados por los usuarios industriales, no en beneficio de TGN sino destinados a dicho fondo, es una forma de expropiación parcial. Esto es así debido a que el Fondo financiaría la mejora de la red de TGN, y así se convertiría en una especie de copropietario de activos que supuestamente deberían ser de titularidad única de TGN.

---

<sup>198</sup> El Artículo 5.2 del TBI dispone: “Las Partes Contratantes se abstendrán de adoptar, de manera directa o indirecta, medidas de expropiación o de nacionalización o cualquier otra medida equivalente que tenga un efecto similar de desposesión, salvo por causa de utilidad pública y con la condición que estas medidas no sean discriminatorias ni contrarias a un compromiso particular”.

<sup>199</sup> Ver el Escrito posterior a la audiencia de Total, párr. 57.

<sup>200</sup> Ver el Informe de LECG sobre Daños, párr. 157.

Total alega que, además de la pérdida sustancial de valor, el mecanismo de fondo fiduciario ha perjudicado su control sobre TGN.

**187.** En suma, Total explica su reclamación sobre la violación de la Argentina del Artículo 5.2 en los siguientes términos:

“Existe un principio consagrado por el cual la privación sustancial del valor y beneficio económico de una inversión constituye una expropiación. TGN perdió aproximadamente un 86% de su valor como consecuencia directa de las Medidas. Por lo tanto, las Medidas produjeron más que una ‘privación sustancial’: constituyen la destrucción del valor de la inversión de Total en TGN. Al concentrarse en el efecto de las Medidas, el Artículo 5(2) del Tratado codifica la postura imperante en el derecho internacional general en el sentido de que no es necesario que la expropiación importe la pérdida de control o uso del bien. No obstante, el reclamo expropiatorio de Total sería válido incluso según estos criterios si tomamos en consideración hasta dónde las Medidas desnaturalizaron el rol de TGN en cuanto administrador e inversor de la red de transporte de gas. Entre 1993 y 2001, TGN invirtió más de US\$1.000 millones en la ampliación y mejora de la red de transporte. Con la pesificación y el congelamiento de sus tarifas, TGN se ve imposibilitada de financiar inversiones en la red. Con la creación del sistema de fideicomisos para construir expansiones de la red, el Gobierno usurpó el rol de TGN en la toma de decisiones de inversión – decisiones sujetas a la supervisión y conducción de Total en su carácter de Operador Técnico de TGN – relegándola al lugar de simple operador”<sup>201</sup>.

**188.** La Argentina se opone a la reclamación de Total en virtud del Artículo 5.2 del TBI. Invoca el caso *Pope & Talbot*<sup>202</sup> así como los casos *Feldman*,<sup>203</sup> *CMS*,<sup>204</sup> *Methanex*,<sup>205</sup> *Azurix*,<sup>206</sup> *LG&E*,<sup>207</sup> *Enron*<sup>208</sup> y *Sempra*<sup>209</sup>. La Argentina sugiere que el Tribunal debe aplicar el criterio de (pérdida de) control de la inversión a fin de juzgar si la interferencia en los derechos de propiedad de Total en razón de las medidas, e suficientemente sustancial como para constituir una expropiación indirecta. Debido a que Total (junto con los demás accionistas) todavía tiene el control total sobre TGN y continúa administrando la inversión, la Argentina aduce que la alegación de interferencia, al no ser sustancial, no puede ser considerada como una expropiación indirecta<sup>210</sup>. Además, en virtud del laudo del caso *Saluka*<sup>211</sup>, la Argentina señala “el

<sup>201</sup> Ver el Escrito posterior a la audiencia de Total, párr. 584 y 585 [se omiten las notas al pie].

<sup>202</sup> Ver *Pope & Talbot Inc. c. el Gobierno de Canadá*, CNUDMI, Laudo provisorio, 26 de junio de 2000, párr. 100.

<sup>203</sup> Ver *Feldman c. los Estados Unidos Mexicanos*, nota 121 *supra*, párr. 142, 152.

<sup>204</sup> *CMS Gas Transmission Company c. Argentina*, nota 29 *supra*, párr. 263-264.

<sup>205</sup> *Methanex Methanex c. los Estados Unidos*, CNUDMI, Laudo Final, 3 de agosto de 2005, parte IV.D párr. 16.

<sup>206</sup> *Azurix c. Argentina*, nota 113 *supra*, párr. 322.

<sup>207</sup> *LG&E c. Argentina*, nota 111 *supra*, párr. 188.

<sup>208</sup> *Enron Corporation y Ponderosa Assets, L.P. c. Argentina*, nota 20 *supra*, párr. 245-246.

<sup>209</sup> *Sempra Energy International c. Argentina*, nota 189 *supra*, párr. 284.

<sup>210</sup> Ver la Dúplica de la Demandante, párr. 544.

principio conforme al cual las medidas regulatoria[s] de buena fe y no discriminatorias, comprendidas dentro del poder de policía del Estado, no exigen indemnización”<sup>212</sup>. De conformidad con este principio, los efectos negativos sobre el valor de las inversiones extranjeras causado por los cambios introducidos por la Ley de Emergencia (aún si han resultado en una importante devaluación de los activos extranjeros) no son compensables ni bajo derecho consuetudinario ni bajo el TBI. Por lo tanto, las medidas de la Argentina, siendo medidas regulatorias de aplicación general sancionadas para enfrentar la emergencia de 2001-2002, no pueden considerarse una expropiación compensable<sup>213</sup>.

**189.** Total se opone a la posición de la Argentina con base en los siguientes argumentos. En primer lugar, Total sostiene que la pérdida de control de la administración y goce de la inversión no es requerida o decisiva a fin de determinar la existencia de una expropiación indirecta conforme al derecho internacional y a la luz del texto específico del TBI entre la Argentina y Francia. La postura de Total sostiene que el Artículo 5.2 del TBI entre la Argentina y Francia cubre una amplia serie de medidas mayor que aquellas “que tengan un efecto equivalente a una nacionalización o expropiación” (Artículo 5 del TBI entre la Argentina y el Reino Unido) o “equivalentes a la expropiación o nacionalización” (Artículo IV.1 del TBI entre la Argentina y los EE. UU.)<sup>214</sup>. Más específicamente, Total aduce que “[L]a frase “efecto similar” engloba un rango más amplio de medidas que la frase “equivalentes a”, y el término no técnico “desposesión” comprende la pérdida de valor de un bien, además de la pérdida de su titularidad, control o uso”<sup>215</sup>. Por ello, la posición de Total sobre las medidas anteriormente mencionadas implementadas por la Argentina, es que las mismas tienen un efecto similar a la desposesión y la constitución de expropiación indirecta por texto específico del Artículo 5.2 del TBI, independientemente de si son equivalentes a la expropiación o nacionalización.

---

<sup>211</sup> Ver *Saluka Investments BV c. la República Checa*, nota 103 *supra*, párr. 255.

<sup>212</sup> Ver la Dúplica de la Demandante, párr. 545.

<sup>213</sup> Ver la Dúplica de la Demandante, párr. 547 y ss.

<sup>214</sup> Ver el Escrito posterior a la audiencia de Total, párr. 193-195 (Ver también la Réplica de la Demandante, párr. 439-441). Estas disposiciones han sido aplicadas en los casos *BG* y *National Grid* (el TBI entre la Argentina y el Reino Unido) y en los casos *CMS* y *Enron* así como en otros como *Sempre* y *Azurix* (el TBI entre la Argentina y los Estados Unidos). En todos estos casos, los tribunales arbitrales rechazaron las reclamaciones de los inversores de expropiación indirecta.

<sup>215</sup> Ver el Escrito posterior a la audiencia de Total, párr. 195.

**190.** En segundo lugar, Total aduce que, si bien la Argentina ciertamente afirmó que la gran pérdida de valor fue causada por una norma de aplicación general sin ningún objetivo de desposesión, ni desposesión en sí, esto no evitaría la conclusión de que se dio una expropiación indirecta (expropiación regulatoria). Por un lado, Total aduce que: “De todas formas, Argentina no quedaría eximida de la obligación de pagarle a Total una indemnización pronta, adecuada y efectiva aun si pudieran invocarse válidamente los poderes de policía”<sup>216</sup>. Por otro lado, Total señala que las medidas adoptadas por la Argentina, aún si fueren calificadas como regulatorias o medidas de poderes de policía, constituyen una expropiación ya que contradicen los compromisos específicos que la Argentina asumió con Total y que, por lo tanto, se encuentran en violación del Artículo 5.2 del TBI (última oración). Estos compromisos específicos o manifestaciones están identificadas por la Demandante como:

“a. El compromiso de preservar el equilibrio económico de TGN mediante revisiones tarifarias recurrentes y extraordinarias destinadas a asegurar que las tarifas siguieran siendo suficientes para satisfacer los costos y permitir obtener una rentabilidad razonable; y, en respaldo de este compromiso, b. La promesa de calcular las tarifas en dólares y ajustarlas de conformidad con el IPP de los EE.UU.;...”<sup>217</sup>.

## ***9.2 Conclusiones del Tribunal***

**191.** Antes de discutir las cuestiones legales, el Tribunal considera apropiado recapitular la prueba relacionada con la posición de Total como accionista mayoritario en TGN y su rol como “Operador Técnico”. De la prueba y los argumentos presentados en los escritos posteriores a la audiencia, se desprende que Total está en control absoluto de su inversión en los activos de TGN y de sus operaciones. Por el contrario, TGN opera bajo la administración de sus accionistas y realiza sus actividades diarias. Cotiza en la Bolsa de Valores de Buenos Aires. La decisión del Gobierno en 2004 de establecer un sistema de fondo fiduciario para financiar la expansión de la red mediante la imposición de sobrepuestos a las tarifas pagadas por los usuarios industriales no significa la pérdida de control de Total sobre sus inversiones ni la pérdida de control de TGN sobre sus operaciones comerciales.

---

<sup>216</sup> Ver el Escrito posterior a la audiencia de Total, párr. 586.

<sup>217</sup> Ver el Escrito posterior a la audiencia de Total, párr. 587.

El fondo fiduciario financia la expansión de la red (que TGN es incapaz de realizar debido a la falta de rentabilidad adecuada provocada por el bloqueo de tarifas), mientras que TGN opera la red como licenciataria<sup>218</sup>, además de gestionar los proyectos de expansión<sup>219</sup>. Total no ha mostrado que el fondo fiduciario interfiriera con la capacidad de los accionistas de TGN de administrar TGN. El Tribunal considera, con fundamento en la prueba, que Total no ha sido de ninguna forma imposibilitada de ejercer sus derechos libremente en su calidad de accionista en TGN, ya que ha sido capaz de administrar las operaciones de TGN junto con los demás accionistas. El Tribunal concluye que Total “ejerce el control de la inversión; el Gobierno no administra las operaciones diarias de la empresa; y que el inversor tiene la plena propiedad y el control de la inversión”, tal como determinó el Tribunal constituido al amparo del CIADI en el caso *CMS* –otro inversor extranjero en TGN– en mayo de 2005<sup>220</sup>.

**192.** El Tribunal examinará en primer lugar el Artículo 5.2 del TBI, interpretándolo de conformidad con el Artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados<sup>221</sup>. Tal como se menciona precedentemente, el Artículo 5.2 expresa que:

“Las Partes Contratantes se abstendrán de adoptar, de manera directa o indirecta, medidas de expropiación o de nacionalización o cualquier otra medida equivalente que tenga un efecto similar de desposesión, salvo por causa de utilidad pública y con la condición que estas medidas no sean discriminatorias ni contrarias a un compromiso particular”<sup>222</sup>.

**193.** La expresión clave de la expropiación indirecta es la protección de “medidas de expropiación o de nacionalización o cualquier otra medida equivalente que tenga un efecto similar de desposesión”. Por lo tanto, además de las expropiaciones y las

---

<sup>218</sup> Ver la Dúplica de la Demandada, párr. 452 a 457 y el Escrito posterior a la audiencia de Total, párr. 519. Las partes acuerdan que una pequeña parte de la expansión estaba financiada por TGN y que la cooperación entre el fondo fiduciario y TGN está regida por mutuo acuerdo.

<sup>219</sup> Ver el Escrito posterior a la audiencia de Total, párr. 519.

<sup>220</sup> Ver *CMS Gas Transmission Company c. Argentina*, nota 29 *supra*, párr. 263.

<sup>221</sup> El Artículo 31 de la CVDT dispone: “Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin”.

<sup>222</sup> El original en francés reza: “*Les Parties contractantes ne prennent pas, directement ou indirectement, de mesures d’expropriation ou de nationalisation, ni tout autre mesure équivalente ayant un effet similaire de dépossesion, si ce n’est pour cause d’utilité publique et à condition que ces mesures ne soient ni discriminatoires, ni contraires à un engagement particulier.*” El original en inglés reza: “*The Contracting Parties shall not take, directly or indirectly, any expropriation or nationalization measures or any other equivalent measures having a similar effect of dispossession, except for reasons of public necessity and on condition that the measures are not discriminatory or contrary to a specific undertaking.*”

nacionalizaciones, el Artículo 5.2 cubre medidas “equivalentes” a la expropiación y nacionalización, en cuanto tengan un “efecto similar de desposesión”<sup>223</sup>. Contrario a la postura de Total, el término “desposesión” no es un “término no técnico”. El término “desposesión” se refiere a un concepto legal preciso del sistema del derecho civil al que tanto la Argentina como Francia pertenecen. La posesión es una relación de hecho entre una cosa u objeto y una persona que ejerce el control de hecho sobre dicha cosa u objeto. La posesión en el derecho civil y en el derecho romano es parcialmente independiente de la propiedad legal<sup>224</sup>. Mientras que un propietario legítimo o adquirente tiene la facultad de obtener y ejercer la posesión, la posesión, como materia de hecho, puede existir sin título o independientemente de éste. De hecho, la propiedad puede derivar de la posesión plena y completa sobre una cosa por parte de una persona que no es el propietario. El término “desposesión”, por lo tanto, se refiere necesariamente a la pérdida de control que es característica de la “posesión”.

- 194.** El uso de los términos “*dépossession*” o “*mesures dont l’effet est de déposséder*” para caracterizar la expropiación indirecta es típico de los TBI franceses. Tal como señalan dos autores franceses “*dans son acception habituelle, la mesure de dépossession est celle qui prive l’investisseur de ses droit essentiels sur l’investissement au profit de l’autorité publique, quelles que soient les modalités de cette dépossession*”<sup>225</sup>. Contrario a la postura de Total, al requerir una pérdida de control material sobre la inversión, el término “desposesión” del Artículo 5.2 aparece quizás como más restrictivo respecto de las disposiciones homólogas de los TBI entre la Argentina y los Estados Unidos (“equivalentes a la expropiación”) y entre la

---

<sup>223</sup> Ver la Dúplica de la Demandada, párr. 542, donde la Argentina expresa que: “..., el TBI Argentina-Francia también se refiere a medidas equivalentes a una expropiación, al igual que el TBI Argentina-EE. UU. y el TLCAN, lo cual la Demandante omite mencionar...”.

<sup>224</sup> Ver G. Cornu, *Vocabulaire Juridique*, Presses Universitaires de France, 2000, pág. 651, que establece que el término ‘*possession*’ es “*pouvoir de fait exercé sur une chose avec l’intention de s’en affirmer le maître (animus domini), même si – le sachant ou non – on ne l’est pas;*” y el término “*possesio rei*” “*signifiant «possession d’une chose» servant aujourd’hui à désigner la possession qui correspond au droit de propriété*”. Ver, además, *ibidem* pág. 278 donde el término ‘*dépossession*’ se define como “[p]erte de la possession, soit par violence ou voie de fait, soit à un titre juridique (gage, antichrèse, séquestre); privation effective de la détention matérielle d’une chose”. En lo relativo a esta noción según el sistema legal argentino ver la entrada del término ‘poseer’ en Ana María Cabanellas de las Cuevas, *Diccionario Jurídico Universitario*, Editorial Heliasta, 1ra Edición, 2000, Tomo II: poseer se define como “tener materialmente una cosa en nuestro poder. Encontrarse en situación de disponer y disfrutar directamente de ella...”.

<sup>225</sup> Ver D. Carreau, P. Juillard, *Droit international économique*, 1ere édition, 2003, párr. 1376, pág. 508. Los dos autores, en la discusión del uso del término “*dépossession*” en el modelo de TBI francés, determinan que “[m]ais d’autres instruments, notamment le modèle américain et...l’ALENA, utilisent l’expression, qui paraît mieux appropriée, de mesures équivalant à une mesure d’expropriation ou de nationalisation”. (ver párr. 1377, pág. 509).

Argentina y el Reino Unido, que se refiere únicamente a “equivalente a una nacionalización o expropiación”. Debido a que Total no ha sido desposeído de su participación en TGN ni de la administración de sus operaciones, el Tribunal concluye que el requisito de desposesión del Artículo 5.2 no ha sido cumplido.

**195.** En todo caso, el Tribunal también abordará el argumento de Total que señala que está bien establecido que una privación sustancial del valor de una inversión constituye expropiación indirecta. En razón de ello Total solicita al Tribunal que determine *in casu* que las medidas implementadas por la Argentina, que causaron este tipo de pérdida, violan el Artículo 5.2 del TBI. Más allá del texto específico del Artículo 5.2, el Tribunal considera que, de conformidad con el derecho internacional, una medida que no tenga todas las características de una expropiación formal podría ser equivalentes a una expropiación si existe una privación real de la inversión. La privación efectiva requiere, sin embargo, una pérdida total del valor de la propiedad, como, por ejemplo, en los casos en los que la propiedad afectada pierde su valor por causa de la aplicación de una medida, como en el caso de la expropiación directa, aún si subsiste el título formal<sup>226</sup>. Esta postura está apoyada por la dirección general de la jurisprudencia de los TBI<sup>227</sup>, otra jurisprudencia internacional<sup>228</sup> y las opiniones de académicos<sup>229</sup>.

**196.** A la luz de los principios legales mencionados precedentemente, el Tribunal examinará ahora los méritos de la reclamación de Total respecto a que es víctima de expropiación indirecta. El Tribunal considera que Total no ha probado que el impacto

---

<sup>226</sup> Por ende, podría determinarse la existencia de una expropiación aún cuando el control permanece en manos del inversor extranjero si la rentabilidad económica de la inversión ha sido totalmente destruida por otros medios.

<sup>227</sup> Ver *Sempra Energy International c. Argentina*, nota 189 *supra*, párr. 285 donde el Tribunal establece que “[p]ara decidir que se trata de una expropiación indirecta harían falta más que efectos adversos. Sería preciso que el inversor ya no tuviera el control del funcionamiento de su empresa, o que el valor de la empresa se hubiera prácticamente destruido”. En relación con las Medidas argentinas, ver *LG&E c. Argentina*, nota 111 *supra*, párr. 191, donde establece que “la disminución en la capacidad de la inversión para mantener sus actividades no es suficiente para solicitar la compensación, si dicha inversión se mantiene operativa, aún cuando sus ganancias disminuyan. Entonces el impacto debe ser sustancial para que sea exigible dicha compensación”; *BG Group Plc c. Argentina*, nota 113 *supra*, párr. 258 a 266 y *Enron Corporation y Ponderosa Assets, L.P. c. Argentina*, nota 116 *supra*, párr. 245. Ver también *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. c. los Estados Unidos Mexicanos*, nota 116 *supra*, párr. 115; *CME Czech Republic B.V. c. la República Checa*, CNUDMI, Laudo Parcial, 13 de septiembre de 2001, párr. 604; *Goetz and others c. Burundi*, Caso CIADI No. ARB/95/3, Laudo (junto con el Acuerdo de las Partes), 10 de febrero de 1999, párr. 124.

<sup>228</sup> Ver, por ejemplo, *Starrett Housing Corp. c. Irán*, Laudo, 14 de agosto de 1987, 4 Iran-US C.T.R. 122, en págs. 154 a 157; *Tippets, Abbott, McCarthy, Stratton c. TAMS-AFFA Consulting Engineers of Iran*, Laudo, 29 de junio de 1984, 6 Iran-US C.T.R. 219, pág. 255.

<sup>229</sup> Ver C. Leben, *La liberté normative de l'État et la question de l'expropriation indirecte*, C. Leben (dir.), *Le contentieux arbitral transnational relative à l'investissement*, Anthemis, 2006, 163 y ss. en pág. 173 a 175; R. Dolzer, C. Schreuer, nota 133 *supra*, en pág. 96 a 101.

económico negativo de las medidas ha sido tal que la ha privado en todo o en parte sustancial del valor de su inversión. Por lo tanto, el Tribunal rechaza la reclamación de expropiación indirecta de Total en violación del Artículo 5.2 del TBI. Notamos que esta conclusión es consistente con todos los precedentes arbitrales sobre reclamaciones de expropiación indirecta iniciadas por inversores extranjeros en el sector de servicios públicos conforme a varios TBI en relación con las mismas medidas tomadas por la Argentina en el período 2001-2002, o similares. Según la jurisprudencia arbitral uniforme, las medidas tomadas por Argentina no califican como expropiación indirecta con arreglo a varios TBI<sup>230</sup> en ausencia de una privación efectiva del valor de la inversión extranjera en el sentido precedentemente mencionado (es decir, la privación absoluta del valor de la inversión o la pérdida absoluta de control por parte del inversor respecto de su inversión, ambas en forma permanente).

**197.** Antes de concluir con el análisis de este alegato, el Tribunal advierte que la Demandante objetó distintas medidas aplicadas con arreglo al Artículo 5.2 del TBI: la pesificación y el bloqueo de las tarifas de gas así como la creación de un sistema de fondo fiduciario para expandir la red de TGN. El Tribunal advierte que al analizar el alegato de Total respecto a la existencia de una violación del Artículo 3, éste concluyó que la pesificación fue considerada como una medida regulatoria de aplicación general, de buena fe, razonable, con vistas a la emergencia económica y financiera de la Argentina, y proporcional con el objetivo de encarar una emergencia de tal estilo. Por lo tanto, el Tribunal ha concluido que, en ausencia de promesas específicas de estabilización a la Demandante, la pesificación no se considera una violación del Artículo 3 del TBI<sup>231</sup>. Por los mismos motivos, en opinión del Tribunal, la pesificación tampoco se considera una medida equivalente a la expropiación o nacionalización<sup>232</sup>, es decir, una expropiación indirecta que comprenda la obligación

---

<sup>230</sup> Ver *LG&E c. Argentina*, nota 111 *supra*, párr. 200, donde el Tribunal estableció que: “el efecto de las acciones del Estado argentino no se ha reflejado permanentemente sobre el valor de las acciones de las Demandantes y la inversión tampoco ha dejado de existir. Sin una privación permanente y severa de los derechos de LG&E con respecto a su inversión, o al menos, la casi completa privación del valor de la inversión de LG&E, el Tribunal concluye que las circunstancias antes expuestas no constituyen una expropiación”. Ver también *BG Group Plc c. Argentina*, nota 113 *supra*, párr. 268-270; *Enron Corporation y Ponderosa Assets, L.P. c. Argentina*, nota 20 *supra*, párr. 246.

<sup>231</sup> Ver párr. 159 y ss. más arriba.

<sup>232</sup> El Tribunal está informado sobre el debate internacional actual al juzgar sobre cambios en los TBI en los sistemas legales nacionales por causa de medidas legislativas: “[L]o que se discute es si, únicamente, deben ser tomados en cuenta los efectos que produce la medida o también el contexto en que se dictó y el propósito del

de la Argentina de compensar a Total. Además, contrario a la posición expuesta por Total, la pesificación no se oponía a los compromisos específicos asumidos por la Argentina ante Total. En este sentido, el Tribunal hace referencia a su conclusión en cuanto al alegato de Total de que se dio una violación del Artículo 3 del TBI y que la disposición según la que el cálculo de las tarifas de gas se haría en dólares estadounidenses y se ajustaría con relación a las variaciones del IPP de los EE. UU. no puede interpretarse como “promesas” o “compromisos específicos” de la Argentina hacia Total, ya que no se dirigían directa o indirectamente a Total<sup>233</sup>.

**198.** Finalmente, el Tribunal no puede aceptar el reclamo de Total respecto a que la falta de ajuste de las tarifas constituiría también una expropiación indirecta en violación con el Artículo 5.2. del TBI. Esto por cuanto, dicho congelamiento *de facto* de las tarifas del gas no implicaron ni una privación de la inversión ni una pérdida total de su valor. Asimismo, el Tribunal advierte que los daños bajo el título de expropiación indirecta no serían diferentes de los daños bajo el estándar de trato justo y equitativo. En ningún caso podría el Tribunal otorgar doble compensación por los mismos daños causados a los mismos activos, hipotéticamente causados por la violación de dos disposiciones diferentes del TBI<sup>234</sup>.

---

Estado receptor”. (*LG&E c. Argentina*, nota 111 *supra*, párr. 194). Cuando los inversores extranjeros objetan las acciones regulatorias de los Estados conforme a un TBI, a fin de decidir si las medidas también comprenden expropiación indirecta (la llamada expropiación regulatoria), los tribunales deben considerar sus características y propósito para evaluar la proporcionalidad y razonabilidad según el fin del Estado receptor. Estas medidas regulatorias, cuando se reputan legítimas, proporcionales, razonables y no discriminatorias, no dan lugar a la compensación a favor de los inversores extranjeros. El Tribunal comparte el enfoque mayoritario de los tribunales internacionales, que es tomar en cuenta también el fin y los motivos de las medidas que toma el Estado (junto con sus efectos adversos en la inversión extranjera). En este sentido, ver R. Dolzer, C. Schreuer, nota 133 *supra*, pág. 104, donde hacen referencia a la opinión de *Fortier* (Fortier, Drymer, *Indirect Expropriation in the Law of International Investment: I Know It When I See It, or Caveat Investor*, 19 ICSID Review-Foreign Investment Law Journal 293 (2004)), el Caso *Oscar Chinn y Sea-Land Service Inc. c. Irán*, 6 Iran-US Cl. Trib. Rep. 149, 166 (1984).

<sup>233</sup> Ver párr. 145 y ss. más arriba. El Tribunal considera que el Artículo 5.2 prohíbe las medidas “contrarias a un compromiso particular”. El Tribunal nota que el TBI contiene una referencia adicional al “compromiso particular” en el Artículo 10: “Las inversiones que hayan sido objeto de un acuerdo especial entre una de las Partes Contratantes y los inversores de la otra Parte Contratante se regirán, sin perjuicio de las disposiciones del presente acuerdo, por los términos de ese acuerdo especial en la medida en que el mismo incluya disposiciones más favorables que las previstas en el presente acuerdo”. Sobre la base del Artículo 5.2, Total aduce que las Medidas tomadas por la Argentina, si bien se consideran legítimas dentro del ejercicio de los poderes de policía, dan lugar a una obligación de compensar a Total, debido a que la Argentina ha efectuado un compromiso especial con Total. Sin embargo, Total no ha invocado la violación del Artículo 10, si bien ha aducido que los “compromisos principales” del Marco Regulatorio del Gas deberían considerarse “compromisos especiales” en virtud del Artículo 5.2 del TBI.

<sup>234</sup> Esto es así aun si los métodos de cálculo fueran distintos conforme a los dos Artículos del TBI.

**199.** Por los motivos anteriormente expresados, el Tribunal concluye que la Argentina no ha expropiado indirectamente la inversión de Total en TGN en violación del Artículo 5.2 del TBI.

***10. La reclamación de Total sobre la violación por parte de la Argentina del Artículo 4 del TBI (no discriminación)***

***10.1 La posición de Total***

**200.** Total alega que las medidas adoptadas por la Argentina (la pesificación y el congelamiento de las tarifas de transporte de gas) son discriminatorias en contra de la inversión de Total, debido a que transfiere el patrimonio de TGN y de otras empresas de energía de propiedad mayoritaria de inversores extranjeros a la industria, el comercio y la agricultura, de propiedad mayoritaria de los inversores locales. Por ello, dado que las medidas implican un trato discriminatorio contra el sector de energía eléctrica en general, y contra TGN en particular, no sólo violan el Artículo 3 del TBI sino también el Artículo 4 “exige a Argentina acordar a la inversión de Total un trato no menos favorable que el otorgado en situaciones equiparables a las inversiones de los nacionales”<sup>235</sup>.

**201.** Según la posición de Total, esto constituye un trato discriminatorio contra el sector de energía eléctrica y TGN:

“no sólo constituye un indicio más del tratamiento injusto e inequitativo acordado por Argentina a Total en violación del Artículo 3 del Tratado, sino que constituye también una violación de la disposición de trato nacional establecida en el Artículo 4 del Tratado, por la cual Total debe recibir plena compensación”<sup>236</sup>.

Según Total, la obligación de la Argentina de garantizar un tratamiento no menos favorable a los inversores franceses que el acordado a los inversores nacionales no opera únicamente dentro de los límites del mismo sector. La violación de la cláusula de trato nacional en el Tratado podría determinarse por el Tribunal comparando inversores en distintos sectores. Como consecuencia, Total alega que:

---

<sup>235</sup> Ver el Memorial de la Demandante, párr. 369. El Artículo 4 del TBI dispone: “Cada Parte Contratante aplicará, en su territorio y en su zona marítima, a los inversores de la otra Parte, en aquello que concierne a sus inversiones y actividades ligadas a estas inversiones, un tratamiento no menos favorable que el acordado a sus propios inversores, o el tratamiento acordado a los inversores de la Nación más favorecida si este último fuese más ventajoso...”.

<sup>236</sup> Ver el Memorial de la Demandante, párr. 371.

“Por lo tanto, si se utiliza el criterio del Artículo 4, las medidas de aplicación general pueden ser discriminatorias en aquellos casos en que en la práctica hayan resultado en conferirles un tratamiento distinto a los inversores de distintos sectores o de distintas nacionalidades. El criterio pertinente en este sentido consiste en determinar si se ha aparatado a un sector determinado para darle un tratamiento diferencial con el fin de conferirles una ventaja a otros sectores”<sup>237</sup>.

**202.** Total expone dos argumentos legales en apoyo a su reclamación de violación del Artículo 4 del TBI. En primer lugar, Total señala que el Artículo 4 no incluye ninguna referencia textual al criterio de “circunstancias similares” de las disposiciones de trato nacional en otros tratados de inversión (por ejemplo, en el TLCAN o en el TBI entre la Argentina y Egipto). De ahí que el Artículo 4 del Tratado no requiere la comparación entre inversores “en circunstancias similares”. En segundo lugar, Total invoca el caso *Occidental c. Ecuador* párr. 173, en el cual el tribunal dispone que dado que el objetivo del trato nacional es proteger a los inversores en comparación con los productores locales, esto “...no puede restringirse únicamente al sector en el cuál dicha actividad partícula se lleva a cabo”<sup>238</sup>.

**203.** En relación con la conducta discriminatoria de la Argentina alegada por Total, la Demandante argumenta que al no haber modificado las tarifas de gas desde 2002, y permitir el aumento de precios en otros sectores, el Gobierno de la Argentina dispuso

“un subsidio cruzado para los productores, quienes se han beneficiado de tarifas de gas excepcionalmente bajas mientras exportan sus productos en dólares, o cobran precios indexados según la inflación en el mercado interno”<sup>239</sup>.

En este sentido, Total señala que, por un lado, los precios de la mayoría de los sectores han aumentado considerablemente de conformidad con el equilibrio entre la oferta y la demanda (de enero de 2002 a marzo de 2007, el índice de precios al consumidor (IPC) y el índice de precios al por mayor (IPM) aumentaron en un 95,5% y un 189%, respectivamente); por otro lado, la Argentina ha acordado un trato preferencial a los inversores locales en algunos otros casos o sectores, ya sea al garantizar aumentos de tarifas por inflación por ley o decreto o al proveer

---

<sup>237</sup> Ver el Escrito posterior a la audiencia de Total, párr. 257 (sobre *Occidental Exploration and Production Company c. Ecuador*, 112 *supra* y 259).

<sup>238</sup> Ver el Escrito posterior a la audiencia de Total, párr. 255 a 258.

<sup>239</sup> Ver el Memorial de la Demandante, párr. 368.

subsidios<sup>240</sup>. Específicamente, Total aduce que ciertas empresas de servicios públicos han sido autorizadas a mantener todas o parte de sus tarifas en dólares estadounidenses o en paridad con el dólar estadounidense. Esta autorización fue concedida por la Argentina en el caso de los derechos aeroportuarios correspondientes a los vuelos internacionales; las tarifas y los derechos portuarios; y los peajes por el uso de la Vía Navegable del Río Paraná para transporte internacional<sup>241</sup>. El Tribunal nota aquí que Total no ha negado que este “trato preferencial” (el mantenimiento de sus tarifas en dólares estadounidenses) también comprendía las tarifas de transporte de gas para los clientes de exportación (incluidos los de TGN)<sup>242</sup>.

**204.** Asimismo, Total señala las siguientes formas de asistencia/compensación que la Argentina brindó a otros sectores predominantemente nacionales –pero no al sector de energía eléctrica, de mayoría extranjera: (i) subsidios específicos del gobierno destinados a compensar a las empresas de transporte ferroviario y subterráneo por las pérdidas ocasionadas por la pesificación de las tarifas y el posterior aumento de sus costos; (ii) La emisión de un bono específico del gobierno destinado a compensar a los bancos por las pérdidas sufridas a raíz de la pesificación asimétrica (es decir, la pesificación a los ahorristas particulares con depósitos bancarios en dólares al tipo de cambio de 1,4 pesos por dólar, más el ajuste por inflación a partir de febrero de 2002 conforme las variaciones del CER); (iii) La revisión de las tarifas y los precios de los contratos de construcción de obras públicas a efectos de reflejar los incrementos registrados en los costos por la inflación; y(iv) El aumento de los salarios locales y las contribuciones patronales tanto en el sector público como en el privado<sup>243</sup>.

---

<sup>240</sup> Ver la Réplica de la Demandante, párr. 22 y ss.

<sup>241</sup> Ver la Réplica de la Demandante, párr. 23(v).

<sup>242</sup> Ver la Réplica de la Demandante, nota 25, pág. 11. En principio, la Ley de Emergencia no realizó ninguna distinción entre la “pesificación” de las tarifas entre los consumidores de la Argentina y las concernientes a la exportación de gas proporcionada a los consumidores extranjeros. Como resultado, la pesificación también comprendió las tarifas pagaderas a los consumidores que se encontraban fuera del país desde enero a mayo de 2002. Tal como señala Total, “No obstante, tras la protesta de TGN y otras empresas de servicios públicos<sup>571</sup>, en mayo de 2002 el Decreto 689/2002 exceptuó de la pesificación a las tarifas cobradas a los clientes extranjeros. Como resultado, estas tarifas (que representan aproximadamente el 20% de los ingresos que recibía TGN antes de la adopción de las Medidas<sup>573</sup>) se siguen calculando en dólares y ajustando por el IPP de los EE.UU. de conformidad con el Marco Regulatorio del Gas”. (Ver el Escrito posterior a la audiencia de Total, párr. 470 y 471 [se omiten las notas al pie]).

<sup>243</sup> Ver la Réplica de la Demandante, párr. 22-23.

**205.** Según Total, todas estas medidas, junto con la suspensión de las tarifas de energía eléctrica a los niveles del 2001, fueron parte de una política deliberada del gobierno argentino para ayudar a la agricultura e industria locales para favorecer los intereses locales mediante la provisión de gas y energía eléctrica a precios artificialmente bajos<sup>244</sup>. Específicamente, según Total:

“Si bien, *prima facie*, el texto de la Ley de Emergencia y las Medidas posteriores que adoptó Argentina son neutrales en lo que a nacionalidad respecta, tanto sus efectos como su implementación por parte de las autoridades argentinas sin dudas favorecieron a los intereses locales en los sectores industrial y de exportación, a expensas de los inversores extranjeros del sector energético. El Jefe de Gabinete Alberto Fernández y el Ministro De Vido reconocieron esta política de transferencia de recursos de un sector a otro en una conferencia de prensa celebrada en el año 2003 [sic]:“...hemos logrado darle a este incremento tarifario un criterio redistributivo... [L]os que más consumen se han visto beneficiados en todo este tiempo ... por un incremento ... en sus ingresos que de ningún modo fue contrapesado, por decirlo de algún modo, por el incremento de las tarifas. ...Durante todo este tiempo, [los exportadores] han visto la posibilidad de exportar sus productos en dólares y seguir teniendo una tarifa muy baja en pesos en materia de gas y electricidad. Entiendo que allí han obtenido suficiente utilidad en todo este tiempo.....”<sup>245</sup>.

**206.** Por último, Total sugiere que el proceso de negociación de las tarifas de servicios públicos ha favorecido a aquellas empresas de servicios públicos de mayoría local que no tienen inversiones inmovilizadas. Además, al efectuar el proceso de renegociación con las compañías energéticas, la Argentina intentó promover la “reargentinización” del sector energético<sup>246</sup>. En este sentido, Total adujo que la Argentina acordó un trato preferencial en el proceso de renegociación con las dos compañías energéticas de mayoría local, Transener y Transba. Según Total, el Banco Mundial también ha notado la discriminación contra las empresas de mayoría extranjera a favor de las empresas nacionales.

---

<sup>244</sup> Ver la Réplica de la Demandante, párr. 10.

<sup>245</sup> Ver el Escrito posterior a la audiencia de Total, párr. 60 y la Transcripción de la Conferencia de Prensa del Jefe de Gabinete Alberto Fernández, del Secretario de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios, Julio de Vido y del Secretario de Energía Daniel Cameron en Casa de Gobierno, del 13 de febrero de 2004, en el Apéndice C-195.

<sup>246</sup> Ver el Escrito posterior a la audiencia de Total, párr. 13 a 16. Total ha hecho referencia a dos discursos públicos del Presidente Kirchner y uno del Secretario de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios, Julio de Vido para probar la política de la Argentina de promover la “reargentinización” del sector energético (es decir, forzar a los inversores extranjeros del sector energético a vender sus inversiones por montos depreciados en interés de la Argentina). Ver los Apéndices C-453, C-626 y C-670, respectivamente.

“(…) ésa fue la conclusión del informe preliminar redactado por una delegación del Banco Mundial que fue a Argentina para estudiar el proceso de renegociación y brindar asistencia técnica: ‘... el ajuste de tarifas y las renegociaciones han sido más ágiles en el caso de ferroviarios, caminos interurbanos, dragado, correo y aeropuertos, en los que coincide un patrón de propiedad, deudas y bienes notable (ver Cuadro 1)’”<sup>247</sup>.

Total ha presentado una síntesis del “Cuadro 1”, al que la delegación del Banco Mundial se ha referido en el extracto que se menciona más arriba.<sup>248</sup>

<b>Servicio Público</b>	<b>Titularidad</b>	<b>Estado de la negociación</b>
Transporte de electricidad	Extranjera	Incremento marginal (en espera)
Distribución de electricidad	Extranjera	Incremento marginal (en espera)
Transporte de gas	Extranjera	Incremento marginal (en espera)
Distribución de gas	Extranjera	Incremento marginal (en espera)
Ferrocarriles	Nacional	Aumentos de subsidios aprobado
Caminos interurbanos	Nacional	Aumentos de subsidios aprobado
Dragado	Nacional y Extranjera	Redolarizado

**207.** En resumen, Total señala que:

“la renegociación de los contratos ha sido más sencilla y rápida para las empresas de titularidad local: (a) Este es el caso de las empresas ferroviarias y de caminos interurbanos, que, como se muestra en el cuadro que figura a continuación, beneficiaron de subsidios del Gobierno. Lo mismo ocurrió con las empresas de transporte público, beneficiarias de subsidios de hasta AR\$2.000 millones por año. (b) Las tarifas pesificadas de otras empresas de titularidad local fueron redolarizadas. Tal fue el caso de las empresas de dragado, como se muestra en el cuadro que antecede, y de los aeropuertos. (c) Cabe destacar que las dos empresas restantes (de las 12 mencionadas anteriormente) que cuentan con acuerdos renegociados aprobados —las empresas de transporte de energía eléctrica Transener y Transba— suscribieron tales acuerdos poco después de que los accionistas extranjeros vendieran sus participaciones a un inversor local, Marcelo Mindlin, figura cercana al Gobierno, como es bien sabido. Por cierto, a ambas empresas de energía eléctrica se les concedieron incrementos tarifarios excepcionales e inusualmente generosos del 31 y 25%, niveles sustancialmente superiores al 15% de aumento a implementarse en 12 meses que se ofreció a

<sup>247</sup> Ver el Escrito posterior a la audiencia de Total, párr. 495 y el *World Bank Draft Aide Mémoire, Technical Assistance on the Renegotiation of Infrastructure and Public Service Concessions*, de fecha 17-23 de febrero de 2003 en el Apéndice C-438 (ver también párr. 253).

<sup>248</sup> Ver el Escrito posterior a la audiencia de Total, párr. 254 y 496.

TGN. (d) La adquisición por parte de Marcelo Mindlin del 65% de la participación de Electricité de France en la empresa distribuidora de electricidad Edenor coincidió con la rápida culminación del proceso de renegociación e implementación de un incremento tarifario del 15% retroactivo a noviembre de 2005...<sup>249</sup>.

## *10.2 La posición de la Argentina*

**208.** La Argentina se opone a la manifestación de Total en cuanto al carácter discriminatorio de las medidas sobre la base de los siguientes argumentos. En primer lugar, las medidas estaban dirigidas a la población en general, no discriminaban entre nacionales y extranjeros, y eran de aplicación general.

“Los actos impugnados por TOTAL poseen carácter general y se aplican a la economía argentina o al sector de generación eléctrico, de producción y explotación de hidrocarburos o de transporte de gas en su conjunto, sin perjuicio de la nacionalidad de las partes afectadas por ellos. No existe regulación alguna que limite sus efectos a los inversores extranjeros o a los nacionales ni que persiga metas discriminatorias<sup>250</sup>.”

Todos los sectores de la economía argentina han sido afectados por las medidas. Además, la Argentina alega que:

“... no se otorgó a TOTAL un trato diferente del que se dio a cualquier otra empresa en una situación relevantemente similar. La desigualdad de trato sólo es discriminatoria entre sujetos que se encuentran en circunstancias similares<sup>251</sup>.”

En cuanto al argumento de Total de que al no cambiar las tarifas de gas desde 2001 la Argentina proporcionó un subsidio cruzado a la industria, el comercio, la agricultura y los sectores bancarios predominantemente locales, la Argentina presenta dos argumentos. En primer lugar,

“[l]a diferencia de trato que pudiera haber existido entre el sector energético y los sectores con los que se compara la Demandante no puede dar lugar a discriminación, porque implica comparar inversores que no se encuentran en igualdad de circunstancias, ya que pertenecen a sectores económicos diferentes. (...) En este sentido, dado que hay diferencias importantes entre los distintos sectores que se vieron afectados, no es sorprendente que se haya procurado o se esté procurando encontrar distintas soluciones para cada uno de ellos<sup>252</sup>.”

---

<sup>249</sup> Ver el Escrito posterior a la audiencia de Total, párr. 500.

<sup>250</sup> Ver el Escrito posterior a la audiencia de la Argentina, párr. 479.

<sup>251</sup> Ver el Escrito posterior a la audiencia de la Argentina, párr. 481.

<sup>252</sup> Ver el Escrito posterior a la audiencia de la Argentina, párr. 484, donde la Argentina hace referencia a los casos *Enron* y *Sempra*. Ambos Tribunales rechazaron la reclamación de discriminación de los inversores. En este aspecto,

En segundo lugar, la Argentina aduce que, por un lado,

“[n]o es cierto que los intereses extranjeros en el sector energético hayan sido mucho mayores que en el sector manufacturero, del comercio y bancario. (...) la inversión extranjera directa en la industria, el comercio y el sector bancario entre 1992 y 2002 no fue mucho menor que en el sector energético”<sup>253</sup>.

Por otro lado, la Argentina señala que una de los principales accionistas de TGN es TECHINT, una compañía argentina<sup>254</sup>. Además, la Argentina señala que:

“Muchas empresas del grupo TOTAL, como Hutchinson Argentina, TMP (terminales marítimas patagónicas), entre otras, pertenecen al sector industrial que TOTAL afirmó que fue beneficiado por ser un sector de empresas principalmente nacionales. Más aún, TOTAL Austral sucursal argentina tiene el 99,99% de las acciones de una empresa que se llama TOTAL GAZ, que se dedica a comercializar gas licuado o “bottle gas”, sector que supuestamente, fue beneficiado por el gobierno argentino”<sup>255</sup>.

**209.** Por último, según la Argentina, aún si el Tribunal determinara que la Argentina le otorgó a Total un trato diferenciado en comparación con el acordado a otras entidades o sectores,

“la presunta diferencia en el trato otorgado a la Demandante no sería caprichosa, irracional o absurda. Las medidas cuestionadas por TOTAL estuvieron dirigidas a solucionar una grave crisis económica, política, social e institucional. Tales medidas fueron razonables y proporcionadas al fin buscado. En consecuencia, no pueden ser consideradas discriminatorias”<sup>256</sup>.

Por lo tanto, la Argentina concluye que:

“no existió discriminación alguna contra TOTAL ya que las medidas cuestionadas fueron todas generales y no se le otorgó un trato diferencial en razón

---

el Tribunal del caso *Enron* dispuso en el párr. 282 que: “Naturalmente que hay diferencias importantes entre los distintos sectores que se vieron afectados, de modo que tampoco es sorprendente que se haya procurado o se esté procurando encontrar distintas soluciones para cada uno de ellos; pero no podría decirse que alguno de dichos sectores ha sido identificado especialmente para aplicársele medidas más duras que a otros o, por el contrario, para otorgar una reparación más beneficiosa a un sector en detrimento de otros. El Tribunal no considera que haya habido ninguna diferenciación caprichosa, irracional o absurda en el trato otorgado a las Demandantes en comparación con otras entidades o sectores”. (*Enron Corporation y Ponderosa Assets, L.P. c. Argentina*, nota 20 *supra*, párr. 282). Ver también, con casi el mismo texto, *Sempre Energy International c. Argentina*, nota 189 *supra*, párr. 319.

<sup>253</sup> Ver la Dúplica de la Demandada, párr. 655 y el Escrito posterior a la audiencia de la Argentina, párr. 486.

<sup>254</sup> Ver el Escrito posterior a la audiencia de la Argentina, párr. 487.

<sup>255</sup> Ver el Escrito posterior a la audiencia de la Argentina, párr. 488.

<sup>256</sup> Ver el Escrito posterior a la audiencia de la Argentina, párr. 490.

de su nacionalidad, ni menos favorable que el otorgado a cualquier otra empresa en una situación relativamente similar”<sup>257</sup>.

### 10.3 Conclusiones del Tribunal

**210.** A fin de determinar si el trato es discriminatorio, es necesario comparar el trato cuestionado con el trato de personas o cosas en una situación comparable. En temas económicos, se utiliza ampliamente el criterio de “situación similar” o “en ubicación similar” debido a que requiere la existencia de una relación competitiva entre aquellas situaciones que se comparan que no debería distorsionarse por la intervención del Estado contra el extranjero protegido<sup>258</sup>. Esto es inherente a la definición misma del término “discriminación” en el derecho internacional general:

“...Las meras diferencias de tratamiento no constituyen necesariamente discriminación... la discriminación puede surgir, en general, en casos donde aquello que es idéntico en todo aspecto material se trata de distinto modo, o donde aquello que es distinto en todo aspecto material se trata del mismo modo”.<sup>259</sup>

Los elementos que son la base de la similitud varían según el contexto legal en el que debe aplicarse la noción y las circunstancias específicas del caso individual.

**211.** Según los acuerdos de inversión internacional, tanto el trato nacional como el trato de nación más favorecida requieren un análisis comparativo. Además, la obligación de trato nacional no precluye todo el trato diferencial que podría afectar las inversiones protegidas sino que apunta a proteger a los inversores extranjeros de la discriminación *de iure* o *de facto* basada en la nacionalidad.

---

<sup>257</sup> Ver el Escrito posterior a la audiencia de la Argentina, párr. 492.

<sup>258</sup> Esto no es más que la aplicación del principio fundamental y tradicional que establece que la determinación de discriminación (es decir, el trato inferior acordado respecto de una norma relevante) presupone una comparación entre personas, cosas o actividades de la misma especie. Ver Comisión de Derecho Internacional, *Draft Articles on Most-Favoured-Nation Clauses with Commentaries*, Y.B. ILC 1978, Vol. II(2), 8-72. No hay motivo por el que esta condición previa no se pueda aplicar igualmente en la protección de inversiones como en asuntos de comercio, donde el requisito de “similitud” se expresa en cuanto a los productos en el Artículo I.1 y II.2 del GATT y en el Artículo II.1 y XVII del AGCS en cuanto a servicios (incluye las inversiones directas en los sectores de servicios según el Artículo I.2(c) del AGCS).

<sup>259</sup> Ver R. Jennings, A. Watts (eds.), *Oppenheim's International Law*, 9º ed. (Longman, 1992), Vol. I, pág. 378. La Argentina se refiere también a la definición de discriminación de la Corte Europea de Derechos Humanos: “La discriminación... significa tratar de modo distinto, sin justificación objetiva y razonable, a personas que están en situaciones similares “en lo relevante”. Para que una reclamación [de discriminación] sea exitosa, deberá establecerse, entre otros aspectos, que la situación de la presunta víctima pueda ser considerada similar a la de otras personas que han recibido un mejor trato” (ver *Fredin c. Suecia* (No.1), 1991 Eur. Ct. H.R. 2, para. 60).

**212.** Por ello, un demandante que aduzca la existencia de una violación por parte del Estado receptor a la cláusula de trato nacional de un TBI: (i) debe identificar el objeto local de la comparación; (ii) tiene que probar que el inversor reclamante se encuentra en circunstancias similares a las del nacional o los nacionales identificados para la comparación como objeto de preferencia; y (iii) debe probar que ha recibido un trato menos favorable respecto de su inversión en comparación con el trato otorgado al inversor local específico o a la clase específica del objeto local comparado.

**213.** En consideración de lo anterior, el Tribunal concluye que la ausencia del término “similar” en el Artículo 4 del TBI no es decisivo, ya que este elemento es inherente en una evaluación de discriminación<sup>260</sup>. Por lo tanto, a fin de prevalecer en su reclamación de trato nacional, Total debería probar que la Argentina le acordó un trato menos favorable a sus inversiones que el trato acordado a los inversores nacionales que se encuentran en circunstancias o situaciones similares a las de Total. El Tribunal no puede aceptar la manifestación de Total de que con arreglo al Artículo 4 del TBI las medidas de aplicación general han resultado prácticamente en el trato diferencial acordado a inversores en distintos sectores e independientemente de su nacionalidad distinta puedan considerarse discriminatorias por sí mismas según el análisis de “circunstancias similares”. Más aún, el trato diferenciado entre los inversores nacionales y extranjeros que se encuentran en circunstancias similares debe estar basado en la nacionalidad. En este sentido, un inversor extranjero que cuestiona medidas de aplicación general como discriminatorias *de facto* en virtud del Artículo 4 del TBI debe mostrar que tiene un caso *prima facie* de discriminación basada en la nacionalidad. El Tribunal considera que las alegaciones de Total no han probado ni que los sectores fueran comparables ni que el trato diferencial esté motivado por la nacionalidad o que resulte en un trato menos favorable para con los extranjeros.

---

<sup>260</sup> El Tribunal del caso *Parkerings-Compagniet* llegó a la misma conclusión al interpretar la cláusula de nación más favorecida que no incluye referencias al requisito de “circunstancias similares”. Ver *Parkerings-Compagniet AS c. Lituania*, Caso CIADI No. ARB/05/8, Laudo, 11 de septiembre 2007, párr. 369 donde el Tribunal dispone: “La condición esencial de la violación de una cláusula de nación más favorecida es la existencia de un trato distinto acordado a otro inversor extranjero en la misma situación. Por ello, es necesario establecer una comparación con un inversor que se encuentre en circunstancias similares”.

- 214.** Por los motivos mencionados más arriba, para determinar la violación de la obligación de trato nacional el criterio relevante no es sólo si un sector ha sido tratado de modo diferente, peor, que otro. Mantener bajos precios en la energía eléctrica por parte de una nación productora de hidrocarburos a fin de apoyar a otros sectores de su economía parece ser una política económica de vasta aplicación. No puede considerarse discriminatoria en sí misma aún si los inversores extranjeros están más comprometidos en este sector de recursos naturales. Por el contrario, se reconoce generalmente que los gobiernos tienen amplia discreción para decidir cómo tratar y regular diferentes sectores de la economía con vistas a la conveniencia política y económica. Una determinación de discriminación *de facto* en este contexto requeriría que la demandante presente un caso *prima facie* de discriminación basada en la nacionalidad sin que el Estado anfitrión pruebe que este trato diferente y menos favorable no es irracional.
- 215.** En la opinión del Tribunal, Total no ha presentado un caso *prima facie* de discriminación en varios sentidos. Primero, en cuanto a la pesificación, esta medida fue aplicable y golpeó todos los sectores de la Argentina sin distinción<sup>261</sup>. Las alegaciones y los ejemplos utilizados por Total en respaldo de su reclamación de trato nacional no se prestan a ser considerados como sectores o situaciones similares. En lo relativo al trato diferencial en distintos sectores de la economía argentina, (aún si una comparación entre el mismo sector fuera admisible) Total no prueba que dicho trato diferencial estuviera basado en la nacionalidad. En este sentido, el Tribunal nota que a un inversor nacional como TECHINT (inversor en TGN como Total) le fue acordado el mismo trato por parte de la Argentina respecto de su inversión en TGN que el acordado a Total.
- 216.** Además, el Tribunal nota que las medidas sobre las que Total reclama con arreglo al Artículo 4 también se alegan como violación del Artículo 3. El Tribunal enfatiza la conclusión a la que se refirió anteriormente en cuanto a que la Argentina viola el Artículo 3 al no efectuar ningún ajuste a las tarifas de TGN desde el 1º de julio de 2002 y su incumplimiento al no concluir el proceso de renegociación con TGN positivamente luego de más de siete años. Aún si tal conducta ha sido

---

<sup>261</sup> El trato preferencial otorgado a los depositantes (ver nota 153 *supra*) se aplica a todos. También, los beneficios de TGN respecto del mantenimiento de las tarifas en dólares en relación con la provisión a clientes externos. En este sentido, ver nota 243 *supra*.

discriminatoria, esto no agregaría un elemento adicional de ilegalidad a la conducta ya determinada por el Tribunal como no razonable y en violación del TBI, ni una determinación adicional sería relevante en este sentido para la cuantificación de los daños.

**217.** Por los motivos antes mencionados, el Tribunal concluye que la Argentina no ha violado el Artículo 4 del TBI.

**218.** Habiendo llegado a estas conclusiones, el Tribunal considera que los diferentes actos a los que se refiere Total como muestra de la conducta discriminatoria de la Argentina al mantener las tarifas de gas a niveles no remunerativos, en tanto que otros sectores no eran objeto de una limitación semejante refuerzan las conclusiones del Tribunal en el sentido de que la Argentina actuó de manera injusta y no razonable, en contravención del Artículo 3. También pueden existir dudas sobre si las autoridades argentinas actuaron en buena fe al no concluir afirmativamente la renegociación a través del UNIREN desde 2004.

## *11. Defensas de la Argentina*

**219.** Antes de concluir, el Tribunal debe abordar el tema de las defensas de la Argentina en el caso de determinar que la Argentina ha violado el TBI en relación con la inversión de Total en TGN. Estas son (i) la invocación de la defensa de “estado de necesidad” conforme al derecho internacional general<sup>262</sup>; y (ii) la defensa de la Argentina en virtud del Artículo 5.3 del TBI<sup>263</sup>.

### *11.1 La defensa de necesidad de la Argentina según el derecho internacional consuetudinario*

**220.** El Tribunal destaca que el derecho internacional consuetudinario impone condiciones estrictas para que un Estado pueda invocar exitosamente la defensa de necesidad. Al Artículo 25 de los Artículos de la CDI sobre Responsabilidad de los Estados, generalmente se le atribuye haber codificado el derecho internacional consuetudinario en la materia, lo cual es también aceptado por ambas partes en este

---

<sup>262</sup> Ver el Memorial de contestación de la Demandada, párr. 876 y ss.

<sup>263</sup> Ver el Memorial de contestación de la Demandada, párr. 675 y ss.

caso<sup>264</sup>. El Artículo 25 reconoce la necesidad como una “causa de exclusión de la ilicitud de un hecho que no esté en conformidad con una obligación internacional” y resume las condiciones fundamentales de aplicabilidad del estado de necesidad de la siguiente manera:

“Artículo 25-Necesidad

1. Ningún Estado puede invocar el estado de necesidad como causa de exclusión de la ilicitud de un hecho que no esté en conformidad con una obligación internacional de ese Estado a menos que ese hecho: a) Sea el único modo para el Estado de salvaguardar un interés esencial contra un peligro grave e inminente; y b) No afecte gravemente a un interés esencial del Estado o de los Estados con relación a los cuales existe la obligación, o de la comunidad internacional en su conjunto.

2. En todo caso, ningún Estado puede invocar el estado de necesidad como causa de exclusión de la ilicitud si: a) La obligación internacional de que se trate excluye la posibilidad de invocar el estado de necesidad; o b) El Estado ha contribuido a que se produzca el estado de necesidad”.

**221.** La defensa de necesidad de derecho internacional consuetudinario opera como una excusa respecto a actos ilícitos y, por ende, únicamente es relevante una vez que se ha identificado una violación a un TBI. Como una defensa positiva, es la parte que alega la necesidad como una justificación para su incumplimiento, en este caso Argentina, quién debe probar que los elementos requeridos bajo el Artículo 25 están presentes. Respecto de la reclamación de Total en lo concerniente a su inversión en TGN, el Tribunal ha determinado que la pesificación de las tarifas de gas y su desvinculación del IPP de los EE. UU. no viola el TBI. Por el contrario, el Tribunal ha determinado que el bloqueo *de facto* de las tarifas de gas y su falta de reajuste desde el 1º de julio de 2002 violan el Artículo 3 del TBI. Más específicamente el Tribunal ha concluido que dado que Argentina no ha remediado el bloqueo de las tarifas por ninguno de los mecanismos de renegociación que ésta introdujo después de la Ley de Emergencia o por medio de la operación de mecanismos previos que nominalmente permanecieron en vigencia, sería apropiado que para calcular los daños causados a Total, basarse en un reajuste periódico semestral de las tarifas, tal y como lo establece el Régimen del Gas pero basado en la evolución local de precios<sup>265</sup>. Por ende el Tribunal debe evaluar la aplicabilidad de la defensa de

---

<sup>264</sup> Ver Contra-Memorial de Argentina, párr. 887 y siguientes; Réplica de Total, párr. 547 y siguientes. *CMS Gas Transmission Company c. Argentina*, Decisión de Anulación, nota *supra* 191, párr. 129; *Continental Casualty Company c. Argentina*, nota *supra* 53, pie de página 238 en pág. 72; *Sempra Energy International c. Argentina*, nota *supra* 191, párr. 111; *Enron Corporation y Ponderosa Assets L.P. c. Argentina*, Decisión de Anulación, nota *supra* 191, párr. 356.

<sup>265</sup> Ver *supra* párr. 183.

necesidad bajo el derecho consuetudinario internacional solamente respecto a la omisión de Argentina de reajustar las tarifas del gas, tal y como se especificó anteriormente. Más específicamente, esto implica primeramente, determinar si el congelamiento extendido de las tarifas de distribución del gas desde el 2002, en violación con el TBI, era necesario para salvaguardar los intereses esenciales de la Argentina, de preservar a sus ciudadanos y la seguridad de éstos, frente a la emergencia social y económica del 2001<sup>266</sup>. Segundo, el Tribunal debe determinar si dicho congelamiento, si hubiere sido necesario, era la única manera de salvaguardar dichos alegados intereses esenciales.

**222.** El Tribunal señaló en los párrafos anteriores que el principio de reajuste de las tarifas para asegurar que los proveedores de servicios públicos puedan obtener una rentabilidad razonable y proveer el servicio, está consagrado en la Ley del Gas, y que dicho principio aún continúa en vigencia. Además, el Tribunal desea subrayar que este principio fundamental no ha sido derogado ni suspendido durante la crisis. Al contrario, el mismo fue reafirmado por la Argentina en el pináculo de la emergencia económica de 2001/2002. El Artículo 9 de la Ley de Emergencia establecía la renegociación de las tarifas tomando en cuenta varios criterios, entre los cuales, “el interés de los usuarios y la accesibilidad de los servicios” era solamente uno de ellos. El dictamen legislativo debilita la posición de la Argentina respecto a que el prolongado congelamiento de las tarifas de la distribución del gas en discusión fue necesario para salvaguardar los intereses esenciales de la Argentina de preservar “la existencia misma del Estado y de su población” ante un inminente y grave peligro<sup>267</sup>. El Tribunal resalta que el 17 de octubre de 2002, en razón de un pedido de ENARGAS, el Ministro de Economía por Resolución del ME 487/02, eximió a ENARGAS de su previa Resolución 38/02 del 10 de abril de 2002, que había prohibido a los reguladores, incluyendo ENARGAS, llevar a cabo cualquier revisión

---

<sup>266</sup> Ver los Comentarios de la CDI al Art. 25, párr. 14. En este sentido el Tribunal considera que el Estado puede invocar la necesidad también para proteger la seguridad y el bienestar de sus ciudadanos ante una emergencia económica severa. Ver el Reporte de la CDI respecto al trabajo realizado en su sesión número treinta y dos, Anuario de la CDI, 1980, II, 2, p. 35 señalando que la necesidad puede consistir en “un grave peligro a la existencia del Estado mismo, de su sobrevivencia política y económica”; ver también *LG&E c. Argentina*, cit. Nota *supra* note, párrs. 246, 251; *Continental Casualty Company c. Argentina*, nota *supra* 53, párr. 175 y sus fuentes ahí citadas.

<sup>267</sup> Así es como la Argentina ha caracterizado sus intereses esenciales en su Contra-Memorial, párr. 917. Asimismo la Argentina sugiere que sus intereses esenciales eran “la preservación de la vida económica, política, social e institucional del Estado mismo” y que las medidas generales aprobadas fueron necesarias para la preservación de los intereses esenciales de seguridad: “al mantenimiento de la estabilidad social y a la preservación del acceso a los servicios esenciales, vitales para la salud y el bienestar de su población”. Escrito Posterior a la Audiencia de la Argentina, párrs. 543 y 545 respectivamente).

de tarifas<sup>268</sup>. Contra esta posición de la Argentina, la Resolución 487/02 estableció específicamente que las revisiones a las tarifas de gas eran necesarias “a fin de posibilitar la preservación de la prestación de los servicios públicos”. La Resolución 487/02 refleja el hecho de que en la segunda parte del 2002, la Argentina estaba emergiendo de su crisis<sup>269</sup>.

**223.** Argentina no ha demostrado que la seguridad económica de los usuarios del gas hubiera estado inminente y gravemente amenazados si las tarifas del gas hubiesen sido ajustadas a mediados del 2002, tal y como la misma legislación de la Argentina lo establecía<sup>270</sup>. Incluso si esto hubiera sido así, Argentina no ha demostrado que el congelamiento de las tarifas hubiera sido la “única forma que el Estado tenía para salvaguardar” dichos intereses esenciales ante un peligro grave e inminente. En este sentido el Tribunal señala que la Argentina analizó la falta de cualquier alternativa razonable a las medidas de emergencia que la Argentina adoptó para hacerle frente a la crisis, principalmente respecto a la pesificación de la economía que el Tribunal ha dictaminado que no viola el TBI. De acuerdo con la Argentina, la pesificación era la única forma que Argentina tenía para salvaguardar su propia sobrevivencia económica y política así como la de sus propios ciudadanos, también como una manera de garantizar “tasas justas y razonables” de servicios públicos.<sup>271</sup> La Argentina no ha discutido ni ha suministrado evidencia, tal y como era su obligación, de que no había alternativas razonables al congelamiento de las tarifas. La Argentina no solamente omitió presentar evidencia alguna que apoyara su posición de que las medidas adoptadas fueron necesarias, sino que tampoco respondió al contraargumento de Total. Por ejemplo, Total se refirió a la introducción de subsidios a hogares de bajos recursos (tal y como la Argentina hizo en otros servicios públicos) y reduciendo la carga tributaria en los recibos de servicios públicos de hogares de bajos recursos.<sup>272</sup>

---

<sup>268</sup> Ver el párr. 88.

<sup>269</sup> Ver pie de página 53.

<sup>270</sup> Más aún parece improbable desde el punto de vista fáctico que el reajuste relativamente limitado de las tarifas en relación a la variación de precios de la Argentina (ver el párr. 183 anterior) podría haber afectado “un interés esencial” de la Argentina “contra un peligro grave e inminente”. Esto, en cualquier caso, no ha sido probado por Argentina.

<sup>271</sup> Ver el el Memorial de Contestación de Argentina, párrs. 899-913 y el Escrito Posterior a la Audiencia de Argentina párrs. 553-557.

<sup>272</sup> Ver el Escrito posterior a la audiencia de Total, párr. 1047 y ss.

224. Por tanto, la Argentina no ha logrado probar la defensa de necesidad conforme al derecho consuetudinario internacional en los que se refiere a las medidas que han sido halladas en contravención del TBI, adoptadas en relación con las inversiones de Total en TGN. Por ende es innecesario que el Tribunal examine si se dio el cumplimiento de las demás condiciones requeridas bajo el derecho consuetudinario internacional para que la Argentina se ampare a la defensa de necesidad. El Tribunal tampoco tiene que analizar los argumentos en contrario de Total en relación con dichas condiciones. El Tribunal concluye que la defensa de Argentina basada en el estado de necesidad bajo derecho consuetudinario internacional no tiene fundamento

### *11.2 La defensa de la Argentina según el Artículo 5.3 del TBI*

225. El Artículo 5.3 del TBI dispone que

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

226. La Argentina señala que “no caben dudas que el artículo 5(3) del Tratado es una norma que establece una cláusula de escape para un caso de emergencia, norma que prevalece sobre el resto del Tratado [...]”<sup>273</sup>.

Asimismo, según la Argentina, el Artículo 5.3 cubre casos de emergencia, incluidos de emergencia económica<sup>274</sup>. La Argentina aduce que:

“[E]l TBI prevé expresamente la adopción de medidas de emergencia por parte de un Estado que puedan causar pérdidas a las inversiones de la otra parte contratante. No sólo contempla esa posibilidad, sino que legítima el accionar del Estado siempre que se cumplan con los siguientes requisitos: a) que los inversores sufran pérdidas en el territorio o zona marítima de la otra parte contratante a causa de un estado de emergencia nacional, entre otras circunstancias numeradas; b) que reciban de parte de las autoridades del Estado contratante, en cuyo territorio ocurrieron los hechos, un trato no menos favorable

---

<sup>273</sup> Ver el Escrito posterior a la audiencia de la Argentina, párr. 519.

<sup>274</sup> Ver el Escrito posterior a la audiencia de la Argentina, párr. 522.

que el otorgado a sus propios inversores o a los nacionales de otros Estados, respecto de las medidas que adopte con relación a dicha situación”<sup>275</sup>.

Además, la Argentina aduce que la disposición otorga al Estado amplias facultades para determinar qué constituye el estado de emergencia nacional que el Tribunal está limitado a considerar sólo si la Argentina actuó de buena fe al aplicar esta cláusula del TBI<sup>276</sup>.

**227.** Total se opone enfáticamente a la defensa de la Argentina. Más específicamente, según Total,

“...el Artículo 5, inciso 3 no puede exonerar a Argentina de su responsabilidad en virtud del Tratado por las siguientes razones: (a) El propósito del Artículo 5, inciso 3 es crear un derecho a indemnización en aquellos casos en los que tal derecho no está contemplado en las normas generales de derecho internacional. (b) En todo caso, el énfasis que Argentina pone en el término “emergencia” del Artículo 5, inciso 3 es erróneo. Los términos que lo preceden y los que le siguen permiten interpretar que el Artículo 5, inciso 3 en su totalidad se aplica solamente en caso de violencia física y destrucción (“guerra”, “conflicto armado”, “insurrección”, etc.). No está relacionado con la “emergencia” económica. (c) El Artículo 5, inciso 3 sólo se aplica a las pérdidas sufridas como consecuencia directa de una guerra, conflictos armados, etc. Las pérdidas de Total no fueron ocasionadas como consecuencia de una “crisis” económica, sino por las Medidas adoptadas por Argentina”<sup>277</sup>.

**228.** Habiendo resumido en los párrafos precedentes la posición de las Partes respecto de la defensa de la Argentina basada en el Artículo 5.3, el Tribunal tratará la interpretación del Artículo 5.3 del TBI de conformidad con el Artículo 31 de la CVDT. En este sentido, el texto llano del Artículo 5.3. indica claramente que cada una de las Partes brindará a los inversores de la otra Parte un tratamiento no menos favorable que el acordado a sus propios inversores o a los de la Nación más favorecida en caso de pérdidas que afecten sus inversiones en el territorio de la otra Parte Contratante “a causa de una guerra o de cualquier otro conflicto armado, revolución, estado de emergencia nacional o rebelión”.

**229.** Contrario a la posición de la Argentina, el sentido ordinario de los términos utilizados en el Artículo 5.3 no fundamentan la conclusión de que esta cláusula es

---

<sup>275</sup> Ver el Memorial de contestación de la Demandada, párr. 677 [énfasis del original].

<sup>276</sup> Ver la Dúplica de la Demandada, párr. 702.

<sup>277</sup> Ver el Escrito posterior a la audiencia de Total, párr. 984 y, con mayor extensión, la Réplica de la Demandante, párr. 519 y ss.

una cláusula de exoneración ante casos de emergencia. Esta no es una cláusula de las llamadas “*non-precluded measures*” de otros Tratados Bilaterales de Inversión celebrados entre la Argentina y otros Estados (por ejemplo, el Artículo XI del TBI Argentina-EE.UU.). El Artículo 5.3 contempla y regula la situación de pérdidas sufridas por las inversiones realizadas en el territorio de una Parte por los inversores de la otra Parte “a causa de una guerra o de cualquier otro conflicto armado, revolución, estado de emergencia nacional o rebelión” y por ende, se clasifican más apropiadamente como cláusulas de “guerra y disturbios civiles”, o como cláusulas de “pérdidas debido a guerra”.<sup>278</sup> Contrario a los argumentos de la Argentina, el Artículo 5.3 no es aplicable a una emergencia económica, a menos que la emergencia económica que impacte a una de las Partes haya llevado a una “emergencia nacional” donde se hayan generado pérdidas como aquellas que resultan de una guerra, rebelión u otro tipo de disturbio. El Tribunal no encuentra fundamento para el argumento de la Argentina de que esta disposición legitime la adopción de medidas del gobierno del Estado receptor en el caso de pérdidas (económicas) infringidas a los inversores extranjeros. En todo caso, la disposición opera sólo cuando la indemnización de pérdidas físicas ha sido otorgada por una Parte a sus inversores o a inversores de terceros. En estos casos, el Artículo 5.3 impone el deber de extender esta indemnización a los inversores protegidos por el TBI. Esta disposición es, por lo tanto, inaplicable desde todos los puntos de vista en este contexto.

**230.** En consideración de lo antedicho, al invocar esta cláusula, la Argentina no puede ser exonerada de su responsabilidad emergente por causa de la violación del TBI. Además, el Tribunal nota que esta cláusula tiene un fin opuesto al de una cláusula exculpatoria. De hecho, esta cláusula tiene por objeto otorgar a las inversiones realizadas en el territorio de una Parte por los inversores de la otra Parte una garantía adicional respecto de situaciones en las que el Estado receptor, aún sin tener una obligación internacional, ha indemnizado las pérdidas sufridas a causa de ciertos hechos por sus nacionales o inversores de otros Estados.

**231.** Por los motivos mencionados más arriba, el Tribunal concluye que la defensa de la Argentina basada en el Artículo 5.3 no tiene fundamento.

---

<sup>278</sup> Encuesta de la CNUCD, *Bilateral Investment Treaties in the Mid-1990s* (1998) en 73, referida en la Réplica de Total pár. 534, Apéndice CL-129.

### ***Parte III – El reclamo de Total en lo que respecta a su inversión en el sector de generación de electricidad***

#### ***1. Inversiones de Total***

**232.** En lo que respecta al sector de generación de electricidad, Total invirtió en dos empresas importantes de generación eléctrica, Central Puerto S.A. (“Central Puerto”) e Hidroeléctrica Piedra de Águila S.A. (“HPDA”).

**233.** Central Puerto es una gran empresa generadora de electricidad dual, con capacidad para producir 2.165 megavatios, cantidad que representa el 9,5% de la capacidad total instalada 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 estatal, cuyo negocio de generación eléctrica fue dividido en cuatro generadores térmicos. Al momento de la privatización, aproximadamente 63,93% del total de las participaciones accionarias de Central Puerto fueron adquiridas por empresas chilenas. Finalmente, una de estas empresas, la Compañía Chilena de Generación Eléctrica (luego denominada “Gener”) adquirió las participaciones de las otras dos empresas. En julio de 2001, Total adquirió la totalidad de la participación accionaria de Gener en Central Puerto (que había sido adquirida por AES Corporation en 2000). Total asegura haber pagado aproximadamente US\$255 millones y haber suscripto US\$120 millones de deuda a los efectos de adquirir las acciones de Central Puerto<sup>279</sup>.

**234.** Se dice que HPDA es la empresa privada de generación hidroeléctrica más grande de la Argentina. Fue constituida en 1993, como parte de la privatización de Hidroeléctrica Norpatagónica S.A., la empresa estatal de generación hidroeléctrica que fue dividida en cinco unidades de negocio separadas a los efectos de la privatización. Al momento de la privatización de 1993, cierta cantidad de inversores extranjeros crearon una empresa argentina, Hidroneuquén S.A., a los efectos de la licitación y la adquisición del 59% de la participación accionaria de HPDA. Hidroneuquén S.A. continúa siendo la titular de las acciones. En septiembre de 2001,

---

<sup>279</sup> Ver el diagrama de la participación accionaria de Total en Central Puerto adjunta en el Apéndice C-70 y una copia de un pasaje del registro de accionistas de Central Puerto adjunta en el Apéndice C-44.

Total, a través de Total Austral, adquirió 70,03% de Hidroneuquén de manos de Gener por el monto de US\$72,5 millones más la adquisición de aproximadamente US\$57 (o 50,42)<sup>280</sup> millones de la deuda subordinada a modo de obligaciones negociables. Como consecuencia, Total era indirectamente titular del 41,3% de las participaciones societarias de HPDA<sup>281</sup>. Con posterioridad a la privatización, HPDA expendió montos significativos para la adquisición de equipos y servicios (US\$161,7 millones) y ha asumido la deuda existente (US\$405 millones). De acuerdo con Total, la planta hidroeléctrica de HPDA comprende actualmente cuatro unidades con una capacidad instalada total de 1.400 megavatios. Estas unidades comenzaron a brindar servicio en 1993-1994 y representaron el 6,13% de la capacidad instalada de electricidad en la Argentina.

**235.** En 2001, Total realizó una inversión de US\$327,45 millones para adquirir participaciones de Central Puerto y HPDA<sup>282</sup>.

**236.** En noviembre de 2006, estando en curso este arbitraje, Total vendió sus participaciones en el sector de generación de electricidad en la Argentina y recibió US\$35 millones por su participación del 63,79% en Central Puerto y US\$145 millones por su participación del 41,22% en HPDA<sup>283</sup>.

## ***2. Características relevantes del régimen de electricidad en la Argentina cuando Total realizó su inversión***

**237.** En paralelo con el régimen de Convertibilidad, la Argentina también buscó una política económica liberal con respecto al sector de la electricidad, a través de la privatización de empresas estatales que habían estado operando en el sector. La reforma en el sector eléctrico fue llevada a cabo mediante la apertura del sector a inversores privados y la desregulación. La Ley de Energía Eléctrica de 1992<sup>284</sup>, que

---

<sup>280</sup> Ver el Informe posterior a la audiencia de Total, nota 87, págs. 44 y 45.

<sup>281</sup> Ver un diagrama que muestra la participación de Total en HPDA en la Solicitud de arbitraje, párrs 158-160 en los Apéndices C-72, y una copia del registro de accionistas de HPDA adjunta en el Apéndice C-44.

<sup>282</sup> Escrito posterior a la audiencia de Total, párr. 98.

<sup>283</sup> Ver el Informe de LECG sobre Daños, párr. 133, pág. 66.

<sup>284</sup> Ley 24.065 que entró en vigencia el 16 de enero de 1992 (Apéndice C-84).

ha estado continuamente vigente desde su sanción y reflejó este nuevo enfoque, “implicó un corte abrupto con el pasado<sup>285</sup>.”

**238.** En la Solicitud de arbitraje, Total explicó el funcionamiento general del sistema en términos económicos (tal como era hasta el 2001) desde la perspectiva de los generadores de la siguiente manera:

“166. En resumen, los ingresos de los generadores de energía eléctrica consisten principalmente de tres tipos de pagos, que fueron fijados en US\$, de manera directa o indirecta, hasta 2002 por los Procedimientos. Estos son pagos por la electricidad despachada en el mercado *spot*, pagos por “potencia” y pagos que reflejan el “costo de la energía no suministrada”.

167. Estas tres fuentes de ingresos se describirán brevemente a continuación....[...]

*(b) El mecanismo de precio uniforme en el mercado spot*

170. En virtud de la Resolución 61/1992 de la SE, el precio de la electricidad en el mercado *spot* debía ser determinado de conformidad con el “costo económico” de la producción de la electricidad. Dicho precio debía ser uniforme y debía ser calculado, tal como se explica más abajo, de modo tal de recompensar a los generadores de energía eléctrica más eficientes (es decir, los más económicos) en términos de costo variable de producción.

171. De conformidad con la Ley de Energía Eléctrica y con los Procedimientos, tanto las centrales termales como los generadores hidroeléctricos declaran a Cammesa su costo variable de producción de electricidad en dólares estadounidenses dos veces al año. Los Procedimientos establecen que este costo variable debe estar “expresado como unidades de combustible equivalentes ('US\$/ unidad de combustible')”, lo que significa que es, principalmente, el costo del combustible de cada unidad multiplicado por su eficiencia al generar electricidad por medio de la utilización de dicho combustible.

172. Tal como ya ha sido explicado, el costo del gas, el principal combustible utilizado por los generadores térmicos en la Argentina, ha sido y sigue siendo el que determina, en términos generales, el costo variable declarado no solo por las centrales térmicas (que utilizan una enorme cantidad de gas para producir electricidad), sino también por las centrales hidroeléctricas (que deben declarar costos luego de las centrales térmicas, y tratar de seguir siendo competitivas con respecto a las centrales térmicas, tal como se describe en el párrafo 61 más arriba”.

173. Cammesa, por su parte, determina el precio de la electricidad en el mercado *spot* en forma horaria, según el cálculo de la oferta y la demanda de electricidad en base a datos relevantes proporcionados por los generadores. Cammesa entonces solicita que los generadores despachen electricidad hasta que se cubra la demanda, en un orden ascendente del costo variable determinado por

---

<sup>285</sup> Escrito posterior a la audiencia, párr. 104.

cada generador. Como resultado, un generador que pueda declarar costos variables bajos debería poder vender toda la electricidad que pueda proporcionar.

174. En este mecanismo, el precio uniforme de la electricidad equivale al costo de cada unidad de electricidad que se requiera para cubrir la siguiente unidad de demanda. Cada generador recibirá la correspondiente remuneración por sus despachos en base a este precio uniforme, y realizará un margen de la diferencia existente entre el precio uniforme y su propio costo variable declarado, a los efectos de cubrir sus costos fijos y obtener rentabilidad. Esto se ilustra en el siguiente diagrama.

*(c) Los conceptos de pagos de la "potencia puesta a disposición" y "de la energía no suministrada"*

175. La Ley de Energía Eléctrica y los Procedimientos establecieron (hasta 2002) que los generadores de electricidad también deben recibir un pago de la "potencia puesta a disposición" por la suma de US\$10/MWh. Este es un pago por la electricidad que no ha sido realmente despachada en el mercado *spot* pero que se encuentra disponible para ser despachada en momentos de gran demanda. Se calculó sobre la base de una cierta cantidad de MWh despachada por cada generador en el mercado *spot* dentro de un período mensual.

176. El propósito económico del pago de la potencia puesta a disposición es fomentar las inversiones en las "*peaking units*" a las que se les solicita el despacho de electricidad solamente en momentos de demanda "pico"; estas centrales constituyen las válvulas de seguridad de la red de generadores y garantizan que no ocurran cortes de energía eléctrica.

177. La tarifa del pago de la potencia puesta a disposición que se describe más arriba siempre fue determinada en dólares estadounidenses: la SE ha expresado de manera consistente el pago de la potencia puesta a disposición en dólares estadounidenses y la Resolución 137/1992 estableció deliberadamente el monto por MWh en dólares estadounidenses.

178. En relación con la remuneración de la potencia puesta a disposición desarrollada más arriba se encuentra el monto denominado "costo de la energía no suministrada", es decir, un precio que se aplica en horas de demanda no suministrada para señalar el valor de la electricidad a la demanda en el mercado. Se fijó este precio en US\$1.500/MWh en los Procedimientos, y se mantuvo en este nivel hasta 2002. De conformidad con las mismas reglas, este monto en dólares estadounidenses será determinado por la SE en base a un estudio del valor social y económico de la demanda de energía que no puede satisfacerse<sup>286</sup>.

**239.** Antes de examinar las cuestiones de fondo de la reclamación de Total en relación con las inversiones anteriormente mencionadas, el Tribunal considera que es útil describir el régimen legal que regulaba el sector de generación eléctrica de Argentina de manera detallada, tal como se entiende de los argumentos de las partes en el presente arbitraje. A los efectos de la presente descripción, el Tribunal se ha basado en gran medida en los informes preparados por los expertos (el Sr. Abdala y el Sr.

---

<sup>286</sup> Solicitud de arbitraje de Total, párr. 166-178, se omiten las notas al pie. En sus presentaciones posteriores, Total parece haber modificado varios puntos de esta descripción.

Spiller por la Demandante y el Sr. Gallino y el Sr. Sruoga por la Demandada), así como también en los argumentos de las partes.

**240.** La Ley de Energía Eléctrica establece el marco general que regula el sector eléctrico de la Argentina, que asigna a autoridades especializadas (principalmente, la Secretaría de Energía del Ministerio de Economía, la tarea de establecerlo a través de normas altamente técnicas. El Tribunal tratará, en primer lugar, las disposiciones relevantes de la Ley de Energía Eléctrica y del decreto que la implementa (principalmente, el Decreto 1398/92)<sup>287</sup>.

**241.** La Ley de Energía Eléctrica incorpora un ente regulador, denominado Ente Nacional Regulador de la Electricidad (en adelante, “ENRE”), establecido dentro de la SE “el que deberá llevar a cabo todas las medidas necesarias para cumplir los objetivos enunciados en el artículo 2º de esta ley” (Artículo 54). El Artículo 2.1 de la Ley de Energía Eléctrica establece los objetivos del ENRE. Estos objetivos son: “a) Proteger adecuadamente los derechos de los usuarios; b) Promover la competitividad de los mercados de producción y demanda de electricidad y alentar inversiones para asegurar el suministro a largo plazo; c) Promover la operación, confiabilidad, igualdad, libre acceso, no discriminación y uso generalizado de los servicios e instalación de transporte y distribución de electricidad; d) Regular las actividades del transporte y la distribución de electricidad, asegurando que las tarifas que se apliquen a los servicios sean justas y razonables; e) Incentivar el abastecimiento, transporte, distribución y uso eficiente de la electricidad fijando metodologías tarifarias apropiadas; f) Alentar la realización de inversiones privadas en producción, transporte y distribución, asegurando la competitividad de los mercados donde sea posible”. Asimismo, el ENRE “sujetará su accionar a los principios y disposiciones de la presente norma, y deberá controlar que la actividad del sector eléctrico se ajuste a los mismos” (Artículo 2.2). El Artículo 4 de la Ley de Energía Eléctrica identifica los siguientes actores en el mercado eléctrico: “a) Generadores o productores; b) Transportistas; c) Distribuidores, d) Grandes usuarios”.

**242.** Al implementar la reforma del sector, la actividad eléctrica se dividió en tres sectores diferentes, a saber, el de la generación, el del transporte y el de la distribución. En virtud de la Ley de Energía Eléctrica, estos tres sectores se

---

<sup>287</sup> Apéndice C-35.

clasificaron de diferente manera. Mientras que la Ley de Energía Eléctrica define las actividades de transmisión y distribución eléctrica como “servicio público” (Artículo 1.1), la actividad de generación eléctrica es considerada un servicio “de ‘interés general”.

**243.** Más precisamente, el párrafo segundo del Artículo 1 de la Ley de Energía Eléctrica establece que: “La actividad de generación, en cualquiera de sus modalidades, destinada total o parcialmente a abastecer de energía eléctrica a un servicio público será considerada de interés general, afectada a dicho servicio y encuadrada en las normas legales y reglamentarias que aseguren el normal funcionamiento del mismo”<sup>288</sup>. El párrafo tercero del Artículo 1 del Anexo I del Decreto 1398/92 clarifica que: “[L]a actividad de generación de energía eléctrica por responder al libre juego de la oferta y la demanda debe ser sólo regulada en aquellos aspectos y circunstancias que afecten el interés general”. Concordantemente, “[I]a actividad de generación de energía eléctrica de origen térmico no requiere Autorización previa del PODER EJECUTIVO NACIONAL para su ejercicio, en cambio, la de origen hidroeléctrico estará sujeta a una concesión de explotación,....” (Artículo 5 del Anexo I del Decreto 1398/92)<sup>289</sup>.

**244.** En lo que respecta al sector de generación de electricidad, la Ley de Energía Eléctrica establece lo siguiente. La Secretaría de Energía<sup>290</sup> “determinará las normas a las que se ajustará al DNDC [Despacho Nacional de Cargas] para el cumplimiento de sus funciones, las que deberán garantizar la transparencia y equidad de las decisiones, atendiendo a los siguientes principios: a) permitir la ejecución de los contratos libremente pactados entre las partes, entendiendo por tales a los generadores [...], grandes usuarios y distribuidores (mercado a término); b) despachar la demanda requerida, en base al reconocimiento de precios de energía y potencia que se establecen en el artículo siguiente, que deberán comprometerse explícitamente a aceptar los actores del mercado, para tener derecho a suministrar o

---

<sup>288</sup> También ver el Artículo 1 del Decreto 1398/92; ENRE, Informe Anual 1993/1994, punto 3.1.b adjunto en el Apéndice C-316.

<sup>289</sup> También ver el Artículo 14, punto a) de la Ley 15336, según su modificación por la Ley de Energía Eléctrica (Artículo 89), que establece que se requiere concesión del Poder Ejecutivo Nacional para el aprovechamiento de las fuentes de energía hidroeléctrica. En virtud de los procedimientos, las plantas térmicas podrán operar, en su lugar, en el Mercado Eléctrico Mayorista con la autorización de la Autoridad correspondiente. A estos efectos, ver párr. 276 más abajo.

<sup>290</sup> La SE tiene la autoridad para implementar la Ley mediante la adopción de Resoluciones.

recibir electricidad no pactada libremente entre las partes [...]” (Artículo 35.2 de la Ley de Energía Eléctrica). De acuerdo con el Artículo 35.1, el DNDC es un órgano al que se le confió la administración del Mercado Eléctrico Mayorista (en adelante, “MEM”), que está compuesto tanto por los mercados a término (Artículo 35.2(a)) como por los mercados *spot* (Artículo 35.2(b)). El DNC se constituiría bajo la forma de sociedad anónima de conformidad con dicho Artículo. A estos fines, el Decreto 1192/92 establece la Compañía Administradora del Mercado Eléctrico Mayorista S.A. (en adelante, también “CAMMESA”), una empresa sin fines de lucro en la que los principales actores del Mercado Eléctrico Mayorista participan junto con el Estado.

**245.** La Ley de Energía Eléctrica establece que los generadores podrán vender la energía que produzcan de dos maneras. En primer lugar, pueden participar en el “mercado a término” de conformidad con el Artículo 35.2a) de la Ley de Energía Eléctrica mediante la ejecución de contratos pactados con otros generadores, distribuidores y grandes usuarios. A estos fines, la misma Ley establece que “[l]os generadores podrán celebrar contratos de suministro directamente con distribuidores y grandes usuarios. Dichos contratos serán libremente negociados entre las partes” (Artículo 6). En segundo lugar, el Artículo 35.2 b) establece que por medio de la participación en el mercado *spot* de energía eléctrica, los generadores pueden vender la energía que produzcan “en base al reconocimiento de precios de energía y potencia que se establecen en el artículo siguiente” (es decir, el Artículo 36.1 de la Ley de Energía Eléctrica).

**246.** En lo que respecta a la regulación del mercado *spot*, el Artículo 36.1 de la Ley de Energía Eléctrica establece que: “La Secretaría de Energía dictará una resolución con las normas de despacho económico para las transacciones de energía y potencia contempladas en el inciso b) del artículo precedente que aplicará el DNDC”. El mismo artículo también establece que: “La norma referida dispondrá que los generadores perciban por la energía vendida una tarifa uniforme para todos en cada lugar de entrega que fije el DNDC, basada en el costo económico del sistema. Para su estimación deberá tenerse en cuenta el costo que represente para la comunidad la energía no suministrada” [énfasis agregado]. Esta disposición es la norma principal de la Ley de Energía Eléctrica en la que Total se apoya.

**247.** Asimismo, de conformidad con el Artículo 36.2 de la Ley de Energía Eléctrica, la Secretaría de Energía también: “...determinará que los demandantes (distribuidores), paguen una tarifa uniforme, estabilizada cada noventa (90) días, medida en los puntos de recepción, que incluirá lo que perciben los generadores por los conceptos señalados en el párrafo precedente, y los costos de transporte entre los puntos de suministro y recepción”.

**248.** Al referirse a estas disposiciones, Total enfatiza la diferencia entre el transporte y la distribución, que califican como servicios públicos y se encuentran regulados como sectores basados en un sistema de tarifas, y la generación, que se encuentra organizada como un mercado libre con regulación mínima. En base a las disposiciones legales anteriormente mencionadas y a otra documentación<sup>291</sup>, Total argumenta lo siguiente:

“A partir de ella, la generación de electricidad sería un mercado libre y abierto. El estado debía vender sus centrales eléctricas y se construirían y operarían más plantas eléctricas de conformidad con el libre juego de la oferta y la demanda”<sup>292</sup>.

Total establece que la generación de electricidad entonces, fue organizada como un mercado libre “confiando en que la competencia entre empresas privadas eficiente mantendrían los costos bajos<sup>293</sup>” y “la filosofía implícita en la [Ley de Energía Eléctrica] era que las tarifas de los usuarios finales se determinarían de acuerdo con el costo económico del sistema”<sup>294</sup>. Como consecuencia, en virtud de la Ley de Energía Eléctrica y del Decreto 1398/92, el Estado tiene facultades limitadas en lo que respecta a la regulación de las actividades de generación de electricidad.

**249.** Más precisamente, según la postura de Total,

---

<sup>291</sup> Más específicamente, Total hace referencia en el párr. 864 de su Escrito posterior a la audiencia, a un documento preparado por el ENRE (Informe Anual 1993/1994, Apéndice C-316, en el punto 3.1.b, nota 280 *supra*) y a un informe de conferencia del Sr. Legisa (ex Presidente del ENRE) presentado en una conferencia sobre regulación en servicios de infraestructura en Nueva Delhi 2000 (Apéndice C-369). También ver el Escrito posterior a la audiencia de Total, párr. 865.

<sup>292</sup> Los servicios de transporte y distribución de electricidad fueron también privatizados. Los concesionarios serían remunerados por medio de tarifas, como en el sector de transporte de gas. Ver el Escrito posterior a la audiencia de Total, párr. 104.

<sup>293</sup> De acuerdo con Total “el costo de generación de la electricidad cayó drásticamente después de las reformas de 1992 y, en 2001, había disminuido un 40%”. Ver el Escrito posterior a la audiencia de Total, párr. 104.

<sup>294</sup> Ver el Escrito posterior a la audiencia de Total, párr. 105.

“[E]n el sector de generación de electricidad, el poder discrecional de la SE está limitado expresamente. A diferencia de lo que ocurre en sectores altamente regulados, como los sectores de transporte y distribución de electricidad (basados en un sistema de tarifas), conforme al Decreto 1398/1992, el sector de generación de electricidad funciona como un mercado libre y, por ende, debería de estar regulado mínimamente”<sup>295</sup>.

De acuerdo con Total,

“[E]xiste, por lo tanto, una diferencia fundamental entre un sector de servicios públicos (como el de transporte y distribución de electricidad) y un sector de interés público (como el de la generación de electricidad). Esta diferencia fue explicada por el ENRE en su informe Anual de 1993/1994 “Se declara la Generación como servicio de ‘interés general’, en tanto los restantes conservan los atributos de ‘servicio público’, considerándose que la Generación puede operar en un Mercado de competencia”<sup>296</sup>.

En base a las consideraciones que aparecen anteriormente, Total concluye que,

“[L]as limitaciones a la facultad de la SE surgen de la voluntad expresa del legislador, quien quería que la reglamentación estuviera limitada esencialmente a aspectos técnicos y la administración del sistema. Principalmente, el sistema se regiría por las reglas del libre mercado. El rol de la SE limita a la Implementación de las disposiciones y los objetivos de la [Ley de Energía Eléctrica]”<sup>297</sup>.

**250.** La Argentina se opone a los argumentos de Total. Por lo tanto, la Argentina sugiere que, en virtud de la Ley de Energía Eléctrica, la SE estará facultada para modificar y adaptar la regulación de los generadores a los efectos de “ la búsqueda de un mercado más eficiente y competitivo, posibilitando la continuidad de los servicios públicos”<sup>298</sup>. De acuerdo con la Argentina,

“las normas citadas son mandatorias en cuanto a la intervención estatal, a través de medidas orientadas a asegurar el normal funcionamiento del servicio eléctrico y siempre destinadas a proteger el interés general”<sup>299</sup>.

Por lo tanto, la Argentina afirma que la SE tiene derecho a modificar las normas aplicables a los generadores en beneficio del interés general dado que los generadores

---

<sup>295</sup> Ver el Escrito posterior a la audiencia de Total, párr. 863. A los efectos de apoyar este argumento, Total hace referencia al Decreto 1398/92, en su Artículo 1.3, que ya fue citado por el Tribunal en el párr. 243.

<sup>296</sup> Ver el Escrito posterior a la audiencia de Total, párr. 864.

<sup>297</sup> Ver el Escrito posterior a la audiencia de Total, párr. 866.

<sup>298</sup> Ver la Dúplica de la Argentina, párr. 402.

<sup>299</sup> Ver el Memorial de contestación de la Argentina, párr. 168, en el cual, la Argentina hace referencia al Artículo 1.2 de la Ley de Energía Eléctrica y al Artículo 1.3 del Decreto 1398/92, así como también a la Parte 2 del Artículo 3 de la Ley 15336.

principalmente están destinados a abastecer de energía a los servicios públicos<sup>300</sup>. La Argentina argumenta que este derecho de la SE proviene de las amplias facultades de ajustar las normas de funcionamiento del MEM otorgadas a través de la Ley de Energía Eléctrica (Artículos 35 y 36 de la Ley de Energía Eléctrica)<sup>301</sup>. De acuerdo con la Argentina, dos elementos más apoyan esta postura. En primer lugar, estas amplias facultades se encuentran demostradas por la práctica de la SE, la cual modificó el funcionamiento del MEM alrededor de 130 veces entre los años 1992 y 2001, con anterioridad a que Total realizara las inversiones en el sector<sup>302</sup>. En segundo lugar, la extensión de las facultades de la SE era de conocimiento público, dado que ha sido objeto de mucha crítica. En este respecto, la Argentina enfatiza que:

“[D]esde el punto de vista académico-regulatorio, algunos criticaron la amplitud de esas facultades. Esta fue la postura adoptada, entre otros, por Spiller, ya desde 1996, antes de que TOTAL invirtiese en electricidad. En la audiencia, Abdala señaló que compartía estas afirmaciones de Spiller. En su libro publicado en 1999, Spiller y Abdala afirmaron que “[a] nivel de la SE, el Estado se ha reservado la mayor cuota de poder discrecional.” Abdala reconoció en la audiencia que el Secretario de Energía “se había reservado un poder discrecional importante para establecer las reglas del juego en este sector”<sup>303</sup>.

Con base en estos argumentos, la Argentina llega a la siguiente conclusión:

“Todo inversor sofisticado incluye (o debería incluir) en sus expectativas legítimas las amplias facultades del Secretario de Energía para adecuar las reglas de funcionamiento del MEM.<sup>331</sup> En el actual contexto del presente caso, TOTAL sugiere que la legítima actuación del Secretario de Energía ha implicado violentar los principios cardinales del MEM.<sup>332</sup> TOTAL desconoce, entonces, las facultades de la Secretaría de Energía, tanto en el diseño de las políticas regulatorias del sector, como en el ejercicio de sus potestades en CAMESA”<sup>304</sup>.

Total está de acuerdo en que era necesario contar con regulaciones técnicas para el sector de generación de energía, pero establece que la capacidad de regulación no

---

<sup>300</sup> Ver el Memorial de contestación de la Argentina, en términos generales, párr. 164-174 y, en particular, el párr. 169.

<sup>301</sup> Ver la Dúplica de la Argentina, párr. 399 y 400.

<sup>302</sup> Ver nota 311 más abajo.

<sup>303</sup> Ver el Escrito posterior a la audiencia de la Argentina, párr. 344 y 345.

<sup>304</sup> Ver la Dúplica de la Argentina, párr. 403 y el Escrito posterior a la audiencia de la Argentina, párr. 346 en el que la Argentina repite este argumento utilizando términos similares: “...todo inversor sofisticado, como TOTAL, incluiría (o debería incluir) en sus expectativas legítimas las amplias facultades del Secretario de Energía para adecuar las reglas de funcionamiento del MEM”.

autorizaba a subvertir el principio fundamental establecido por la Ley de Energía Eléctrica<sup>305</sup>.

**251.** El Tribunal aclara en este punto que, por un lado, las Partes acuerdan que toda reglamentación de la Secretaría de Energía debe respetar las pautas generales establecidas en la Ley de la Energía Eléctrica (en especial, el Artículo 36) y la Constitución Nacional<sup>306</sup> al ejercer sus facultades regulatorias; por otro lado, las Partes infieren diferentes conclusiones de dichas normas en lo que respecta a las facultades discrecionales de la SE en virtud de la legislación de la Argentina. Las Partes califican las disposiciones del Artículo 36 de una manera diferente. De conformidad con Total, el Artículo 36 contiene “reglas para la determinación de precios” que reflejaban el compromiso asumido expresamente por la Argentina frente a los generadores de electricidad<sup>307</sup>. Por el contrario, la Argentina describe estas disposiciones del Artículo 36 como “pautas generales”<sup>308</sup> que la SE tiene derecho a implementar dentro del ejercicio de sus facultades discrecionales<sup>309</sup>.

**252.** La SE ha implementado las disposiciones de la Ley de Energía Eléctrica (incluido el Artículo 36.1) por medio de la Resolución No. 61/1992 del 29 de abril de 1992<sup>310</sup>. Esta Resolución ha sido modificada en muchas oportunidades por

---

<sup>305</sup> Memorial de réplica de Total, párr. 348-360.

<sup>306</sup> Ver el Escrito posterior a la audiencia de la Argentina, nota 320, pág. 79; y el Escrito posterior a la audiencia de Total, párr. 861-862.

<sup>307</sup> Ver el Escrito posterior a la audiencia de Total, párr. 854. El Tribunal aclara en este punto que Total también califica a estas disposiciones y establece que “la SE no tiene el poder de dar por tierra con los principios obligatorios expresamente previstos, “regla para la determinación de precios” (Escrito posterior a la audiencia de Total, párr. 861 y 826, respectivamente), “criterios para la determinación de precios” (Escrito posterior a la audiencia de Total, párr. 859) y “reglas básicas” ver Acta de la Audiencia sobre el Fondo (inglés), lunes, 7 de enero de 2008, 174:6.

<sup>308</sup> Ver el Escrito posterior a la audiencia de la Argentina, nota 320, pág. 79.

<sup>309</sup> En este respecto, Total señala que los términos del contrato de concesión de HPDA (Ver párr. 277-278 más abajo) no dan sustento a la definición que la Argentina brinda del contenido del Artículo 36 de la Ley de Energía Eléctrica como pautas generales. De acuerdo con Total, el Contrato de Concesión de HPDA otorga el derecho de resolver la concesión en caso de que se produzca una alteración sustancial de los “criterios para la determinación de precios previstos en la Ley de Electricidad” (Artículo 56.1.4). En consecuencia, Total considera que “El término operativo es “criterios” – no “lineamientos” o “principios generales””. (Ver el Escrito posterior a la audiencia de Total, nota 96, pág. 46).

<sup>310</sup> Ver la Resolución 61/92 del 29 de abril de 1992, *Organización del Sistema Físico del Mercado Eléctrico Mayorista. Agentes Reconocidos. Organización. Procedimientos para la Programación de la Operación, el Despacho de Cargas y el Cálculo de Precios. Sanciones por Falta de Pago. Disposiciones Transitorias. Ámbito de aplicación y vigencia* (Apéndice C-36). También ver el Extracto de los Procedimientos adjunto en el Apéndice C-37.

Resoluciones posteriores con anterioridad a las inversiones de Total en el sector<sup>311</sup>. Todas estas Resoluciones se conocen en sus formas consolidadas como los “Procedimientos”, que contienen la regulación general del MEM<sup>312</sup>. Los Procedimientos también establecen el mecanismo de determinación de precios *spot*, de conformidad con CAMMESA, que está a cargo de la administración del mercado mayorista (según lo señaló el Tribunal en el párrafo 244 más arriba).

**253.** Por medio de la descripción que aparece más abajo de este complejo mecanismo y de su operación, el Tribunal hará referencia a aquellos aspectos de los Procedimientos sobre los que no han discrepado las Partes y sus expertos.

**254.** En virtud de los Procedimientos, los precios de la electricidad en el mercado *spot* son fijados por CAMMESA “en forma horaria en función del costo económico de producción, representado por el Costo Marginal de Corto Plazo medido en el Centro de Carga del Sistema” (Artículo 9, punto b) de la Resolución 61/92 de la SE). Los generadores de electricidad deben informar a CAMMESA sobre su costo de producción variable dos veces al año para permitir que CAMMESA efectúe estas determinaciones de precios. Los costos variables declarados por los generadores son principalmente determinados por el costo de los combustibles utilizados para la generación en el MEM. Los Procedimientos (Anexo 13, Sección 1) se aplican a los siguientes combustibles: “...gas, carbón, Fuel Oil, Gas Oil y nuclear. ...”.

**255.** Cada generador debe calcular su costo variable de conformidad con las fórmulas establecidas en la Resolución 61/1992, con sujeción al tipo de combustible utilizado para la producción de electricidad y el tipo de central de generación. Más específicamente, las centrales térmicas (tal como Central Puerto) deben calcular sus costos variables según una fórmula que era una función de, principalmente, el costo

---

<sup>311</sup> La Secretaría de Energía había introducido muchas modificaciones en los Procedimientos a partir de 1992. Por ejemplo, Total hace referencia a la Resolución 137/92 del 30 de noviembre de 1992 (Apéndice C-74), por medio de la cual la Secretaría de Energía mejoró los Procedimientos a los efectos de ajustarlos a los “criterios de regulación de la actividad de transporte de energía eléctrica y de Generación hidroeléctrica” (ver la Solicitud de arbitraje, párr. 175 y nota 150). También existieron modificaciones – en favor de los generadores – en lo que respecta a los mecanismos de fijación de precios (establecidos en la Resolución 62/92) introducidos por la Resolución 105/95 (en este respecto, ver el Informe de LECG sobre Electricidad, párr. 27 y nota 13, pág. 17; Memorial de contestación de la Argentina, párr. 144; Informe sobre Electricidad de Gallino, párr. 180-184; y la Dúplica de la Argentina, párr. 404 y ss.). En lo que respecta a estas modificaciones, la Argentina señala que, “A fines de 2001, cuando se desató la crisis, los Procedimientos ya habían sido modificados por la Secretaría de Energía en 131 oportunidades” (ver la Dúplica de la Argentina, párr. 404).

<sup>312</sup> Ver la Versión actualizada de los Procedimientos y sus Anexos pertinentes (Apéndice C-278).

del combustible de cada central (para ser utilizado en el siguiente semestre) multiplicado por su eficiencia<sup>313</sup>. La Sección 2 del Anexo 13 de los Procedimientos establece que “[s]e denomina costo variable de producción (CVP) de una central térmica, convencional o nuclear, al costo variable previsto por el Generador para la producción de energía eléctrica a lo largo de un período, e incluye el costo de combustibles, el costo asociado a los consumos propios de las máquinas, el costo de los insumos variables distintos de los combustibles, los costos asociados a los ciclos de arranque y parada para las máquinas de semibase y de punta, y cualquier otro variable requerido”. La misma sección establece que: “Este costo se expresa por tipo de máquina instalada en la central, estableciéndose cuatro tipos posibles (turbovapor, turbogas o motores, ciclo combinado y nuclear), y para cada tipo de combustible que puede consumir la máquina, considerándose como tipo de combustible los establecidos para la definición de precios de referencia de combustibles. Los valores que definen el costo variable de producción se expresan en equivalente de unidades del combustible a consumir para producir energía eléctrica (US\$/unidad de combustible). El número de valores que definen el costo variable de producción de una central térmica depende en consecuencia de la cantidad de tipos de máquinas instaladas en la central y la cantidad de tipos distintos de combustibles que pueden consumir [...]”.

**256.** En virtud de los Procedimientos, las determinaciones de costos variables de las centrales térmicas se encontraban sujetas a los límites de precios “Valores Máximos Reconocidos”<sup>314</sup>. De conformidad con la Sección 13 del Anexo 13 de los Procedimientos, los precios de referencia de los varios combustibles relevantes también se definen y regulan, y se distinguen los precios de referencia estacional y mensual<sup>315</sup>. En lo que respecta a los Precios de Referencia de combustibles, la Sección 1 del Anexo 13 de los Procedimientos establece la siguiente definición: “Se denomina Precio de Referencia de combustible al precio previsto en el MERCADO ELÉCTRICO MAYORISTA (MEM) para dicho combustible, que se calcula para cada tipo de combustible vigente con la metodología establecida en el presente

---

<sup>313</sup> También ver el Memorial de Total, párr. 190.

<sup>314</sup> Ver, en este respecto, el Memorial de Total, párr. 191 en el cual la Demandante hace referencia a la Sección 3 del Anexo 13 y a la Sección 5.3 de los Procedimientos en lo que respecta al precio de referencia del gas. En lo que respecta a los precios de referencia de los demás combustibles, ver la Sección 5.2 del Anexo 13 de los Procedimientos.

<sup>315</sup> Ver, más específicamente, la Sección 5.1 de los Procedimientos.

anexo”<sup>316</sup>. De conformidad con esa misma sección, el precio de referencia del gas “se calcula con los precios en el mercado local” y el precio de referencia de los demás combustibles “se calcula: a) para el gas, con la metodología indicada en el punto 5.3 del presente anexo; b) para el carbón y combustible nuclear, con el precio de referencia del combustible”.

**257.** En lo que respecta al precio de referencia del gas, la Sección 5.3 del Anexo 13 de los Procedimientos hace referencia a la tarifa establecida por ENARGAS para los grandes usuarios de gas. Más específicamente, la Sección 5.3 establece que: “El Precio de Referencia Estacional del Gas en centrales está dado por las correspondientes tarifas vigentes para el período semestral para las licenciatarias del Transporte y Distribución de gas que informa el ENARGAS para suministro interrumpible (I) en los cuadros denominados “Grandes Usuarios – Cargos por m3 consumido, régimen ID o IT”. Para cada central el Precio de Referencia estará dado para el tipo de vinculación a la red de gas, ya sea directamente al Transportista (T) o a la Distribuidora (D). El precio de Referencia de Gas en el punto de referencia está dado por la tarifa correspondiente para Capital. Si un Generador presenta un contrato de gas ininterrumpible, se aplicará la tarifa correspondiente a suministro ininterrumpible”. Se concluye en la Sección 5.3 que: “Las tarifas de gas tienen una vigencia semestral, a partir de mayo y noviembre, por lo que se define el precio de referencia de gas mensual igual al precio de referencia estacional del Período Estacional al que pertenece el mes”.

**258.** En lo que respecta a los demás combustibles, el apartado 1 de la Sección 5.2 de los Procedimientos (bajo el título “Combustibles Líquido”) establece que: “Los precios de referencia de los combustibles líquidos se calculan a partir del precio del combustible en el Mercado Internacional, precios registrados y precios futuro, al cual se le adiciona: a) para el combustible importado, el costo de importación del producto hasta La Plata; b) para el combustible de origen nacional, un sobreprecio al valor FOB que representa gastos de comercialización”. En lo que respecta a estos combustibles, la Sección 5.2.1. especifica lo siguiente:

---

<sup>316</sup> En lo que respecta a los varios tipos de combustibles considerados por los Procedimientos, ver párr. 254, más arriba.

“Los precios de referencia para cada combustible líquido se calculan teniendo en cuenta los precios pasados registrados en el Mercado Internacional, la tendencia del Mercado Internacional futuro, y el transporte hasta el punto de referencia denominado La Plata.

Se utilizan los precios correspondientes a características específicas de combustibles y en un puerto de comercialización internacional, definido como Nueva York [...]”.

En consecuencia, los precios de referencia de estos combustibles se basan, generalmente, en los precios internacionales fijados en Nueva York. No obstante, los Procedimientos le otorgan a la Secretaría de Energía la facultad de modificar el método de cálculo cuando ocurren circunstancias extraordinarias en lo que respecta a los precios internacionales de estos combustibles. De conformidad con el apartado 2 de la Sección 5.2 de los Procedimientos, “[e]n situaciones extraordinarias en que se presenten condiciones en los mercados de combustibles que se aparten significativamente de las condiciones normales, al cálculo de los precios de referencia de combustibles líquidos podrá ser modificado por la SECRETARÍA DE ENERGÍA del MINISTERIO DE ECONOMÍA Y OBRAS Y SERVICIOS PÚBLICOS. La SECRETARÍA DE ENERGÍA del MINISTERIO DE ECONOMÍA Y OBRAS Y SERVICIOS PÚBLICOS notificará al ORGANISMO ENCARGADO DEL DESPACHO (OED) de dicha modificación con anticipación a la fecha en que se debe informar a los Generadores los precios de referencia”.

**259.** En lo que respecta a los costos variables declarados por las centrales hidroeléctricas (tales como HPDA), Total y sus expertos, el Sr. Abdala y el Sr. Spiller, explican que el costo variable de generación de las generadoras hidroeléctricas está dado por el valor del agua, que corresponde al costo de oportunidad del agua<sup>317</sup>. Este costo de oportunidad se basa en el valor del agua en usos alternativos (tales como actividades turísticas o para riego) y también considera la administración de las reservas en relación con otras actividades económicas. A los efectos del cálculo del costo del agua, los Procedimientos proporcionan dos modelos estándar denominados OSCAR (Optimizador Secuencial de Cuencas Argentinas)<sup>318</sup> y MARGO<sup>319</sup>. Los expertos de Total señalan al respecto que,

---

<sup>317</sup> Ver Secciones 2.3.1.2.2., 2.3.1.2.3, 2.3.1.3., 2.3.2. del Capítulo II de los Procedimientos y el Anexo 22.

<sup>318</sup> Ver el Informe de LECG sobre Electricidad, nota 48, pág. 29.

<sup>319</sup> Ver la Sección 2.2 de los Procedimientos, pág. 9.

“Para las centrales de agua de pasada, el costo de oportunidad es casi cero. Para las centrales hidroeléctricas ubicadas en embalses que pueden regular la cantidad de agua que fluye, el costo de oportunidad del agua está dado por el costo futuro previsto de reposición del agua, que a su vez está determinado por el costo de generación térmica que puede reemplazar el uso de agua a los fines de la generación de electricidad. Por lo tanto, los costos variables permitidos para las centrales hidroeléctricas están atados a los costos variables permitidos para los generadores térmicos...”<sup>320</sup>.

**260.** Volviendo al mecanismo de formación del precio *spot*, CAMMESA llama a despachar la totalidad de los generadores de energía eléctrica que hayan declarado costos más bajos que aquellos de las centrales marginales (esto es, la central que fija el precio *spot*). La central marginal constituye la central que le sigue en orden a la última planta despachada a los efectos de satisfacer la demanda de electricidad por hora<sup>321</sup>. Más específicamente, CAMMESA prepara un orden ascendente (el denominado orden de mérito) que llama al despacho primero de los generadores que han declarado los costos más bajos. El precio *spot*, que es determinado por hora, es equivalente a los costos variables declarados por la central marginal, es decir, el generador menos costoso excluido del orden de mérito por CAMMESA<sup>322</sup>. Todos los generadores despachados reciben el mismo precio *spot* de CAMMESA, pero no reciben el mismo margen, su margen individual depende de la eficiencia<sup>323</sup>.

**261.** Las Partes no disienten en que los precios del gas natural juegan un papel fundamental en la formación del precio de la electricidad<sup>324</sup>. Prácticamente, la central marginal (esto es, la central que fija el precio *spot*), solía ser una planta térmica de quema de gas la mayoría de las veces, salvo en casos de demanda pico. En los casos de demanda pico, también se utilizan generadores más costosos tales como las centrales de combustible líquido a los efectos de cubrir el aumento en la demanda.

**262.** En lo que respecta al lugar de las centrales hidroeléctricas y HPDA en el orden de mérito, Total señala lo siguiente. Históricamente, las centrales hidroeléctricas no eran centrales marginales. Las centrales hidroeléctricas podían (y pueden) generalmente declarar los costos variables bajos de CAMMESA y, en consecuencia, despachar

---

<sup>320</sup> Ver la Solicitud de arbitraje, párr. 61 y el Informe de LECG sobre Electricidad, párr. 26.

<sup>321</sup> Hasta la emisión de la Resolución 105/95, la central marginal era la última llamada por CAMMESA para despacho tal y como se explicó anteriormente en la nota 311.

<sup>322</sup> Ver el Informe de LECG sobre Electricidad, párr. 25 y 27; Dúplica de la Argentina, párr. 421.

<sup>323</sup> Ver el Escrito posterior a la audiencia de Total, párr. 810(h).

<sup>324</sup> Ver la Solicitud de arbitraje de Total, párr. 172; el Informe de LECG sobre Electricidad, párr. 29; y el Memorial de contestación de la Argentina, párr. 188-189.

grandes cantidades de electricidad al mercado *spot* de modo tal de tener flujos de efectivo significativos y cubrir los costos iniciales no recurrentes (“costos hundidos”)<sup>325</sup>. En este respecto, el Tribunal advierte que, incluso con posterioridad a la aprobación de las medidas cuestionadas por Total, las centrales hidroeléctricas declaran costos variables por debajo del “tope de ARS120/MWh al precio *spot*” introducido por la Resolución 2/02 de la SE<sup>326</sup>.

**263.** Total estableció lo siguiente en su alegato de apertura en la audiencia sobre el fondo:

“[É]sta no es la situación típica [que las centrales hidroeléctricas sean las que determinan los precios], pero puede ocurrir en ciertos momentos de baja hidrolicidad, cuando el costo de oportunidad del agua sea más caro, más costoso que el costo del gas, y esto se aplica, particularmente, a las plantas que son de construcción costosa, como Piedra del Águila, sobre la que desarrollaremos luego, que puede almacenar energía. Entonces, no son centrales de agua pasada, sino que pueden almacenar energía durante meses, semanas o incluso una temporada y luego venderla en momentos en los que la demanda sea alta y no haya mucha energía hidráulica en el mercado.” [ver Acta (inglés), Lunes, 7 de enero de 2008, 180:11-21-Traducción del Tribunal].

En resumen, si bien podrían declarar costos variables bajos, las centrales hidroeléctricas incurren en un gran monto de inversión inicial para su construcción, que es tres veces más grande que aquella requerida por una central térmica regular promedio con la misma capacidad instalada<sup>327</sup>. De acuerdo con Total, esto resulta particularmente cierto respecto de HPDA. Por un lado, HPDA es una planta estacional que puede almacenar electricidad; por otro, “...es una planta de carga base clásica, una planta que requiere de grandes márgenes<sup>328</sup>” dado que su construcción es muy costosa.

---

<sup>325</sup> Ver la Solicitud de arbitraje párr. 62 y el Escrito posterior a la audiencia de Total, párr. 810(i), donde Total establece que “por cuestiones tecnológicas, los generadores más eficientes tienen costos hundidos más altos que los generadores menos eficientes: la tecnología más eficiente (centrales hidroeléctricas y de ciclo combinado) requiere una inversión inicial mayor”. Al respecto, el Sr. Petrochilos, uno de los abogados representantes de Total, expuso en el Alegato de apertura en la Audiencia sobre el Fondo que: “...en el caso de una central hidroeléctrica, ésta despachará grandes cantidades de electricidad porque es una planta de carga base y eficiente ...” (Ver Acta (inglés), lunes 7 de enero de 2008, 177:21-22 y 178:1-2-Traducción del Tribunal).

<sup>326</sup> Informe de LECG sobre electricidad, Gráfico IX, pág. 55.

<sup>327</sup> Ver la Solicitud de arbitraje, párr. 62.

<sup>328</sup> Ver el Alegato de apertura del Sr. Petrochilos por parte de Total en la Audiencia sobre el Fondo, Acta (inglés), lunes, 7 de enero de 2008, 190: 16-19.

**264.** Asimismo, a los efectos de comprender el funcionamiento del sistema, corresponde destacar otras actividades de CAMMESA como administradora del MEM. CAMMESA cobra los pagos de los distribuidores y de los grandes usuarios por la energía eléctrica adquirida en el mercado *spot* y paga los ingresos derivados del precio *spot* debidos a los generadores por la energía eléctrica vendida en el mercado *spot*. Los distribuidores no pagan la energía eléctrica a precio *spot* (que son determinados por hora y, por ende, varían) sino que pagan una “tarifa estacional”, fijada por la Secretaría de Energía semestralmente<sup>329</sup>. La “tarifa estacional” es, por ende, el precio que abonaran los distribuidores durante un período semestral<sup>330</sup> y es calculado por CAMMESA en consideración de varios factores. Entre estos factores diferentes, se encuentran los costos variables y la demanda de energía eléctrica proyectada por los generadores y los distribuidores, respectivamente y los datos de mercado correspondientes a los primeros tres meses de la temporada en cuestión. De hecho, CAMMESA debe revisar la tarifa estacional luego de que se hubieran cumplido los primeros tres meses del período estacional<sup>331</sup>. Esta revisión trimestral es efectuada por CAMMESA (bajo el control de la SE) a los efectos del ajuste de la tarifa estacional, particularmente en consideración de las variaciones entre la demanda real de los distribuidores en los primeros tres meses del período estacional y su demanda proyectada. De hecho, la demanda de energía eléctrica de los distribuidores es uno de los principales factores que contribuyen a la determinación de sus precios<sup>332</sup>.

**265.** En resumen, la “tarifa estacional” constituye una proyección de CAMMESA de los precios *spot* para la próxima estación. Dado que pueden existir diferencias entre los precios *spot* reales y la “tarifa estacional” que deberá ser abonada por los distribuidores, la Resolución 61/92 establece un “Sistema de estabilización por trimestres de los precios previstos para el Mercado Spot, destinado a la compra de los Distribuidores” (ver el punto c) del Artículo 9 más abajo). Más específicamente, de conformidad con el Artículo 9 de la Resolución 61/92, “El Mercado Eléctrico Mayorista se compone de: a) Un Mercado a término, [...]. b) Un Mercado Spot, con precios sancionados en forma en forma horaria en función del costo económico de

---

<sup>329</sup> Ver el Capítulo II, Sección 2.12 de los Procedimientos.

<sup>330</sup> Ver el Capítulo II, Sección 2.4.6.3 de los Procedimientos.

<sup>331</sup> Esta revisión se denomina “REPROGRAMACION TRIMESTRAL”.

<sup>332</sup> En este aspecto, ver el Capítulo II, Sección 2.11.1 de los Procedimientos.

producción, representado por el Costo Marginal de Corto Plazo medido en el Centro de Carga del Sistema. c) Un Sistema de estabilización por trimestres de los precios previstos para el Mercado Spot, destinado a la compra a los Distribuidores”.

**266.** A los efectos de financiar y cubrir toda diferencia entre los precios *spot* y la tarifa estacional, se establece en los Procedimientos el denominado “Fondo de Estabilización”, administrado por CAMMESA<sup>333</sup>. Se establece lo siguiente en la Sección 5.7 bajo el título “*SISTEMA DE ESTABILIZACIÓN DE PRECIOS*” de los Procedimientos:

“Las diferencias que surjan entre los montos a abonar por los deudores, considerando que una parte de ellos, los Distribuidores, lo hace en función de un sistema de precios estacionales, y los montos a cobrar por lo acreedores, producto de transacciones realizadas a precios *spot*, serán absorbidos por un sistema de estabilización de precios basado en la existencia de un fondo de depósito transitorio denominado FONDO de ESTABILIZACIÓN. En este fondo se depositarán los montos que se produzcan aquellos meses en los cuales los resultados derivados de aplicar el sistema de precios estacionales arrojen un saldo positivo respecto de los del Mercado Spot. A su vez, aquellos meses en los cuales los resultados se den a la inversa, este fondo proveerá los recursos financieros necesarios para completar el monto acreedor de los vendedores.

Este Fondo de Estabilización no será utilizable para compensar incumplimientos de pagos.

De ocurrir que los recursos financieros disponibles en el Fondo de Estabilización no sean suficientes para completar el monto acreedor en algún mes, el OED [ORGANISMO ENCARCADO DEL DESPACHO, es decir, Cammesa] gestionará ante la SEE la asistencia financiera necesaria. A estos fines, la SEE dispondrá la concesión de un crédito automático retornable y sin interés utilizando recursos del Fondo Unificado. [...]”.

**267.** Tanto las partes como sus expertos están de acuerdo en que “el costo económico del sistema” sobre el cual debería basarse la tarifa uniforme a pagar a los generadores de conformidad con el Artículo 36 de la Ley de Energía Eléctrica, tiene dos elementos<sup>334</sup>. Asimismo, están de acuerdo en que el mecanismo de formación del precio *spot* basado en los costos marginales (determinados por hora) refleja solamente uno de esos elementos, esto es, el costo económico de producir electricidad a corto plazo<sup>335</sup>. En ese orden de ideas, ambas partes han explicado que, a los efectos de reflejar también el costo de la energía no suministrada a la

---

<sup>333</sup> Ver el Escrito posterior a la audiencia de Total, nota 1074, pág. 352 y el Memorial de Total, nota 323, pág. 90.

<sup>334</sup> Ver el Informe de LECG sobre Electricidad, párr. 23; Informe complementario sobre electricidad de Gallino y Srouga, párr. 5.

<sup>335</sup> Ver el Informe de LECG sobre Electricidad, párr. 23-24; Informe complementario sobre electricidad de Gallino y Srouga, párr. 6.

comunidad con arreglo al Artículo 36 de la Ley de Energía Eléctrica, el mecanismo incluye otros componentes. Además del precio *spot*, los Procedimientos establecen dos pagos adicionales debidos a los generadores que reflejan el costo de la energía no suministrada a la comunidad (que, a su vez, refleja los costos de producción de electricidad a largo plazo). Estos dos pagos adicionales constituyen el pago de la potencia puesta a disposición (técnicamente denominado “remuneración de la potencia disponible”) y “el sobreprecio por riesgo de falla (SPRF)”. El Tribunal tratará, en primer lugar, el pago de la potencia puesta a disposición y, luego, el precio por riesgo de falla.

**268.** Los pagos de la potencia puesta a disposición son ingresos abonados por CAMMESA a los generadores (además de ingresos derivados de precio *spot*) a los efectos de remunerar a los generadores por su capacidad (probada) de generación. Los pagos de precio *spot* y los pagos de la potencia puesta a disposición (así como otras fuentes de ingresos) constituyen lo que los practicantes de la industria llaman el “precio monómico” en Argentina, esto es, la remuneración promedio por MWh recibida por los generadores<sup>336</sup>.

**269.** Más específicamente, el precio de la potencia puesta a disposición pagado a cada generador era calculado por CAMMESA en función de la potencia despachada durante los seis meses anteriores<sup>337</sup>. De acuerdo con la Sección 2.4.2.1 de la Resolución 137/92 de la Secretaría de Energía, fijó el pago de precio de la potencia puesta a disposición en US\$5/MW y se aumentó a US\$10/MW en 1994<sup>338</sup>.

**270.** Las Partes han tenido amplias diferencias sobre las funciones de los pagos de la potencia puesta a disposición en el sistema de determinación de precios descrito más arriba<sup>339</sup>. Al respecto, las Partes parecen estar de acuerdo en que el pago de la potencia puesta a disposición es establecido por la Secretaría de Energía a los efectos de incentivar nuevas inversiones en el MEM cuando la potencia disponible ya no

---

<sup>336</sup> Ver la Réplica de Total, párr. 277 y el Informe de LECG sobre Electricidad, párr. 38 donde se establece que “el precio monómico consiste simplemente en los ingresos totales de la industria como resultado de las ventas *spot* y de capacidad (así como las fuentes auxiliares de ingresos que tienen los generadores), divididas por el total de ventas *spot* (en MWh)”.

<sup>337</sup> Ver el Escrito posterior a la audiencia de Total, párr. 816 y la nota 941, pág. 308 (las fuentes que allí aparecen); y el Informe complementario sobre electricidad de Gallino y Srouga, párr. 62 y ss.

<sup>338</sup> Ver el Escrito posterior a la audiencia de Total, párr. 817.

<sup>339</sup> Ver el Escrito posterior a la audiencia de Total, párr. 818 y ss. y el Escrito posterior a la audiencia de la Argentina, párr. 513 y ss.

cubriera la demanda (o, del mismo modo, sea una señal para frenar las inversiones en el caso contrario)<sup>340</sup>. Sin embargo, las partes no han señalado ningún parámetro o criterio específico sobre el que la tasa del pago de precio de la potencia puesta a disposición hubiera sido de US\$10/MW.

**271.** Asimismo, Total y sus expertos enfatizan que los pagos de la potencia puesta a disposición también tienen el objeto de recuperar los costos de inversión de los generadores.<sup>341</sup> Por el contrario, la Argentina y sus expertos se oponen fuertemente a la postura de Total en lo que respecta a esta función de pagos de la potencia puesta a disposición. Más específicamente, los señores Gallino y Srouga sugieren en su Informe complementario que “no existe norma alguna que respalde la afirmación de que el fundamento principal de los pagos por potencia sea la cobertura de los costos de capital o la recuperación de las inversiones”<sup>342</sup>. A los efectos de apoyar esta afirmación, los expertos de la Argentina señalan que los pagos de la potencia puesta a disposición eran (y son) determinados por la Secretaría de Energía por referencia a las cantidades de electricidad que dicho generador había despachado efectivamente durante los seis meses previos. En ese orden de ideas, “si se buscaba remunerar el capital invertido hubiese sido lógico pagar por potencia con independencia del despacho”<sup>343</sup>. En resumen, Argentina sugiere que:

“Los pagos de la potencia puesta a disposición no fueron creados como garantía de cobertura de los costos de capital o recupero de las inversiones y así lo reconoció Abdala en la audiencia: “Asimismo, el pago de la potencia puesta a disposición de \$4 constituye un alejamiento importante de los compromisos de que los inversores tendrían una oportunidad de recuperar sus inversiones. Una oportunidad no es una garantía, sino una oportunidad. En las normas no se establece tal vinculación”<sup>344</sup>.

**272.** Ahora, el Tribunal se aboca al segundo pago adicional, denominado precio ‘por riesgo de falla’ determinado por la Secretaría de Energía para reflejar el costo de la energía no suministrada. El rango de este precio varía dependiendo del riesgo de apagones proyectado por CAMMESA en un determinado momento. El rango fue

---

<sup>340</sup> Ver el Informe de LECG sobre Electricidad, párr. 3.b, pág. 30 y el Informe complementario sobre electricidad de Gallino y Srouga, párr. 5, 7 y 64 y ss. También, ver la Réplica de Total, párr. 297.

<sup>341</sup> Ver el Informe de LECG sobre Electricidad, párr. 36.

<sup>342</sup> Ver el Informe complementario sobre electricidad de Gallino y Srouga, párr. 71.

<sup>343</sup> Ver el Informe complementario sobre electricidad de Gallino y Srouga, párr. 73.

<sup>344</sup> Ver el Escrito posterior a la audiencia de la Argentina, párr. 358.

fijado por la Secretaría de Energía y oscilaba entre US\$120/MWh en épocas de menos riesgo (hasta un 1,6% de riesgo) y US\$1.500/MWh en momentos de máximos riesgos (un riesgo mayor al 10%)<sup>345</sup>. Estos precios operan en el sistema “como precios máximos aplicables en los momentos en los que existía el riesgo de que se produjeran apagones”<sup>346</sup> y, tal como lo enfatizan ambas Partes, es común en países con sistemas similares a los vigentes en Argentina (el Reino Unido y Chile, entre otros)<sup>347</sup>.

**273.** En lo que respecta a este precio por ‘riesgo de fallas’, el Tribunal establece que los argumentos de Total no aclaran cómo opera este precio exactamente en el mercado *spot*. En su Memorial, Total explica que:

“De la mano del concepto del pago de la potencia puesta a disposición existe otro pago denominado “costo de la energía no suministrada.” Se trata del precio *spot* de la electricidad pagado a todos los generadores en aquellos momentos en los que Cammesa determina que la potencia disponible en el sistema no es suficiente para satisfacer acabadamente la demanda. En tales períodos, el costo marginal de la electricidad ya no se determina en función del costo marginal del suministro (es decir, el costo variable declarado por la central más ineficiente) sino por el costo necesario para atender la demanda que no puede satisfacerse con la potencia disponible en ese momento ...”<sup>348</sup>

Los expertos de la Argentina también sostienen que este precio por “riesgo de fallas”, que tiene diferentes rangos dependiendo del riesgo de corte del servicio anticipado por CAMMESA, opera como un tope a los precios *spot*<sup>349</sup>. Por el contrario, en el informe, los expertos de Total explican que el ‘costo económico del sistema’,

“..., debe incluir un componente que remunere a los generadores por brindar confiabilidad al sistema, es decir, mantener reservas suficientes para evitar los costos extremos de las interrupciones del servicio. En Argentina se consideraba a dicho componente que remunera la confiabilidad como un margen sobre el costo marginal de corto plazo del sistema cuando hubiera riesgos de apagones; más un “precio de la potencia puesta a disposición” (técnicamente denominada “remuneración por la potencia disponible”), independientemente de la existencia de riesgos de interrupción del servicio ...”<sup>350</sup>.

---

<sup>345</sup> Ver Capítulo II, Sección 2.4.3.3.2 de los Procedimientos.

<sup>346</sup> Ver el Memorial de Total, párr. 194 y el Escrito posterior a la audiencia de Total, párr. 822 y ss.

<sup>347</sup> Ver el Escrito posterior a la audiencia de Total, nota 952, pág. 311 y el Escrito posterior a la audiencia de la Argentina, párr. 369.

<sup>348</sup> Ver el Memorial de Total, párr. 194 y también la Réplica de Total, párr. 295.

<sup>349</sup> Ver el Informe complementario sobre electricidad de Gallino y Sruoga, párr. 59 y ss.

<sup>350</sup> Ver el Informe de LECG sobre Electricidad, párr. 23.

Al respecto, los expertos de Total hacen referencia al Artículo 2.7.2 del Anexo II de la Resolución 38/1991 de la Secretaría de Energía<sup>351</sup>. Este Artículo establece que: “La remuneración total por potencia se calculará en base a la programación estacional integrando en el período: a) la sobrevalorización de la energía en caso de existir riesgo de falla, calculado en base a la esperanza matemática del déficit de energía y el costo prefijado para la energía no suministrada; b) la remuneración por la potencia puesta a disposición en caso de no existir riesgo de falla”<sup>352</sup>.

**274.** Mientras que Total se refiere a estos precios repetidamente como “precios máximos aplicables en los momentos en los que existía el riesgo de que se produjeran apagones” en su Escrito posterior a la audiencia<sup>353</sup>, el Sr. Abdala, uno de los expertos de Total, en la audiencia sobre el fondo describe el precio por riesgo de fallas como un sobreprecio respecto del precio *spot*<sup>354</sup>. Más precisamente, el Sr. Abdala declaró en la audiencia lo siguiente:

“Este precio [el precio por “riesgo de fallas”] se acomoda de dos maneras. En primer lugar, se encuentra el ya descripto como pagos de precio de la potencia puesta a disposición, \$10 por megavatio que hemos tenido antes, los \$4 que tenemos hoy. En segundo lugar, que es tan importante como el primero, se encuentra lo que se denomina un cargo adicional del precio *spot*. Siempre que Cammesa anticipa que existe un riesgo de déficit, entonces dirá, miren generadores, ¿saben qué? Van a tener un cargo adicional, y este cargo adicional será una función del riesgo que tenemos de corte del servicio denominado costo de la energía no suministrada. Constituye un precio que es determinado también por la Secretaría de Energía que, durante 10 años, se encontraba entre \$120 y \$1.500 por megavatio. ... Cammesa, por ejemplo, determinará que hay un 10 por ciento de riesgo de déficit [de oferta], entonces, el costo de la energía no suministrada será de \$1.500 la hora por megavatio, y ésta será la referencia que Cammesa utilizará para pagar el cargo adicional a los generadores que están produciendo en esta situación riesgosa”<sup>355</sup>.

**275.** Cabe aclarar que la Resolución 38/91, a la que hacen referencia los expertos de Total en sus informes, es anterior a la Ley de Energía Eléctrica y a los Procedimientos<sup>356</sup>. La Ley de Energía Eléctrica y sus normas de implementación (es decir, en particular, los Procedimientos) fueron aprobadas por la Argentina en 1992 y

---

<sup>351</sup> Ver el Apéndice C-297.

<sup>352</sup> Ver el Informe de LECG sobre Electricidad, nota 4, pág.15.

<sup>353</sup> Ver el Escrito posterior a la audiencia de Total, párr. 822.

<sup>354</sup> Ver también Escrito posterior a la audiencia de Total, párr. 823.

<sup>355</sup> Ver Interrogatorio del Sr. Abdala, Acta de la Audiencia sobre el Fondo (inglés), Día 5, 1342:17-1343:18.

<sup>356</sup> Esto es también admitido por Total en su Réplica, nota 378, pág. 116.

reemplazaron las normas previas (incluida la Resolución 38/91). Asimismo, el Tribunal aclara que la Ley de Energía Eléctrica y los Procedimientos constituyeron el régimen jurídico vigente cuando Total realizó sus inversiones en Central Puerto y en HPDA en 2001. Por este motivo, el Tribunal acepta la descripción dada por ambas Partes del precio por riesgo de fallas como precio máximo, que fue fijado en base al riesgo de apagones anticipado por CAMMESA.

**276.** En virtud de la legislación de la Argentina, mientras que los generadores térmicos pueden operar en el MEM con una autorización, los generadores hidroeléctricos, tales como la HPDA, pueden operar en el MEM sólo sobre la base de un contrato de concesión con el Gobierno argentino. Total hace referencia a las disposiciones del Contrato de Concesión de HPDA<sup>357</sup> como elementos adicionales que respalden el sustento legal de su reclamación, esto es la promesa de la Argentina de preservar la estabilidad del sistema de determinación de precios de conformidad con el Artículo 36 de la Ley de Energía Eléctrica<sup>358</sup>. En ese orden de ideas, el Tribunal revisará las disposiciones relevantes de la concesión de HPDA a los efectos de completar el análisis.

**277.** El Artículo 9.1 de la Concesión de HPDA establece que:

“Las modificaciones de alcance general de las normas y procedimientos relacionados con la generación de energía eléctrica, el funcionamiento del Mercado Eléctrico Mayorista (M.E.M.) y la Protección del Ambiente no darán derecho a la CONCESIONARIA a reclamar indemnización o compensación alguna por daños y perjuicios, excepto que se trate de modificaciones sustanciales de los criterios de determinación de precios y que dichas modificaciones sean arbitrarias y que hagan que el cumplimiento del Contrato resulte para la CONCESIONARIA excesivamente oneroso en los términos del artículo 1198 del Código Civil. En este último supuesto de excepción será de aplicación lo establecido el Capítulo XV del Contrato”.

En ese orden de ideas, Artículo 56 establece lo siguiente:

“Artículo 56.1. La CONCESIONARIA tendrá derecho, sujeto a los procedimientos previstos en el inciso 56.2 siguiente, a resolver el contrato por culpa del CONCEDENTE cuando éste:

...

---

<sup>357</sup> Ver el Contrato de Concesión de HPDA adjunta como Apéndice C-710.

<sup>358</sup> Ver el Escrito posterior a la audiencia de Total, párr. 855 a 859.

56.1.4. Dispusiera modificaciones sustanciales de los criterios de determinación de precios [contenido en la Ley N° 24.065, es decir, la Ley de Energía Eléctrica] y dichas modificaciones sean arbitrarias y hagan que el cumplimiento del Contrato resulte para la CONCESIONARIA excesivamente oneroso en los términos del Artículo 1198 del Código Civil.”

El Artículo 56.2 del Contrato de Concesión de HPDA también prevé:

“5.6.2. Si el CONCEDENTE incurriera en alguna de las conductas mencionadas en el inciso 56.1 precedente que causare un perjuicio efectivo a la CONCESIONARIA, ésta le solicitara que, dentro de un plazo razonable que las circunstancias indiquen, adopte las medidas conducentes a rectificar los hechos reprochados y, en su caso, a subsanar sus consecuencias. La CONCESIONARIA le requerirá al CONCEDENTE, asimismo, que antes del vencimiento de dicho plazo se le otorgue audiencia pública a fin de exponer y documentar las razones y fundamentos de su petición. Si transcurrido dicho lapso el CONCEDENTE no adoptara las medidas solicitadas, la CONCESIONARIA le intimara de manera fehaciente para que lo haga en un plazo no mayor de quince (15) días bajo apercibimiento de resolución. Transcurrido dicho plazo sin resultado favorable, la CONCESIONARIA podrá declarar resuelto el Contrato por culpa del CONCEDENTE”<sup>359</sup>.

**278.** Entonces, por medio de las disposiciones anteriormente mencionadas, la concesión de HPDA otorga a la Concesionaria el derecho de rescindir la Concesión y reclamar una indemnización de conformidad con el Código Civil argentino en caso de modificaciones sustanciales al criterio de determinación de precios establecido en la Ley de Energía Eléctrica, cuando éstos sean arbitrarios y tornen la prestación demasiado onerosa.

### ***3. La alteración del marco jurídico de la electricidad reclamada por Total***

#### ***3.1 General***

**279.** La reclamación de Total con respecto a HPDA y a Central Puerto se basa en los supuestos compromisos asumidos por la Argentina en la Ley de Energía Eléctrica y en el Contrato de Concesión de HPDA (no existe concesión u otro acuerdo contractual con Central Puerto), en los que Total afirma haber basado al realizar sus inversiones.

**280.** Más precisamente, Total establece que

---

<sup>359</sup> Al hacer referencia a la última disposición de la concesión de la HPDA, la Argentina señala que la HPDA no se sirvió de dicho recurso. Ver el Memorial de contestación de la Argentina, párr. 241.

“Por consiguiente, la promesa de Argentina era que la SE actuaría como un regulador justo y neutral en un mercado libre y que implementaría las disposiciones de la Ley de Electricidad, a saber: (a) Que los pagos a los generadores se basarían en una tarifa uniforme; (b) Que uno de esos pagos remuneraría la potencia, en contraste con la electricidad realmente despachada en el sistema (Artículo 35(b)) de la Ley de Electricidad); (c) Que los precios que se pagaran a los generadores se basarían en el costo económico de producir electricidad; y (d) Que dicho costo económico comprende el costo económico a largo plazo de producir electricidad”<sup>360</sup>.

**281.** De acuerdo con Total, “ la Argentina había asumido un compromiso con respecto a la estabilidad de las reglas para la determinación de precios previstas en la Ley de Electricidad”<sup>361</sup>. Más específicamente, Total considera que,

“En pocas palabras, las promesas que Argentina hizo a los generadores de electricidad fueron consagradas en la Ley de Electricidad. Esa es la norma que prevalece en este caso. Dichas promesas eran derechos exigibles conforme al derecho argentino. Y, según el testimonio del Dr. Abdala, no fue casual que las promesas se establecieran en una ley sancionada por el Congreso. La intención fue dejarles en claro a los inversores que las promesas no serían revocadas por decisiones del gobierno de turno. De hecho, la Ley de Electricidad continúa vigente, sin modificaciones. El argumento de Argentina de que “[l]a evolución del derecho del Estado receptor es parte del ámbito en que la [sic] inversiones y que los inversores actúan” resulta interesante desde un punto de vista académico: la Ley de Electricidad *no* cambió y es evidente en el derecho internacional que las promesas consagradas por ley son promesas en las que los inversores extranjeros pueden confiar y es así como ellas generan expectativas legítimas amparadas por el Tratado.”<sup>362</sup>.

En lo que respecta a la protección de las expectativas legítimas de que el sistema de determinación de precios proporcionado por la Argentina permanecería estable, Total se fundamenta en varias autoridades legales internacionales e internas<sup>363</sup>.

**282.** En otras palabras, de acuerdo con Total,

“En pocas palabras, las reglas para la determinación de precios dispuestas en la Ley de Electricidad reflejaban el compromiso asumido expresamente por Argentina frente a los generadores de electricidad y los inversores de dichas compañías, como Total en este caso. La existencia de dicho compromiso es incuestionable. Ello se desprende de varias circunstancias, cada una de las cuales bastaría por sí sola para probarlo:

(a) Las presentaciones que vimos que Argentina hizo a potenciales inversores antes de la sanción de la Ley de Electricidad;

---

<sup>360</sup> Ver el Escrito posterior a la audiencia de Total, párr. 113.

<sup>361</sup> Ver el Escrito posterior a la audiencia de Total, párr. 858.

<sup>362</sup> Ver el Escrito posterior a la audiencia de Total, párr. 102.

<sup>363</sup> Ver el Escrito posterior a la audiencia de Total, párr. 867-874.

- (b) El hecho de que los compromisos se vieron reflejados en una ley del Congreso – que aún sigue vigente – y no en reglamentaciones administrativas;
- (c) Diez años de implementación exitosa, coherente y fiel de la Ley de Electricidad por parte de la SE;
- (d) La norma del derecho argentino en virtud de la cual las reglas para la determinación de precios de la Ley de Electricidad conforman derechos exigibles otorgados a los generadores de electricidad (párrafo 826 *supra*); y
- (e) El compromiso expreso manifestado por escrito por todos los generadores de electricidad al entrar al mercado de que observarían lo dispuesto por la Ley de Electricidad, incluidas las reglas para la determinación de precios<sup>364</sup>.

De acuerdo con Total, dentro de las “circunstancias” mencionadas anteriormente se incluyen las disposiciones contenidas en el Contrato de Concesión de HPDA<sup>365</sup>, según lo ya establecido por el Tribunal<sup>366</sup>.

**283.** Total sostiene que ciertas medidas adoptadas por el gobierno argentino constituyeron una violación o revocaron los compromisos asumidos a los efectos de atraer inversiones al sector de generación de electricidad y que se encuentran contenidos en la Ley de Energía Eléctrica (especialmente, en el Artículo 36), y en los que Total confió al realizar las inversiones<sup>367</sup>. Entre las medidas reclamadas por Total se encuentran las establecidas en la Ley de Emergencia (Artículo 8), y numerosas Resoluciones adoptadas por la Secretaría de Energía, algunas de las cuales se basaron específicamente en la Ley de Emergencia, y otras que tan sólo la siguieron. De acuerdo con Total, a través de la Ley de Emergencia y estas Resoluciones de la Secretaría de Energía, la Argentina ha alterado los principios básicos del régimen legal de electricidad de modo tal que devienen en una violación a la cláusula de tratamiento justo y equitativo del TBI.

**284.** Un argumento de Total, relacionado pero diferente, es el que establece que las medidas constituían una violación a la legislación de la Argentina, a saber, la Ley de Energía Eléctrica (Artículo 36). Total sostiene que lo que el Tribunal debe determinar es si las medidas adoptadas por la SE cumplen con la Ley de Electricidad. ¿Las medidas respetan la promesa de remunerar a los generadores por medio de una “tarifa uniforme”, basada en el “costo económico del sistema” que contempla el costo de la energía no suministrada<sup>368</sup>? Al respecto, Total considera que todas las regulaciones

---

<sup>364</sup> Ver el Escrito posterior a la audiencia de Total, párr. 854.

<sup>365</sup> Ver el Escrito posterior a la audiencia de Total, párr. 855-859.

<sup>366</sup> Ver párr. 276-278 más arriba.

<sup>367</sup> Ver el Memorial de Total, párr. 33.

<sup>368</sup> Ver el Escrito posterior a la audiencia de Total, párr. 880.

adoptadas por la Secretaría de Energía durante el estado de emergencia y con posterioridad son contrarias al Artículo 36 de la Ley de Energía Eléctrica (que se encuentra todavía en vigencia) por los siguientes motivos:

“La respuesta es simple: No. La SE adoptó reglas que provocaron que:

- a. Los generadores dejaran de percibir una tarifa uniforme;
- b. Los precios ya no reflejaran el costo económico del sistema; y que
- c. Los precios dejaran de reflejar el costo que la energía no suministrada representa para la comunidad, es decir que ya no promueven la inversión en potencia para satisfacer picos en la demanda ni la inversión a largo plazo para cubrir la demanda futura”<sup>369</sup>.

### *3.2 Medidas específicas reclamadas por Total y su impacto*

**285.** Total identifica lo que denomina “alteraciones radicales” del régimen existente del sector de generación de electricidad debido a las diversas medidas adoptadas por la Argentina a través de la Secretaría de Energía, consideradas violaciones al TBI.

**286.** Total reclama por las siguientes medidas :

- (i) la pesificación (a una relación uno a uno) del precio *spot* y de todos los demás pagos que corresponden a los generadores, específicamente los pagos de la potencia puesta a disposición y el pago de la energía no suministrada; (ii) la alteración del mecanismo de precio marginal uniforme en el mercado de generación de electricidad mediante la violación de la regla de la tarifa uniforme y la imposición de precios máximos; y (iii) la “negativa” a abonar las sumas correspondientes a los generadores, siquiera a valores drásticamente reducidos como consecuencia de las medidas<sup>370</sup> y la conversión “obligatoria” de los créditos presentes y futuros de Total (que CAMMESA no pueda pagar) en las participaciones en centrales de electricidad nuevas (es decir, el “Fondo para Inversiones Necesarias que Permitan Incrementar la Oferta de Energía Eléctrica en el Mercado Eléctrico Mayorista”, en adelante, “FONINVEMEM”).

---

<sup>369</sup> Ver el Escrito posterior a la audiencia de Total, párr. 881.

<sup>370</sup> Esta lista aparece en el párr. 33 del Memorial de Total. Se puede encontrar una descripción más detallada de las medidas cuestionadas y de su impacto específico en la Solicitud de arbitraje de Total, párr. 104-116, 135-140, 180-198.

- 287.** En lo que respecta a (i) la pesificación del precio *spot* a la relación uno a uno, y de todos los demás pagos que corresponden a los generadores (especialmente de los pagos de la potencia puesta a disposición y el pago de la energía no suministrada) fue efectuada a través de la Resolución 2/02 de la SE en base a la Ley de Emergencia. En este respecto, Total también reclama por el Artículo 8 de la Ley de Emergencia y por la Resolución 38/02 del Ministerio de Economía del 9 de abril de 2002<sup>371</sup> dado que también efectuaban la pesificación y el congelamiento de las tarifas de la energía eléctrica e, indirectamente, la pesificación del precio de gas natural en boca de pozo sobre el que se basaba la estructura de precio de la electricidad<sup>372</sup>.
- 288.** En lo que respecta a (ii) la alteración del mecanismo de precio marginal uniforme en el mercado de generación de electricidad, esto ocurrió a través de la violación de la regla de la tarifa uniforme y de la introducción de un precio máximo fijo. Esta alteración fue efectuada a través de la aprobación de la Resolución 240/03 de la Secretaría de Energía. Asimismo, en 2006 la Secretaría de Energía adoptó la Resolución 1281/06<sup>373</sup> (Programa Energía Plus) para promover nuevas inversiones en el sector. A estos fines, esta Resolución permitió la creación de nuevas plantas o las mejoras en plantas existentes para que recibieran pagos de la potencia puesta a disposición más elevados que los de las plantas existentes, que continuaron recibiendo pagos de la potencia puesta a disposición de alrededor de ARS12 por MW<sup>374</sup>, de ese modo, se discriminaría la potencia existente de la nueva.
- 289.** En este respecto, Total reclama que a principios del año 2002, la Argentina cometió una violación de los siguientes tres principios básicos de la Ley de Energía Eléctrica, que Total considera como promesas o compromisos<sup>375</sup>.

---

<sup>371</sup> Ver el Apéndice C-25.

<sup>372</sup> Ver el Informe de LECG sobre Electricidad, párr. 46 y 50 y ss.; el Memorial de Total, párr. 332 y 279; la Solicitud de arbitraje, párr. 179-181; el Memorial de Total, párr. 209 donde Total explica que “Dado que (a) a los fines de las declaraciones de costos variables, el costo de gas estaba sujeto a un tope equivalente al precio de referencia del gas; y (b) este precio de referencia del gas fue congelado y pesificado por la Ley de Emergencia y luego sólo se permitieron incrementos graduales, y aún se encuentra lejos de alcanzar los valores de 2001, el precio *spot* ahora se determina fundamentalmente sobre la base del precio de referencia de gas, artificialmente bajo”. También ver el Escrito posterior a la audiencia de Total párr. 123(a), donde Total señala que “Primero, el precio ENARGAS que operaba como límite máximo del costo del gas que los generadores podían declarar fue convertido a pesos a una tasa nominal de 1:1 (“pesificación”) y congelado....”.

<sup>373</sup> Ver el Apéndice C-565.

<sup>374</sup> Ver el Informe de LECG sobre Electricidad, párr. 97 y ss.

<sup>375</sup> Ver el Escrito posterior a la audiencia de Total, para 881; el Memorial de Total, párr. 206-345; Réplica de Total, párr. 330-345; Informe de LECG sobre Electricidad, párr. 3 y 46-100.

**290.** En primer lugar, Total establece que los generadores ya no recibían una tarifa uniforme, de manera contraria al Artículo 36 de la Ley de Energía Eléctrica. Total explica que se implementó el sistema, en virtud del Artículo 36 (aunque esto no estaba establecido de manera explícita en la ley) por medio de un precio *spot* uniforme (precio “monómico” de variación estacional), que era equivalente a los costos variables de la central marginal<sup>376</sup>. En lugar de ello, en virtud de la Resolución 240/03, el precio *spot* ha sido establecido por las plantas que queman gas natural. Las centrales de combustibles líquidos (petróleo) que tienen costos variables más altos no son considerados para establecer los precios de todas las centrales, de modo tal que el precio *spot* es más bajo de lo que habría sido con el sistema inicial. Los generadores que queman combustibles líquidos más costosos reciben “costos transitorios de despacho” adicionales<sup>377</sup>. Como resultado, los generadores ya no reciben el mismo precio por la energía eléctrica que producen.

**291.** En segundo lugar, Total alega que los precios ya no reflejan el costo económico del sistema (en oposición al Artículo 36 de la Ley de Energía Eléctrica). Total establece dos argumentos al respecto. El precio ya no es establecido por la central marginal en oposición a la teoría de determinación de precio de mercado confiable<sup>378</sup>. Asimismo, el precio *spot* máximo (más alto), que solía ser variable y que refleja el riesgo de fallas, se fijó en ARS120/MWh<sup>379</sup>, cualquiera sea el “riesgo de corte del servicio”<sup>380</sup> que fue previamente considerado a los efectos de promover inversiones adicionales para la elaboración de la potencia por un precio variable de “riesgo de fallas”. Cabe aclarar que con anterioridad a la adopción de las medidas, este precio oscilaba entre US\$120/MWh en épocas de menos riesgo y US\$1.500/MWh en momentos de máximo riesgo (ver el párrafo 272 más arriba). Asimismo, Total establece que este tope estaba por debajo de los costos variables de la central marginal en un 40% de las ocasiones: entonces, constituye un precio administrativo que no reflejaba el costo del sistema<sup>381</sup>. De acuerdo con Total,

---

<sup>376</sup> Ver el Escrito posterior a la audiencia de Total, párr. 810(f).

<sup>377</sup> Ver el Escrito posterior a la audiencia de Total, párr. 809, 884 y 885, y la nota 933, pág. 304.

<sup>378</sup> Ver el Escrito posterior a la audiencia de Total, párr. 811 y 891.

<sup>379</sup> Ver el Escrito posterior a la audiencia de Total, párr. 892.

<sup>380</sup> Ver el Escrito posterior a la audiencia de Total, párr. 892.

<sup>381</sup> Ver el Escrito posterior a la audiencia de Total, párr. 822, 893-895 y la tabla de la pág. 338. El experto Sruoga de la Argentina, ha explicado que este tope reflejaba el costo normal de una planta quemadora de gas y deslizó que

“[L]a intervención del ENARGAS para reducir artificialmente el precio del gas [...] se sumó al efecto de la Resolución 240/2003. Sin tal intervención, el precio de libre mercado del gas hubiera sido mucho más alto. El precio *spot*, que en gran medida y muy a menudo se basa en el precio del gas (especialmente después de la Resolución 240/2003), también hubiera sido correlativamente superior”<sup>382</sup>.

**292.** En tercer lugar, Total alega que los precios ya no “reflejan el costo que la energía no suministrada representa para la comunidad”, es decir, ya no promueven la inversión en potencia para satisfacer picos en la demanda ni la inversión a largo plazo para cubrir la demanda futura (con respecto a los pagos de la potencia puesta a disposición). Esto importa a los “pagos de la potencia puesta a disposición”<sup>383</sup>. El monto fue fijado en 1994 en US\$10/MW y permaneció en ese nivel hasta finales de 2001. A principios de 2002, los pagos de la potencia puesta a disposición se pesificaron a una relación de cambio de uno a uno, de US\$10/MW a AR\$10/MW. Los pagos de la potencia puesta a disposición aumentaron a AR\$12/MW en julio de 2002<sup>384</sup>, sin compensar por el impacto de la disminución del valor en términos de dólares estadounidenses debido a la pesificación<sup>385</sup> ni reflejar el costo real y económico de la electricidad no suministrada para la comunidad<sup>386</sup>.”

**293.** El tercer reclamo de Total enunciado en el párrafo 286 (iii) de esta Decisión, se refiere a la “negativa” a pagar a los generadores de energía eléctrica lo que se les debía, incluso a los valores dramáticamente reducidos derivados de la implementación de las medidas<sup>387</sup> y también la conversión ‘forzada’ de los créditos existentes y futuros de Total (que CAMMESA no puede pagar) en las participaciones

---

solo “excepcionalmente” el costo marginal superaba este tope. Ver el Escrito posterior a la audiencia de Total, párr. 896.

<sup>382</sup> Ver el Escrito posterior a la audiencia de Total, párr. 898 (y también el párr. 899). En lo que respecta a esta intervención de ENARGAS en el precio del gas, Total también hace referencia a los argumentos que apoyan su reclamación relacionada con las inversiones en el sector de la exploración y la producción. Ver el Escrito posterior a la audiencia de Total, párr. 694 y 695 en lo que respecta a la pesificación del precio de referencia del gas y los párr. 695 y ss. en lo que respecta al congelamiento de los precios máximos de referencia para el componente de precio en boca de pozo de las tarifas de gas.

<sup>383</sup> Ver el Escrito posterior a la audiencia de Total, párr. 816.

<sup>384</sup> Ver las Resoluciones de la SE 246/02 del 4 de julio de 2002 (Apéndice A RA 112) y 317/02 del 4 de julio de 2002 (Apéndice C-425). Por medio de la adopción de estas Resoluciones, la Secretaría de Energía también modificó el criterio de acuerdo con el cual se habían calculado los pagos de la potencia puesta a disposición hasta ahora. El nuevo método de cálculo de pagos de la potencia puesta a disposición relacionados con el despacho real de energía eléctrica por cada generador en los seis meses previos. De acuerdo con este nuevo criterio, cada generador percibe remuneración por su potencia individual, independientemente de si fue realmente despachado. Ver el Informe de LECG sobre Electricidad, párr. 89 y nota 113.

<sup>385</sup> Ver el Escrito posterior a la audiencia de Total, párr. 817.

<sup>386</sup> Ver el Escrito posterior a la audiencia de Total, párr. 816 y ss. y 905 y ss.

<sup>387</sup> Ver párr. 286 más arriba.

en nuevas plantas de energía eléctrica (FONINVEMEM). Total explica que la Resolución 943/03<sup>388</sup>, refleja la incapacidad del Fondo de Estabilización<sup>389</sup> de pagar las cantidades adeudadas a los generadores, al establecer que tanto los créditos presentes como los futuros se cancelarían solamente cuando el fondo pudiera hacerlo, en una fecha que la Secretaría de Energía determinaría en el futuro. De acuerdo con Total y en oposición a los argumentos de la Argentina<sup>390</sup>, la participación en el FONIMVENEM fue voluntaria solamente en apariencia. Era la única manera de que los generadores recibieran el pago de 35% de sus créditos mientras contribuían a FONIMVENEM el otro 65%, y de ese modo eventualmente recuperarlo<sup>391</sup>. Asimismo, de acuerdo con Total, la valuación justa de aquellas contribuciones en 2006 (en virtud de una valuación independiente) equivalían, como máximo, a 50% ó 60% del valor nominal correspondiente a las acreencias que se convirtieron en contribuciones<sup>392</sup>. La alternativa habría sido sufrir pérdidas aún mayores, dado que los generadores que no participaron iban a recibir el pago en una fecha incierta a ser determinada por la Secretaría de Energía en el futuro.

**294.** El Tribunal recuerda que, desde septiembre de 2003, CAMMESA no pudo abonar a los generadores la electricidad que estaban suministrando dado que las tarifas pagadas por los consumidores no eran adecuadas para cubrir el precio que los distribuidores de electricidad le debían a los generadores. De hecho, desde 2002, la Argentina ha estado utilizando el dinero acumulado en el Fondo de Estabilización para abonar sus deudas y este fondo ha sido vaciado<sup>393</sup>. En virtud de que el Fondo de Estabilización se encuentra en déficit, resultó imposible cubrir “las diferencias entre lo recaudado de acuerdo a los Precios y Cargos facturados a los agentes demandantes y los montos que efectivamente habrá que abonar a los Agentes Acreedores del MERCADO ELECTRICO MAYORISTA (MEM)”<sup>394</sup>. A los efectos de lidiar con

---

<sup>388</sup> Ver la Resolución 943/2003 de la SE del 27 de noviembre de 2003, Apéndice A RA 150, incluido en el Escrito posterior a la audiencia de Total en el párr. 934.

<sup>389</sup> En lo que respecta al Fondo de Estabilización, ver los párr. 265 y 266 más arriba.

<sup>390</sup> Memorial de contestación de la Argentina, párr. 231.

<sup>391</sup> En virtud de la Resolución 406/03 y la Resolución, 826/04 adjunta en el Apéndice A AR 160. Total señala que HPDA y Central Puerto se convirtieron en los mayores accionistas de las nuevas plantas porque eran los generadores de electricidad más importantes de Argentina y, por ende, los principales acreedores del Fondo de Estabilización. Ver el Escrito posterior a la audiencia de Total, párr. 941.

<sup>392</sup> Ver el Interrogatorio Directo de J. Chambert-Loir, Transcripción, Día 3, 816, 5-17 y el Apéndice C-554; Escrito posterior a la audiencia de Total, párr. 937. En caso de venta, el comprador puede no estar disponible para valuar la participación en más de 30%, *ibidem* y párr. 970.

<sup>393</sup> Ver el Memorial de Total, párr. 217 y ss.; Informe de LECG sobre Electricidad, párr. 76 y la nota 89.

<sup>394</sup> Ver Resolución 406/03 de la SE, Preámbulo, segundo considerando (Apéndice C-80).

este problema, la Secretaría de Energía adoptó la Resolución antes mencionada<sup>395</sup>. Por otro lado, esta Resolución (Artículo 2) autorizó a CAMMESA a restablecer el “Fondo Unificado”, para posibilitar el acceso a la asistencia financiera necesaria en virtud de la Sección 5.7 de los Procedimientos<sup>396</sup>. Por otro lado, estableció un mecanismo temporario “para la asignación de los recursos escasos e insuficientes para afrontar las acreencias de los Agentes del MERCADO ELECTRICO MAYORISTA (MEM)...” (Preámbulo, tercer considerando). A estos efectos, la misma Resolución fijó un orden de prioridad según el cual CAMMESA realizaría pagos parciales a los generadores por sus ventas de electricidad en el mercado *spot*. De conformidad con el nuevo sistema, CAMMESA debía primero pagar a todos los generadores (tanto los generadores térmicos como los generadores hidroeléctricos) sus costos variables a corto plazo y, además, debía pagar a las centrales térmicas todos los “costos transitorios de despacho”. Todo fondo excedente debía ser prorratear entre los generadores (Artículo 4(e)). Sin embargo, dado el serio déficit de los fondos de estabilización y unificado, la Resolución estableció que todos los créditos de los generadores que no podían ser cubiertos por las limitadas reservas, se convertirían en deuda del Fondo de Estabilización a los generadores quienes, por su parte, se convirtieron en acreedores quirografarios del éste. Como resultado, de acuerdo con Total y sus expertos, “el total adeudado a Central Puerto y HPDA en calidad de “liquidaciones por ventas” asciende a ARS 19,7 millones”<sup>397</sup> y prácticamente, “...el Gobierno retuvo, a través de Cammesa, aproximadamente 65% de los márgenes brutos de los generadores”<sup>398</sup>. Asimismo, de acuerdo con el Artículo 5, por un lado, todos los pagos efectuados a los generadores en virtud de este sistema conlleva “el compromiso de los acreedores de abonar a sus proveedores de combustibles, insumos y mano de obra necesarios para el operación y mantenimiento,...”. Por otro lado, CAMMESA y la SE le prohibieron a los generadores declarar sus unidades como indisponibles ante la falta de fondos, so pena que se retuvieran los pagos que les adeudaban<sup>399</sup>. Asimismo, el 27 de noviembre de

---

<sup>395</sup> *Ibidem*.

<sup>396</sup> Ver el Memorial de Total, párr. 218 y la nota 325, donde Total nombra los sucesivos préstamos otorgados al Fondo de Estabilización por una serie de Decretos: Decreto 1.181/03 del 5 de diciembre de 2003 (ARS 150 millones); Decreto 365/04 del 31 de marzo de 2004 (ARS 200 millones); Decreto 512/04 del 27 de abril de 2004 (ARS 200 millones); Decreto 962/04 del 2 de agosto de 2004 (ARS 300 millones); y el Decreto 1672/04 del 7 de diciembre de 2004 (ARS 300 millones).

<sup>397</sup> Ver el Memorial de Total, párr. 219.

<sup>398</sup> Ver el Informe de LECG sobre Electricidad, párr. 76.

<sup>399</sup> En este respecto, también ver el Informe de LECG sobre Electricidad, párr. 77.

2003, el Artículo 1 de la Resolución 943/03 calificó los créditos de los generadores en dos elementos:

- “una con Fecha cierta de Vencimiento, la cual es función de los recursos disponibles para afrontarlas, y
- otra con Fecha de Vencimiento a Definir por esta SECRETARÍA DE ENERGÍA, de acuerdo a lo dispuesto en la norma que se aclara”.

Asimismo, el mismo Artículo aclaró que aquellos créditos que fueran a ser pagados en la fecha que determinara la Secretaría de Energía “no constituyen una deuda líquida y exigible en los términos del Artículo 819 del Código Civil”. Por otra parte, en julio de 2004, la Argentina creó el FONINVEMEM a través de la Resolución 712/04 de la Secretaría de Energía para financiar la construcción de dos generadores nuevos<sup>400</sup>. La construcción de estos dos generadores nuevos, para ser operativos en 2007, debía ser financiada por los generadores, con contribuciones “voluntarias” que consisten de esos créditos, a ser pagados en la fecha que determine la Secretaría de Energía “no constituyen una deuda líquida y exigible en los términos del Artículo 819 del Código Civil”, en virtud de las Resoluciones 406/03 y 943/03 de la Secretaría de Energía.

**295.** Con arreglo al Preámbulo de la Resolución 712/04, la creación del FONINVEMEM tenía por objeto agregar potencia nueva en el sector de la generación de electricidad de la Argentina y fue necesario por una serie de hechos. Entre ellos, se encontraba el “constante incremento de la demanda de energía eléctrica fruto del crecimiento de la economía argentina, y la escasez de gas natural para generación” (octavo párrafo) así como “las evidentes dificultades de financiamiento para el sector” (doceavo párrafo). Esto se debió a la situación actual en el MEM que imposibilitó el restablecimiento del capital privado. Tal como reconoce la Resolución, el nuevo sistema de distribución de pagos a los generadores por sus ventas introducidas por las Resoluciones 406/03 y 943/03 resultó en una acumulación de deudas del Fondo de Estabilización para con los generadores “por magnitudes importantes de dinero” (Preámbulo, cuarto párrafo); y al mismo tiempo,

---

<sup>400</sup> Resolución 712/04 de la SE, adjunta en el Apéndice C-218.

permitió que los generadores solamente cubrieran “los Costos Mínimos de Operación y Mantenimiento” (Preámbulo, quinto párrafo).

**296.** A los efectos de llevar adelante las dos inversiones programadas, la Secretaría de Energía debía “invitar” a los generadores a realizar las contribuciones solicitadas más de una vez<sup>401</sup>. Tal como se estableció anteriormente, Total explica que, en virtud de la Resolución 943/2003, tanto los créditos pasados como los futuros solamente se pagarían cuando el fondo pudiera hacerlo, en la fecha en que la Secretaría de Energía determinara en el futuro<sup>402</sup>. Con fundamento en las pruebas establecidas anteriormente, Total alega que, a través de las resoluciones anteriormente mencionadas, la Argentina efectuó una conversión ‘forzada’ de los créditos vigentes y futuros de Total (que CAMMESA no puede pagar) en una participación en nuevas centrales energéticas (FONINVEMEM).

#### ***4. Violaciones al TBI alegadas por Total***

**297.** Total alega que se violó la obligación de tratamiento justo y equitativo contemplada en el Artículo 3 de TBI a través de las medidas discutidas porque la obligación de conferir dicho trato protege a los inversores contra alteraciones fundamentales en el marco regulatorio que legítimamente tuvieron en cuenta al momento de realizar su inversión. Total considera que la Ley de Energía Eléctrica incluía promesas específicas y sostiene que, a pesar de que la violación de una ley interna no implica por sí misma la violación de una norma de derecho internacional en todos los casos, en este caso dicha situación sí se da. Ello se debe a que el incumplimiento de la administración del marco de inversión fundamental, frustró a Total de sus expectativas razonables y legítimas. Al mismo tiempo, Total argumenta que la cuestión de si la Argentina había prometido estabilidad legislativa y de si Total había dado por sentada dicha estabilidad carece de relevancia, porque la Ley de

---

<sup>401</sup> Ver la Resolución 826/04 de la SE del 11 de agosto de 2004 (Apéndice C-223), Artículo 1; Resolución 948/04 de la SE, del 20 de septiembre de 2004, Artículo 1 (Apéndice C-477).

<sup>402</sup> Ver párr. 293 y ss.

Energía Eléctrica no había sido enmendada desde su promulgación y la Argentina no la había observado<sup>403</sup>.

**298.** Total alega que la Argentina también incurrió en la violación del Artículo 5(1) del TBI que indica que “[l]as inversiones efectuadas por inversores de una de las Partes Contratantes gozarán ... de protección y plena seguridad en aplicación del principio del tratamiento justo y equitativo mencionado en el artículo 3 del presente Acuerdo”, ya sea como parte del tratamiento justo y equitativo o como deber independiente<sup>404</sup>. De acuerdo con Total, según este estándar, la Argentina debía adoptar medidas positivas para proteger las inversiones de Total. Por el contrario, la Argentina actuó en forma inversa. Adoptó medidas que contradijeron directamente las normas aplicables (la Ley de Energía Eléctrica), sabiendo que esto podría destruir la inversión de Total. La conducta de Argentina – forzar a Central Puerto y HPDA a que acepten las condiciones del FONINVEMEM – constituye una violación adicional de su deber en virtud del Tratado<sup>405</sup>.

**299.** De acuerdo con la Solicitud de arbitraje de Total, mediante las diversas medidas, la Argentina también incumplió la obligación de abstenerse de tomar medidas equivalentes a la expropiación sin compensación pronta y adecuada en violación al Artículo 5(2) del TBI y de abstenerse de tomar medidas discriminatorias contra Total (Artículo 4)<sup>406</sup>.

**300.** En sus siguientes presentaciones, en especial en el Escrito posterior a la audiencia, Total se concentró únicamente en la violación de la cláusula de tratamiento justo y equitativo (Artículo 3 del TBI)<sup>407</sup> y la obligación de conferir a las inversiones extranjeras protección y plena seguridad según el Artículo 5(1)<sup>408</sup>. Para completar el análisis, el Tribunal también abordará las reclamaciones de Total en relación con el Artículo 4 y el Artículo 5(2) del TBI.

---

<sup>403</sup> Ver el Escrito posterior a la audiencia de Total, párr. 962-966 en relación con *CMS Gas Transmission Company c. Argentina*, nota 29 *supra*, párr. 275-276 y *LG&E c. Argentina*, nota 111 *supra*, párr. 133 y 139.

<sup>404</sup> Escrito posterior a la audiencia de Total, párr. 240 y ss., 967 y ss.

<sup>405</sup> Escrito posterior a la audiencia de Total, párr. 969.

<sup>406</sup> Ver la Solicitud de arbitraje, párr. 229-232 y 233-238, respectivamente.

<sup>407</sup> Ver el Escrito posterior a la audiencia de Total, párr. 961-966.

<sup>408</sup> Ver el Escrito posterior a la audiencia de Total, párr. 967-971.

## 5. Posición de la Argentina

- 301.** En cuanto a las modificaciones a la legislación interna que regula la generación y el mercado de electricidad según la Ley de Energía Eléctrica, la Argentina niega que las modificaciones adoptadas por la Secretaría de Energía configuraron una violación a la ley y se tomaron en exceso de su competencia. Como se menciona anteriormente, la Argentina sostiene que la Secretaría de Energía contaba con amplias facultades para regular las actividades de generación por motivos de interés general (ver párrafo 250 anterior). Las medidas adoptadas a partir de 2002, que son el objeto de las reclamaciones de Total, fueron legítimas y razonables a la luz de la realidad económica y social de la Argentina<sup>409</sup>. Las medidas adoptadas en el sector de la generación de energía tomaron en cuenta la seriedad de la crisis y fueron proporcionadas a los cambios que se estaban dando, como los incrementos de ciertos precios y la falta de ciertos insumos (gas natural desde 2003). A la vez que respetaban el régimen legal de la Ley de Energía Eléctrica, las medidas fueron efectivas en prevenir que el servicio eléctrico sufriera interrupciones significativas. Por ello, la Argentina alega que no violó el estándar de tratamiento justo y equitativo. Un inversor extranjero debe prever que las circunstancias pueden cambiar y, en consecuencia, debe tomar en cuenta la posibilidad de que se modifique la legislación. Dichas transformaciones no importan la responsabilidad legal ante la falta de compromisos específicos que la Argentina no asumió<sup>410</sup>.
- 302.** En cuanto a la pesificación de los pagos por potencia y otros parámetros monetarios, la Argentina sostiene que el abandono del régimen de tipo de cambio fijo que derivó en la pesificación de toda la economía fue razonable y proporcional a los fines perseguidos y al contexto en que se tomó<sup>411</sup>.
- 303.** En cuanto al impacto de las diversas medidas sobre los derechos invocados por Total en virtud del TBI, la Argentina sostiene que ninguna constituye una violación a sus disposiciones.

---

<sup>409</sup> Ver el Escrito posterior a la audiencia de la Argentina, párr. 352 y ss.

<sup>410</sup> Ver el Escrito posterior a la audiencia de la Argentina, párr. 442-456. Argentina cita *Parkerings-Companiet c. Lituania*, nota 260 *supra*, párr. 332-333 y *SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. República de Filipinas*, nota 187 *supra*, párr. 121: “El Estado anfitrión debe haber asumido una obligación legal, y debe haberla asumido frente a la inversión específica, no como una cuestión de la aplicación de alguna obligación legal de carácter general”.

<sup>411</sup> Ver el Escrito posterior a la audiencia de la Argentina, párr. 447.

## ***6. Daños reclamados por Total***

**304.** Debido al impacto total de las medidas, la Demandante reclama que ha sufrido daños a sus inversiones en HPDA y Central Puerto y que la Argentina debe compensar dichos daños en virtud del régimen del TBI. Sobre la base del método de flujo de caja descontado (“FCD”), los expertos de Total estimaron los daños sufridos por Total en su inversión en HPDA en US\$147,1 millones<sup>412</sup> y en su inversión en Central Puerto en US\$235,4 millones (lo cual equivale a US\$382,5 millones en total)<sup>413</sup>. Alternativamente, debido a la venta de las participaciones de Total en noviembre de 2006, los expertos de Total propusieron utilizar el enfoque de operación para la evaluación de los daños de Total en el sector de la generación de energía. Según este método, los daños de Total alcanzan US\$215,4 millones respecto de su inversión en HPDA y US\$295,9 millones respecto de su inversión en in Central Puerto (lo cual equivale a US\$511,3 millones en total)<sup>414</sup>. Total argumenta que imputó US\$364,5 millones de sus estados contables a los efectos de reflejar el impacto económico de las medidas en el valor de su participación en Central Puerto y HPDA<sup>415</sup>. Total sostiene que “de no haberse adoptado las medidas en Argentina, las participaciones hubiesen tenido un valor de US\$655 millones al momento de la venta”<sup>416</sup>.

## ***7. Evaluación de los reclamos de Total sobre la violación del estándar de tratamiento justo y equitativo***

### ***7.1 Consideraciones generales***

---

<sup>412</sup> Ver el Informe complementario de LECG sobre Daños, pág. 10.

<sup>413</sup> Ver el Informe de LECG sobre Daños, pág. 65.

<sup>414</sup> Ver el Informe de LECG sobre Daños, pág. 69. El monto mayor de daños según el enfoque de operación obedece al hecho de que los expertos de total estiman el valor real de las acciones de Total en Central Puerto en US\$95 millones y en HPDA en US\$195 millones, mientras que Total vendió su participación en los dos generadores a US\$35 millones y US\$145 millones, respectivamente. Ver el Informe de LECG sobre Daños, pág. 66.

<sup>415</sup> Ver el Escrito posterior a la audiencia de Total, nota 88, pág. 45. El Tribunal recuerda que Total tuvo gastos en 2001 por un monto de US\$327,45 por sus dos inversiones en HPDA y Central Puerto y suscribió deudas por aproximadamente US\$177 millones.

<sup>416</sup> Ver el Escrito posterior a la audiencia de Total, párr. 98 y nota 87, págs. 44-45, donde Total aclaró que había vendido la deuda suscripta en dos generadores cuando enajenó las acciones en 2006. Total aclara que “no hizo reclamo alguno respecto de las participaciones de deuda mencionadas”.

**305.** Tal como se mencionó anteriormente, el reclamo de Total referido a HPDA y Central Puerto está basado en los “compromisos” de la Argentina sobre la estabilidad del régimen” de electricidad y el respeto de la Argentina de la Ley de Energía Eléctrica, sobre la cual Total respaldó legítimamente su decisión de realizar sus inversiones. Más allá del reclamo de que las acciones generales de la Argentina en el sector desde 2002 importaron un incumplimiento de sus promesas y compromisos en violación al TBI, Total señala la manera en que las diversas medidas que cuestiona han violado especialmente los estándares del TBI que invoca.

**306.** El Tribunal abordará, en consecuencia, cada uno de los reclamos de Total, según se establece en el párrafo 286 anterior y, a continuación, los examinará en forma completa. Antes de ello, el Tribunal advierte que Total se basa con firmeza en las supuestas violaciones a la Ley de Energía Eléctrica de la Secretaría de Energía, porque no actuó como un “ente regulador justo” como se suponía debía hacerlo en virtud de las normas sobre precios de la Ley de Energía Eléctrica (Artículo 36), que han permanecido sin modificaciones: “Argentina había asumido un compromiso con respecto a la estabilidad de las reglas para la determinación de precios previstas en la Ley” de Energía Eléctrica”<sup>417</sup>.

**307.** El Tribunal recuerda que una violación al TBI se puede dar en forma independiente a una violación a la legislación interna, tal como Total reconoce. Por otro lado, una violación a la legislación interna puede importar la violación de una norma de derecho internacional<sup>418</sup>. En todo caso, Total no objetó la legalidad de las resoluciones administrativas de la Secretaría de Energía de la Argentina ni ha solicitado que el Tribunal decida estas cuestiones sobre la base de la legislación argentina, sin perjuicio de la referencia que contiene el Artículo 8(4) del TBI. Total manifiesta, además, que “la Ley podría haber sido modificada o derogada. Pero ello no ocurrió.... Sigue siendo la norma suprema y Argentina no la ha respetado”<sup>419</sup>.

**308.** Total fundamenta sus reclamos en aquellos compromisos y promesas de estabilidad a los efectos de concluir que sus expectativas legítimas se habían

---

<sup>417</sup> Escrito posterior a la audiencia de Total, párr. 858.

<sup>418</sup> En su Escrito posterior a la audiencia, párr. 962, Total sostiene que: “[...] Pese a que las violaciones del derecho interno por sí mismas no constituyen en todos los casos violaciones del derecho internacional, en este caso sí lo son.[...]”

<sup>419</sup> Escrito posterior a la audiencia de Total, párr. 965.

frustrado, señalando jurisprudencia que consideraba “la expectativa legítima de un inversor de contar con la estabilidad de los parámetros básicos del marco regulatorio” está protegida por la obligación de conferir un tratamiento justo y equitativo en virtud del TBI<sup>420</sup>.

**309.** El Tribunal abordó esta cuestión en forma extensa, junto con los conceptos relevantes generales y la forma en que están previstos en el TBI Argentina-Francia, en oportunidad de su aplicación a los reclamos de Total relacionados con TGN, por ello no es necesario volver a abordar la cuestión aquí. Sin embargo, el Tribunal retoma las consideraciones y conclusiones básicas, que se resumen de la siguiente manera:

- (a) por un lado, la estabilidad, la predictibilidad y la consistencia de la legislación y la normativa son importantes para los inversores en la planificación de sus inversiones, en especial si su plan de negocios se extiende por muchos años<sup>421</sup>;
- (b) por otro lado, los estados signatarios de los TBI no renuncian a sus facultades reglamentarias ni limitan sus prerrogativas para modificar la legislación con el fin de adaptarla a los cambios, las nuevas necesidades emergentes y los pedidos de los ciudadanos en el ejercicio normal de sus prerrogativas y facultades<sup>422</sup>;
- (c) el TBI entre la Argentina y Francia no contiene referencias a la estabilidad del marco legal, ni siquiera en su preámbulo<sup>423</sup>;
- (d) el régimen legal vigente en el país anfitrión al momento de la inversión no está *per se* cubierto por una “garantía” de estabilidad por el simple hecho de que el país anfitrión celebró un TBI con el país del inversor extranjero. Se requiere una disposición específica en el TBI mismo o alguna

---

<sup>420</sup> Escrito posterior a la audiencia de Total, párr. 867-871 en referencia a *Sempra Energy International c. Argentina*, nota 189 *supra*, párr. 299; *Enron Corporation y Ponderosa Assets, L.P. c. Argentina*, nota 20 *supra*, párr. 107; *Occidental Exploration y Production Company c. La República de Ecuador*, nota 112 *supra*, párr. 183; *MTD Equity Sdn. Bhd. & MTD Chile S.A. c. Chile*, nota 96 *supra*, párr. 114. El Tribunal advierte que no todas las citas se refieren a circunstancias fácticas o legales comparables con las del presente caso.

<sup>421</sup> Ver párr. 114 más arriba.

<sup>422</sup> Ver párr. 115 más arriba.

<sup>423</sup> Ver párr. 116 más arriba.

“promesa” del país anfitrión a este efecto para convertir dicha expectativa en legítima<sup>424</sup>;

- (e) al tomar en consideración el concepto de expectativas legítimas, los tribunales de arbitraje en diferencias relativas a inversiones suelen enfatizar que los “compromisos específicos” limitan el derecho del país anfitrión de adaptar el marco legal a circunstancias cambiantes. Las declaraciones efectuadas por el país anfitrión son exigibles y justifican que el inversor se ampare en ellas únicamente cuando han sido realizadas respecto de un inversor particular<sup>425</sup>;
- (f) las disposiciones legislativas, reglamentaciones de naturaleza unilateral o administrativas, que son de alcance general, no pueden ser interpretadas como compromisos específicos inmunes a cambios subsiguientes de la legislación aplicable. El Tribunal determinó que dicho caso es el del Régimen del Gas aplicable a TGN. El Tribunal advierte que las diferentes disposiciones de la Ley de Energía Eléctrica que se indican arriba y que invoca Total no difieren en cuanto a la falta de promesas específicas. La juez Higgins expresa una postura similar:

“En mi opinión, se realizaron las distinciones correctas: los gobiernos efectivamente pueden verse en la necesidad de poder actuar *en carácter de* gobierno y por razones de interés público. Ello excluye la posibilidad de que se ordene en su contra la ejecución específica de sus obligaciones (incluida la restitución). Sin embargo, esto no los exime de la obligación de indemnizar a aquellos con quienes hayan celebrado acuerdos específicos. Allí se ubica el equilibrio razonable entre las expectativas de los inversores extranjeros y las necesidades *de buena fe* de los gobiernos de actuar en pos del interés público”<sup>426</sup>.

- (g) A falta de dichas promesas, los cambios en el marco regulatorio aplicable a las inversiones intensivas de capital a largo plazo y a la operación de un servicio público pueden ser considerados injustos si son contrarios a los principios financieros y económicos generalmente reconocidos de

---

<sup>424</sup> Ver párr. 117 más arriba.

<sup>425</sup> Ver párr. 119 más arriba.

<sup>426</sup> Ver Higgins, *Taking of Property by the State: Recent Developments in International Law*, (1982) *Recueil Des Cours* III, 338-339, citado por Total (CL-189) en su Escrito posterior a la audiencia, párr. 773.

“equidad reglamentaria” o “certeza reglamentaria” aplicables a las inversiones de dicho tipo (sean locales o extranjeras)<sup>427</sup>.

- (h) El derecho del estado anfitrión a regular las cuestiones internas por el interés público también debe de ser tomado en consideración. Por ende, las circunstancias, las razones (importancia y urgencia de la necesidad pública que se intenta atender) y las modalidades (medidas no discriminatorias, debido proceso, previo aviso si fuera posible y adecuado) para llevar adelante un cambio que impacta negativamente en las operaciones de un inversor extranjero, por un lado, y la gravedad del perjuicio causado, por el otro, comparados de acuerdo con un estándar de razonabilidad y proporcionalidad, son relevantes. Por ello, una evaluación de la equidad debe tomar en cuenta la evolución de la economía del país anfitrión, la razonabilidad de los cambios normativos objetados y su procedencia a la luz de un estándar de razonabilidad y proporcionalidad<sup>428</sup>; y
- (i) la conducta del inversor también es “subjetivamente” relevante ya que los TBI “no son pólizas de seguro contra las malas decisiones de negocios”<sup>429</sup>.

**310.** A la luz de los principios anteriormente expuestos, el Tribunal disiente de los argumentos de Total en cuanto a que el régimen legal (las normas sobre precios) que la Argentina modificó hubiera sido objeto de una “promesa” de la Argentina, que era vinculante para ella y en la que Total tenía derecho a confiar (“expectativa legítima”) como una cuestión de derecho internacional. Resulta irrelevante en este aspecto si los cambios “radicales” de la Ley de Energía Eléctrica que reclama Total también constituyen una violación a la legislación argentina y/o representan un ejercicio de las facultades de la Secretaría de Energía en exceso de las disposiciones de la Ley de Energía Eléctrica.

**311.** Respecto de los “pagos por potencia”, el Artículo 36 de la Ley de Energía Eléctrica no prevé explícitamente dichos pagos; explica que tomar en cuenta los

---

<sup>427</sup> Ver párr. 122 más arriba.

<sup>428</sup> Ver párr. 123 más arriba.

<sup>429</sup> Ver párr. 124 más arriba.

costos de la energía no suministrada es un elemento a considerar en la determinación de la tarifa uniforme de energía. Total explica, desde el punto de vista económico, que los pagos por potencia son esenciales para garantizar: (i) que se amorticen los costos iniciales de inversión; y; (ii) que se realicen nuevas inversiones<sup>430</sup>. Los expertos de la Argentina contradicen este objetivo<sup>431</sup>. El Tribunal advierte que las facultades regulatorias de la Secretaría de Energía para fijar el precio de la potencia son tan amplias que la autoridad podría haber incluso abolido dichos pagos. Esto fue previsto que ocurriera en junio de 2001 (poco tiempo antes de que Total ingresara en el sector de la electricidad, de que se abandonara de la convertibilidad y la posterior sanción de las medidas cuestionadas por Total) por Decreto No. 804/01, luego derogado por la Ley 25.468, como lo señalan ambas partes<sup>432</sup>.

**312.** El Tribunal concluyó que las normas sobre tarifas contenidas en el Régimen de Gas no tenían la naturaleza de compromisos específicos. En virtud de la libertad de la que los Estados generalmente gozan para enmendar sus leyes, las mismas pueden ser modificadas a la luz de los acontecimientos y las necesidades que se puedan presentar. El Tribunal señala que las diferentes disposiciones de la Ley de Energía Eléctrica que se indican más arriba y que invoca Total no difieren desde un punto de vista formal de aquellas invocadas por Total respecto del sector del gas. Eran y son regulaciones de una naturaleza general, que organizan un sector de interés público particular en el cual empresas privadas operan y que sientan condiciones para su operación. No se incluyeron garantías de estabilidad. Eran, en muchos aspectos, normas menos rígidas que aquellas aplicables a la distribución de gas. La Secretaría de Energía parece tener facultades legales más amplias para regular el sector de la electricidad que las facultades del ENARGAS respecto del sector del gas. A la luz de los principios legales sobre los que se apoyó el Tribunal respecto del reclamo de TGN que se menciona anteriormente, los cambios efectuados en la estructura de

---

<sup>430</sup> Ver el Escrito posterior a la audiencia de Total, párr. 818.

<sup>431</sup> Ver el Escrito posterior a la audiencia de la Argentina, párr. 358 en el cual la Argentina declara que: “Los pagos por potencia no fueron creados como garantía de cobertura de los costos de capital o recupero de las inversiones y así lo reconoció Abdala en la audiencia: ‘Además, los pagos por potencia de \$4 importan un alejamiento significativo del compromiso de que los inversores tendrían una oportunidad de recuperar sus inversiones. Una oportunidad no es una garantía, sino una oportunidad’ [...]” A ello, Total responde que los márgenes reconocidos por el precio *spot* sería insuficiente para que operadores privados obtengan un retorno sobre una inversión y “el precio de la potencia era un incentivo para invertir...” (ver el Escrito posterior a la audiencia de Total, párr. 119 y 122).

<sup>432</sup> Ver el Escrito posterior a la audiencia de Total, párr. 120 y el Escrito posterior a la audiencia de la Argentina, párr. 351.

precios, incluidos parámetros específicos, no son *per se* una violación de promesas o expectativas legítimas que los inversores pudieran tener.

**313.** Esto no significa que todo cambio, toda alteración del régimen, que afecta negativamente las operaciones de los generadores privados y su equilibrio económico esté exenta de la aplicación del estándar de tratamiento justo y equitativo garantizado en el TBI. El respeto del principio de equilibrio económico importa que en situaciones normales y bajo una perspectiva de largo plazo, los generadores privados sean capaces de cubrir sus costos, además de obtener un retorno de su inversión, mientras que brindan los servicios al mercado y a los usuarios tal como indica la Ley de Energía Eléctrica. Si este no fuera el caso, la Argentina hubiera violado las obligaciones asumidas en virtud del Artículo 3 del TBI, en razón de los cambios sobre los principios de precios de la electricidad luego del año 2002,.

**314.** Total cita una declaración pública emitida por el titular del ENRE en noviembre de 2000, en el sentido de que la legislación de la Argentina reconoce que las inversiones en el sector de la electricidad son a largo plazo porque “las empresas deberían obtener una rentabilidad tal sobre sus inversiones de capital que garantice el mantenimiento de la infraestructura necesaria para prestar el servicio”<sup>433</sup>. Este es un importante reconocimiento de un estándar de tratamiento en armonía con los principios razonables de gestión en el sector eléctrico para la evaluación de cambios subsecuentes. No obstante, esta declaración no convierte las reglas para la determinación de precios dispuestas en la Ley de Energía Eléctrica en un compromiso asumido expresamente por la Argentina que pueda dar origen a las expectativas legítimas de Total<sup>434</sup>. Además, lo que Total denomina “reglas para la determinación de precios” son en realidad “principios”, tal como se expresa en el Artículo 35.2 de la Ley de Energía Eléctrica (“atendiendo a los siguientes principios”), en lo que se refiere tanto a precios como a un método reglamentario de cálculo de tarifas (Artículo 36.1).

---

<sup>433</sup> Ver el Escrito posterior a la audiencia de Total, párr. 836.

<sup>434</sup> Ver el Escrito posterior a la audiencia de Total, párr. 828 y 854.

## 7.2 Evaluación de medidas específicas

### 7.2.1 La pesificación de los pagos por potencia y del precio spot

- 315.** La modificación específica relativa a los pagos por potencia observada por Total es básicamente su redenominación en pesos argentinos, que los convirtió de US\$10/MW a AR\$10 (equivalente a \$4), y que más tarde aumentó a AR\$12<sup>435</sup>. Otro de los efectos de la pesificación que reclama Total es que el precio *spot* se vio indirectamente afectado por la pesificación de las tarifas de gas porque “el precio ENARGAS que operaba como límite máximo del costo del gas que los generadores podían declarar fue convertido a pesos a una tasa nominal de 1:1 (“pesificación”) y congelado”<sup>436</sup>.
- 316.** Estos cambios derivaron en la consistente reducción en dólares de esos precios a consecuencia directa del abandono de la Argentina del sistema de la convertibilidad que establecía una paridad entre el peso y el dólar a fines de 2001 – comienzos de 2002, en respuesta a la grave crisis económica que afrontaba el país. Las razones y las características del abandono de la convertibilidad son ampliamente conocidas y se describen en el presente en párrafos anteriores<sup>437</sup>. Los valores expresados en dólares, a los cuales los pesos podían ser convertidos libremente a una tasa de 1:1, fueron convertidos a pesos a esa misma paridad (y no reajustados de acuerdo con la devaluación del tipo de cambio libre del peso frente al dólar, salvo parcialmente para los depósitos bancarios). Los valores expresados en pesos se mantuvieron en dicha divisa porque el peso era y siguió siendo la moneda de curso legal de la Argentina. Por ello, no es acertado describir el proceso como resultado de una “decisión de reducir el precio de la potencia puesta a disposición en un 60% sin justificación”, tal como Total expresa al citar al experto Dr. Abdala<sup>438</sup>. Al mismo tiempo, el Tribunal reconoce que el incremento posterior del precio de la potencia dispuesto en junio de 2002 (de AR\$10 a AR\$12), que no fue seguido de otro ajuste posterior, refleja una decisión administrativa de la Secretaría de Energía. El fundamento de esta decisión no fue explicado por la Argentina en este procedimiento<sup>439</sup>. Por otro lado, tal como se

---

<sup>435</sup> Ver el Escrito posterior a la audiencia de Total, párr. 123 y 910 y ss. con referencia a la Resolución 2/02 del 14 de marzo de 2002, Apéndice C-81.

<sup>436</sup> Ver el Escrito posterior a la audiencia de Total, párr. 123(a). Ver también párr. 287 más arriba.

<sup>437</sup> Ver párr. 71-79 más arriba.

<sup>438</sup> Ver el Escrito posterior a la audiencia de Total, párr. 911.

<sup>439</sup> Ver, en este aspecto, el Escrito posterior a la audiencia de Total, nota 1056, pág. 346, donde se cita la declaración del Sr. Abdala (transcripción (inglés) Día 5, 1352:7-1353:7).

señala en el párrafo 270 del presente, la tarifa del precio de la potencia puesta a disposición no estuvo asociada legalmente a un parámetro definido y su variación.

**317.** El Tribunal ya explicó por qué la derogación del régimen de convertibilidad de los bienes, valores y tarifas en pesos, que eran convertibles a dólares (siendo el dólar era una moneda de circulación libre en la Argentina, las cuentas podían ser tomadas en dólares, etc.) bajo el régimen de convertibilidad, fue una medida tomada dentro de la competencia de la Argentina que no estaba prohibida por el TBI invocado por Total. El Tribunal también ha fundamentado la conclusión de que incluso las tarifas especialmente fijadas en dólares estadounidenses y los reajustes periódicos a realizarse sobre la base del índice de precios estadounidense (IPP) podían ser pesificados bajo estas circunstancias sin incurrir en una violación al TBI. Esto se debe a la grave crisis económica, monetaria y social que llevó a la Argentina a abandonar la convertibilidad. El Tribunal ha concluido que la pesificación afectó a todos los sectores de la economía y se implementó sin discriminación<sup>440</sup>.

**318.** Este razonamiento también es aplicable respecto de los valores, los parámetros y los precios del sector de la electricidad. Suponer que se continuará aplicando los valores o los valores equivalente recalculados en pesos en este sector no es lo más conveniente por las siguientes razones.

**319.** En primer lugar, no existía una disposición legal que ordenara que los precios y los parámetros en los que Total se ampara, sean expresados en dólares y/o asociados a parámetros extranjeros, como el IPP de los Estados Unidos en relación con las tarifas del transporte de gas. De hecho, Total no sugiere lo contrario. De hecho, la evidencia muestra era una práctica común bajo el régimen de convertibilidad que las denominaciones en pesos y dólares fuera intercambiables. Por ende, la denominación de un precio o un parámetro en pesos en lugar de dólares no implicaba que se aplicara un régimen diferente<sup>441</sup>.

---

<sup>440</sup> Ver párr.159-165 más arriba.

<sup>441</sup> La mayoría de los valores estipulados o fijados en los Procedimientos (Resolución 61/92 están expresados en pesos, como surge tanto del uso del símbolo como de la palabra “pesos”. Algunos valores están expresados en dólares (como surge del uso de “US\$”). Más precisamente, en los Procedimientos algunas veces el mismo valor expresado en pesos está después expresado con el símbolo US\$. Comparar Artículo 33 de la Resolución 61/92, donde la potencia puesta a disposición en pesos (\$5 (cinco pesos) por MWh), con la Sección 2.4.2.1 de la Resolución 137/ 92, donde el mismo valor está expresado, pág. 72, en dólares estadounidenses (US\$5/Mw hfv). De igual manera se puede comparar el Artículo 34 de la Resolución 61/92, donde el “Costo de la Energía no

- 320.** Por ello, la referencia que hace Total a elementos individuales de los precios de la electricidad como específicamente expresados en dólares, no está apoyada en la evidencia. Tampoco señala Total características particulares de dicho elementos que pudieran justificar que estuvieran exentos de la devaluación y del abandono del régimen de convertibilidad.
- 321.** En segundo lugar, los valores monetarios determinados y utilizados en la Ley de Energía Eléctrica, como el precio de la potencia puesta a disposición, la variable *spot*, el precio monómico y los topes, eran aplicables a todo el sector de la electricidad, a todos los generadores, otras entidades y los usuarios. Resulta dificultoso imaginar la manera en que la Argentina – aunque hubiera deseado – podría haber mantenido sin alterar los valores y los precios anteriores fijados en dólares a favor únicamente de los generadores extranjeros. Más difícil aún es hacerlo teniendo en cuenta que algunos de dichos valores se derivaban, a su vez, de los costos de los componentes producidos en otros sectores de la economía (como el gas y otros precios de referencia utilizados en el cálculo de los costos de los generadores).
- 322.** Por otro lado, el reclamo de Total debe ser evaluado a la luz de la conducta “subjetiva” de Total al realizar su inversión. Es indiscutible que Total adquirió sus acciones en dos generadores en septiembre de 2001. Es sabido, y respaldado por los documentos de soporte presentados por las partes en este caso, que a dicha fecha los problemas económicos y financieros en la Argentina, eran ya sustanciales y objeto de preocupación tanto en el ámbito interno como internacional que no se limitaba a los círculos de la comunidad económica y financiera. Esto ocurrió a unos pocos meses antes de la explosión de la crisis y la posterior devaluación, la sanción de la Ley de Emergencia y el abandono del régimen de convertibilidad. El deterioro se había acelerado durante la primera mitad del año, con las intempestivas renovaciones del Ministro de Economía y el Director del Banco Central, la modificación del régimen de paridad cambiaria del peso y un canje de títulos internacionales de gran envergadura. La asistencia del FMI bajo la forma de un Acuerdo *Stand-By* lanzado a comienzos del año se había incrementado pese a crecientes dudas sobre la capacidad de la Argentina de respetar las condiciones acordadas con el Fondo como por la

---

*Suministrada*” está fijado en “\$0,75 (setenta y cinco centavos) por KILOVATIO-HORA”, con la Sección 2.4.2.4 de la Resolución 137/92, donde el mismo valor está expresado, pág. 74, en US\$. Esto confirma que bajo el régimen general de convertibilidad no se hizo diferencia a hacer referencias a una u otra moneda y que, a todos los efectos, son intercambiables.

propia sostenibilidad del régimen de convertibilidad, que dicho programa intentaba apoyar. Cuando Total realizó su inversión en la Argentina, el país estaba sufriendo una fuga de capitales sostenida (que prácticamente hubiera acabado las reservas del país en otras pocas semanas) y los inversores extranjeros estaban tomando medidas para proteger el valor monetario de sus fondos depositados en la Argentina<sup>442</sup>.

**323.** Ante este panorama, no se puede pasar por alto que Total realizó una inversión a largo plazo en la Argentina superior a US\$300 millones, en un momento en que el mantenimiento de la convertibilidad de pesos a dólares a una tasa de 1:1 estaba siendo puesta en duda, más allá de la razonabilidad de la operación desde el punto de vista del negocio de la electricidad<sup>443</sup>. Por un lado, tal y como Total señala, el régimen legal específico estaba bien establecido y era favorable al inversor al momento en que Total realizó su inversión. Por otro lado, las condiciones financieras y monetarias de la Argentina ya se habían deteriorado marcada y sostenidamente durante el año 2001. El FMI señaló:

“[...] a fines de julio, los márgenes entre las tasas de interés denominadas en pesos y las denominadas en dólares se habían situado entre 1.500 y 2.000 puntos básicos, tornando la opción de déficit cero altamente improbable e ineficiente en la mantención del régimen de convertibilidad. De hecho, el retiro masivo de depósitos en julio de los bancos argentinos fue tal vez el signo más claro del colapso inminente a falta de cambios dramáticos en las políticas y las circunstancias económicas”<sup>444</sup>.

**324.** La posibilidad de abandonar el sistema de paridad fijo entre el peso y el dólar, que hubiera afectado el valor de la inversión de Total y sus futuras utilidades en dólares, debió haber sido tomada en cuenta por un inversor internacional prudente y

---

<sup>442</sup> Ver las Lecciones de la crisis argentina del FMI, notas 53, 35-38 *supra*, y Apéndice II, *Chronology of Key Developments in 2001-2* que da cuenta de la caída de la valoración de la deuda argentina entre julio y octubre de 2001. Un relato de los acontecimientos de la crisis de la Argentina de 2001 se incluye en los párr. 71-79 del presente y en las citas que se citan en ellos. La información sobre la fuga de capitales desde julio 2001 se incluye en el Informe de Evaluación del FMI, notas 53, 5, 13, 50-51 *supra*.

<sup>443</sup> Total señala que los precios de la electricidad eran bajo en aquel entonces debido a una sobrecapacidad y que su incremento se había previsto luego de una esperada suba de la demanda, por ello la inversión era económicamente razonable en ese momento. Ver el Escrito posterior a la audiencia, párr. 841 y ss., en relación con los testimonios de los Sres. Abdala y Montmayeur. Por otro lado, la Argentina sostiene que la situación descrita se debió a la recesión que estaba transitando la economía del país.

<sup>444</sup> Ver las Lecciones de la crisis argentina del FMI, notas 53, 36 *supra*.

experimentado como Total. El Tribunal considera que este contexto debería haber influenciado las expectativas de Total al momento de realizar sus inversiones<sup>445</sup>.

### 7.2.2 La modificación del mecanismo del precio marginal uniforme

**325.** El Tribunal describió ya las modificaciones que reclama Total y su impacto en las actividades económicas de los generadores (ver párrafo 286 y ss. del presente). La principal característica es el abandono del precio *spot* uniforme, basado en el costo variable de la unidad marginal (es decir del productor menos costoso excluido por CAMMESA en orden de eficiencia) por una referencia a los costos de las unidades de gas natural. Además, un tope fijo de AR\$120/MWh reemplazó el anterior “mecanismo de precios máximos” variable que reflejaba el costo anticipado de falla. De acuerdo con Total, el nuevo mecanismo de precios no reflejaba el costo económico del sistema y hacía imposible para los generadores operar dentro de márgenes razonables y cubrir los costos de su inversión<sup>446</sup>. Por ello, en 2002 tanto Central Puerto como HPDA incurrieron en mora en el pago de sus préstamos en divisas a pesar que el monto de dichos préstamos era razonable<sup>447</sup>.

**326.** En cuanto al impacto económico general de las modificaciones de los precios (tanto del precio *spot* como del precio por potencia), Total señala que había desabastecimiento y falta de nuevas inversiones. Esta situación llevó a la Argentina a comenzar a importar electricidad e, incluso, a recurrir a nuevos programas como el programa Energía Plus y el fondo FONINVEMEM para incrementar la oferta de electricidad<sup>448</sup>.

**327.** El Tribunal retoma sus conclusiones de que varias características de la estructura de precios descripta por Total que estaba vigente al momento en que Total efectuó su inversión no fueron objeto de las promesas específicas de la Argentina. La ley consagra el principio general de que el precio uniforme debería reflejar el costo económico del sistema. No prevé directamente que dicho precio sea determinado por

---

<sup>445</sup> Este bien podría haber sido el caso y ha sido reflejado en el precio pagado por Total (US\$327.45 millones por las acciones de Central Puerto y HPDA) ya que este precio equivale a una fracción de valor hipotético de las acciones de Total en dichos generadores (US\$655 millones) calculado por los expertos de Total seis años más tarde, en 2006 (ver párr. 304 del presente). El Tribunal señala que este valor hipotético de las inversiones de Total a fines de 2006 no incluye ninguna consideración del contexto descripto anteriormente.

<sup>446</sup> Escrito posterior a la audiencia, párr. 911.

<sup>447</sup> Escrito posterior a la audiencia, párr. 122, en referencia a la declaración del Dr. Montamayeur.

<sup>448</sup> Ver el Escrito posterior a la audiencia de Total, párr. 912 y ss.

el mecanismo de precio *spot* basado en la unidad marginal. Es posible vislumbrar un sistema diferente que igualmente podría haber respetado el principio de equilibrio económico del sistema permitiendo a los generadores cubrir sus costos y obtener retornos razonables sobre sus inversiones tal y como se señala en términos generales en el párrafo 313 del presente. Este requisito se hubiera satisfecho si el precio *spot* se hubiera fijado sobre la base de los costos de la unidad marginal (mecanismo de precio uniforme marginal), sin el tope de AR\$120, según los principios vigentes en 2001 (debido a que el mecanismo era sin dudas justo y la Argentina no propuso ni impuso un mecanismo justo diferente como referencia alternativa).

**328.** No obstante, es indiscutible que el sistema de precios que la Secretaría de Energía impuso en forma progresiva luego de 2002 resulta incongruente con los principios consagrados en la Ley de Energía Eléctrica, aún excluyendo de dicha consideración la pesificación. Luego de 2002, el mercado se caracterizó por las tarifas irrazonablemente bajas<sup>449</sup>. Las tarifas redujeron en forma masiva el retorno de los generadores, quienes apenas pudieron cubrir los costos variables, en contraposición con los principios económicos de gestión apropiados para los generadores de energía que operan dentro de un sistema regulado de servicios públicos<sup>450</sup>. Los bajos precios alentaron un aumento en el consumo que no pudo igualar un incremento paralelo en la oferta, porque los productores no podían afrontar nuevas inversiones en el marco del rígido sistema administrativo de precios vigente<sup>451</sup>. La falta de razonabilidad de

---

<sup>449</sup> El precio promedio del servicio eléctrico residencial en 2004 vigente en la Argentina era una fracción de los precios de los países industrializados, alrededor del 20% del precio de Alemania, Japón e Italia; menos de un tercio de los precios de Francia y el Reino Unido; y menos de la mitad de los correspondientes a Estados Unidos. Sobre este particular, Ver el Escrito posterior a la audiencia de Total, párr. 133 y la tabla allí incluida con datos de la Administración de Información Energética, 2007, Apéndice C-706. Total enfatiza el hecho de que el precio de la electricidad en la Argentina ya era uno de los más bajos del mundo en 2001: las nuevas inversiones en el sector desde 1992 habían casi duplicado la potencia instalada, habían terminado con el desabastecimiento y había provocado la caída constante de los precios en beneficio de los usuarios, Ver el Escrito posterior a la audiencia de Total, párr. 831-833 y las tablas allí incluidas.

<sup>450</sup> De acuerdo con el profesor Spiller y el Dr. Abdala, el precio *spot* es un tercio del costo marginal, basado en las cifras de Cammesa, Escrito posterior a la audiencia de Total, párr. 123(a) y el gráfico allí incluido. Asimismo, el tope al precio fijo de AR 120/MWh operaba el 40% del tiempo. En este aspecto, Ver el Escrito posterior a la audiencia de Total, párr. 123(c), 893-895 y el gráfico allí incluido; Informe de LECG sobre Electricidad, párr. 73.

<sup>451</sup> Ver el Escrito posterior a la audiencia de Total, párr. 877, basado en la información contenida en el Informe LECG sobre Electricidad que no ha sido objetado por la Argentina: “Argentina está al borde de una crisis energética, como ocurrió a fines de la década de los ‘80. La demanda de electricidad ha aumentado un 30% desde 2002 [nota 1015: Gallino y Sruoga, párr. 66]; y la economía ha registrado un crecimiento de alrededor de un 8,6% anual [nota 1016: Ministerio de Economía, “Informe Económico” Año 2006, adjunto en el Apéndice C-605, página 24.]; no obstante, no se ha realizado inversiones de potencia adicional”. Total contrasta esta evolución con la situación del período 1999 a 2001, cuando el crecimiento menor en la demanda de electricidad fue el resultado de la reducción del PIB. Ver el Escrito posterior a la audiencia de Total, párr. 847 en referencia al contrainterrogatorio de Abdala, Acta (inglés) Día 5, 1411:8-1412:11.

dicha política en vista de las prácticas generalmente seguidas en las sociedades contemporáneas para asegurar la oferta de electricidad, cuando esto se traslada a compañías privadas, se demuestra por la subsiguiente falta de inversiones, los cortes de energía y la necesidad de importar electricidad a la Argentina (un país que siempre se autoabasteció e incluso exportó energía a países vecinos)<sup>452</sup>.

**329.** El programa Energía Plus y el fondo FONINVEMEM (destinados a financiar nuevos generadores mediante el uso de créditos impagos de los generadores existentes) demuestran que los mecanismos de precios vigentes luego de 2002 no eran económicamente sustentables. El Tribunal recuerda que los nuevos productores de electricidad deben ser remunerados a más altos precios según el programa Energía Plus con el fin de alentar nuevas inversiones ya que los generadores existentes carecían de recursos para expandirse debido al estado de cesación de pago de CAMMESA y del Fondo de Estabilización. Este mecanismo contradice el principio de precio uniforme que debe reflejar el costo económico del sistema y asegurar que las nuevas inversiones se hagan de conformidad con la demanda<sup>453</sup>.

**330.** El Tribunal entiende que esta situación, derivada de la acción de la Secretaría de Energía con total conciencia de su impacto negativo en los generadores que operaban sobre principios económicos razonables, no puede conciliarse con el estándar de tratamiento justo y equitativo del Artículo 3 del TBI. En consecuencia, el Tribunal concluye que la Argentina violó el TBI en este aspecto.

**331.** La inobservancia de los principios básicos de la Ley de Energía Eléctrica es relevante, independientemente de si los cambios fueron introducidos en violación al sistema legal interno, cuestión ésta que el Tribunal no necesita resolver. La conclusión de que existió una situación de injusticia, se ve reforzado por el hecho de que la renovación integral del régimen de electricidad, fijado por Ley de Energía Eléctrica, la cual siguió sin aplicarse en la práctica, se implementó por medio de acciones de las autoridades administrativas.

---

<sup>452</sup> Ver el Escrito posterior a la audiencia de Total, notas 442 y 444 *supra*. La misma evaluación fue reflejada por la prensa internacional. Ver *The Economist*, 23 de agosto, 2008, 42-43 “*Argentina – Clouds gather again over the Pampas*”.

<sup>453</sup> Se debe hacer referencia a no solo al Artículo 36 sino también al Artículo 2(b) “... alentar inversiones para asegurar el suministro a largo plazo” y (f) “[a]lentar la realización de inversiones privadas en producción... asegurando la competitividad de los mercados donde sea posible”, tal como recuerda Total en su Escrito posterior a la audiencia, párr. 879.

**332.** La seguridad ofrecida por un régimen establecido por ley a inversores que necesariamente planifican a largo plazo, se vio gravemente menoscabada. Esta evolución va más allá del normal riesgo regulatorio que puede anticiparse a la luz de la Ley de Energía Eléctrica, ya que la Secretaría de Energía operaba desde 2002-2003 con “discreción ilimitada”<sup>454</sup>.

**333.** El estándar de tratamiento justo y equitativo del TBI fue objetivamente quebrantado por las acciones de la Argentina, debido a su impacto negativo sobre las inversiones y su incompatibilidad con los criterios de racionalidad económica, el interés público (luego de considerarse debidamente la necesidad y la responsabilidad de los gobiernos de enfrentar situaciones imprevistas y circunstancias excepcionales), la razonabilidad y la proporcionalidad. Un inversor extranjero tiene derecho a esperar que el estado anfitrión se regirá por estos principios básicos (que ha consagrado voluntariamente en la legislación) en la administración del sector público que ha sido abierto a inversiones extranjeras de largo plazo. Las expectativas basadas en dichos principios son razonables y, en consecuencia, legítimas, incluso ante la falta de promesas específicas del gobierno. Por ello, se ha incurrido en una violación al estándar de tratamiento justo y equitativo mediante la fijación de precios que no compensan la inversión y no permite obtener ganancias razonables, contrario a lo que indican los principios básicos aplicables a la actividad de generadores privados en virtud del sistema legal de la Argentina. Lo anterior se da con mayor énfasis si se considera que el sector de los servicios públicos o generales que se encuentran sujetos a la regulación gubernamental (ya sea flexible o rigurosa), los operadores no pueden suspender el servicio, las inversiones son a largo plazo y retirarse de la actividad se hace difícil.

**334.** Un elemento adicional que confirma la conclusión del Tribunal es la calificación de los derechos de los generadores en virtud de la Ley de Energía Eléctrica. Sus derechos respecto de las normas de determinación de precios contenidas en dicha ley han sido considerados “derechos adquiridos” de propiedad por la Constitución de la Nación Argentina “en un contexto que por imperio de la ley no constituye servicio

---

<sup>454</sup> Escrito posterior a la audiencia de Total, párr. 849. Esto es verdad a pesar de la precisión o relevancia de la distinción que sostiene Total (párr. 849, 863 y ss.) entre “sector de los servicios públicos” como el de la generación de electricidad, regulado por las reglas del libre mercado que limitan la discreción reglamentaria, y el sector de la distribución, que Total describe como un sector basado en las tarifas, donde los precios están absolutamente regulados.

público sino actividad de interés general”. Estas normas son “bases normativas que deben ser tenida en cuenta para la concreta adopción de “precios administrativamente fijados””<sup>455</sup>.

**335.** Por último, el Tribunal también se apoya en los términos de la concesión de HPDA. El Artículo 56 del Contrato de Concesión otorga el derecho al concesionario a resolverlo en caso de que se produzca una modificación sustancial de las reglas de fijación de precios establecidas en la Ley de Energía Eléctrica cuando son arbitrarias y resultan en una excesiva onerosidad de la prestación “en los términos de artículo 1198 del Código Civil”<sup>456</sup>. El Tribunal recuerda que estas disposiciones no se aplican al presente caso porque HPDA no apeló a dicha cláusula en Argentina y Total no la invocó en forma directa. De todas maneras, el Tribunal considera que es importante que los cambios radicales en el sistema de fijación de precios de la electricidad que tornan el cumplimiento de las obligaciones del concesionario en “*prestación excesivamente onerosa*” podría ser una justa causa de resolución de la concesión por parte del concesionario. Esta disposición ilustra que las autoridades administrativas no cuentan con una amplia discreción para efectuar cambios radicales en el sistema previsto en la Ley de Energía Eléctrica, como la Argentina afirma.

#### *7.2.3 La “negativa” a pagar a los generadores de energía los montos adeudados y la conversión de los créditos en participación en el FONINVEMEM*

**336.** El Tribunal concuerda con Total en que las medidas discutidas en el párrafo 29 y siguientes resultaron en una negativa de hecho de la Argentina de pagar a los generadores de energía sus créditos, incluso a los valores reducidos en virtud de las medidas.

**337.** Al Tribunal no le convence el argumento de la Argentina en cuanto a que los generadores que decidieron participar en el fondo FONINVEMEM (entre ellos, los generadores de Total) lo hicieron voluntariamente. Por el contrario, el Tribunal concuerda con Total, sobre la base de las pruebas aportadas, que la conversión ofrecida por la Argentina el 11 de agosto de 2004, no puede definirse como

---

<sup>455</sup> Ver el Escrito posterior a la audiencia de Total, párr. 873 basado en la resolución de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo del 11 de marzo de 2004, *AGEERA c. EN – PEN – Resol 8/02 SE y Otros s/ Amparo Ley 16,986*, adjunto en Apéndice A RA 215.

<sup>456</sup> Ver párr. 277 más arriba; Escrito posterior a la audiencia de Total, párr. 856.

“voluntaria”. Si bien no fue “forzada”, fue fuertemente inducida al poner a los generadores en una situación de no tener más alternativa que aceptar el esquema, o si no sufrir mayores pérdidas. En primer lugar, los generadores se vieron enfrentados a una situación en la cual la institución (CAMMESA) designada por el regulador público para manejar el mercado eficientemente se vio impedida de pagar por la electricidad producida y distribuida a los usuarios debido a que a los usuarios se les cobraban tarifas insuficientes. En segundo lugar, los generadores se vieron en la posición de tener que elegir entre contribuir el 65% de sus créditos pasados y futuros a FONINVEMEM y convertirse en accionistas de los generadores que serían creados con los fondos correspondientes o bien seguir teniendo créditos impagos, cuyo pago era legal y prácticamente incierto tanto en cuanto al plazo, la modalidad y el monto<sup>457</sup>.

**338.** Este esquema debe ser considerado como una especie de canje forzado e inequitativo de deuda por capital que no es el resultado de las condiciones desfavorables del mercado o de una crisis corporativa (como suele suceder en casos de canjes en mercados privados) sino de políticas de gobierno y acciones de la Argentina. Por eso, el Tribunal considera que representa una clara violación de la obligación de tratamiento justo y equitativo consagrada en el TBI por la cual la Argentina debe pagar una indemnización. La responsabilidad de la Argentina no queda eximida por el hecho de que las acciones resultantes de la conversión tienen un valor de mercado como afirmó la Argentina, porque los generadores ya estaban instalados o lo estaban siendo. La determinación del valor de dichas acciones es importante para la valoración de los daños y deberá ser tenida en cuenta en la etapa de cálculo de los daños.

### ***8. Consecuencias de las conclusiones del Tribunal sobre el reclamo de daños de Total***

**339.** Sobre la base de las conclusiones anteriores, el cálculo de los daños efectuado por Total no puede ser aceptado por el Tribunal debido a que el ámbito y las causales de

---

<sup>457</sup> Ver la Resolución 826/04 de la Secretaría de Energía, séptimo párrafo del preámbulo (Apéndice C-223). En su Escrito posterior a la audiencia, Total señala en el párrafo 970 (b) que según la siguiente Resolución 1.193/05 de la Secretaría de Energía (Apéndice A RA 288) “el Gobierno en última instancia utilizó los créditos de aquellos generadores que se negaron a participar en FONINVEMEM para financiar la construcción de las dos nuevas centrales e impidió que tuvieran participaciones en ellas”.

incumplimiento que se establecieron en el presente difieren y son considerablemente más limitadas que las asumidas por Total. Es por ello que la etapa de determinación de los daños es necesaria para que las partes puedan elaborar y documentar sus posiciones en materia de daños. En particular, esta etapa se centrará en la determinación de las pérdidas sufridas por Total como consecuencia del impacto negativo que tuvieron en HPDA y Central Puerto las acciones que la Argentina adoptó en violación al TBI<sup>458</sup>.

### ***9. Evaluación del reclamo de Total a la luz de los Artículos 4, 5(1) y 5(2) del TBI***

**340.** En opinión del Tribunal, el reclamo de Total sobre la pesificación de los pagos por potencia y el precio *spot* no resulta en una violación de los estándares de expropiación y de seguridad plena por cuanto la conclusión a la que se arribó en los párrafos 315-324 fue que la pesificación fue una medida legítima tomada por la Argentina en función de las circunstancias. En cuanto al reclamo de Total sobre la modificación del mecanismo de precio uniforme, que el Tribunal aceptó en gran medida en los párrafos 325-335, las conclusiones sobre la violación se basaron en la injusticia de la conducta de la Argentina.

**341.** Tal como el Tribunal señaló con claridad en los párrafos precedentes, las diversas medidas no equivalen ni implican una expropiación de las inversiones de Total en el sector de generación de energía en violación del Artículo 5(2) del TBI, a pesar de haber resultado en una disminución consistente del valor de los activos debido a la disminución de los ingresos, causado por las acciones de las autoridades argentinas en el sector. Tal y como el Tribunal lo ha dejado por sentado en el párrafo 191 esto se explica por cuanto la mera pérdida de valor de una inversión debido a las medidas adoptadas por el estado anfitrión sin privación del control no es un fundamento suficiente de expropiación indirecta e ilegítima. Esta conclusión se ve reforzada por el texto del TBI entre la Argentina y Francia, tal y como se expone en el párrafo 194.

**342.** La “negativa” a pagar a los generadores de energía los montos adeudados y la conversión forzosa de cuentas por cobrar en participaciones en el FONINVEMEN,

---

<sup>458</sup> Esto incluye la determinación del “escenario contrafáctico” adecuado, el escenario fáctico y la posible influencia de ambos en el precio de compra pagado por Total en 2001 y el precio de venta de su participación en Central Puerto y HPDA a fines de 2006.

que el Tribunal ha concluido constituye una violación del Artículo 3 del TBI, podría considerarse también como una violación del Artículo 5(2) del TBI. El Tribunal considera, sin embargo, que los daños por concepto de expropiación no serían diferentes de aquéllos a ser establecidos en la etapa de *quantum* bajo una violación del estándar de trato justo y equitativo, descrito en el párrafo 339 anterior, de manera que el Tribunal considera innecesario examinar la conducta de la Argentina bajo el Artículo 5(2) del TBI .

**343.** Bajo el Artículo 5.1 del TBI, las inversiones realizadas por nacionales de una Parte en el territorio de la otra Parte se beneficiarán “de protección y plena seguridad en aplicación del principio del tratamiento justo y equitativo mencionado en el artículo 3 del presente Acuerdo” (En la versión en francés del TBI: “d’une protection et d’une sécurité pleines et entières, en application du principe de traitement juste et équitable mentionné à l’article 3 du présent Accord”). Una simple lectura de los términos utilizados en el Artículo 5.1 del TBI, de conformidad con el Artículo 31 de la CVDT, demuestra que la protección prevista en el Artículo 5.1 a inversores protegidos y sus activos no se limita a la protección física sino que también incluye la seguridad legal. La conexión explícita de este estándar con el de trato justo y equitativo respalda esta interpretación. Esto parece ser consistente con la interpretación adoptada por otros tribunales respecto a cláusulas de tratados bilaterales de inversión redactadas de forma diferente, aún cuando no uniformemente.<sup>459</sup> El reclamo de Total bajo el Artículo 5.1 se fundamenta en la alegada violación por parte de Argentina de su obligación de conferir seguridad legal (en lugar de protección física) a las inversiones de Total.<sup>460</sup> Tal y como se subrayó anteriormente, el régimen para los generadores establecido por Argentina después de 2002 estuvo caracterizado por una marcada diferencia entre los principios sentados en la Ley de Energía Eléctrica y la regulaciones de la Secretaría de Energía, lo cual, Total argumenta implica una violación por parte de la Argentina de su obligación de otorgar seguridad legal y protección a las inversiones de Total. Argentina se opone a este argumento y señala los amplios poderes que el sistema legal argentino le otorga a la Secretaría de Energía. El Tribunal considera que es innecesario un análisis exhaustivo del reclamo de Total de conformidad con el Artículo 5.1 del TBI. De

---

<sup>459</sup> Ver nota *supra* 113.

<sup>460</sup> Ver párr. 279-284.

hecho, la obligación establecida en el Artículo 5.1 forma parte del estándar de trato justo y equitativo, de manera que la conclusión de la existencia de una violación de dicha obligación formaría parte de la violación del Artículo 3 en lugar de ser una violación independiente. El Tribunal ya ha concluido que dicha violación existió en relación con los mismos hechos, por lo cual no existe una violación adicional del Artículo 5.1. Adicionalmente, no se podrían otorgar daños adicionales siguiendo un enfoque diferente.

**344.** Por último, en cuanto a la prohibición de conferir un trato discriminatorio consagrada en el Artículo 4 del TBI, Total enfatizó que la significativa limitación sobre el precio de la electricidad fue impuesta por la Argentina con el fin de subsidiar otros sectores de la economía, incluida la industria de la exportación, a costa de los generadores. Este bien puede ser el caso, pero dicha política no puede representar por sí misma una violación a la prohibición del estándar de discriminación. Este estándar requiere como regla una comparación entre el tratamiento de inversiones de diferente origen o titularidad nacional, dentro de un mismo sector, tal y como se expuso anteriormente en relación con el reclamo de TGN<sup>460</sup>. El objetivo es determinar si las inversiones protegidas han recibido un trato menos favorable sin un motivo justificado, en particular con motivo de su nacionalidad extranjera. La similitud de las inversiones comparadas y de sus operaciones es una condición indispensable para que la comparación sea útil. El alegado subsidio entre un sector con otro no cumple dichas condiciones. Es claro que para que dicha política sea considerada una violación al Artículo 4<sup>461</sup> debería ser implementada a expensas de los inversores extranjeros. En este caso, Total no pudo demostrar que sus generadores de energía recibieron un trato diferencial respecto de otros, menos aún que ello hubiera sido con motivo de su nacionalidad. Por ello, este reclamo no puede ser aceptado.

### ***10. La defensa de estado de necesidad aducida por la Argentina***

**345.** Antes de concluir, el Tribunal debe abocarse a la defensa de “estado de necesidad” presentada por la Argentina a la luz del derecho consuetudinario

---

<sup>460</sup> Ver *supra* párr. 210 y ss.

<sup>461</sup> El Tribunal recuerda que Total no ha demostrado *prima facie* la discriminación basada en la nacionalidad extranjera en el sector de la generación de energía eléctrica.

internacional con el fin de eximirse de responsabilidad por las violaciones del TBI determinadas por el Tribunal en relación con las inversiones de Total en el sector generación de energía. En esta cuestión, el Tribunal retoma el análisis efectuado en relación con el reclamo de TGN y, en especial, las rigurosas condiciones que se deben reunir para apelar a esta defensa a la luz del Artículo 25 de los Artículos sobre Responsabilidad del Estado de la CDI<sup>462</sup>. En relación con el reclamo de Total relativo a sus inversiones en generación de energía, el Tribunal ha concluido que no existe una violación al TBI en razón de la pesificación de los pagos de potencia, el precio spot y cualquier otro parámetro y/o valores establecidos en el sistema eléctrico. Por el contrario, el Tribunal ha determinado que la alteración del mecanismo del precio marginal uniforme (que se discute anteriormente en los párrafos 325 y siguientes) y la negativa a pagar a las acreencias a los generadores de energía así como su conversión en participaciones en FONINVEMEM (lo cual se discute anteriormente en el párrafo 336 y siguientes) violan el estándar de trato justo y equitativo. En consecuencia, el Tribunal debe referirse a la defensa del estado de necesidad presentado por Argentina únicamente en relación con estas dos medidas. El análisis anteriormente detallado respecto del sector energético a partir del año 2002, claramente demuestra que las medidas violatorias no eran de forma alguna necesarias para salvaguardar los intereses esenciales de seguridad de la Argentina respecto a protección de sus ciudadanos y al aseguramiento del abastecimiento de energía. Más específicamente, Argentina no ha demostrado que la alteración del mecanismo de precios en detrimento de los generadores era necesario para asegurar el abastecimiento de energía. Por el contrario, el Tribunal se refiere a su conclusión (detallada en el párrafo 328) respecto a que el sistema de precios que la Secretaría de Energía instauró a partir del año 2002 derivó en una tarifa irrazonablemente baja y que motivó un aumento sustancial en el consumo que no pudo ser abastecido. Esto causó escasez en el abastecimiento de electricidad y cortes de energía en detrimento de la economía y la población en general, precisamente lo contrario a salvaguardar “un interés esencial contra un peligro grave e inminente”, tal y como lo establece el Artículo 25.1(a). En cualquier caso, aún cuando se aceptara la posición de Argentina respecto a la existencia de una amenaza grave e inminente a sus intereses esenciales de asegurar el abastecimiento de electricidad a precios razonables, el mecanismo de

---

<sup>462</sup> Ver párr. 220 y ss. *supra*.

precios anteriormente descrito no era “el único modo para el Estado de salvaguardar un interés esencial contra un peligro grave e inminente” (Artículo 25.1(a)). Tal y como lo señala Total, existían alternativas como el otorgamiento de subsidios delimitados que no hubieran implicado una violación al TBI y que estaban disponibles para Argentina para mantener las tarifas de electricidad a niveles accesibles para los consumidores necesitados<sup>463</sup>. Respecto a la falta de pago de las acreencias de los generadores y su conversión forzada, Argentina no ha explicado ni presentado evidencia respecto a qué tipo de interés esencial estaba siendo protegido con dichas medidas. El Tribunal observa que la incapacidad de CAMMESA de pagar la electricidad provista por los generadores se debía a las insuficientes ganancias de CAMMESA que a su vez habían sido causadas por el mecanismo de precios establecido por la Secretaría de Energía después de 2002. Dado que las acreencias de los generadores fueron consecuencia de las actuaciones de Argentina en violación con el TBI y no estuvieron justificadas por la defensa de necesidad, la subsecuente conversión forzada de las acreencias tampoco puede ser justificada. En cualquier caso, la conversión forzada tuvo lugar en el año 2004 cuando Argentina no estaba enfrentando “un peligro grave e inminente” a sus intereses esenciales. El Tribunal, por lo tanto concluye que la defensa de Argentina basada en el estado de necesidad bajo derecho consuetudinario internacional carece de fundamento.

### ***11. Conclusiones del Tribunal sobre los reclamos de Total relativos a la generación de energía***

- 346.** El Tribunal, sobre la base del razonamiento y las deducciones precedentes,
- concluye que la Argentina violó las obligaciones asumidas en virtud del Artículo 3 del TBI de conferir a Total un tratamiento justo y equitativo, por los hechos siguientes y a consecuencia de ellos:
    - (a) modificación del mecanismo de precio uniforme marginal, como se especifica en los párrafos anteriores;

---

<sup>463</sup> Ver escrito posterior a la audiencia de Total, párr. 1047 ss.

- (b) falta de pago de los créditos originados en la energía suministrada en el mercado *spot* por HPDA y Central Puerto y conversión de dichos créditos impagos en participación en nuevos generadores bajo el esquema del FONINVEMEM.
- concluye que los daños sufridos por Total deben ser indemnizados por la Argentina por el monto a ser determinado en una etapa separada de cuantificación de los daños dentro de este procedimiento;
  - rechaza todos los demás reclamos de Total relacionados con sus inversiones en HPDA y Central Puerto, en virtud de los Artículos 4 y 5 del TBI;
  - aplaza la determinación de los daños referidos hasta la etapa de cuantificación de los daños;
  - rechaza todo otro argumento o defensa de la Argentina, incluida la defensa de “estado de necesidad”.

## ***Parte IV – El reclamo de Total en lo que respecta a la inversión en el sector de la exploración y la producción de hidrocarburos***

### ***1. La inversión de Total en el sector de la exploración y la producción de hidrocarburos***

**347.** La inversión original de Total en la Argentina se refirió a la exploración y el desarrollo de un área en la Cuenca Austral de Tierra del Fuego y sus proximidades, conocida como Área 1 de la Cuenca Austral o Cuenca Marina Austral – 1 (“CMA-1”). Los términos de la inversión constaban en el contrato suscripto entre Yacimientos Petrolíferos Fiscales Sociedad del Estado (“YPF”) y Total Exploración S.A. y cada uno de los integrantes de los integrantes del Consorcio que habían tenido éxito en el proceso competitivo licitatorio para el contrato. El Contrato para la Exploración y Explotación del Área No. 1 de la Cuenca Austral – Tierra del Fuego (“Contrato 19.944”) fue aprobado mediante el Decreto 2853/78, del 1 de diciembre de 1978. Fue celebrado el 24 de abril de 1979<sup>464</sup>. El Contrato 19.944 obligaba al Consorcio a explorar y desarrollar el área CMA-1. Como contraprestación, YPF se comprometió a comprar la totalidad de los hidrocarburos extraídos por el Consorcio (incluyendo crudo y gas natural) al precio calculado en función de los precios libres de mercado tal como se reflejan en el precio del crudo *bonny light* de Nigeria<sup>465</sup>.

**348.** El Contrato 19.944 fue aprobado por el Decreto 2853/78 en virtud del Artículo 98(g) de la Ley de Hidrocarburos, No. 17.319, del 23 de junio de 1967<sup>466</sup>. Con arreglo a esa ley, el Poder Ejecutivo Nacional era responsable de establecer políticas nacionales con respecto a la explotación, la industrialización, el transporte y la comercialización de hidrocarburos y tenía la facultad de otorgar permisos de

---

<sup>464</sup> Ver los Apéndices C-63(1) y C-63(2). Al momento de laud del Contrato 19.942, los integrantes del Consorcio (el “Consorcio”) eran Total Exploration S.A., Deminex Deutsche Erdoelversorgungsgesellschaft mbh, Bidas S.A.P.I.C. y Arfranco S.A. Según la descripción de los testigos de Total, la composición del Consorcio cambió de cierto modo con el tiempo. La inversión de Total estaba en manos de Total Austral S.A. En julio de 1999, Deminex cambió su nombre a Wintershall Energía S.A. En 1998, luego de un proceso de reorganización, Bidas, que había adquirido la participación de Arfranco previamente, transfirió sus derechos en el Consorcio a Panamerican Sur SRL, un *joint venture* entre Bidas (40%) y Amoco, actualmente BP Amoco (60%); Ver Contie WS1, párr.13. La respectiva participación en el Consorcio a los efectos del arbitraje era: Total 37,5%; Deminex 37,5%; y Panamerican 25%.

<sup>465</sup> Ver el Memorial de Total, párr.126 y las fuentes allí citadas; el Escrito posterior a la audiencia de Total, párr. 626-628; Contie WS1, pág. 15. En virtud del contrato, YPF estaba obligada a calcular en gas natural el equivalente de energía de un barril de crudo *bonny light* nigeriano y luego abonar al Consorcio la porción de ese precio que resultara necesaria para generar 1 millón de BTUs de gas natural.

<sup>466</sup> Ver el Apéndice C-64.

exploración y concesiones para la exploración y el transporte de hidrocarburos. El Artículo 6 de la Ley de Hidrocarburos estableció lo siguiente:

*Art. 6.* Los permisionarios y concesionarios tendrán el dominio sobre los hidrocarburos que extraigan y, consecuentemente, podrán transportarlos, comercializarlos, industrializarlos y comercializar sus derivados, cumpliendo las reglamentaciones que dicte el Poder Ejecutivo sobre bases técnico-económicas razonables que contemplen la conveniencia del mercado interno y procuren estimular la exploración y explotación de hidrocarburos.

Durante el período en que la producción nacional de hidrocarburos líquidos no alcance a cubrir las necesidades internas será obligatoria la utilización en el país de todas las disponibilidades de origen nacional de dichos hidrocarburos, salvo en los casos en que justificadas razones técnicas no lo hicieran aconsejable. Consecuentemente, las nuevas refinerías o ampliaciones se adecuarán al uso racional de los petróleos nacionales.

Si en dicho período el Poder Ejecutivo fijara los precios de comercialización en el mercado interno de los petróleos crudos, tales precios serán iguales a los que se establezcan para la respectiva empresa estatal, pero no inferiores a los niveles de precios de los petróleos de importación de condiciones similares. Cuando los precios de petróleos importados se incrementaren significativamente por circunstancias excepcionales, no serán considerados para la fijación de los precios de comercialización en el mercado interno, y, en ese caso, éstos podrán fijarse sobre la base de los reales costos de explotación de la empresa estatal, las amortizaciones que técnicamente correspondan, y un razonable interés sobre las inversiones actualizadas y depreciadas que dicha empresa estatal hubiere realizado. Si fijara precios para subproductos, éstos deberán ser compatibles con los de petróleos valorizados según los criterios precedentes.

El Poder Ejecutivo permitirá la exportación de hidrocarburos o derivados no requeridos para la adecuada satisfacción de las necesidades internas, siempre que esas exportaciones se realicen a precios comerciales razonables y podrá fijar en tal situación, los criterios que regirán las operaciones en el mercado interno, a fin de posibilitar una racional y equitativa participación en él a todos los productores del país.

La producción de gas natural podrá utilizarse, en primer término, en los requerimientos propios de la explotación de los yacimientos de que se extraiga y de otros de la zona, pertenezcan o no al concesionario y considerando lo señalado en el artículo 31. La empresa estatal que preste servicios públicos de distribución de gas tendrá preferencia para adquirir, dentro de plazos aceptables, las cantidades que excedieran del uso anterior a precios convenidos que aseguren una justa rentabilidad a la inversión correspondiente, teniendo en cuenta las especiales características, y condiciones del yacimiento.

Con la aprobación de la autoridad de aplicación, el concesionario podrá decidir el destino y condiciones de aprovechamiento del gas que no fuere utilizado en la forma precedentemente indicada.

La comercialización y distribución de hidrocarburos gaseosos estará sometida a las reglamentaciones que dicte el Poder Ejecutivo nacional.

- 349.** Cuando Total y los demás integrantes del Consorcio celebraron el Contrato 19.944, la Ley 19.640 del 2 de junio de 1972 exceptuó a Tierra del Fuego de los derechos de exportación<sup>467</sup>.
- 350.** Con posterioridad a la suscripción del Contrato 19.944, Total condujo perforaciones exploratorias y obtuvo resultados positivos. En 1987, Total y los integrantes del Consorcio convinieron el financiamiento de US\$250 millones para el desarrollo de los campos petrolíferos principales en el área CMA-1, Hidra. La producción del Yacimiento Hidra entró en funcionamiento en julio de 1989. A principios de 1990, el proyecto de Hidra consistió de dos plataformas de producción que producían aproximadamente 27.000 barriles por día. Asimismo, luego del descubrimiento de la conexión entre otro yacimiento en el área CMA-1 (el yacimiento ARA) y un yacimiento *on-shore* perteneciente a YPF conocido como Cañadón Alfa, YPF acordó ceder al Consorcio el derecho de producir del Yacimiento Cañadón Alfa de acuerdo con los términos del Contrato 19.944 (el “Contrato de Unitización”). Total y el Consorcio realizaron importantes inversiones en el Yacimiento Cañadón Alfa de modo tal que para el año 1994, Cañadón Alfa contaba con 71 pozos gasíferos que le aportaban un promedio diario de 6,3 millones de metros cúbicos de gas natural a YPF<sup>468</sup>. En 1993, Total anunció el descubrimiento de importantes reservas de gas *off-shore* adicionales<sup>469</sup>.
- 351.** In 1989, la Argentina se comprometió a llevar a cabo un proceso de reforma y privatización de muchos aspectos de su economía. La Argentina buscó aumentar la inversión privada en exploración, producción y distribución de hidrocarburos por medio de la privatización de YPF y la venta de varias de sus concesiones; la división y privatización de Gas del Estado y la creación de un sistema de concesión para permitir la producción de hidrocarburos por actores del sector privado. Estos objetivos, entre otros, fueron implementados por medio de una serie de medidas legislativas.

---

<sup>467</sup> Ver el Apéndice C-292. Posteriormente, el Código Aduanero confirmó la validez de la exención para Tierra del Fuego. Trazó una distinción entre áreas aduaneras especiales y generales y confirmó la calidad de área aduanera especial de Tierra del Fuego. Ver el Apéndice C-293.

<sup>468</sup> Ver, de manera general, Contie WS1, párr.16-20.

<sup>469</sup> Contie WS1, párr. 21. Este nuevo descubrimiento hacía referencia a reservas en sitios de perforación denominados Carina, “Carina e-3” y “Carina e-4”. Estos eran similares a los descubrimientos de Total a principios de 1980 en Carina e-1 y e-2.

**352.** Uno de los primeros pasos que encaró la Argentina consistió en la sanción del Decreto 1212/89 que ordenó la renegociación de los contratos vigentes de YPF con inversores extranjeros. El objeto del Decreto 1212/89 era respaldar la desregulación progresiva y aumentar la producción de hidrocarburos; sustituir la intervención estatal por los mecanismos de libre mercado y el principio de libre disposición de crudo y sus derivados; permitir que los precios de los hidrocarburos y sus derivados de origen nacional reflejaran los precios internacionales; y reemplazar las reglas que limitaban la libre comercialización de crudo y sus derivados. El Decreto 1212/89 estableció lo siguiente en su parte relevante:

Art. 3. AMPLIACIÓN DEL MERCADO LIBRE. Instrúyese a YACIMIENTOS PETROLÍFEROS FISCALES SOCIEDAD DEL ESTADO a negociar de mutuo acuerdo, en un plazo de SEIS (6) meses, con los titulares de los contratos de explotación, producción y de obra de extracción de hidrocarburos preexistentes, en los que YACIMIENTOS PETROLÍFEROS FISCALES SOCIEDAD DEL ESTADO esté obligada a recibir los hidrocarburos extraídos, la reconversión de dichos contratos al sistema de concesión o asociación de la Ley N° 17.319 y sus normas reglamentarias. En todos los casos, la reconversión de los contratos se hará ad-referéndum del PODER EJECUTIVO NACIONAL, previo dictamen de la SECRETARÍA DE ENERGÍA.

Los contratos emergentes del régimen del Decreto N° 1443/85, modificado por Decreto N° 623/87, están exceptuados de lo dispuesto precedentemente, El MINISTERIO DE OBRAS Y SERVICIOS PÚBLICOS, en el plazo de CIENTO OCHENTA (180) días, fijará las políticas para tales contratos, compatibles con los principios del Decreto N° 1055/89 y el presente.

Vencido el plazo de SEIS (6) meses mencionado en el primer párrafo de este artículo, YACIMIENTOS PETROLÍFEROS FISCALES SOCIEDAD DEL ESTADO elevará las actuaciones a la SECRETARÍA DE ENERGÍA, la que propondrá a los contratistas las medidas que estime adecuadas a fin de restablecer el equilibrio económico financiero. En caso que ello no fuere posible y existieran fundadas razones de interés público y/o fiscal que obstaren a la continuidad de los respectivos contratos, la SECRETARÍA DE ENERGÍA dispondrá las medidas legales que deban adoptarse a tal efecto.

....

Art. 4. LIBRE DISPONIBILIDAD. El petróleo producido por los nuevos concesionarios y el porcentaje que corresponda al socio privado, serán de libre disponibilidad de acuerdo al artículo 15 del Decreto N° 1055/89.

....

Art. 6. LIBRE IMPORTACIÓN Y EXPORTACIÓN. La importación de petróleos crudos y de productos derivados del petróleo no requerirá autorización previa y estará exenta de aranceles de importación hasta alcanzar la condición o el término que se establecen en el artículo 5° de este Decreto. A partir de ese momento, la importación de petróleo crudo y de sus derivados quedará sujeta a la política arancelaria general.

Para la exportación de petróleo crudo y sus derivados, la SECRETARÍA DE ENERGÍA se pronunciará respecto de la autorización de exportación dentro de un plazo máximo de SIETE (7) días hábiles desde la solicitud, pasado el cual se considerará automáticamente otorgada.

....

Art. 9. LIBERTAD DE PRECIOS. Finalizado el período de transición, los precios del petróleo serán libremente pactados. También quedarán liberados los precios de todos los productos derivados del petróleo, en todas sus etapas<sup>470</sup>.

- 353.** Se sancionaron otros dos decretos junto con el Decreto 1212/89: los Decretos 1055/89 y 1589/89<sup>471</sup>. Conjuntamente, estos tres Decretos se denominaron “Decretos de Desregulación”. El Decreto 1055/89 estableció, en parte, lo siguiente:

CONSIDERANDO:

....

Que existen yacimientos de hidrocarburos operados por YACIMIENTOS PETROLÍFEROS FISCALES SOCIEDAD DEL ESTADO en los cuales se registra un bajo nivel de producción como consecuencia de su inactividad prolongada y/o estado de semiexplotación.

Que tales yacimientos por su característica de marginalidad requieren para su reactivación y aumento de producción la aplicación de un esquema de explotación que permita la activa y directa participación de inversiones provenientes del capital privado.

Que así también en aquellos yacimientos operados por YACIMIENTOS PETROLÍFEROS FISCALES SOCIEDAD DEL ESTADO que registran un mayor nivel de producción resulta necesario lograr una mejor recuperación del recurso aplicando técnicas de producción asistida.

Que tales técnicas requieren el aporte de moderna tecnología y capacidad económica-financiera que concurren al desarrollo de los yacimientos en forma asociada con YACIMIENTOS PETROLÍFEROS FISCALES SOCIEDAD DEL ESTADO.

....

Que es objetivo del Gobierno Nacional reemplazar en forma creciente la intervención del Estado en la fijación de los precios, márgenes, bonificaciones, cuotas, cupos, etc. por los mecanismos de asignación del mercado y el libre juego de la oferta y la demanda.

Que la política del Gobierno Nacional en materia de hidrocarburos se basa en la desregulación progresiva e integral de la actividad, que conduzca a la efectiva y libre competencia en todos los segmentos en el menor tiempo posible reflejando los valores internacionales, debiendo en consecuencia conceder la libre disponibilidad de la producción obtenida bajo estos esquemas de explotación, tanto en el mercado interno como para la eventual exportación de los productos.

....

Que los artículos 8°, 9°, 10 y 11 de la Ley N° 23.696 y los artículos 2°, 6°, 11, 95 y 98 de la Ley N° 17.319 confieren al PODER EJECUTIVO NACIONAL facultades en la materia.

....

Artículo 1. Reglaméntanse los artículos 8°, 9°, 10 y 11 de la Ley N° 23.696 y los artículos 2°, 6°, 11, 95 y 98 de la Ley N° 17.319, declarándose de prioritaria necesidad la promoción, desarrollo y ejecución de planes destinados a incrementar la producción nacional de hidrocarburos líquidos y gaseosos, incluyendo sus derivados para asegurar el autoabastecimientos interno y un adecuado margen de reservas, alcanzar el desarrollo pleno de las industrias

---

<sup>470</sup> Ver el Apéndice C-65(2).

<sup>471</sup> Ver los Apéndices C-65(1) y C-65(3).

petroquímicas y obtener saldos exportables, privilegiándose la industrialización de los recursos en su lugar de origen.

....

Art. 14. DE LA LIBRE DISPONIBILIDAD DE HIDROCARBUROS. Los hidrocarburos provenientes de concesiones regidas por el Código de Minería de la Nación serán de libre disponibilidad plena, a partir de los CIENTO OCHENTA (180) días contados desde la fecha de vigencia del presente.

Art. 15. La libre disponibilidad de los hidrocarburos a los que se refieren los artículos 5º, inciso d), 13 y 14 del presente decreto, se regirá por las siguientes normas:

- a) Podrán ser comercializados libremente en el mercado interno y externo, dentro del marco legal vigente.
- b) Se asegurará a las empresas el acceso a los sistemas o medios de tratamiento, movimiento, almacenaje y despacho, a tarifas compatibles con valores internacionales.
- c) El pago de la regalía de los hidrocarburos de libre disponibilidad estará a cargo de las empresas, de acuerdo a las disposiciones que fije la SECRETARÍA DE ENERGÍA<sup>472</sup>.

**354.** El Decreto 1589/89 estableció en la parte relevante lo siguiente:

CONSIDERANDO:

Que el artículo 3º, párrafo 2º, del Decreto N° 1212/89 exceptuó a los contratos emergentes del régimen del Decreto N° 1443/85 y su modificatorio N° 623/87 del régimen por el aprobado, y estableció que el Ministro de Obras y Servicios Públicos fijara las políticas para tales contratos, compatibles con los principios del Decreto N° 1055/89, estableciendo un plazo de CIENTO OCHENTA (180) días para tales fines.

Que es interés del Gobierno establecer reglas claras y definitivas que garanticen la estabilidad y la seguridad jurídica de las contrataciones existentes en el ámbito petrolero.

....

Art. 3. DE LA EXPORTACIÓN E IMPORTACIÓN DE HIDROCARBUROS: Autorízase la exportación e importación de hidrocarburos y sus derivados, las que estarán exentas de todo arancel, derecho o retención presentes o futuros. Tampoco gozarán de reintegros o reembolsos presentes o futuros, caducando desde la vigencia del presente decreto los existentes.

La documentación de exportación será autorizada con ajuste a lo dispuesto en el Artículo 6º, párrafo 2º del Decreto N° 1212/89. Las respectivas solicitudes podrán referirse a transacciones singulares o a programas de exportación por plazos que, en el caso de hidrocarburos líquidos, no podrán ser mayores a UN (1) año.

....

---

<sup>472</sup> Decreto 1055/89, Apéndice C-65(1).

Art. 5. DE LA LIBRE DISPONIBILIDAD: Los productores con libre disponibilidad de petróleos crudos, gas natural y/o gases licuados en los términos de los artículos 6° y 94 de la Ley N° 17.319, 14 y 15 del Decreto N° 1055/89, Artículos 3° y 4° del Decreto N° 1212/89 y los productores que así lo convengan en el futuro, tendrán la libre disponibilidad del porcentaje de divisas establecido en los concursos y/o renegociaciones, o acordado en los contratos respectivos, ya sea que los hidrocarburos se exporten, en cuyo caso no estarán obligados a ingresar las divisas correspondientes a dicho porcentaje, o sean vendidos en el mercado interno, en cuyo caso tendrán acceso a las divisas correspondientes a dicho porcentaje. En todos los casos el porcentaje máximo de la libre disponibilidad en el mercado libre de divisas no podrá exceder al SETENTA POR CIENTO (70%) del valor de cada operación.

El porcentaje de libre disponibilidad de divisas regirá para toda exportación de petróleo crudo de libre disponibilidad o para la exportación de derivados provenientes del procesamiento de petróleos crudos de libre disponibilidad.

Para la conversión del porcentaje de las divisas que se deban ingresar, se aplicará el tipo de cambio que se indica en el artículo anterior.

Art. 6. DE LAS RESTRICCIONES A LA EXPORTACIÓN: En el caso que el PODER EJECUTIVO NACIONAL procediera a establecer restricciones a la exportación de petróleo crudo y/o derivados, se aplicará lo dispuesto en el Artículo 6° de la Ley N° 17.319, en virtud del cual los productores, refinadores y exportadores percibirán por unidad de producto un valor no inferior al de los petróleos y derivados de condiciones similares.

En el caso de restricciones a la libre disponibilidad del gas, el precio de MIL METROS CÚBICOS (1000 m<sup>3</sup>) de gas de NUEVE MIL TRESCIENTAS KILOCALORÍAS (9300 kilocalorías) no podrá ser inferior al TREINTA Y CINCO POR CIENTO (35%) del precio internacional por metro cúbico del petróleo Arabian Light de 34° API.

EL PODER EJECUTIVO NACIONAL deberá preavisar la decisión de restricción a la exportación de crudo y/o derivados con DOCE (12) meses de antelación a la fecha en que entrará en vigencia dicha restricción. A los efectos de este artículo, la equivalencia de moneda se determinará aplicando el tipo de cambio previsto en el Artículo 4° del presente decreto<sup>473</sup>.

- 355.** En 1991, la Argentina adoptó el Decreto 2411/91 (el “Decreto de Reconversión”) que autorizó a YPF a renegociar sus contratos de servicios adoptados en virtud del régimen legislativo previo, incluido el Contrato 19.944, y convertirlos en acuerdos nuevos que consistan de dos partes: permisos de exploración y concesiones de explotación. El Decreto de Reconversión, específicamente, hizo referencia a los Decretos de Desregulación, que estableció como principios rectores de la política del Gobierno Nacional para el sector de hidrocarburos: la promoción de reglas de libre mercado en la determinación de precios y cantidades de hidrocarburos y el derecho de la libre disposición y la libre comercialización, interna e internacionalmente de los

---

<sup>473</sup> Decreto 1589/89, Apéndice C-65(3).

hidrocarburos producidos por los concesionarios<sup>474</sup>. Con respecto a la reconversión de los contratos de servicios en concesiones, el Decreto de Reconversión estableció los siguientes derechos para los titulares de las nuevas concesiones:

Art. 5. Los titulares de las concesiones de explotación emergentes de la reconversión prevista en el presente Decreto, tendrán el dominio de los hidrocarburos que se produzcan en sus Áreas, conforme el Artículo 6° de la Ley 17.319 y la libre disponibilidad de los mismos de acuerdo a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto N° 1055 del 10 de octubre de 1989, Artículo 4° del Decreto N° 1212 del 8 de noviembre de 1989 y Artículos 5° y 6° del Decreto N° 1589 del 27 de diciembre de 1989, cuyos términos quedarán incorporados al título del permiso y/o de la concesión durante todo el plazo de su vigencia.

Art. 6. Los titulares de las concesiones de explotación emergentes de la reconversión prevista en el presente Decreto, tendrán la libre disponibilidad del setenta por ciento (70%) de las divisas provenientes de la comercialización de los hidrocarburos que se extraigan del Área, de conformidad con lo prescrito por el Artículo 5° del Decreto N° 1589 del 27 de diciembre de 1989, salvo que otra norma autorizase un porcentaje superior o que no exista obligación de ingresar divisas.

Art. 7. Toda restricción a la libre disponibilidad a que se refieren los Artículos precedentes, facultará a los concesionarios de explotación a recibir por el tiempo que dure la restricción, un valor no inferior al determinado por el Artículo 6° del Decreto N° 1589 del 27 de diciembre de 1989.

Art. 8. Las disposiciones contenidas en los Artículos 5, 6 y 7 precedentes serán aplicables, en su caso, a los permisos de exploración emergentes de la reconversión prevista en el presente Decreto.

Art. 9. Los titulares de los permisos de exploración o de concesiones de explotación estarán sujetos a la legislación fiscal general que les fuera aplicable, no siendo de aplicación las disposiciones que pudieran gravar discriminada o específicamente la persona, condición jurídica o actividad del permisionario o concesionario o el patrimonio destinado a la ejecución de las tareas respectivas.

Los permisionarios o concesionarios deberán pagar, según corresponda, el canon establecido por los Artículos 57 y 58 de la Ley No. 17.319.

Art. 10. Los concesionarios tendrán a su cargo el pago directo a la provincia dentro de la que se halle ubicada la concesión de la que resulten titulares, por cuenta del Estado Nacional, de las regalías resultantes de la aplicación de los Artículos 59 y 62 de la Ley N° 17.319, abonando hasta el DOCE POR CIENTO (12%) de la producción valorizada sobre la base de los precios efectivamente obtenidos en las operaciones de comercialización de hidrocarburos provenientes del área, con las deducciones previstas en los Artículos 61, 62 y 63 de la Ley N° 17.319.

....<sup>475</sup>.

---

<sup>474</sup> Ver el Apéndice C-66, Preámbulo, que establece lo siguiente:

Que los Decretos N° 1055 del 10 de octubre de 1989 y N° 1212 del 8 de noviembre de 1989, establecen como principios rectores de la política del GOBIERNO NACIONAL para el sector hidrocarburos el de privilegiar las reglas del mercado en la fijación de precios y cantidades de hidrocarburos y el de su libre disponibilidad por parte de los concesionarios, y asociados de la ex YACIMIENTOS PETROLÍFEROS FISCALES SOCIEDAD DEL ESTADO, lo que implica su libre comercialización interna e internacional.

<sup>475</sup> Apéndice C-66.

**356.** En 1992, la Argentina adoptó una nueva ley de regulación del transporte y de la distribución del gas natural (la “Ley del Gas”)<sup>476</sup>. Los objetivos generales de la nueva Ley del Gas se establecían de la siguiente manera:

Art. 2. Fíjense los siguientes objetivos para la regulación del transporte y distribución del gas natural. Los mismos serán ejecutados y controlados por el Ente Nacional Regulador del Gas que se crea por el art. 50 de la presente ley:

- (a) Proteger adecuadamente los derechos de los consumidores;
- (b) Promover la competitividad de los mercados de oferta y demanda de gas natural, y alentar inversiones para asegurar el suministro a largo plazo;
- (c) Propender a una mejor operación, confiabilidad, igualdad, libre acceso, no discriminación y uso generalizado de los servicios e instalaciones de transporte y distribución de gas natural;
- (d) Regular las actividades del transporte y distribución de gas natural, asegurando que las tarifas que se apliquen a los servicios sean justas y razonables de acuerdo a lo normado en la presente ley;
- (e) Incentivar la eficiencia en el transporte, almacenamiento, distribución y uso del gas natural;
- (f) Incentivar el uso racional de gas natural, velando por la adecuada protección del medio ambiente;
- (g) Propender a que el precio de suministro de gas natural a la industria sea equivalente a los que rigen internacionalmente en países con similar dotación de recursos y condiciones.

**357.** En 1993, YPF realizó una oferta pública inicial en los Estados Unidos para la emisión de títulos de deuda negociables en ese país. Al respecto, YPF, todavía de propiedad estatal, emitió un prospecto sobre la emisión de acciones depositarias estadounidenses en el cual describió el régimen regulatorio de la siguiente manera:

#### *Regulación de Mercado*

En virtud de la Ley de Hidrocarburos y de los Decretos de Desregulación del petróleo, los titulares de las concesiones de producción tienen el derecho de producir petróleo y gas y tienen el dominio y el permiso de disposición de dicha producción en el mercado, sin restricción alguna. Como resultado, la empresa, así como también las empresas privadas de producción de petróleo y gas, en virtud de los contratos de servicio con YPF luego de la conversión de dichos contratos en concesiones, puede vender la producción en los mercados internos o de exportación, y las refinerías pueden obtener el crudo de los proveedores dentro o fuera de la Argentina.

---

<sup>476</sup> Apéndice C-31.

La Ley de Hidrocarburos autoriza al Poder Ejecutivo Nacional a regular los mercados de petróleo y gas de la Argentina y prohíbe la exportación de crudo durante un período en el cual el Poder Ejecutivo Nacional determine que la producción interna es insuficiente para la satisfacción de la demanda interna. En caso de que el Poder Ejecutivo Nacional restrinja la exportación de productos petroleros o la libre disponibilidad del gas natural, los Decretos de Desregulación del Petróleo establecen que los productores, las refinerías y los exportadores recibirán un precio, en el caso del petróleo crudo y de los productos de petróleo importados similares, y en el caso del gas natural, que no sea inferior al 35% del precio internacional por metro cúbico del petróleo *Arabian light* de 34 API.

### *Impuestos*

Los titulares de los permisos de exploración y de las concesiones de producción se someten a los impuestos municipales, provinciales y federales y a derechos aduaneros regulares a las importaciones. La Ley de Hidrocarburos otorga a dichos titulares una garantía legal contra nuevos impuestos y ciertos incrementos impositivos en los ámbitos municipal y provincial. Los titulares de los permisos de exploración y de las concesiones de producción deben abonar un impuesto anual a la superficie basado en el área que tienen. Asimismo, las “utilidades netas” (según la definición de la Ley de Hidrocarburos) de los titulares de los permisos o de las concesiones que se devenguen de la actividad de dichos titulares se encuentran sometidas a un impuesto a las ganancias especial del 55%. Este impuesto no ha sido aplicado nunca. Cada permiso o concesión otorgado a una entidad que no fuera la Empresa ha establecido que su titular se encuentre sujeto al régimen impositivo regular de la Argentina, y un Decreto del Poder Ejecutivo Nacional establece que la Empresa también se encuentra sujeta al régimen impositivo regular de la Argentina<sup>477</sup>.

- 358.** En 1993, con posterioridad a la adopción del Decreto de Reversión, YPF solicitó que Total y los integrantes del Consorcio acordaran convertir el Contrato 19.944 en un contrato de concesión, conforme a los términos del Decreto de Reversión. Como operador del Consorcio, Total representó al Consorcio en las negociaciones con las autoridades argentinas<sup>478</sup>. Luego de transcurridos varios meses de negociaciones, Total y la Argentina llegaron a un acuerdo respecto de la conversión del Contrato 19.944 al nuevo régimen del contrato de concesión<sup>479</sup>. El 23

---

<sup>477</sup> YPF “Prospecto, YPF Sociedad Anónima, 105 acciones depositarias estadounidenses que representan 105 millones de acciones de Clase D”. 28 de junio de 1993, Apéndice C-308, páginas 69 y 70.

<sup>478</sup> Ver Contie WS1, párr. 28 y ss. Total era representado por Patrick Rambaud, el administrador general de Total Austral en ese momento y Michel Contie, el vicepresidente de Total América Latina en ese momento. La Argentina era representada de manera general por YPF y, en varias ocasiones, por la Secretaría de Energía de la Argentina.

<sup>479</sup> Ver Contie WS1, párr. 29-31. De acuerdo con el Sr. Contie y con Total, existieron dos precondiciones para la conversión del Contrato 19.944 en un sistema de concesión, a saber: En primer lugar, los contratos de concesión sustitutivos debían garantizar el derecho de Total a disponer libremente de los hidrocarburos que producía en Argentina, tanto a nivel local como en el mercado internacional; y la ausencia de restricciones aplicables a la actividad exportadora de hidrocarburos de Total, incluidos los aranceles y las tasas de exportación sin notificación previa de un año más la correspondiente compensación plena; en segundo lugar, los contratos de concesión sustitutivos no podían causar pérdidas para Total. En ese momento, Total realizó un cálculo estimativo de la diferencia entre los flujos de caja descontados que esperábamos generar en virtud del Contrato 19.944 y los flujos de caja descontados hipotéticos que se generarían si vendiéramos el mismo gas, durante el mismo período, pero de

de noviembre de 1993, Total e YPF firmaron un documento denominado “Acta Acuerdo” que establecía el acuerdo de las partes para la reconversión del Contrato 19.944 en una concesión de producción y un permiso de exploración en virtud del nuevo régimen del contrato de concesión<sup>480</sup>. Esta Acta Acuerdo estableció la conversión del Contrato 19.944 en un permiso de exploración cuya duración era hasta el 1 de mayo de 1996 y una concesión de explotación cuya duración era de 25 años (con una posible prórroga en virtud del Artículo 35 de la Ley 17.319) a cambio de la rescisión del contrato No. 19.944 y la extinción de los derechos y obligaciones asumidas por las partes en virtud de dicho contrato. El Acta Acuerdo hacía especial referencia a los Decretos de Desregulación y al Decreto de Reconversión y a los derechos otorgados a los titulares de las nuevas concesiones en virtud de dichos instrumentos<sup>481</sup>.

**359.** El Decreto 214/94 (el “Decreto de Concesión”) hizo referencia, aprobó y adoptó de manera específica los términos del Acta Acuerdo arriba mencionada así como las disposiciones de los Decretos de desregulación el 15 de febrero en 1994. El Decreto de Concesión estableció, en parte, lo siguiente:

Que la reconversión del Contrato N° 19.944, implica para sus titulares un sustancial cambio jurídico al abandonar su posición de contratistas de YPF SOCIEDAD ANÓNIMA, preservada en gran medida del riesgo económico de la explotación una vez superada la etapa del riesgo minero. También importa para los mismos un importante cambio en su posición económica al extinguirse la obligación de YPF SOCIEDAD ANÓNIMA de recepcionar los hidrocarburos producidos y pagar por ellos precios superiores a los fijados por el PODER EJECUTIVO NACIONAL.

Que por ello, resulta necesario implementar acuerdos tendientes a mantener el equilibrio económico del proyecto para las COMPAÑÍAS titulares del Contrato N° 19.944, frente al perjuicio que de otro modo soportarían y los nuevos riesgos que asumen con la reconversión.

....

---

conformidad con una serie de contratos de concesión. La diferencia fue de aproximadamente US\$410 millones. Según lo que estableció Total en su Memorial en el párr. 140, para compensar al Consorcio por la pérdida generada por la conversión del Contrato en un acuerdo de concesión, YPF aceptó transferirle al Consorcio, del que Total era miembro, determinados activos en nuevos campos que YPF no había desarrollado por motivos tecnológicos o que había abandonado sin desarrollar plenamente. En particular, YPF acordó transferir sus derechos sobre las concesiones de explotación San Roque y Aguada Pichana, la concesión del yacimiento de gas natural denominado Aries Norte y las reservas de petróleo ubicadas en el área Cañadón Alfa en la Cuenca Austral.

<sup>480</sup> Apéndice C-92.

<sup>481</sup> Ver el Artículo 8-11 del Acta Acuerdo.

Art. 6. Los titulares del Permiso de Exploración, de las Concesiones de Explotación y de los Contratos de Unión Transitoria de Empresas celebrados por YPF SOCIEDAD ANÓNIMA de acuerdo con las atribuciones que le confieren los Artículos 3° y 4° de la Ley N° 24.145 y sus Estatutos y TOTAL AUSTRAL SOCIEDAD ANÓNIMA, DEMINEX ARGENTINA SOCIEDAD ANÓNIMA y BRIDAS AUSTRAL SOCIEDAD ANÓNIMA para la explotación, desarrollo y exploración complementaria de las Áreas “AGUADA PICHANA” y “SAN ROQUE”, emergentes de la conversión del Contrato N° 19.944 dispuesta en el Artículo 1° del presente, tendrán el dominio y la libre disponibilidad de los hidrocarburos que se produzcan en las Áreas respectivas, de conformidad con lo prescripto en la Ley N° 17.319 y los Decretos N° 1055 del 10 de octubre de 1989, N° 1212 del 8 de noviembre de 1989, No. 1589 del 27 de diciembre de 1989 y N° 2411 del 12 de noviembre de 1991, cuyos términos vigentes al 23 de noviembre de 1993, quedan incorporados a los títulos de las respectivas Concesiones de Explotación y del Permiso de Exploración y referidos Contratos de Unión Transitoria de Empresas durante todo el plazo de vigencia de los mismos.

....

Art. 8. Toda restricción a la libre disponibilidad referida en el Artículo 6° del presente Decreto facultará a los titulares de Permiso de Exploración, de las Concesiones de Explotación y de los Contratos de Unión Transitoria de Empresas a los que se refiere el Artículo 6° de este Decreto, a recibir por el tiempo que dure la misma un valor no inferior al determinado en el Artículo 6° del Decreto N° 1589 del 27 de diciembre de 1989.

Art. 9. Los titulares del Permiso de Exploración, de las Concesiones de Explotación y de los Contratos de Unión Transitoria de Empresas a los que se refiere el Artículo 6° de este Decreto, estarán sujetos a la legislación fiscal general que les fuere aplicable, no siendo de aplicación al mismo las disposiciones que pudieran gravar discriminada o específicamente la persona, condición jurídica o actividad de los mismos o el patrimonio destinado a la ejecución de las tareas respectivas.

....

Art. 17. En el caso que, como consecuencia de hechos o actos producidos o emanados de los Poderes Públicos, los titulares del Permiso de Exploración, de las Concesiones de Explotación y de los Contratos de Unión Transitoria de Empresas referidos en el Artículo 6° del presente Decreto, se vieren imposibilitados de ejercer los derechos emergentes del presente Decreto, pese a su voluntad en tal sentido, tendrán el derecho de obtener del PODER EJECUTIVO NACIONAL que instruya a la Autoridad de Aplicación o a quien corresponda para que proceda a recibir los hidrocarburos producidos en los términos del Artículo 6° del Decreto N° 1589 del 27 de diciembre de 1989, por el tiempo que dure la restricción, conforme a los términos del Permiso de Exploración, de las Concesiones de Explotación y de los Contratos de Unión Transitoria de Empresas, quedando a cargo del PODER EJECUTIVO NACIONAL las indemnizaciones y compensaciones a que hubiere lugar por aplicación de Artículo 519 del Código Civil.<sup>482</sup>

---

<sup>482</sup> Decreto de Concesión, Apéndice C-67.

**360.** Luego de la adopción del Decreto de Concesión, Total expandió las actividades de producción y exploración de hidrocarburos en la Argentina<sup>483</sup>. Las siguientes oportunidades de producción se incluían entre aquellas en las que invirtieron Total y los otros integrantes del Consorcio:

- Desarrollo del campo de Aguada Pichana;
- Aumento de su participación en el consorcio de CAA 35 y asunción del rol de operador en esta área *off-shore*;
- Adquisición de intereses en el Bloque de Explotación de Sierra Chata;
- Adquisición de una participación en CNQ-37 “Veta Escondida” y CNP-38 “Rincón de Aranda”;
- Inversión de aproximadamente US\$400 millones en Carina y Aries; e
- Inversión de aproximadamente US\$100 millones en la eliminación de obstrucciones en los campos de San Roque y Aguada Pichana<sup>484</sup>.

Total también realizó importantes inversiones en varias propiedades de exploración con el fin de ubicar nuevas reservas<sup>485</sup>.

**361.** Total celebró contratos de largo plazo con distribuidores locales para la venta de gas natural<sup>486</sup>. Total también celebró contratos de exportación de gas natural con clientes chilenos, que fueron aprobados por las autoridades argentinas<sup>487</sup>. En términos

---

<sup>483</sup> Ver, de manera general, Contie WS1, párr. 31-42; Contie, Acta (inglés) Día 4, 1003-1004.

<sup>484</sup> Diapositiva III.17 del Alegato de apertura de Total; Escrito posterior a la audiencia de Total, párr. 668 y las Fuentes allí citadas.

<sup>485</sup> Escrito posterior a la audiencia de Total, párr. 671; diapositiva III.18 del Alegato de apertura de Total.

<sup>486</sup> De acuerdo con el Sr. Grosjean por parte de Total, alrededor del 95% del gas natural producido por Total fue vendido en virtud de contratos de largo plazo de diez años o más. El precio del gas fue acordado libremente entre Total y sus clientes y fue expresado en dólares estadounidenses. Esto se realizó en el mercado local y el de exportación. Ver Grosjean, Acta (inglés) Día 3, 882-887. Ver Grosjean WS1, párr. 12 para ver el listado de los contratos de largo plazo de Total para las primeras fechas de entrega del gas natural entre 1995 y 2005.

<sup>487</sup> Escrito posterior a la audiencia de Total, párr. 672 y las fuentes allí citadas. La Secretaría de Energía dictó Resoluciones que definieron los criterios para la aprobación de los contratos de exportación. Esencialmente, el criterio para que el Gobierno aprobara las exportaciones de gas natural estaba dado por la posibilidad de confirmar que la nación contaba con reservas adecuadas para asegurar el abastecimiento necesario del gas natural en el mercado local. Ver el Escrito posterior a la audiencia de Total, párr. 672-674 y las fuentes allí citadas. Con anterioridad a 1998, los contratos de Total para exportar a Metro Gas, un cliente chileno, fueron aprobados en virtud de la Ley 24.076 y el Decreto 1.738/92, con sus modificatorias. La Resolución 131/01 dispuso la aprobación automática de los contratos de exportación siempre que las reservas actuales de gas hubieran excedido ciertos niveles (ver la Resolución 131/01 de la SE, del 9 de febrero de 2001, Apéndice C-133; Grosjean WS2, párr. 22). De acuerdo con los términos de la Resolución, esta aprobación automática de contratos de exportación fue apropiada dadas las reservas regionales de gas y la confirmación de un pronóstico adecuado continuo de reservas y una relación razonable entre las reservas y la producción luego de incluir estimaciones por volúmenes de exportación otorgados en la medida que no se afecte al abastecimiento interno. Entre los contratos de largo plazo aprobados en virtud de las regulaciones aplicables se encuentran: Metro Gas (Resolución 200/97 de la SE, Apéndice C-330); Colbún S.A. (Resolución 353/99 de la SE, Apéndice C-341); Colbún (Resolución 3/02 de la SE, del 3 de

generales, la producción de gas natural en el mercado argentino tuvo un aumento significativo de modo tal que la Argentina devino en un exportador regional de gas natural<sup>488</sup>.

**362.** A diferencia de las ventas de gas natural, las ventas de petróleo y de GPL no se encontraban sujetas a aprobación y Total suscribió libremente acuerdos de ventas con sus clientes tanto en el mercado interno como en el mercado internacional<sup>489</sup>. La producción de crudo de Total provenía primariamente del Yacimiento Hidra en Tierra del Fuego. En virtud de la Ley 19.640, las exportaciones de crudo de Tierra del Fuego se encontraban exentas de los impuestos a las exportaciones<sup>490</sup>.

**363.** A finales del año 2001, la participación de Total en la producción total de gas natural en Argentina era de aproximadamente 22%. Entre las empresas de exploración y producción que operan en la Argentina, Total obtuvo el porcentaje más alto de producción de gas (en términos equivalentes a energía)<sup>491</sup>. Del Total de la producción, la gran mayoría (82%) era de gas natural y el resto (18%) era de crudo y GPL<sup>492</sup>. De la producción de gas de Total, la mayoría se vendió en el mercado interno a compañías distribuidoras y a grandes clientes industriales, incluida las plantas de generación de electricidad. Total también suscribió una gran cantidad de contratos a largo plazo importantes para la venta de gas natural, primariamente a compradores en Chile<sup>493</sup>.

---

septiembre de 2002, Apéndice C-427); Methanex (Resolución 41/02 de la SE, del 11 de septiembre de 2002, Apéndice C-428). Los últimos dos contratos a los que se hizo referencia fueron aprobados sobre la base del establecimiento de los requisitos establecidos en la Resolución 131/01 de la SE y autorizaron la exportación de gas natural a largo plazo en cantidades de 1.650.000 m<sup>3</sup> por día por un plazo de 14 años y tres meses (a un total de 8.580 millones m<sup>3</sup> de gas natural y un millón m<sup>3</sup> por día por cuatro años y 2.200.000 m<sup>3</sup> por 16 años a un total de 15.022 millones m<sup>3</sup> de gas natural, respectivamente.

<sup>488</sup> Ver el "Prospecto" de YPF, del 28 de junio de 1993, Apéndice C-308, pág. 13; Grosjean, Acta (inglés) Día 3, 888-889.

<sup>489</sup> Ver Grosjean, Acta (inglés) Día 3, 880-883.

<sup>490</sup> Ver la Ley 19.640, Apéndice C-292. También ver el Código Aduanero, Artículos 600-607, Apéndice C-293; instrucción general 19/02 del ME, 26 de mayo de 2002, Apéndice C-406; Dictamen 128/04 de la Subdirección General de Legal y Técnica Aduanera, del 21 de septiembre de 2004, Apéndice C-478.

<sup>491</sup> Ver Grosjean, Acta (inglés) Día 3, 900-901.

<sup>492</sup> Ver Grosjean, Acta (inglés) Día 3, 900-902, 989-990.

<sup>493</sup> Ver Grosjean WS1, párr. 12; Acta (inglés) Día 3, 880-883. De acuerdo con el Sr. Grosjean, aproximadamente 95% de las ventas de gas natural se realizaban de conformidad con los contratos de largo plazo. También ver nota 479 *supra*.

## 2. Medidas tomadas por la Argentina

- 364.** En respuesta a la crisis financiera y a otras situaciones que surgieron en el mercado de energía eléctrica argentino, la Argentina implementó una serie de leyes, regulaciones y otras medidas de carácter específico y general que impactaron en los inversores en el sector de la exploración y producción de hidrocarburos.
- 365.** Tal como se ha planteado anteriormente, en enero de 2002, la Argentina implementó la Ley de Emergencia<sup>494</sup> junto con una serie de medidas reglamentarias. La Ley de Emergencia derogó el régimen de convertibilidad en la Argentina, que había consagrado la paridad cambiaria entre el peso argentino y el dólar estadounidense<sup>495</sup>. Asimismo, la Ley de Emergencia pesificó todos los contratos regidos por el derecho privado, incluidos los contratos de largo plazo denominados en dólares, al tipo artificial de cambio de uno a uno<sup>496</sup>. Al momento de la pesificación de los contratos regidos por el derecho privado, la cotización del dólar estadounidense era de aproximadamente tres pesos argentinos<sup>497</sup>.
- 366.** La redenominación o pesificación de contratos regidos por el derecho privado implementada por el Artículo 11 de la Ley de Emergencia modificó las cláusulas de precios de una serie de contratos que Total había suscripto con varias refinerías para la venta de crudo.
- 367.** La pesificación de contratos privados también afectó el precio que Total recibió en virtud de los contratos de ventas de gas.
- 368.** Asimismo, en virtud de los términos del Artículo 8 de la Ley de Emergencia, las tarifas pagaderas por transporte y distribución de gas natural se pesificaron a una razón de un peso, un dólar. Luego, en mayo de 2002, el ENARGAS determinó un precio máximo de referencia que permitiría cobrar a los distribuidores por el precio en boca de pozo incluido en la tarifa al consumidor<sup>498</sup>. El efecto de esta medida fue el de congelar el nivel de la Tarifa de Gas al Consumidor al mismo nivel que en 2001,

---

<sup>494</sup> Ver el Apéndice C-13, Ley 25.561/02, del 7 de enero de 2002.

<sup>495</sup> Ver la Ley de Emergencia, Artículos 1-4; También ver también Grosjean WS1, párr. 15.

<sup>496</sup> Ver la Ley de Emergencia, Artículo 11 adjunta en el Apéndice C-13.

<sup>497</sup> Escrito posterior a la audiencia de Total, párr. 686.

<sup>498</sup> ENARGAS Resolución 2612/02 del 24 de junio de 2002 adjunta en el Apéndice C-155; ENARGAS Resolución 2665/02 del 15 Agosto 2002 adjunta en el Apéndice C-34(1); ENARGAS Resolución 2653/02 del 22 Agosto 2002 adjunta en el Apéndice C-34(2); ENARGAS Resolución 2654/02 del 22 Agosto 2002 adjunta en el Apéndice C-34(4); y ENARGAS Resolución 2663/03 del 22 Julio 2002 adjunta en el Apéndice C-34 (5).

pero pesificándola, es decir al mismo valor en pesos, pero llevándola, en términos de dólares estadounidenses, a casi un tercio de su valor en 2001. La Tarifa de Gas al Consumidor está compuesta por el precio del gas en boca de pozo, la tarifa de transporte de gas y la tarifa de distribución de gas. Con anterioridad a las medidas, el precio del gas en boca de pozo era negociado entre productores y distribuidores y trasladado a los clientes como un componente de la Tarifa de Gas al Consumidor. La Ley de Emergencia pesificó el componente de precio de referencia (que representa el precio del gas en boca de pozo) de la Tarifa de Gas al Consumidor<sup>499</sup>. Esto provocó la “depresión” del precio que los clientes de los productores podían pagar por el gas natural, dado que los distribuidores no podrían cobrar a sus clientes una suma mayor a la Tarifa de Gas al Consumidor pesificada<sup>500</sup>.

**369.** En octubre de 2002, el Ministerio de Economía dictó la Resolución 487/02 para exceptuar al ENARGAS (y al ENRE, el Ente Nacional Regulador de la Electricidad) de los congelamientos tarifarios a los efectos de asumir revisiones tarifarias a fin de posibilitar la preservación de los servicios públicos<sup>501</sup>. Sin embargo, toda revisión de las tarifas fue interceptada por una medida cautelar dictada por un juzgado argentino<sup>502</sup>.

**370.** Mediante la Ley de Emergencia los legisladores argentinos delegaron al Poder Ejecutivo la facultad de imponer retenciones a las importaciones de hidrocarburos. En ejercicio de esta facultad, en febrero de 2002, la Argentina impuso un derecho de exportación de crudo de 20%<sup>503</sup> y un derecho de exportación de GPL de 5%<sup>504</sup>. Estos derechos de exportación no se aplicaban a las exportaciones provenientes de Tierra del Fuego y la Subdirección General de Legal y Técnica Aduanera (de la Administración Federal de Ingresos Públicos) emitió dictámenes en 2002 y 2004

---

<sup>499</sup> Ver Grosjean WS2, párr. 11-16.

<sup>500</sup> Ver Grosjean WS1, párr. 19.

<sup>501</sup> Resolución No. 47/02 del Ministerio de Economía, Apéndice C-58; ver también el párr. 88 *supra*.

<sup>502</sup> Ver, por ejemplo, medida cautelar del 25 de febrero de 2003 en el caso de Unión de Usuarios y Otros c/ Ministerio de Economía e Infraestructura – Apéndice C-178; ver también el párr. 88 *supra*.

<sup>503</sup> Decreto 310/02 del 14 de febrero de 2002 adjunta en el Apéndice C-149; También, ver Grosjean WS1, párr. 25.

<sup>504</sup> Resolución 11/02 del ME del 5 de marzo de 2002 adjunta en el Apéndice C-150; También, ver Grosjean WS1, párr. 25.

mediante los cuales confirmó que las exportaciones provenientes de Tierra del Fuego quedaban exceptuadas de la aplicación de las nuevas medidas<sup>505</sup>.

**371.** En Febrero de 2004, la Secretaría de Energía diseñó un acuerdo con productores de gas natural (el “Acuerdo para la Implementación del Esquema de Normalización de Precios”)<sup>506</sup> que llevaría los precios internacionales a un nivel capaz de sostener la industria de producción de hidrocarburos. Total Austral suscribió el “Acuerdo para la Implementación del Esquema de Normalización de Precios” a principios de abril de 2004. Este acuerdo fue aprobado por Resolución 208/04 del Ministerio de Planificación, Inversión Pública y Servicios<sup>507</sup>. El acuerdo estableció julio de 2005 como la fecha en la que se esperaba que los precios a usuarios industriales y a otros grandes usuarios volvieran a estar regulados por los principios de mercado<sup>508</sup> y el 31 de diciembre de 2006 como la fecha en la que se esperaba que los precios a usuarios residenciales y pequeños usuarios comerciales volvieran a seguir las reglas de determinación de precios de libre mercado<sup>509</sup>. La Argentina acordó incrementar los precios en boca de pozo aplicables a los usuarios industriales de gas natural, suministrado por los distribuidores o los productores, en un 35 por ciento en mayo de 2004, y que se completó con tres ajustes sucesivos de un 16 por ciento en octubre de 2004, mayo de 2005 y julio de 2005. El testigo de hecho por parte de la Argentina describió el Acuerdo para la Implementación del Esquema de Normalización de Precios de esta manera:

Que el objetivo del acuerdo de recomposición de precios era llevar los niveles de precios internos a niveles que permitieran darle sustentabilidad a la industria productora de hidrocarburos, en particular de gas natural, sí, ese concepto estoy de acuerdo<sup>510</sup>.

**372.** En marzo de 2004, en respuesta al desabastecimiento de energía que se previó para el invierno de 2004, la Secretaría de Energía adoptó la Resolución 265/04 y la Disposición 27/04 de la Subsecretaría de Combustibles, conjuntamente denominados

---

<sup>505</sup> Instrucción General 19/02 del ME del 26 de marzo de 2002 adjunta en el Apéndice C-406; Dictamen 128/04 de la Subdirección General de Legal y Técnica Aduanera del 21 de septiembre de 2004 adjunta en el Apéndice C-478.

<sup>506</sup> Apéndice A RA-269.

<sup>507</sup> Apéndice A RA-23.

<sup>508</sup> Ver Grosjean WS1, párr. 42.

<sup>509</sup> Decreto 181/04 del 16 Febrero 2004 adjunta en el Apéndice C-197; Resolución 208/04 del Ministerio de Planificación del 22 Abril 2004 adjunta en el Apéndice C-208; Grosjean, Acta (inglés) Día 3, 893: 7-9.

<sup>510</sup> Contrainterrogatorio de Diego Guichón, Acta (español) Día 5, 1340:17-22.

“Programa de Racionalización de Gas”<sup>511</sup>. El Programa de Racionalización de Gas limitó las exportaciones de gas natural por los productores al volumen de gas natural exportado durante el mismo mes de 2003, salvo que se otorgara una exención especial del Secretario de Energía; y concedió poderes al Subsecretario de Energía para suspender la exportación de gas natural que no estuviera sujeta a otras restricciones y reasignar el gas en cuestión a consumidores específicos en el mercado interno<sup>512</sup>.

**373.** En junio de 2004, el Programa de Racionalización de Gas fue reemplazado por un nuevo programa, el “Programa Complementario de Abastecimiento al Mercado Interno de Gas Natural”<sup>513</sup>. Exigía a los productores que exportaban gas natural que suministraran volúmenes adicionales de gas natural al mercado interno para satisfacer la demanda insatisfecha de los usuarios protegidos, según lo determinó la Secretaría de Energía, antes de que se le permitiera dar cumplimiento a los compromisos de exportación. No había límite a la cantidad de gas natural que la Secretaría de Energía les pudiera exigir a los exportadores de gas natural para abastecer el mercado interno<sup>514</sup>.

**374.** También en el año 2004, la Argentina incrementó el valor del impuesto a las exportaciones de crudo dos veces<sup>515</sup>. En mayo de 2004, se elevó la alícuota de las retenciones al 25%<sup>516</sup>. En agosto de 2004, se aprobó la Resolución 532/04 que introdujo una escala móvil de retenciones a la exportación en función de los incrementos registrados en el precio *West Texas Intermediate* (“WTI”) del crudo<sup>517</sup>. Se elevó el derecho de exportación a 45% cuando el precio *WTI* del crudo superó los US\$45 por barril<sup>518</sup>.

---

<sup>511</sup> Resolución 265/04 de la SE del 26 Marzo 2004 adjunta en el Apéndice C-205 y Disposición 27/04 de la Subsecretaría de Combustibles del 31 Marzo 2004 adjunta en el Apéndice C-206.

<sup>512</sup> Resolución 265/04 de la SE del 26 Marzo 2004 adjunta en el Apéndice C-205 y Disposición 27/04 de la Subsecretaría de Combustibles del 31 Marzo 2004 adjunta en el Apéndice C-206; También ver Grosjean WS1, párr. 46-47.

<sup>513</sup> Resolución 659/04 de la SE del 18 de junio de 2004 adjunta en el Apéndice C-215.

<sup>514</sup> Resolución 659/04 de la SE del 18 de junio de 2004 adjunta en el Apéndice C-215; También ver Grosjean WS1, párr. 50.

<sup>515</sup> Resolución 337/04 del ME del 12 de mayo de 2004 adjunta en el Apéndice C-211; Resolución 532/04 del ME del 5 de agosto 2004 adjunta en el Apéndice C-222; Resolución 335/04 de la ME del 12 de mayo de 2004 adjunta en el Apéndice C-210.

<sup>516</sup> Ver Grosjean WS1, párr. 25.

<sup>517</sup> Resolución 532/04 del ME del 5 de agosto de 2004 adjunta en el Apéndice C-222.

<sup>518</sup> Ver Grosjean WS1, párr. 25.

- 375.** En 2004, la Argentina fijó retenciones del 20% a las exportaciones de gas natural<sup>519</sup> y elevó las retenciones de GPL de 5% a 20%<sup>520</sup>.
- 376.** A fines de 2004, la Secretaría de Energía dictó la Resolución 1679/04, que requería que el petróleo crudo destinado a la exportación fuera ofrecido primero en el mercado interno<sup>521</sup>.
- 377.** En abril de 2005, la Argentina estableció un máximo fijo para los precios del GPL por unidad vendida a usuarios residenciales en los mercados locales y un máximo para el resto de las ventas equivalente al precio promedio del GPL vendido en los 24 meses anteriores (la “Ley de GPL”)<sup>522</sup>.
- 378.** En mayo de 2005, la Argentina fijó los precios del gas en función del mismo precio de referencia determinado por la Resolución 659/04, que puso en práctica un nuevo mecanismo de protección denominado “Inyecciones Adicionales Permanentes”<sup>523</sup>. Se dice que estas dos medidas descartaron el compromiso de volver a la determinación de precios de libre mercado que aparece en el Acuerdo para la Implementación del Esquema de Normalización de Precios para grandes consumidores al extender los volúmenes establecidos acordados con la industria e imponer precios inferiores a los que habían acordado con el sector productor de gas natural<sup>524</sup>.
- 379.** Tal como se ha planteado anteriormente, la Ley 19.640, sancionada en 1972, había establecido un régimen aduanero especial para Tierra del Fuego, que incluía, entre otros, una exención de impuestos a las exportaciones. Los testigos de Total declararon que los beneficios conferidos por la Ley 19.640 fueron cruciales para la decisión de Total de invertir en la inhóspita región de Tierra del Fuego<sup>525</sup>. El gasoducto de esta región tenía capacidad limitada (gasoducto sur de TGS) y los costos de transporte a Buenos Aires eran altos<sup>526</sup>. La mayor parte del gas de esta región se exportaba a Chile conforme a contratos de largo plazo, en lugar de venderse

---

<sup>519</sup> Decreto 645/04 del 27 de mayo de 2004 adjunta en el Apéndice C-212.

<sup>520</sup> Resolución 335/04 del ME del 12 de mayo 2004; también ver Grosjean WS1, párr. 25.

<sup>521</sup> Ver Grosjean WS1, párr. 51.

<sup>522</sup> Ley 26.020 del 8 de abril de 2005 adjunta en el Apéndice A RA 170.

<sup>523</sup> Resolución 752/05 de la SE del 23 de mayo de 2005 adjunta en el Apéndice C-497.

<sup>524</sup> Escrito posterior a la audiencia de Total, párr. 708.

<sup>525</sup> Contrainterrogatorio de Michael Contie, Acta (inglés) Día 4, 1050:7-1051:1; Contie WS2, párr. 18-23.

<sup>526</sup> Contie WS2, párr. 18.

en el mercado interno<sup>527</sup>. A fines de 2006, Argentina adoptó la Resolución 776/06, mediante la cual se impusieron retroactivamente derecho aduaneros de Tierra del Fuego<sup>528</sup>. Esta decisión fue incorporada a la ley al aprobarse la Ley 26.217/07<sup>529</sup>.

**380.** En Noviembre 2007, la Resolución 394/07 nuevamente incrementó el impuesto a las exportaciones de crudo y combustibles<sup>530</sup>. Estos impuestos eran derechos de exportaciones directos pagadas por el exportador. El efecto era el de impedir a los productores recibir más de US\$42 por barril de petróleo producido (todo monto excedente era retenido por la Argentina). Uno de los objetos de la Resolución 394/07 consistía en la protección de la economía y de los consumidores ante los incrementos registrados en el precio del crudo y para poder captar para el Estado las rentas que, de otro modo, recibirían los productores. El sexto considerando de la Resolución 394/07 establece lo siguiente:

[S]e entiende conveniente modificar los derechos de exportación aplicables a un conjunto de estos productos, a fin de asegurar la competitividad de la economía nacional<sup>531</sup>.

### ***3. Impacto de las medidas alegado por Total en violación del Artículo 3 del TBI***

**381.** En este arbitraje, Total sostiene que las medidas impactaron en sus inversiones en el área de la exploración y la producción y reclama una indemnización por lo que considera una violación a sus derechos en virtud del sistema jurídico de la Argentina y, en consecuencia, una violación a sus expectativas legítimas en base a los derechos anteriormente mencionados. En otras palabras, Total sostiene que la cláusula de tratamiento justo y equitativo del TBI Argentina-Francia cubre las expectativas de Total de que la Argentina no actuaría de manera contraria a los derechos que había garantizado a Total en virtud de sus propias sanciones de legislación y el instrumento específico de la Concesión de Total.

**382.** El fundamento del argumento de Total consiste en que las medidas de la Argentina (enumeradas y descriptas en las páginas previas) constituyeron una

---

<sup>527</sup> Grosjean WS1, párr. 12.

<sup>528</sup> Resolución 776/06 del ME del 11 de octubre de 2006 adjunta en el Apéndice C-575.

<sup>529</sup> Ley 26.217 del 16 de enero de 2007 adjunta en el Apéndice C-613.

<sup>530</sup> Resolución 394/07 del ME del 16 de noviembre de 2007 adjunta en el Apéndice C-708 (d).

<sup>531</sup> Resolución 394/07 del ME del 16 de noviembre de 2007 adjunta en el Apéndice C-708 (d).

violación de la obligación de la Argentina de brindar un tratamiento justo y equitativo en virtud del TBI<sup>532</sup> desvirtuando los derechos de Total conforme al marco jurídico relevante y, en consecuencia, frustraron las expectativas legítimas de Total respecto de las inversiones en el área de la exploración y la producción. A los efectos de la discusión, Total divide las numerosas medidas de acuerdo con el supuesto impacto que tuvieron en cada una de sus expectativas en relación con su inversión en el área de la exploración y la producción: expectativas respecto de la venta de gas natural en el mercado local; expectativas relativas a la exportación de gas natural; expectativas referentes a la venta de crudo; expectativas en cuanto a los impuestos a las exportaciones de crudo; y expectativas en cuanto a la determinación del precio de GPL.

**383.** Todas las expectativas de Total estaban, entonces, basadas en los siguientes derechos de Total como titular de una Concesión de producción: el derecho de dominio de los hidrocarburos producidos y el derecho de libre disponibilidad de todos los hidrocarburos producidos establecidos en el Artículo 6 del Decreto de Concesión y el derecho a recibir compensación del Gobierno por toda restricción a los derechos mencionados anteriormente en virtud del Artículo 8 del Decreto de Concesión. Asimismo, Total enumera sus derechos en virtud de la Concesión y hace referencia a la venta (local e internacional) de diferentes productos, a saber: en relación con la venta local de crudo, el derecho de dominio de los hidrocarburos y el derecho de libre disponibilidad de todos los hidrocarburos producidos (Artículo 6 del Decreto de Concesión y Artículo 6 de la Ley de Hidrocarburos); en relación con la venta internacional de crudo, el derecho de exportar crudo libremente sin restricciones (el Artículo 6 del Decreto de Concesión que incorpora el Decreto 1589/89 por referencia); en relación con la venta local de gas natural, el derecho de dominio de todos los hidrocarburos producidos y el derecho de libre disposición de todos los hidrocarburos producidos en virtud del Artículo 6 del Decreto de Concesión y el Artículo 5 del Decreto 2411/91 (el denominado Decreto de Reconversión); y el derecho de recibir indemnización por las restricciones que el Gobierno impuso a estos derechos, consagrados en el Artículo 8 del Decreto de Concesión.

---

<sup>532</sup> Ver el Escrito posterior a la audiencia de Total, párr. 61; Memorial de Total, párr. 372 y ss.

**384.** En este respecto, el Tribunal considera que es útil recordar brevemente el contenido del Artículo 8 del Decreto de Concesión. Esta disposición incorpora el Artículo 6 del Decreto 1589/89 por referencia. En lo que respecta a las restricciones a la exportación del petróleo, el Artículo 6 del Decreto incorpora al Artículo 6 de la Ley de Hidrocarburos por referencia. Más específicamente, el Artículo 6 del Decreto 1589/89 establece que, en caso de restricciones a la exportación de crudo y/o derivados, y de acuerdo con el Artículo 6 de la Ley de Hidrocarburos, la compensación equivale a un monto, por unidad producida, no inferior a aquél del petróleo y de los derivados del petróleo de la misma naturaleza. Respecto a las restricciones al derecho de libre disposición del gas natural, el Artículo 6 del Decreto 1589/89 establece que la compensación sería por un monto que no sería inferior al 35% del precio internacional del metro cúbico de petróleo *Arabian light*, 34° API (ver también el Artículo 17 del Decreto de Concesión).

### ***3.1 Ventas de gas natural en el mercado local***

**385.** Muchas de las medidas reclamadas en esta sección ya han sido consideradas por el Tribunal en su revisión de la demanda con respecto a la inversión de Total en el sector del transporte de gas. Sin embargo, en esta Decisión, el Tribunal revisa el supuesto impacto de estas medidas en la inversión de Total en el área de la exploración y la producción. Los reclamos de Total con respecto a la venta local de gas natural guarda relación con aquello a lo que se refiere como manipulación de los precios del gas.

**386.** La primera medida por la que Total reclama es la decisión de la Argentina de redenominar todos los contratos de derecho privado al tipo de cambio artificial de un peso por un dólar (la “redenominación”)<sup>533</sup>. Total alegó que él y sus co-contratantes habían expresado en dólares, y no en pesos, el precio de los contratos a largo plazo a pesar de tratarse de contratos para ventas locales porque les interesaba asegurarse un “precio de referencia de estabilidad... [U]n precio bien definido que no estaría expuesto a una variación de la moneda local”<sup>534</sup>. Con posterioridad a la adopción de esta medida, el tipo de cambio del peso fluctuó y, en un momento dado, la moneda

---

<sup>533</sup> Escrito posterior a la audiencia de Total, párr. 686; Ley 25,561/02 del 7 Enero 2002 adjunta en el Apéndice C-13, Artículo 11. Resulta importante notar que Total no reclama que las demás Medidas (derogación del sistema de convertibilidad y el “corralito” – restricciones a la capacidad de retirar fondos de los bancos) hubieran violado sus derechos en virtud del tratado.

<sup>534</sup> Grosjean, Acta (inglés) Día 3, 889:13-16.

cotizó a aproximadamente tres pesos por dólar. Por ende, el precio que recibió Total en virtud de los contratos a largo plazo era de aproximadamente un tercio del valor del precio negociado con sus co-contratantes. Total alega que el resultado neto de las medidas fue el de desvirtuar todos los derechos de dominio de Total sobre los hidrocarburos producidos<sup>535</sup>.

**387.** La segunda medida que, según Total, impactó en sus derechos fue la conversión forzada del precio de referencia que integra la Tarifa de Gas al Consumidor a un peso por dólar (la “pesificación”), que exacerbaron los efectos de la redenominación<sup>536</sup>. Total establece que la estructura regulatoria del gas fue diseñada para asegurar que el ENARGAS trasladara el precio en boca de pozo (libremente negociado entre el productor y el distribuidor) al consumidor a través de la Tarifa de Gas al Consumidor. Sin embargo, de acuerdo con Total, la pesificación de los precios en boca de pozo pagados por el gas natural en 2001 restringió artificialmente el precio que podían pagar los clientes de Total por el gas natural<sup>537</sup>. Los distribuidores no podían pagarle a productores como Total, más que el precio pesificado del gas en boca de pozo<sup>538</sup>.

**388.** La tercera medida que supuestamente afectó el derecho de Total de libre disposición del gas natural que producía y la medida que, según Total, constituyó el paso crítico fue la decisión de la Argentina, en mayo de 2002, de congelar el precio de referencia máximo que los distribuidores de gas natural podían cobrar a los consumidores por el gas a los niveles en pesos de 2001<sup>539</sup>. Total argumenta que con ello se formalizó el deprimido precio del gas en boca de pozo generado por las medidas. Más tarde, cuando el ENARGAS manifestó su voluntad de realizar una revisión tarifaria, la justicia argentina le prohibió al ENARGAS ajustar al alza la

---

<sup>535</sup> Escrito posterior a la audiencia de Total, párr. 689.

<sup>536</sup> Escrito posterior a la audiencia de Total, párr. 690-694.

<sup>537</sup> Informe de LECG sobre Daños del 15 de mayo de 2007 adjunto a la Réplica en el Anexo R (i), párr. 198-200.

<sup>538</sup> Escrito posterior a la audiencia de Total, párr. 692.

<sup>539</sup> Resolución 2612/02 del ENARGAS del 24 de junio de 2002 adjunta en el Apéndice C-155; Resolución 2665/02 del ENARGAS del 15 de agosto de 2002 adjunta en el Apéndice C-158; Resolución 2614/02 del ENARGAS del 24 de junio de 2002 adjunta en el Apéndice C-34(1); Resolución 2653/02 del ENARGAS del 22 de agosto de 2002 adjunta en el Apéndice C-34(2); Resolución 2654/02 del ENARGAS del 22 de agosto de 2002 adjunta en el Apéndice C-34(3); Resolución 2660/02 del ENARGAS del 22 de agosto de 2002 adjunta en el Apéndice C-34(4); y Resolución 2663/03 del ENARGAS del 22 de agosto de 2004 adjunta en el Apéndice C-34(5); ver también el párr. 88 *supra*.

Tarifa de Gas al Consumidor<sup>540</sup>. Total alega que las Resoluciones del ENARGAS sugieren que el ENARGAS era plenamente consciente de que existía una diferencia sustancial entre el costo de producción del gas natural y el precio que los consumidores deberían haber pagado por dicho gas con arreglo a la Ley del Gas; el ENARGAS entendía que no podía tomar en consideración los costos de los productores; y el ENARGAS consideraba que la situación existente era incompatible con un verdadero mercado competitivo de gas natural<sup>541</sup>. Total argumenta que el resultado de estas medidas consistió en que los productores de hidrocarburos soportaran el costo de la recuperación de la economía de la Argentina al subsidiar los bajos precios de energía<sup>542</sup>. Por último, en este punto, Total alega que las medidas adoptadas por la Argentina no fueron necesarias –su propósito de mitigar los efectos de la crisis podría haber sido cumplido de manera más eficiente mediante un subsidio directo para los empobrecidos consumidores residenciales.<sup>543</sup>

**389.** Total alega que todas las medidas anteriores importan la violación de los derechos que el Tratado le confería a Total mediante la frustración de las expectativas legítimas del inversor extranjero, derivadas de las inversiones, de que gozaría del derecho de libre disposición del gas natural producido<sup>544</sup>. Total alega que la Argentina le había prometido a Total que gozaría de su derecho de libre disposición del gas natural que había producido; que en función de dicha promesa Total acordó convertir el contrato 19.944 y efectuar las inversiones que realizó en la Argentina en función de la promesa expresa del Gobierno argentino; que las medidas y sus efectos constituyeron una violación de dicha promesa; y que Total ha sufrido un perjuicio.

**390.** En particular, Total sostiene que el Artículo 11 de la Ley de Emergencia, que establecía:

Las prestaciones dinerarias exigibles desde la fecha de promulgación de la presente ley, originadas en contratos celebrados entre particulares, sometidos a

---

<sup>540</sup> Medida cautelar dictada por el Juez Rodríguez Vidal, Expediente No. 162,765/02 del 25 de febrero de 2003, “Unión de Usuarios y Consumidores y Otros c Ministerio de Economía y Infraestructura” adjunta en el Apéndice C-178.

<sup>541</sup> Resolución 2614/02 del ENARGAS del 24 de junio de 2002 adjunta en el Apéndice C-34(1); Resolución 2660/02 del ENARGAS del 22 de agosto de 2002 adjunta en el Apéndice C-34(4); y Resolución 2703/02 del ENARGAS del 25 de septiembre de 2002 adjunta en el Apéndice C-34(6).

<sup>542</sup> Escrito posterior a la audiencia de Total, párr. 699.

<sup>543</sup> Escrito posterior a la audiencia de Total, párr. 701.

<sup>544</sup> Escrito posterior a la audiencia de Total, párr. 702-709.

normas de derecho privado, pactados en dólares u otra moneda extranjera o en los que se hubiesen establecido cláusulas de ajuste en dólares u otra moneda extranjera, quedan sometidas a la siguiente regulación: 1) las prestaciones serán canceladas en pesos a la relación de cambio UN PESO (\$1) = UN DÓLAR ESTADOUNIDENSE U\$S 1)...

importó la violación de las promesas expresas que la Argentina le efectuó a Total al modificar los términos de los contratos de venta de gas a largo plazo que Total había suscripto con varios co-contratantes en función de lo dispuesto en el Decreto de Concesión. Total sostiene que la Argentina modificó el precio en los contratos y que esto constituyó una medida directa contra Total en violación del Decreto de Concesión<sup>545</sup>. Total argumenta que la pesificación del precio de referencia en relación con el cálculo de ENARGAS de la Tarifa de Gas al Consumidor también constituyó una violación de los derechos de Total de libre disposición<sup>546</sup>. Total alega que incluso el testigo de hecho de la Argentina en materia del sector de la exploración y la producción, manifestó que la Argentina realizó un estudio exhaustivo de las medidas de la Argentina para los productores como Total. La conclusión del estudio fue que los precios del gas natural que surgieron en el país eran insostenibles e incapaces de permitir que los productores obtuvieran una rentabilidad aceptable<sup>547</sup>. Total alega que a pesar de que la Argentina estaba al tanto del impacto que las medidas tendrían sobre los productores de gas, la Argentina se negó a indemnizar a los productores por las pérdidas pasadas y solamente aceptó el restablecimiento gradual de los precios de mercado en el marco de lo que pasó a conocerse como Acuerdo para la Implementación del Esquema de Normalización de Precios, que no compensó a los productores, ni llegó a ser verdaderamente implementado por la Argentina<sup>548</sup>.

**391.** En respuesta al argumento de la Argentina de que el Artículo 6 de la Ley de Hidrocarburos libera a la Argentina de las obligaciones que le competen frente a Total dado que el Estado se encuentra habilitado para regular las ventas de hidrocarburos cuando está en riesgo el abastecimiento interno, Total alega que las medidas detalladas en los párrafos 386 y siguientes no fueron adoptadas para

---

<sup>545</sup> Escrito posterior a la audiencia de Total, párr. 702-703.

<sup>546</sup> Escrito posterior a la audiencia de Total, párr. 704.

<sup>547</sup> Contrainterrogatorio de Diego Guichón, Acta (español) Día 5, 1339:5 – 1343:7.

<sup>548</sup> Escrito posterior a la audiencia de Total, párr. 705-709.

asegurar el abastecimiento interno del gas natural<sup>549</sup>. Asimismo, Total alega que la Ley de Hidrocarburos no exime al Estado de responsabilidad al regular<sup>550</sup> y que la obligación de indemnizar constituye un principio básico del derecho argentino<sup>551</sup>. Por último, Total argumenta que, en virtud del Decreto de Concesión, Total goza de todos los derechos consagrados en la Ley de Hidrocarburos de conformidad con los Decretos de Desregulación y el Decreto de Conversión<sup>552</sup>.

**392.** Por último, Total confirma que no renunció a los reclamos por los daños sufridos a raíz de la manipulación del precio del gas natural por parte de la Argentina al suscribir el Acuerdo para la Implementación del Esquema de Normalización de Precios. Total argumenta que dicha renuncia fue solicitada por la Argentina en un primer momento, sin embargo la versión final del documento no contiene semejante renuncia<sup>553</sup>.

### *3.2 Exportación del gas natural*

**393.** Total alega que las restricciones a las exportaciones de gas natural de Total Austral también frustraron sus expectativas legítimas. Total declaró que el Decreto de Concesión le confirió a Total los derechos de “dominio y la libre disponibilidad”<sup>554</sup> con respecto al gas natural y que la Argentina le prometió a Total el pago de una compensación para el caso en que el Poder Ejecutivo Nacional restringiera la exportación de petróleo y subproductos o la libre disposición del gas natural<sup>555</sup>. Total señala que el testigo de hecho por la Argentina confirmó que el régimen establecido en los Decretos de Desregulación, incorporado al Decreto de Concesión por referencia, exigía que la Argentina compensara a Total por toda restricción impuesta por el Poder Ejecutivo Nacional a los mencionados derechos a exportar<sup>556</sup>. Total alega que su derecho a exportar estaba sometido únicamente al requisito de que los contratos de exportación de gas natural fueran sometidos a la revisión previa del

---

<sup>549</sup> Escrito posterior a la audiencia de Total, párr. 712.

<sup>550</sup> Escrito posterior a la audiencia de Total, párr. 713.

<sup>551</sup> Escrito posterior a la audiencia de Total, párr. 714.

<sup>552</sup> Escrito posterior a la audiencia de Total, párr. 715; Contrainterrogatorio de Diego Guichón, Acta (español) Día 5, 1367:20-1368:5; Decreto de Concesión, Apéndice C-67.

<sup>553</sup> Escrito posterior a la audiencia de Total, párr. 717-718.

<sup>554</sup> Decreto de Concesión (Apéndice C-67), Artículo 6.

<sup>555</sup> Escrito posterior a la audiencia de Total, párr. 719.

<sup>556</sup> Contrainterrogatorio de Diego Guichón, Acta (español) Día 5, 1367:20-1368:5.

Estado<sup>557</sup>. Total alega que suscribió diversos contratos de exportación tras el dictado del Decreto de Concesión, y las correspondientes solicitudes de exportación fueron objeto de revisión y aprobación por parte de la Secretaría de Energía de la Argentina. Total considera que estas aprobaciones estatales constituyeron garantías expresas, por parte del Gobierno, de que se respetarían los derechos de exportación de Total.

**394.** Total alega que el Programa de Racionalización de Gas impuso límites a todas las exportaciones de gas natural al limitar automáticamente las exportaciones de los productores en cantidades que superaran el volumen de gas natural exportado durante el mismo mes de 2003 y que otorgaban la facultad de suspender toda exportación de gas natural que no hubiera quedado sujeta a restricciones y a reasignar el gas en cuestión a consumidores específicos del mercado local. En junio de 2004, el Programa de Racionalización de Gas quedó reemplazado por un nuevo programa, que exigía que los productores que exportaban gas natural suministrar volúmenes adicionales de gas natural al mercado local para cubrir la demanda insatisfecha de los consumidores protegidos antes de poder dar cumplimiento a sus compromisos de exportación<sup>558</sup>. Total reclama que el resultado de esta Resolución restringió por completo las exportaciones<sup>559</sup>.

**395.** Como resultado de la Disposición 27/04 de la Subsecretaría de Combustibles, Total argumenta que Total Austral tuvo que suspender sus exportaciones a Colbun SA, una empresa generadora chilena, conforme a las disposiciones del contrato conocido como Colbun 2 porque la limitación automática a la exportación limitó las cantidades exportadas a los niveles exportados en el mismo mes de 2003 y en 2003. Total no había exportado grandes cantidades en virtud de este nuevo contrato<sup>560</sup>. Total alega que sufrió pérdidas por la reasignación del gas natural originalmente destinado para su exportación a Chile y que, en lugar de ello, se vendió a consumidores específicos en el mercado local a un precio inferior al de exportación<sup>561</sup>. Total expresó que la Argentina dejó a Total sin otra opción que

---

<sup>557</sup> Escrito posterior a la audiencia de Total, párr. 720.

<sup>558</sup> Resolución 659/04 de la Secretaría de Energía; Escrito posterior a la audiencia de Total, párr. 725.

<sup>559</sup> Escrito posterior a la audiencia de Total, párr. 725.

<sup>560</sup> Grosjean WS1, párr. 48.

<sup>561</sup> Escrito posterior a la audiencia de Total, párr. 726.

incumplir los contratos que había suscripto con co-contratantes chilenos y recibir dos tercios menos por el gas natural<sup>562</sup>.

**396.** Total sostiene que la defensa de la Argentina en relación con su negativa a indemnizar a Total por sus pérdidas resulta inadecuada. Total alega que el Artículo 6 de la Ley de Hidrocarburos, incluso si fuera aplicable, no libera a la Argentina de su obligación de pagar compensación a Total por sus pérdidas. Segundo, en respuesta al argumento de la Argentina de que Total no había sufrido daños dado que se le otorgó un resarcimiento en el arbitraje de Sierra Chata contra AES Gener, Total afirma que este arbitraje no tiene relevancia dado que se refirió únicamente a la pequeñísima participación de Total en Sierra Chata<sup>563</sup>.

### ***3.2 Venta de crudo***

**397.** Total también reclama las pérdidas con respecto a la renegociación obligatoria de los contratos de crudo. Total sostiene que el Artículo 11 de la Ley de Emergencia, que pesificó todos los contratos privados a la relación uno a uno, modificó las cláusulas de precios de una serie de contratos de corto plazo que Total había suscripto con varias refinerías para la venta de crudo. Total advierte que jamás firmó con el Gobierno argentino un acuerdo referente a la producción de crudo y que, entonces, gozaba de derechos irrestrictos de libre disposición y de exención de las retenciones a la exportación en virtud del Decreto de concesión<sup>564</sup>. Total sostiene que no pudo recuperar el pleno valor de los precios así alterados y reclama por esas pérdidas ocasionadas por acciones directas de la Argentina<sup>565</sup>.

### ***3.3 Impuestos a la exportación de crudo***

**398.** Total afirma que la Argentina impuso un derecho de exportación de crudo, cuyo objetivo consistía en manipular y reducir los precios internos del petróleo. Total establece que la Resolución 397/07 efectivamente le impidió a Total recibir más de US\$42 por barril de petróleo producido, a pesar que los precios corrientes para el

---

<sup>562</sup> Escrito posterior a la audiencia de Total, párr. 726; también ver Grosjean WS1, párr. 49 y ss.

<sup>563</sup> Escrito posterior a la audiencia de Total, párr. 728 y 732; también ver contrainterrogatorio de Pablo Spiller y Manuel Abdala, Acta (inglés) Día 8, 2432:20 – 2433:9.

<sup>564</sup> Escrito posterior a la audiencia de Total, párr. 733-735; Contrainterrogatorio de Yves Grosjean, Acta (inglés) Día 4, 981:19-982:1.

<sup>565</sup> Escrito posterior a la audiencia de Total, párr. 736.

momento superaran los US\$100 por barril<sup>566</sup>. El impuesto a las exportaciones era un impuesto pagadero a la Argentina por Total.

**399.** Total alega que el impuesto a las exportaciones importaba la violación de las garantías de exportación consagradas en el Decreto de Concesión y los Decretos de Desregulación, que exigían notificación previa con un año de antelación e indemnización por toda restricción o derecho impuesto a la exportación de hidrocarburos líquidos<sup>567</sup>. Total afirma que se vio perjudicada por el impuesto a las exportaciones de dos maneras. En primer lugar, el impuesto a las exportaciones impactó en el precio que recibió por las exportaciones de crudo. En segundo lugar, el impuesto a las exportaciones impactó en el precio interno del crudo mediante la limitación del monto que pagarían las refinerías locales: el precio de exportación menos impuesto de exportación. Total se refiere a esto como la paridad de exportación<sup>568</sup>.

**400.** Total también alega que los impuestos a la exportación constituyen restricciones ilícitas a los derechos de dominio pleno y libre disponibilidad de Total en virtud del Decreto de Concesión. Total alega que la Argentina incumplió esta promesa. Asimismo, Total establece que la referencia al Artículo 519 del Código Civil de la Nación dentro del Artículo 17 del Decreto de Concesión creó una promesa adicional y expresa de pagar indemnización a Total si la Argentina impediera el pleno goce del derecho de dominio de Total<sup>569</sup>.

**401.** Tal como se ha planteado anteriormente, la Argentina primero impuso un derecho de exportación en 2002 y posteriormente aumentó dichos impuestos en 2004 y nuevamente en 2007. Total establece que el propósito de estos impuestos consistía en aislar al mercado local del crudo del impacto de las fluctuaciones del precio de libre mercado y en permitirle al gobierno participar de las “rentas extraordinarias” que benefician a los exportadores como resultado del aumento de precio del crudo<sup>570</sup>.

---

<sup>566</sup> Escrito posterior a la audiencia de Total, párr. 737.

<sup>567</sup> Decreto 310/02 del 14 Febrero 2002 adjunto en el Apéndice C-149; Escrito posterior a la audiencia de Total, párr. 739.

<sup>568</sup> Escrito posterior a la audiencia de Total, párr. 740; Interrogatorio de Yves Grosjean, Acta (inglés) Día 3, 896:17-899:19.

<sup>569</sup> Escrito posterior a la audiencia de Total, párr. 752-753.

<sup>570</sup> Escrito posterior a la audiencia de Total, párr. 741; Contrainterrogatorio de Yves Grosjean, Acta (inglés) Día 4, 979:17-20.

**402.** La Argentina señala que el Artículo 9 del Decreto de Concesión establece que los concesionarios se someten al régimen fiscal general aplicable en el país. Con respecto a esta defensa, Total afirma que esta interpretación del Artículo 9 es incorrecta. De acuerdo con Total, el Artículo 9 establece que el régimen fiscal general no se aplica cuando la legislación fiscal discrimina, es decir cuando es aplicable únicamente a los productores hidrocarbúferos con el fin de restringir el precio de su producción. En segundo lugar, de acuerdo con Total, mientras que el Artículo 9 es muy general, las prohibiciones de imponer restricciones a las exportaciones o al libre dominio y a la libre disponibilidad son bastante específicas; todo conflicto posible entre las disposiciones debe resolverse mediante la aplicación de la disposición específica<sup>571</sup>. En tercer lugar, Total afirma que convenir en sujetarse a un régimen fiscal general no equivale a una renuncia de derechos bajo el derecho internacional respecto de la imposición de un impuesto o de unos impuestos particulares, si dicho impuesto o dichos impuestos han sido establecidos de mala fe o con fines ilícitos<sup>572</sup>. Total argumenta que el impuesto a la exportación es discriminatorio y confiscatorio y su objetivo consiste en manipular el mercado local de hidrocarburos.

**403.** Total reclama que como consecuencia de los impuestos de exportación creados por la Argentina sufrió pérdidas similares en sus negocios de exportación de gas y GLP<sup>573</sup>.

**404.** Total alega también que la Argentina agravó los efectos de los impuestos a la exportación con la eliminación de las exenciones de estos impuestos aplicables a Tierra del Fuego. Inicialmente, estos impuestos generales a las exportaciones de petróleo y gas no se aplicaron a las exportaciones a Tierra del Fuego. A fines de 2006, la Argentina impuso de manera retroactiva (a 2002) un impuesto a las exportaciones de Tierra del Fuego. Total afirma que su decisión de invertir en Tierra del Fuego dependía de la exención impositiva para las exportaciones de esta región, dado que planeaba exportar gran cantidad de gas desde esta región geográfica

---

<sup>571</sup> Escrito posterior a la audiencia de Total, párr. 758.

<sup>572</sup> Escrito posterior a la audiencia de Total, párr. 759.

<sup>573</sup> Escrito posterior a la audiencia de Total, párr. 763; Resolución 11/02 del ME del 2 de marzo de 2002 que entró en vigencia el 30 de septiembre de 2002 adjunta en el Apéndice C-150; y el Decreto 645/04 del 27 de mayo de 2004 adjunta en el Apéndice C-212.

extrema hacia mercados más cercanos o accesibles<sup>574</sup>. Como resultado, alega que la decisión de imponer el impuesto a las exportaciones en esta región constituyó una violación a las promesas contenidas en la Ley 19.640, tal como lo confirmó el Código Aduanero de 1981<sup>575</sup> y constituyó una violación de los derechos de Total en virtud del Artículo 3 del TBI<sup>576</sup>.

### ***3.5 Establecimiento del precio del GPL***

**405.** En su reclamo final relacionado con el sector de la exploración y la producción, Total alega que a través de la Ley de GPL, la Argentina intervino en el precio de mercado de GPL y causó un perjuicio a Total. La Ley de GPL estableció un precio máximo fijo del GPL por unidad vendida en los mercados locales. Para los usuarios residenciales los precios no podían superar los US\$32 por unidad típica de 45 Kg. de GPL y un máximo para el resto de las ventas equivalente al precio promedio del GPL vendido en los 24 meses anteriores<sup>577</sup>. Total argumenta que esta ley violó la promesa establecida en el Decreto de Concesión de libre disponibilidad<sup>578</sup>. Total sostiene que no ha renunciado a sus derechos de compensación y que la Argentina debería compensar por los daños ocasionados por la Ley de GPL<sup>579</sup>.

## ***4. La posición de la Argentina***

**406.** Al proporcionar la anterior descripción de las alegaciones de Total en cuanto al impacto de las medidas adoptadas por la Argentina en el sector de la exploración y producción de hidrocarburos, el Tribunal ya ha descrito también la postura de la Argentina en lo que respecta a los reclamos de Total. Sin embargo, el Tribunal abordará brevemente los argumentos de la Argentina en los siguientes párrafos con el fin de aportar un análisis completo.

**407.** En lo que respecta al reclamo de Total sobre la inversión en este sector, el fundamento de la defensa de la Argentina reside en que todos los derechos de Total en virtud de la concesión que, según las descripciones de Total en sus afirmaciones,

---

<sup>574</sup> Escrito posterior a la audiencia de Total, párr. 764-768.

<sup>575</sup> Escrito posterior a la audiencia de Total, párr. 766.

<sup>576</sup> Escrito posterior a la audiencia de Total, párr. 770-773.

<sup>577</sup> Escrito posterior a la audiencia de Total, párr. 778; Ley 26.020 del 8 de abril de 2005 adjunta en el Apéndice A RA 170.

<sup>578</sup> Escrito posterior a la audiencia de Total, párr. 779.

<sup>579</sup> Escrito posterior a la audiencia de Total, párr. 780.

son absolutos e irrestrictos, se encuentran sujetos al principio fundamental de la prioridad del abastecimiento del mercado interno consagrados en la Ley de Hidrocarburos<sup>580</sup>. En este respecto Argentina argumenta que:

“...El Artículo 6 de la Ley de Hidrocarburos establece lo siguiente:

(a) la exportación de hidrocarburos líquidos está sujeta al previo abastecimiento del mercado interno;

(b) el Poder Ejecutivo puede permitir la exportación de hidrocarburos o derivados no requeridos para la satisfacción del mercado interno siempre que esas exportaciones se realicen a precios comercialmente razonables; y

(c) En el caso de permitir la exportación, el Poder Ejecutivo puede fijar los criterios que rijan las operaciones en el mercado interno para asegurar el autoabastecimiento y una participación equitativa de todos los productores en tal abastecimiento”<sup>581</sup>.

**408.** Lo mismo ocurre con la exportación de gas y GPL de conformidad con la Ley del Gas y la Ley de GPL, respectivamente<sup>582</sup>. Según la postura de la Argentina, “...el Decreto 214/94 dispone que los integrantes del Consorcio (entre ellos, TOTAL) tienen el dominio y la libre disponibilidad de los hidrocarburos pero siempre de conformidad con lo establecido en la Ley de Hidrocarburos”<sup>583</sup>. El Artículo 6 de la Ley de Hidrocarburos (explícitamente incorporado por el Decreto de Concesión) otorga amplias facultades al Poder Ejecutivo tales como la de establecer restricciones a las exportaciones, cupos, precios internos<sup>584</sup>.

**409.** Asimismo, la Argentina sostiene que Total no tiene derecho a recibir la compensación por las restricciones a las exportaciones de gas aplicadas en virtud del Artículo 8 del Decreto de Concesión debido a la posibilidad de que el Poder Ejecutivo, con base en el Artículo 6 de la Ley de Hidrocarburos, desvincule los precios internos de los hidrocarburos de los precios internacionales “cuando los precios internacionales del petróleo se incrementan significativamente por circunstancias excepcionales...”<sup>585</sup>. De acuerdo con la Argentina, “[e]ntonces, si el precio internacional del petróleo crudo no sirve para fijar los precios en el mercado

---

<sup>580</sup> Ver el Memorial de contestación de la Argentina, párr. 563.

<sup>581</sup> Ver el Escrito posterior a la audiencia de la Argentina, párr. 100.

<sup>582</sup> Ver el Escrito posterior a la audiencia de la Argentina, párr. 101.

<sup>583</sup> Ver el Escrito posterior a la audiencia de la Argentina, párr. 103.

<sup>584</sup> Ver el Escrito posterior a la audiencia de la Argentina, párr. 104-106.

<sup>585</sup> Ver el Escrito posterior a la audiencia de la Argentina, párr. 109-113.

interno, tampoco puede servir como referencia para fijar los precios de venta de gas al mercado interno”<sup>586</sup>. Asimismo, la conclusión del Acta Acuerdo en abril de 2004 entre productores y el Poder Ejecutivo para recomponer el precio del gas natural respalda la posibilidad de que la Argentina fijara el precio interno del gas independientemente de su precio internacional. De hecho, la determinación de los precios del gas natural acordados bajo el *Acta Acuerdo* de 2004 tomaron los costos de reales de exploración de los productores (en lugar del precio internacional del gas) como referencia. Asimismo, los costos reales de explotación estaban basados en un estudio de la Secretaría de Energía sobre los costos de los productores para la exploración y producción de gas natural.<sup>587</sup>

**410.** En lo que respecta a la exención impositiva reclamada por Total, la Argentina sostiene que no existió un acuerdo de estabilidad fiscal con Total y sus socios. Por el contrario, de conformidad con los términos de la concesión, Total y sus socios estaban sujetos al régimen fiscal general<sup>588</sup>. La Argentina sostiene que las retenciones a las exportaciones introducidas en virtud del Artículo 6 de la Ley de Emergencia eran legítimas y constituían un legítimo ejercicio de la soberanía del Estado que no da lugar a una obligación de compensar<sup>589</sup>. Asimismo, de acuerdo con la Argentina, los cargos a las exportaciones de hidrocarburos son razonables en el contexto de la crisis de la Argentina de los años 2001 y 2002 y también en consideración de las varias circunstancias del contexto. Entre ellas se encontraba el abandono del régimen de convertibilidad, la fuerte devaluación del peso argentino y el incremento extraordinario del precio del crudo internacional<sup>590</sup>.

**411.** En lo que respecta a la eliminación en Tierra del Fuego de la exención impositiva, la Argentina primero objeta la jurisdicción del Tribunal en base a la disposición “bifurcación del camino” (*fork-in-the-road*) establecida en el Artículo 8(2) del TBI Argentina-Francia<sup>591</sup>. Si el Tribunal considera que tiene competencia para entender en el reclamo de Total, la Argentina sugiere que el reclamo de Total debe ser rechazado por las siguientes razones. En primer lugar, la Ley 19.640

---

<sup>586</sup> Ver el Escrito posterior a la audiencia de la Argentina, párr. 114.

<sup>587</sup> Ver el Escrito posterior a la audiencia de la Argentina, párr. 115-116.

<sup>588</sup> Ver el Escrito posterior a la audiencia de la Argentina, párr. 131-136.

<sup>589</sup> Ver el Escrito posterior a la audiencia de la Argentina, párr. 137-143 y el Memorial de contestación de la Argentina, párr. 591 y ss.

<sup>590</sup> Ver el Escrito posterior a la audiencia de la Argentina, párr. 144-149.

<sup>591</sup> Ver el Escrito posterior a la audiencia de la Argentina, párr. 150-159

establece expresamente la posibilidad de que una ley posterior elimine la exención de Tierra del Fuego. Esto ocurrió en 2007 mediante la aprobación de la Ley 26.217. En segundo lugar, no existía un acuerdo de estabilidad fiscal con Total que proporcionara una garantía contra la eliminación de la exención a las exportaciones desde Tierra del Fuego de modo tal que dicha eliminación no podría haber frustrado las expectativas legítimas de Total<sup>592</sup>.

### ***5. Evaluación legal del Tribunal***

- 412.** Total reclama que ha sido tratado de un modo injusto e inequitativo contrario a las disposiciones del Artículo 3 del Argentina-France BIT dado que, mediante la aprobación de las medidas mencionadas anteriormente, la Argentina limitó el derecho de Total de disponer libremente de todos los hidrocarburos producidos.
- 413.** Según Total, la Argentina había garantizado específicamente este derecho general y todos los derechos mencionados más arriba contemplados por Total en varios instrumentos de carácter general y específico: el Decreto de Concesión, que incorpora los términos del *Acta Acuerdo* acordada entre Total y la Argentina, los Decretos de Desregulación, el Decreto de Reconversión y la Ley del Gas. Todos estos derechos (incluido el derecho de Total de recibir compensación por las limitaciones a su derecho de disponer libremente de todos los hidrocarburos que producía) se encuentran contemplados en las disposiciones generales emitidas por la Argentina e, incluso, en un arreglo bilateral específico acordado entre la Argentina y el inversor, es decir, el Decreto de Concesión.
- 414.** De acuerdo con la Demandante, la Argentina prometió respetar estos derechos de conformidad con su propio sistema legal. Por ende, todas las “promesas” de la Argentina, consagradas en el Decreto de Concesión que, por su parte, incorpora las disposiciones relevantes de la ley de la Argentina en relación con la exploración y producción de hidrocarburos mencionada anteriormente, generaron las expectativas legítimas de Total de que dicho régimen, prometido por el Estado receptor,

---

<sup>592</sup> Ver el Escrito posterior a la audiencia de la Argentina, párr. 160-166.

permanecería estable a lo largo del plazo de sus inversiones y que todo cambio en detrimento de Total sería compensado con arreglo al sistema legal argentino<sup>593</sup>.

**415.** La Demandante sostiene que las medidas aprobadas por la Argentina en enero de 2002 limitan los derechos garantizados a Total por el propio sistema legal de la Argentina y específicamente en virtud del Decreto de Concesión. Dado que la Demandante había confiado en estos derechos (incluido el derecho de recibir compensación en caso de limitaciones) cuando realizó su inversión, estas medidas constituyen una violación de la cláusula de tratamiento justo y equitativo del TBI dado que han dañado la inversión de Total sin una compensación a favor de ésta.

**416.** Debido a la totalidad de las medidas que afectan las inversiones en la exploración y la producción de hidrocarburos, Total reclama haber sufrido daños por un neto total de US\$575,4 millones. Las pérdidas netas totales que Total reclama haber sufrido se encuentran articuladas en el Informe complementario de LECG de la siguiente manera: a) respecto del gas natural, US\$192,9 millones (hasta diciembre de 2006); b) respecto del crudo, US\$260,6 millones (hasta diciembre de 2006 y proyecciones de daños futuros a 2012); c) respecto del GPL, US\$121,9 millones (hasta 2006, más proyecciones de daños futuros hasta 2012)<sup>594</sup>.

**417.** Tal como ya ha sido enfatizado en relación con el reclamo de Total respecto de TGN, la importancia de la legislación argentina es crucial por al menos dos razones. Por un lado, de acuerdo con el Artículo 8(4) del TBI, la ley interna de la Argentina es parte de la ley que será aplicada por el Tribunal, que se encuentra, por ende, facultado para interpretarla. Por otro lado, el Tribunal debe identificar el contenido preciso de los derechos preexistentes de Total en virtud del Decreto de Concesión según la legislación relevante de la Argentina y sus modificaciones a los efectos de determinar si las medidas constituían una violación del estándar de tratamiento justo y equitativo, y por ende frustrando las expectativas de Total basados aquellos derechos.

---

<sup>593</sup> Ver el Escrito posterior a la audiencia de Total, párr. 681-684.

<sup>594</sup> Ver Informe de LECG sobre Daños, págs. 33-58; Informe complementario de LECG sobre Daños, Tabla II, pág. 8.

### 5.1 El contenido de la ley de la Argentina

- 418.** La tarea de interpretar los elementos principales del régimen jurídico otorgado a Total por la Argentina respecto de sus inversiones en el sector de la exploración y producción de hidrocarburos no resulta simple debido a la intrincada relación que existe entre las diferentes y sucesivas disposiciones. Esta tarea importa los derechos invocados por Total en su defensa, a saber, el derecho de los productores de disponer libremente de los hidrocarburos que produjeran, tanto en el plano internacional como en el interno, y el derecho a ser compensados por cualquier limitación gubernamental impuesta<sup>595</sup>.
- 419.** La Ley de Hidrocarburos básica de 1967 cubre la totalidad de los hidrocarburos (tanto el petróleo líquido como el gas no líquido). Su objeto fue la regulación controlada u operada por el Estado del sector. En ese momento el Estado poseía YPF que tenía el monopolio del sector. Los sucesivos Decretos de 1989 (de los cuales procedió la privatización y sobre los que se basó la concesión) revirtieron el sistema. No obstante, no derogaron la Ley de Hidrocarburos. Por el contrario, los “Decretos de Desregulación” de 1989 y, en particular, el Decreto 1589/89 hacen referencia a varios artículos de dicha ley. Con posterioridad a la Emergencia, la Argentina aprobó una regulación más estricta, que debilitaba el régimen liberalizado de 1989. La Argentina invoca sus facultades en virtud de la Ley de Hidrocarburos para mantener la legalidad de las medidas cuestionadas por Total<sup>596</sup>.
- 420.** La cuestión principal con la que debe lidiar el Tribunal consiste en que, en virtud del sistema legal de la Argentina en vigencia hasta el 2002, el derecho de los productores de disponer libremente del crudo y del gas natural incluía tanto el derecho de venderlos como el de libremente fijar el precio. El punto de partida de este análisis es el examen del contenido del Decreto de Concesión que consagra de manera específica el derecho de Total de libre disposición de los hidrocarburos así como el derecho de ser compensado.

---

<sup>595</sup> Ver el Escrito posterior a la audiencia de Total, párr. 636.

<sup>596</sup> El Tribunal aclara que, al realizar las inversiones en el sector del gas de la Argentina, Total estaba al tanto de que la Ley de Hidrocarburos constituyó la regulación fundamental de la industria del gas natural. El Prospecto de septiembre de 1992 respecto de la Oferta Pública Internacional de Gas del Estado, sometida ante el Tribunal por Total en el Apéndice C-50 aclaró durante el proceso de privatización que “...La Ley de Hidrocarburos continúa siendo la legislación principal que regula la industria *upstream*...” (párr. 1.3, pág. 6).

- 421.** El Decreto de Concesión estableció que Total, como uno de los titulares de la Concesión de la exploración y la producción de los hidrocarburos en Tierra del Fuego, tiene el dominio y la libre disponibilidad de los hidrocarburos producidos de conformidad con lo prescripto en la Ley de Hidrocarburos y los Decretos de Desregulación (Decretos No. 1055/89, No. 1589/89 y No. 2411/91). De conformidad con el Decreto de Concesión (Artículo 6) los derechos de los titulares de la concesión se encuentran explícitamente sujetos a la Ley de Hidrocarburos y dichos Decretos. Adicionalmente, de conformidad con el Artículo 8 del Decreto de Concesión, cualquier restricción a la “libre disponibilidad” de los hidrocarburos producidos, otorgados a los titulares de la Concesión de conformidad con el Artículo 6, los faculta para recibir una suma no menor a la determinada en el Artículo 6 del Decreto No. 1589/89 por el tiempo que duró la restricción.
- 422.** Por su parte, el Artículo 6 del Decreto No. 1589/89 prevé dos tipos de restricciones a los derechos de los productores y establece un grado diferente de compensación. En caso de restricciones gubernamentales a las exportaciones de crudo, los productores, refinadores y exportadores de petróleo percibirían una compensación de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 6 de la Ley de Hidrocarburos,. El texto del párrafo 1 del Artículo 6 del Decreto No. 1589/89 (citado más arriba en el párrafo 354) establece que esta compensación será equivalente a un monto, por unidad de producto, de un valor no inferior al de los petróleos y derivados de una naturaleza similar. Por el contrario, de acuerdo con el párrafo 2 del Artículo 6 del mismo Decreto, en caso de las restricciones impuestas por el Gobierno al derecho de libre disposición de gas natural (que no se limita a casos de faltas en el mercado interno), la compensación no podrá ser inferior al treinta y cinco por ciento (35%) del precio internacional por metro cúbico del petróleo *Arabian Light* de 34° API.
- 423.** El Decreto de Concesión, por ende, hace referencia a diferentes regulaciones y estándares de compensación aplicables en virtud de la Ley de Hidrocarburos y de los Decretos de Desregulación. Por un lado, a las limitaciones a las exportaciones de petróleo y derivados y, por otro lado a las restricciones al derecho de libre disposición de gas natural.
- 424.** En lo que respecta a las restricciones impuestas por el Gobierno a la exportación de crudo y sus derivados, el Artículo 6 del Decreto No. 1589/89 establece que a) el

Poder Ejecutivo Nacional deberá preavisar la decisión de restricción con doce (12) meses de antelación a la fecha en que entrará en vigencia dicha restricción (párrafo 3); b) en caso de dicha restricción, se aplicará el Artículo 6 de la Ley de Hidrocarburos, “en virtud del cual los productores, refinadores y exportadores percibirán por unidad de producto un valor no inferior al de los petróleos y derivados de condiciones similares”<sup>597</sup>. Sin embargo, el Artículo 6 de la Ley de Hidrocarburos, que hace referencia específicamente al Artículo 6 del Decreto No. 1589/89, en realidad proporciona una regulación más elaborada. De conformidad con la primera oración del párrafo 3 del Artículo 6 de la Ley de Hidrocarburos (citada anteriormente en el párrafo 348), cuando la producción nacional de hidrocarburos no alcance a cubrir las necesidades internas, el Poder Ejecutivo Nacional fijará los precios de comercialización en el mercado interno de los petróleos crudos que serán iguales a los que se establezcan para la respectiva empresa estatal, pero no inferiores a los niveles de petróleo de importación de condiciones similares. Sin embargo, esta regla no aplicará cuando los precios de petróleos importados se incrementen significativamente por circunstancias excepcionales, (segunda oración del párrafo 3 del Artículo 6). En este caso, los precios del crudo internacional no podrán considerarse para fijar el precio en el mercado interno. En ese caso, los precios internos podrán fijarse sobre la base de los reales costos de explotación, las amortizaciones que técnicamente correspondan y un interés sobre las inversiones actualizadas y depreciadas.

**425.** De conformidad con la Ley de Hidrocarburos, las actividades relativas a la exploración, explotación, industrialización, transporte y comercialización de los hidrocarburos estarán a cargo de empresas estatales, empresas privadas o mixtas conforme a las disposiciones de esta ley y las reglamentaciones que dicte el Poder Ejecutivo (Artículo 2). De acuerdo con dicha ley, el Poder Ejecutivo Nacional deberá: a) fijar la política nacional con respecto a las actividades de exploración y producción de hidrocarburos, teniendo como objetivo principal satisfacer las necesidades de hidrocarburos del país con el producido de sus yacimientos, manteniendo reservas que aseguren esa finalidad (Artículo 3); b) dictar reglamentaciones sobre bases técnico económicas razonables que contemplen la

---

<sup>597</sup> El significado de esta frase es oscuro pero no ha sido clarificado por las partes durante el arbitraje. En cualquier caso, tal como se especifica en el párrafo 434, el Tribunal ha establecido que esta disposición no es aplicable al caso.

conveniencia del mercado interno y procuren estimular la exploración y explotación de hidrocarburos (Artículo 6, párrafo 1). Asimismo, tan claro como lo que estableció el mismo Artículo 6, en su párrafo 1, las petroleras tendrán el dominio sobre los hidrocarburos que extraigan y, consecuentemente, podrán transportarlos, comercializarlos, industrializarlos y comercializar sus derivados cumpliendo las reglamentaciones que dicte el Poder Ejecutivo. Además, durante el período en que la producción nacional de hidrocarburos no alcance a cubrir las necesidades internas, “será obligatoria la utilización en el país de todas las disponibilidades de origen nacional de dichos hidrocarburos” (Artículo 6, párrafo 2). Del mismo modo, el Poder Ejecutivo permitirá la exportación de hidrocarburos o derivados no requeridos para la adecuada satisfacción de las necesidades internas (Artículo 6, párrafo 4). Por último, el párrafo 3 del Artículo 6 párrafo 3, incorporado de manera expresa en la Concesión de Total, otorga al Gobierno la facultad de fijar los precios de comercialización en el mercado interno de los petróleos crudos en caso de problemas de suministro interno, independientemente de su precio internacional.

**426.** De esta descripción general se desprenden algunas conclusiones. Es verdad que, de conformidad con el Artículo 9 del Decreto No. 1212/89 “los precios del petróleo serán libremente pactados” y que el objetivo de las reglamentaciones que implementen los Artículos 2 y 6 de la Ley de Hidrocarburos contenidos en el Decreto No. 1055/89 consiste en reemplazar la intención del Gobierno en lo que respecta a la fijación del precio con un mecanismo de fijación de precios orientado al mercado en base a la oferta y la demanda. Sin embargo, también es cierto que el Artículo 6 del Decreto No. 1589/89 incorpora de manera expresa la regla consagrada en el Artículo 6 de la Ley de Hidrocarburos. Por ende, incluso con posterioridad a la adopción de los Decretos de Desregulación, el Gobierno se reservó la facultad de restringir los derechos de los productores de libre disponibilidad del petróleo y sus derivados tanto en su plano interno como en el plano internacional. Por ende, en virtud del régimen jurídico de la Argentina (al momento en que Total adquirió la concesión), el Gobierno pudo establecer su precio en el mercado interno (aún, independientemente del precio internacional en ciertas circunstancias). El petróleo producido debe satisfacer en primera medida las necesidades internas y, por ende, solo puede exportarse si el mercado interno no lo necesita.

**427.** En vistas de lo expuesto, los derechos de Total de libre disponibilidad del petróleo no importaba el derecho de fijar sus precios libremente o de exportarlos sin limitaciones. En oposición a las afirmaciones de Total de que el “Decreto de Concesión establece la garantía de exportaciones irrestrictas, según lo previsto en el Decreto 1589, que queda incorporado por referencia en el Artículo 6 del Decreto de Concesión”,<sup>598</sup> y que en “el Decreto de Concesión, se le prometió a Total el dominio y la libre disponibilidad del crudo que produjera con arreglo a las concesiones pertinentes”,<sup>599</sup> no existía garantía de exportar libremente el petróleo o la libertad absoluta de negociar el precio de comercialización en virtud de esta Concesión.

## ***6. Medidas cuestionadas por la Demandante respecto del petróleo crudo***

### ***6.1 Venta de crudo en el mercado local***

**428.** Con respecto a la venta interna del petróleo crudo y sus derivados, el Tribunal aclara que las medidas cuestionadas por Total son la pesificación de sus contratos a largo plazo con los distribuidores (Artículo 11 de la Ley de Emergencia)<sup>600</sup> y la imposición por parte de la Argentina del impuesto a las exportaciones de petróleo crudo a partir de enero de 2002<sup>601</sup>.

**429.** En lo que respecta a la pesificación, el Tribunal se refiere a sus conclusiones sobre el reclamo de Total relativo a TGN<sup>602</sup>. La pesificación constituyó una medida de aplicación general para todos los sectores de la economía Argentina y para todas las obligaciones legales expresadas en términos monetarios dentro del país. Fue una devaluación y una redenominación de la moneda nacional en ejercicio de la soberanía del Estado. Asimismo, esta medida fue tomada de buena fe en una situación de emergencia económica reconocida de una naturaleza excepcional. En este contexto, se han tomado una serie de medidas de serias consecuencias para la población (tal como el corralito) a los efectos de evitar un colapso general de la economía y, por lo tanto, del Estado y de la sociedad y alentar una recuperación progresiva. Tal como ha

---

<sup>598</sup> Ver el Escrito posterior a la audiencia de Total, párr. 748.

<sup>599</sup> Ver el Escrito posterior a la audiencia de Total, párr. 733.

<sup>600</sup> Total hace referencia a la pesificación y a sus efectos cuando reclama que su libertad para negociar los precios internos con los distribuidores fue reprimida, ver párr. 390 más arriba.

<sup>601</sup> Ver el reclamo de Total, párr. 397-404 más arriba.

<sup>602</sup> Ver párr. 163-165 más arriba.

sido enfatizado por el Tribunal, esta medida y su aplicación no puede ser considerada injusta dadas las circunstancias, considerando la flexibilidad inherente del estándar de tratamiento justo y equitativo. La injusticia debe ser evaluada respecto de las medidas cuestionadas, a la luz tanto de sus efectos objetivos y de las razones que han dado lugar a la adopción (buena fe subjetiva, proporcionalidad a los objetivos, la legitimidad del último de acuerdo con la práctica general). Por ende, no es posible compartir la opinión de Total, desarrollada especialmente en el Informe de LECG, respecto a que la pesificación constituyó una violación de los derechos de Total en virtud del tratado, cuyos efectos deben incluirse en el cálculo de los daños sufridos por Total por los que reclama compensación en virtud del TBI. Dichas modificaciones en la legislación general, en ausencia de las promesas de estabilización específicas para el inversor extranjero, constituyen el ejercicio legítimo de las facultades gubernamentales del Estado receptor, que no están impedidas por la obligación de otorgar un tratamiento justo y equitativo y no constituyen una violación de dicha obligación. El carácter general, la buena fe y la ausencia de la discriminación por la Argentina, así como también la circunstancia excepcional que hizo que la Argentina adopte las medidas en cuestión excluye objetivamente, y según la opinión del Tribunal, el hecho de que la Argentina haya incumplido de esa manera sus obligaciones de tratamiento justo y equitativo en virtud del TBI en lo que respecta a la denominación en dólar de los contratos privados.

**430.** Según se ha mencionado anteriormente, la pesificación de la economía, es decir, la desvinculación con el dólar, conlleva necesariamente la redolarización de los contratos privados y de las tarifas de servicios públicos. La relación 1:1 reflejó la imposibilidad de los deudores de obligaciones en dólares estadounidenses de pagarlas al valor de mercado del dólar cuando todas sus reclamaciones, ingresos, etc. habían sido convertidos de manera forzada y necesariamente según la relación de cambio oficial mientras que el peso había perdido dos tercios de su valor. La desdolarización de los contratos constituyó una medida no discriminatoria de aplicación general aplicada a todos los sectores de la economía y a todos los habitantes de la Argentina. El Tribunal aclara que la Ley de Emergencia aún cuando pesificó todos los contratos privados, estableció que estos podían ser renegociados a los efectos de mitigar los

efectos negativos. De hecho, Total renegoció los contratos existentes de crudo con sus clientes según fue reflejado en el Informe de LECG sobre Daños<sup>603</sup>.

**431.** Por ende, el Tribunal considera que, contrario a lo que Total reclama, la pesificación de los contratos de venta interna de crudo no implican una violación del estándar de tratamiento justo y equitativo por parte de la Argentina. En consecuencia, el reclamo de Total de recibir indemnización por las pérdidas debido a la pesificación de los precios internos debe ser rechazado.

### ***6.2 Impuesto a las exportaciones de crudo***

**432.** En lo que respecta al impuesto a las exportaciones de crudo establecido por la Argentina a partir de enero de 2002, el Artículo 6 de la Ley de Emergencia autorizó al Gobierno a aumentar los impuestos directos a la exportación de hidrocarburos con el fin de incrementar los ingresos del Gobierno con el fin de hacer frente a la emergencia en el sector financiero y bancario. De acuerdo con la Demandante, con posterioridad a la adopción de las sucesivas medidas por parte de la Argentina (que implementaron el Artículo 6 de la Ley de Emergencia) “[s]egún el precio internacional del petróleo, la tasa nominal de la retención a las exportaciones ahora oscila entre el 25% y el 45%”<sup>604</sup>.

**433.** Total cuestiona los efectos directos de la imposición del impuesto a las exportaciones de crudo así como también los efectos indirectos sobre sus ventas internas. De conformidad con Total, el impuesto a las exportaciones de crudo controlaba de manera general las exportaciones y se establecía “en violación de las garantías de exportación consagradas en el Decreto de Concesión y los Decretos de Desregulación, que exigían notificación previa con un año de antelación e indemnización por toda restricción o derecho impuesto a la exportación de hidrocarburos líquidos”<sup>605</sup>. Sin embargo, Total no ha alegado que la imposición de estos impuestos a las exportaciones haya realmente restringido o interferido con los contratos de exportación de crudo existentes o planificados. Total, más bien, cuestiona en abstracto el efecto general de aquellos impuestos, dado que limitan las

---

<sup>603</sup> Ver Informe de LECG sobre Daños, párr. 170, pág. 89.

<sup>604</sup> Ver el Informe de LECG sobre Daños, párr. 175, pág. 92.

<sup>605</sup> Ver el Escrito posterior a la audiencia de Total, párr. 739.

exportaciones y reclama que la introducción del impuesto a las exportaciones implica una “restricción” a éstas, lo que constituye una violación de sus derechos en virtud del Decreto de Concesión.

**434.** En cualquier caso, tal como se ha descrito en los párrafos 426 y 427 más arriba, la Argentina no le otorgó a Total una libertad absoluta para exportar crudo en virtud de la concesión. Total no ha demostrado (ni, de hecho, reclama) que la Argentina hubiera en realidad aprobado “restricciones” a la exportación de crudo, que específica y concretamente hayan perjudicado las exportaciones de crudo de Total. El impuesto a las exportaciones cuestionado no puede considerarse como una “restricción” en virtud del régimen relevante de la Argentina. Son, más bien, medidas fiscales (a las que los países productores y exportadores de petróleo normalmente han recurrido) generalmente aplicables a los exportadores de crudo (no dirigidas de manera específica hacia Total o que afectaran específicamente los contratos de exportación de Total). Asimismo, estos impuestos a las exportaciones son parte de “la legislación fiscal general” a la que Total se somete de conformidad con la primera oración del Artículo 9 del Decreto de Concesión. El argumento de Total de que el impuesto a las exportaciones es contrario a la segunda oración del Artículo 9 del Decreto de Concesión resulta infundado. De conformidad con esta disposición, Total no se encuentra sujeto a “las disposiciones que podrían gravar discriminada o específicamente la persona, condición jurídica o actividad de los mismos o el patrimonio destinado a la ejecución de las tareas respectivas”. Esto significa que Total no puede someterse a impuestos o retenciones impuestos solamente respecto de sus operaciones o, de manera específica, en conexión con las áreas a ser explotadas por Total en virtud de la Concesión relevante, tal como los impuestos locales y provinciales. Por el contrario, de conformidad con el Artículo 9, primera oración, Total puede estar sujeto a los impuestos nacionales de aplicación general, tales como el impuesto a las exportaciones de crudo, los cuales no son contrarios a la segunda oración del Artículo 9 del Decreto de Concesión. Por ende, al imponer dichos impuestos, la Argentina no ha actuado en violación de su obligación de proporcionar un tratamiento justo y equitativo a la inversión de Total al que Total tiene derecho en virtud del Artículo 3 del TBI.

**435.** El primer cuestionamiento de Total en lo que respecta al impuesto a las exportaciones de crudo consiste, más bien, en el supuesto efecto negativo indirecto de dichos impuestos en el precio interno del petróleo. Total manifiesta que las medidas que establecieron el impuesto a las exportaciones de crudo implicaron una reducción en el precio interno, y una limitación en el derecho de Total de venta de crudo (y sus derivados) a un precio negociado libremente en el mercado interno<sup>606</sup>. Este argumento tampoco resulta convincente por las siguientes razones. En primer lugar, la imposición del impuesto a las exportaciones de crudo por parte de la Argentina no impide a Total vender el crudo (y sus derivados) en el mercado interno (o en el exterior) o elegir a sus co-contratantes. En segundo lugar, aún cuando se admitiera que el efecto indirecto alegado por Total respecto a que el impuesto a las exportaciones redujo el precio interno del petróleo, ello no contradice el derecho de Total de libre disposición del crudo (y sus derivados). Esto se explica, por cuanto este derecho estaba sujeto a posibles intervenciones gubernamentales de conformidad con el Artículo 6 de la Ley de Hidrocarburos. Esta ley estableció explícitamente que el Poder Ejecutivo podía fijar el precio interno del crudo en caso de un aumento significativo en el precio del crudo importado (que obviamente refleja los precios internacionales) por circunstancias excepcionales. En tercer lugar, el impuesto a las exportaciones de crudo impuesto por la Argentina tenía el propósito (tal como lo estableció la Ley de Emergencia) de proporcionar recursos adicionales al Estado en la situación de la crisis de 2002. Este incremento adicional en 2007 tuvo por objeto recuperar los recursos de las ganancias adicionales de los exportadores y, específicamente, desvincular el mercado local del petróleo de los fuertes incrementos en los precios internacionales<sup>607</sup>. Total afirma que este último impuesto “es discriminatorio y confiscatorio y su objetivo consiste en manipular el mercado local de hidrocarburos”<sup>608</sup>. Dada la ausencia de evidencia respecto a que esta desconexión fuera arbitraria o de naturaleza confiscatoria, este alegado objetivo resulta irrelevante<sup>609</sup>. Total tampoco puede invocar ninguna promesas realizadas por la

---

<sup>606</sup> Ver el Escrito posterior a la audiencia de Total, párr. 740 y ss. y el Informe de LECG sobre Daños, párr. 178 y ss. Ver el texto del Artículo 9 del Decreto de Concesión, párr. 359 más arriba.

<sup>607</sup> Ver el Preámbulo de la Resolución 394/07 adjunta en el Apéndice C-708(d).

<sup>608</sup> Ver el Escrito posterior a la audiencia de Total, párr. 759.

<sup>609</sup> En su Escrito de Contestación a la Demanda (pág. 157), la Argentina ha proporcionado un gráfico (que también aparece como una diapositiva en la Audiencia sobre el Fondo) que indica que, cuando el impuesto a la exportación fue introducido en 2002, el precio del petróleo rondaba los \$20. Este precio ascendió a más de \$60 en 2006 de los cuales \$20 se iban en impuestos.

Argentina para alegar su exención de la aplicación de esta legislación fiscal general dado que no existe una promesa de estabilidad fiscal en la concesión. Adicionalmente, el Tribunal aclara que dichos “impuestos a las ganancias por rentas extraordinarias” del petróleo son, hoy en día, comunes y han sido introducidos en muchos países que producen petróleo, incluyendo en el mundo industrializado<sup>610</sup>.

**436.** Por las razones mencionadas más arriba, el Tribunal concluye que los impuestos a las exportaciones de crudo no fueron adoptados por la Argentina en violación a los derechos de Total y, en consecuencia, los impuestos no constituyen una violación a las expectativas razonables y legítimas de Total. Por ende, las medidas no violan el estándar de tratamiento justo y equitativo.

### ***7. Eliminación de la exención impositiva de Tierra del Fuego***

**437.** Con respecto a la eliminación de la exención impositiva, Total cuestiona que la Argentina, a través de la Res. 776/06<sup>611</sup>, eliminó de manera retroactiva la exención de los derechos aduaneros aplicables a Tierra del Fuego a partir de la sanción de la Ley de Emergencia<sup>612</sup>. Total cuestiona que, de esa manera, la Argentina “desvirtuó la exención de derechos aduaneros que le había garantizado a Total respecto de las inversiones realizadas en Tierra del Fuego”<sup>613</sup>.

**438.** De hecho, la Resolución 776/06 eliminó la exención retroactivamente al establecer que el Artículo 6 de la Ley de Emergencia originalmente tuvo el objetivo de someter todas las exportaciones de petróleo, incluidas aquellas provenientes de Tierra del Fuego, al derecho de exportación recientemente establecido.

**439.** Además de la aplicación retroactiva de la eliminación de la exención de derechos aduaneros en Tierra del Fuego a través de la adopción de la Resolución 776/06, Total

---

<sup>610</sup> Ver párr. 617 del Memorial de contestación de la Argentina, donde aparece una lista de los países productores y exportadores de petróleo que han adoptado dichos incrementos en los últimos años. También, ver el Informe Especial sobre la Globalización de la revista *The Economist*, del 20 de septiembre de 2008, pág. 18. Ver T. Wälde, A. Kolo, *Investor-State Disputes: The Interface Between Treaty-Based International Investment Protection and Fiscal Sovereignty*, 35 *Intertax* (2007) 424, 443. Ambos autores señalan la práctica ‘normal’ en asuntos de impuestos como el criterio para juzgar si la conducta de los estados anfitriones en materia de impuestos implica una violación al régimen de inversión.

<sup>611</sup> Ver el Apéndice C-575.

<sup>612</sup> Ver el Escrito posterior a la audiencia de Total, párr. 764 y ss.

<sup>613</sup> Ver el Escrito posterior a la audiencia de Total, párr. 765.

también cuestiona la eliminación expresa de la exención otorgada en la Ley 19.640 de 1972 a través de la posterior Ley 26.217 en 2007<sup>614</sup>.

**440.** En lo que respecta a la eliminación de la exención otorgada en la Ley 19.640 de 1972 a través de la Ley 26.217 de 2007<sup>615</sup>, el Tribunal no encuentra fundamento para concluir que la exención de Tierra del Fuego de 1972 no podía ser revocada por una legislación posterior. La Ley de 1972 no garantizaba un período mínimo de aplicación (había estado en vigencia por 30 años). Por el contrario, el Artículo 13(c) de la Ley 19.640 estableció de manera expresa que todo impuesto a crearse en el futuro sería aplicable cuando la ley respectiva expresamente estableciera su aplicación al supuesto. Entonces, la eliminación en el año 2007 de la exención a derechos aduaneros en Tierra del Fuego es aplicable a Total (y a sus inversiones) dado que la Ley 26.217 de 2007 así lo establece de manera explícita. En conclusión, esta ley no constituye una violación de los derechos de Total en virtud del TBI. Total también objeta la eliminación de la exención impositiva, en función de la exención que el Consejo del MERCOSUR le había otorgado a la Argentina en 1994 que le permitió a la Argentina mantener hasta el año 2013 un régimen aduanero especial en Tierra del Fuego<sup>616</sup>. Sin embargo, esta autorización no obligaba a la Argentina a mantener la exención hasta 2013 ni podía crear un derecho o basar una expectativa legítima de un beneficiario privado de ese régimen, como Total, en su mantenimiento en vigencia hasta 2013<sup>617</sup>.

**441.** En lo que respecta al cuestionamiento de Total sobre la revocación retroactiva de la exención impuesta por medio de la Resolución 776 en vigencia a partir de 2002, el Tribunal advierte que Total ha presentado ciertas declaraciones administrativas emitidas por las autoridades administrativas argentinas en el 2002 y el 2004 en relación con la inaplicabilidad de los impuestos a las exportaciones a las

---

<sup>614</sup> Las referencias de Total en el Escrito posterior a la audiencia (párr. 767 y ss.) al testimonio por escrito de su administrador Michel Contie (Segundo Testimonio, en el Anexo N de la Réplica, párr. 22) y a su contrainterrogatorio en la Audiencia sobre el Fondo (Acta (inglés) Día 4, 1050:7-1051:1. También ver la Réplica de Total, párr. 261 y ss.

<sup>615</sup> Ver el Apéndice C-613.

<sup>616</sup> Ver el Apéndice C-314.

<sup>617</sup> Total sostiene en el párr. 262 de su Réplica que la Argentina le había asegurado a Total que durante la renegociación del Contrato 19.944 que el MERCOSUR autorizaría el mantenimiento del régimen aduanero. Los documentos y testimonios proporcionados por Total en respaldo de este supuesto no convencen al Tribunal.

exportaciones provenientes de Tierra del Fuego<sup>618</sup>. El complicado razonamiento en el Preámbulo de la Resolución 776/06, en contrario, no resulta convincente. Asimismo, las autoridades competentes de la Argentina habían confirmado la inaplicabilidad de los nuevos impuestos a través de dichas declaraciones (específicamente a pedido de Total) durante alrededor de cuatro años. Esto implica que el cambio de postura de las autoridades argentinas en 2006 es una violación de la promesa específica realizada a Total y, por ende, en una violación de la cláusula de tratamiento justo y equitativo establecida en el TBI. Además, el Tribunal recuerda que el Artículo 13(c) de la Ley 19.640 de 1972<sup>619</sup> requería una sanción legislativa expresa, a los efectos de la eliminación futura de la exención del derecho de exportación. Dado que la Ley de Emergencia no contenía dicha afirmación explícita, la Resolución 776/06 no podía, a través de una interpretación, subsanar la ausencia de la disposición específica requerida para eliminar la exención de los derechos aduaneros aplicables a Tierra del Fuego, de conformidad con la Ley 19.640.

**442.** El reclamo de la Argentina de que Total está obligado al pago de impuestos en virtud de la Resolución 776/06 es, por ende, una violación del estándar de tratamiento justo y equitativo del Artículo 3 del TBI. Claramente, no puede sostenerse que un argumento de necesidad se oponga a dicha conclusión. Total ha explicado que el cobro de impuestos correspondiente a los años 2002 a 2006 se encuentra actualmente suspendido mientras que Total Austral ha entablado una demanda judicial interna cuestionando el reclamo impositivo. Dada la conclusión del Tribunal establecida anteriormente, en caso de que las autoridades argentinas impusieran la Resolución 776/06 y obtuvieran por parte de Total Austral el pago de los impuestos a las exportaciones entre los años 2002 y 2007 (es decir, a partir de la fecha de entrada en vigencia de la Ley 26.217) como resultado del litigio interno o por otro motivo, la Argentina cometería una violación adicional de los derechos de Total en virtud del TBI bajo el Artículo 3 del TBI. En tal caso, Total tendría derecho a reclamar la suma que Total Austral habría estado obligada a pagar más los costos incidentales en concepto de indemnización.

---

<sup>618</sup> Ver la Instrucción General 19/02 del ME, del 26 de marzo de 2002 adjunta en el Apéndice C-406; Subdirección General de Legal y Técnica, Nota 1318/04 DI ASLE, del 1 de julio de 2004 adjunta en el Apéndice C-703(b); Subdirección General de Legal y Técnica Aduanera Opinión 128/04, del 21 de septiembre de 2004 adjunta en el Apéndice C-478.

<sup>619</sup> Ley 19.640/72 adjunta en el Apéndice C-292.

**443.** En el caso del litigio interno mencionado anteriormente, la Argentina ha opuesto una excepción previa en base a la disposición sobre bifurcación del camino (“*fork in the road*”) del Artículo 8.2 del TBI<sup>620</sup>. Argentina reclama que, dado que Total ha solicitado ante los tribunales de la Argentina la oposición a la aplicación retroactiva de los impuestos a Tierra del Fuego mencionados más arriba, Total no puede efectuar este reclamo en el presente arbitraje en virtud del TBI. Total rechaza la invocación del Artículo 8(2) por parte de la Argentina dado que el presente arbitraje se ha iniciado con anterioridad al litigio interno de modo tal que también el reclamo respecto de esta cuestión será considerada anterior en tiempo al proceso interno entablado. Total explica que su reclamo específico contra la reclamación de la Argentina del pago de impuestos en cuestión resulta incidental a la solicitud de arbitraje inicial de Total, el que se agregó cuando la Argentina solicitó el pago de aquellos impuestos en 2006 mientras este proceso se encontraba en trámite. El Tribunal no necesita lidiar con esta cuestión dado que considera que los dos procedimientos tienen dos propósitos diferentes. El objeto del presente arbitraje ante este Tribunal consiste en dirimir si existió una supuesta violación del TBI a través de la reclamación impositiva retroactiva por parte de la Argentina; el reclamo ante los tribunales argentinos consiste en dirimir si la reclamación retroactiva constituye una violación de la legislación argentina. Asimismo, la Demandante en el proceso interno de amparo es una subsidiaria de Total, Total Austral, y no la propia Total. Por ende, según la opinión del Tribunal, el Artículo 8.2 del TBI no es aplicable.

**444.** En consideración de lo anteriormente establecido, el Tribunal concluye que la eliminación retroactiva de la exención impositiva de Tierra del Fuego llevada a cabo

---

<sup>620</sup> De conformidad con el Artículo 8 del TBI entre la Argentina y Francia, un inversor de cada Parte Contratante puede elegir someter “toda disputa relativa a las inversiones, en el sentido del presente Acuerdo,” a las jurisdicciones nacionales de la Parte Contratante implicada en la controversia o bien al arbitraje internacional del CIADI o UNCITRAL. Sin embargo, de conformidad con el Artículo 8(2) “una vez que un inversor haya sometido la controversia a las jurisdicciones de la Parte Contratante implicada o al arbitraje internacional, la elección de uno u otro de esos procedimientos será definitiva”. Ver el Escrito posterior a la audiencia de la Argentina, párr. 151 y ss. El 16 de noviembre de 2010 Argentina presentó al Tribunal el texto de una decisión de fecha 25 de agosto de 2009 por la Cámara Contenciosa Administrativa Federal la cual a solicitud de la subsidiaria de Total mencionada en el texto ha declarado inconstitucional la Resolución 776/2006. La Demandante envió sus comentarios el 30 de noviembre 2010 indicando que esta decisión ha sido revocada por una decisión adjunta de la Corte Suprema del 18 de noviembre de 2010, indicando que estas decisiones “no tienen relevancia alguna para el procedimiento”. El Tribunal advierte que éste ha decidido no tomar en consideración nueva evidencia y argumentos sometidos por las Partes con posterioridad a los escritos posteriores a la audiencia (ver el párr. 20 *supra*) y en todo caso concluye que la presentación realizada por la Argentina el 30 de noviembre de 2010 es irrelevante.

por la Argentina a través de la adopción de la Resolución 776/06 constituye una violación de la cláusula de tratamiento justo y equitativo del TBI. En consecuencia, todo pedido de las autoridades argentinas de pago del impuesto a las exportaciones dirigido a Total por sus exportaciones provenientes de Tierra del Fuego en el período comprendido entre 2002 hasta la entrada en vigencia de la Ley 26.217 en 2007 constituiría una violación del TBI.

### ***8. Venta interna e internacional de gas natural***

**445.** El Tribunal recuerda (según se estableció en el párrafo 383) que los reclamos de Total en este respecto se basan en la garantía de la Argentina a Total de pleno dominio y libre disponibilidad de los hidrocarburos producidos consagrada en el Artículo 6 del Decreto de Concesión. De acuerdo con Total esta garantía debe entenderse como “el derecho a vender los hidrocarburos que extraiga a co-contratantes voluntariamente dispuestos a adquirirlos al precio que negocien”<sup>621</sup>.

**446.** En lo que respecta a los contratos de derecho privado para la venta interna de gas natural, Total ha reclamado que las siguientes medidas constituyen una violación de la cláusula de tratamiento justo y equitativo: (i) la pesificación de la totalidad de los contratos de derecho privado (incluidos los contratos de derecho privado de Total) a través del Artículo 11 de la Ley de Emergencia porque desvirtuó “los derechos de dominio de Total sobre los hidrocarburos producidos, incluido el derecho a la libre disposición de los hidrocarburos, mediante la redenominación artificial del precio que las partes contratantes habían negociado libremente”<sup>622</sup>; (ii) la pesificación de las tarifas del gas (incluido el precio de referencia utilizado para calcular el precio en boca de pozo de la Tarifa de Gas al Consumidor) porque “limitó los ingresos de las distribuidoras clientes de Total por la venta de gas a los consumidores, lo que, por ende, tornó inútil la renegociación de los contratos pesificados de Total”<sup>623</sup>; (iii) el congelamiento de las tarifas de gas a los niveles de 2001 porque la Argentina, al establecer un precio máximo de referencia que los distribuidores podían cobrar por el componente en boca de pozo que formaba parte de Tarifa de Gas al Consumidor,

---

<sup>621</sup> Ver el Escrito posterior a la audiencia de Total, párr. 69.

<sup>622</sup> Ver el Escrito posterior a la audiencia de Total, párr. 689.

<sup>623</sup> Ver el Escrito posterior a la audiencia de Total, párr. 70(b) y 690-694.

anuló toda posibilidad que Total podría haber tenido de renegociar sus contratos de suministro con los distribuidores<sup>624</sup>. Tal como se estableció en el Informe de LECG sobre Daños, “esta medida implicó una intervención *de facto* en la formación de los precios en boca de pozo en el mercado de gas natural”<sup>625</sup>.

**447.** En lo que respecta a la pesificación de los contratos privados de Total y la pesificación de las tarifas de gas (incluido el precio de referencia del gas), el Tribunal recuerda su decisión y razonamiento en relación con la aplicación de la misma medida respecto al reclamo de Total en cuanto a sus inversiones en TGN en los párrafos 159 a 165 más arriba, a saber, el Tribunal ha concluido que la pesificación no constituía una violación al TBI, y constituía una medida de aplicación general justificada por las circunstancias y aplicada sin discriminación.

**448.** El Tribunal ahora tratará el congelamiento de la Tarifa de Gas al Consumidor. El Tribunal recuerda que, en parte, ha analizado el régimen jurídico con respecto a la venta de gas natural, cuando analizó las disposiciones de la Ley de Hidrocarburos y aquellas contenidas en el Decreto de Concesión que se refieren de manera explícita a la Ley de Hidrocarburos y a los Decretos de Desregulación (en los párrafos 421 a 425 más arriba). Por esta razón, el Tribunal se concentrará solamente en las características del régimen jurídico con respecto a la venta de gas natural que resulten relevantes a los efectos de evaluar si el congelamiento de las tarifas de gas efectuado por la Argentina constituyó una violación de los derechos de Total en virtud del TBI.

**449.** El Tribunal recuerda que el Artículo 6 del Decreto de Concesión hace referencia a la Ley de Hidrocarburos. En virtud del párrafo 7 del Artículo 6 de la Ley de Hidrocarburos de 1967, “la comercialización y distribución de hidrocarburos gaseosos estará sometida a las reglamentaciones que dicte el Poder Ejecutivo Nacional”. Asimismo, estas regulaciones se encuentran contenidas en los Decretos de Desregulación de 1989 y en la Ley del Gas de 1992.

**450.** Por su parte, el párrafo 1 del Artículo 10 del Decreto No. 1212/89 estableció que “los precios del gas natural a usuarios y productores serán fijados mensualmente por el MINISTERIO DE OBRAS Y SERVICIOS PÚBLICOS, a través de la

---

<sup>624</sup> Ver el Escrito posterior a la audiencia de Total, párr. 70(c).

<sup>625</sup> Ver el Informe de LECG sobre Daños, párr. 90 b, pág. 45.

SECRETARÍA DE ENERGÍA, hasta que se generan condiciones de mercado de múltiples oferentes”. De acuerdo con la primera oración del párrafo 4 del Artículo 10, la Tarifa de Gas al Consumidor debe establecerse “sobre la base del precio al productor, más los costos de acondicionamiento, transporte y distribución”. Si la Tarifa de Gas al Consumidor se fija por debajo de esta base, “se explicitará el monto del subsidio correspondiente, con cargo a rentas generales” (Artículo 10 párrafo 4 segunda oración). Por último, “[e]l precio al productor será fijado sobre base “netback”, con costos de transporte y acondicionamiento basados en valores internacionales” (Artículo 10, párrafo 5). Esta regulación, sin embargo, fue reemplazada en el año 1992 por la posterior sanción de la Ley del Gas<sup>626</sup>.

**451.** Como ya ha sido señalado por el Tribunal en lo que respecta al reclamo de Total en relación con TGN, la Ley del Gas establece una serie de principios supremos en los que se fundamenta el régimen del gas y la actividad reguladora del ENARGAS (Artículo 2). Los objetivos de la Ley del Gas pueden resumirse de la siguiente manera: proteger adecuadamente de los derechos de los consumidores, promover la competitividad “de los mercados de producción y demanda de gas natural” y alentar inversiones para asegurar el suministro a largo plazo. De acuerdo con el Artículo 37, la tarifa de gas a los consumidores “será el resultado de la suma de: a) Precio del gas en el punto de ingreso al sistema de transporte; b) Tarifa de transporte; c) Tarifa de distribución”. Asimismo, el Artículo 38(c) establece que el precio de venta de gas por parte de los distribuidores a los consumidores, incluirá los costos de su adquisición. Cuando dichos costos de adquisición resulten de contratos celebrados con posterioridad a la fecha de entrada en vigencia de esta Ley, el ENARGAS podrá limitar el traslado de dichos costos a los consumidores si determinase que los precios acordados exceden de los negociados por otros distribuidores en situaciones que el ente considere equivalentes.

**452.** En base al análisis establecido anteriormente, el Tribunal concluye que en la Argentina el mercado de gas natural (tal como existía cuando Total adquirió la Concesión pertinente) no era un mercado libre. En cambio, era un mercado regulado por el Estado de conformidad con el Decreto 1212/89 y la siguiente Ley del Gas (así

---

<sup>626</sup> El párrafo 1 del Artículo 1 de la Ley del Gas establece que dicha ley regula el transporte y la distribución de gas natural siendo regidos por la Ley de Hidrocarburos la producción, la captación y el tratamiento. De conformidad con el párrafo 2 del Artículo 1 de la Ley del Gas, la Ley de Hidrocarburos solamente será aplicable a las etapas de transporte y distribución del gas natural, cuando la presente ley se remita expresamente a su normativa.

como también la Ley de Hidrocarburos). El Tribunal aclara que, desde el punto de vista económico, el Informe de LECG sobre Daños reconoce que “[el gas natural], a diferencia del crudo o del GPL, no es un producto básico totalmente transable” y, por ende, “sus precios no están necesariamente ligados a los niveles de paridad internacionales (es decir, los precios de importación o exportación no tienen que ser los mismos que los precios del mercado interno)”<sup>627</sup>.

**453.** Habiendo dado una visión general del régimen legal aplicable, el Tribunal evaluará ahora, a la luz del TBI, el congelamiento de la Tarifa de Gas al Consumidor. Total argumenta específicamente que la Argentina, al determinar el componente del precio en boca de pozo de la Tarifa de Gas al Consumidor desde junio de 2002 hasta agosto de 2004 (Resolución del ENARGAS 2612/02 del 24 de junio de 2002 y las sucesivas Resoluciones<sup>628</sup>) actuó en violación de la Ley del Gas<sup>629</sup> y los derechos de Total en virtud de la Concesión pertinente. En particular, estas medidas impidieron a Total negociar con sus contrapartes el precio interno del gas natural en el mercado interno y fijaron un precio tan deprimido al gas que resultaba insostenible e incapaz de permitir que los productores recibieran una rentabilidad aceptable<sup>630</sup>.

**454.** Es cierto que Total tenía derecho a disponer del gas natural en la Concesión. Sin embargo, este derecho no era absoluto, si tomamos en consideración el contenido de la legislación general de la Argentina que regula el mercado del gas, incorporada por referencia en la Concesión, tal como se describe más arriba. Esto se desprende de la letra del Artículo 6 del Decreto 1589/89. De manera específica, el Artículo 6 del Decreto 1589/89 contempla restricciones gubernamentales a la “libre disponibilidad” del gas. Esta disposición establece, sin embargo, en este caso que “el precio de MIL METROS CÚBICOS (1000 m<sup>3</sup>) de gas de NUEVE MIL TRESCIENTAS KILOCALORÍAS (9300 kilocalorías) no podrá ser inferior al TREINTA Y CINCO POR CIENTO (35%) del precio internacional por metro cúbico del petróleo Arabian Light de 34° API”. Según esta norma, los precios del gas fijados por la Argentina no

---

<sup>627</sup> Ver el Informe de LECG sobre Daños, párr. 92.

<sup>628</sup> El Tribunal hace referencia a estas Resoluciones sucesivas de ENARGAS en la nota 532 más arriba y se enumeran en el Escrito posterior a la audiencia de Total, nota 823, pág. 270.

<sup>629</sup> Ver el Escrito posterior a la audiencia de Total, párr. 696.

<sup>630</sup> Ver el Escrito posterior a la audiencia de Total, párr. 705.

podrán ser inferior al “(35%) del precio internacional por metro cúbico del petróleo Arabian Light de 34° API”<sup>631</sup>.

**455.** Total cuestiona que los precios domésticos del gas que surgieron en el país tal como resultaron de las medidas mencionadas más arriba eran insostenibles e incapaces de permitir que los productores obtuvieran una rentabilidad aceptable<sup>632</sup>. El Tribunal entiende que el 35% del precio internacional por metro cúbico de petróleo *Arabian light*, de 34° API constituía precisamente una garantía para los productores de un precio mínimo en caso de restricciones futuras. Sin embargo, si bien se invoca 35% del precio internacional por metro cúbico de petróleo *Arabian light*, de 34° API como una referencia de compensación en caso de restricciones, Total no presenta pruebas o argumento alguno que permita al Tribunal establecer que el precio resultante de las medidas ha sido inferior al 35% del precio internacional por metro cúbico de petróleo *Arabian light*, de 34° API. La Argentina tampoco indica al Tribunal que el precio resultante de las medidas se encontraba por sobre el valor de referencia. A la luz del análisis anterior, el Tribunal considera que la Argentina ha cometido una violación del estándar de tratamiento justo y equitativo del TBI dado que la Argentina ha establecido el precio interno del gas por debajo de ese valor de referencia y no ha proporcionado compensación a Total de conformidad con el Artículo 6 del Decreto 1589/89. Esto constituiría una interferencia injusta e irrazonable con los derechos de Total en virtud de los Artículos 6 y 8 de la Concesión.

**456.** Si éste fuera el caso, Total tiene derecho a percibir una compensación equivalente a la diferencia entre el precio real y el precio de referencia por la violación del estándar de tratamiento justo y equitativo. La violación del estándar de tratamiento justo y equitativo cometida por la Argentina – con sujeción a la condición que se encuentra más arriba de que los precios internos del gas que resultaron de las medidas adoptadas fueron inferiores al 35% del precio internacional por metro cúbico de petróleo *Arabian light*, de 34° API - ha ocurrido desde junio de 2002 hasta abril de 2004. Esto responde al Acuerdo para la Implementación del Esquema de Normalización de Precios acordado entre el Gobierno y los productores de gas

---

<sup>631</sup> Total enfatiza esto en el Escrito posterior a la audiencia, párr. 73 y 714.

<sup>632</sup> Ver el Escrito posterior a la audiencia de Total, párr. 705 en el que Total también hace referencia al estudio sobre los efectos de las Medidas de la Argentina conducido por el Sr. Guichón, Testigo de la Argentina sobre el sector de la Exploración y la Producción.

(incluyendo a Total) que fue firmada el 2 de abril de 2004<sup>633</sup>. El Acuerdo para la Implementación del Esquema de Normalización de Precios estipulaba aumentos progresivos por parte de la Secretaría de Energía del precio del gas natural en boca de pozo aplicable a usuarios industriales entre mayo de 2004 y julio de 2005 con el propósito de liberalizar los precios en boca de pozo para los usuarios industriales a partir de agosto de 2005. Esta Acta estableció un régimen de recuperación diferente para los precios de consumidores residenciales, y estableció la liberalización de dichos precios a partir del 1 de enero de 2007<sup>634</sup>.

**457.** No existe razón para que el Tribunal considere que Total no ha prestado su consentimiento válido para el sistema de recuperación descrito más arriba al firmar el Acuerdo para la Implementación del Esquema de Normalización de Precios con las autoridades argentinas. Total no ha cuestionado la validez de este Acuerdo. En cambio, Total ha cuestionado que si bien durante el curso de las negociaciones “los productores de gas intentaron lograr la plena reimplementación del método de mercado para la determinación del precio de gas natural en boca de pozo y una compensación por las pérdidas sufridas tras las medidas... la Argentina se negó a compensar a los productores por las pérdidas sufridas con anterioridad<sup>635</sup>”. Por ende, el Tribunal concluye que el derecho de Total de invocar el estándar de compensación del 35% del precio internacional por metro cúbico de petróleo *Arabian light*, de 34° API es aplicable al período que va entre junio de 2002 hasta abril de 2004. Los demás detalles adicionales, incluyendo la relevancia, si la hubiere, del hecho de que la Argentina no hubiera implementado el Acuerdo para la Implementación del

---

<sup>633</sup> El “Acuerdo para la Implementación del Esquema de Normalización de los Precios del Gas Natural en Punto de Ingreso al Sistema de Transporte...” a ser completado con anterioridad al 31 de diciembre de 2006, fue concluido el 2 de abril de 2004 y fue luego aprobado por el Ministerio de Planificación General, Inversión Pública y Servicios a través de la Resolución 208/04 del 21 de abril de 2004 (Apéndice C-208).

<sup>634</sup> Ver el Memorial de Total, párr. 159-160; Réplica de Total, párr. 242 (en lo que respecta al Acta Acuerdo, también ver el Escrito posterior a la audiencia de Total, párr. 705-709).

<sup>635</sup> Ver el Memorial de Total, párr. 158 y el Escrito posterior a la audiencia, párr. 708-709. El Sr. Grosjean, quien suscribió el Acuerdo para la Implementación del Esquema de Normalización de Precios por Total, ha declarado en la Audiencia sobre el Fondo que Total no renunció a ningún derecho con respecto a terceros de la Argentina al firmar el Acuerdo, a pesar de que la Argentina había solicitado a los productores hacerlo (Acta (inglés) Día 3, 892:13-22-893:1-3). Según el Tribunal, esta afirmación, que no aparece reflejada en el texto del Acuerdo ni en otro documento posterior, no puede invalidar el contenido del Acuerdo para la Implementación del Esquema de Normalización de Precios respecto de los precios del gas acordados por las partes de acuerdo con sus términos. Cf. el contrainterrogatorio del Sr. Grosjean, Acta (inglés) Día 4, 935:10-22; 936: 1-4.

Esquema de Normalización de Precios, tal y como lo alega Total, y la relevancia de este hecho si lo tuviese, deberían dejarse a la etapa de cuantificación<sup>636</sup>.

**458.** En lo que respecta a la limitación de la exportación de gas, el reclamo de Total tiene dos partes. En primer lugar, Total cuestiona el impacto negativo que ha tenido el impuesto a las exportaciones de gas natural introducido por la Argentina en sus ingresos<sup>637</sup>. En segundo lugar, Total reclama que la Argentina, al adoptar, hacia marzo de 2004, tales medidas para responder a la falta de gas en el mercado interno como la Resolución 265 de la Secretaría de Energía, la Disposición 27/04 de la Subsecretaría de Combustibles (junto con el Programa de Racionalización de Gas) y la Resolución 659/04 de la Secretaría de Energía (que reemplazó el Programa de Racionalización de Gas por uno nuevo en junio de 2004), interfirió con los contratos de exportación que Total ya había firmado con varias empresas chilenas y que se encontraban en vigencia, al punto de impedir a Total su ejecución<sup>638</sup>. Estos contratos de exportación habían sido autorizados de conformidad con el párrafo 2 del Artículo 3 de la Ley del Gas (no se formularon objeciones dentro de los 90 días de los contratos presentados por Total)<sup>639</sup>. En particular, Total establece que “como consecuencia directa de la Resolución 659, Total sufrió pérdidas por la reasignación del gas natural originalmente destinado para su exportación a Chile y que, en lugar de ello, se vendió a consumidores específicos en el mercado local a un precio inferior al de exportación. En resumen, la Argentina dejó a Total sin otra opción que incumplir los contratos que había suscripto con co-contratantes chilenos y recibir dos tercios menos por cada millón de BTU de sus clientes a quienes la empresa estaba obligada a vender gas”<sup>640</sup>. Asimismo, la Argentina no había procurado la compensación que había garantizado a Total en virtud del Decreto de Concesión.

**459.** En lo que respecta al primer cuestionamiento sobre el efecto negativo sobre los ingresos de la introducción del impuesto a las exportaciones de gas natural por parte de la Argentina, el Tribunal recuerda su decisión previa basada en el régimen

---

<sup>636</sup> Ver párr. 371, 390 más arriba y el Escrito posterior a la audiencia de Total, párr. 708-709. El Acuerdo para la Implementación del Esquema de Normalización de Precios fue extendido posteriormente por otro acuerdo (Resolución 599/07 de la SE del 14 de junio de 2007, Apéndice A RA 269).

<sup>637</sup> Para una descripción más detallada del efecto de los impuestos a las exportaciones, ver el Informe de LECG sobre Daños, párr. 103-105 y 111-112.

<sup>638</sup> Ver el Escrito posterior a la audiencia de Total, párr. 722-725.

<sup>639</sup> Ver el Escrito posterior a la audiencia de Total, párr. 75-78.

<sup>640</sup> Ver el Escrito posterior a la audiencia de Total, párr. 726.

aplicable a la materia en la Argentina. Por ello, el Tribunal considera que las limitaciones de las exportaciones, a los efectos de asegurar el suministro interno, eran legítimas en virtud de la legislación aplicable, con lo cual, su aplicación (mas allá de lo poco aconsejable que puedan haber sido desde el punto de vista económico) no puede ser considerada *per se* una violación del TBI. Asimismo, el impuesto a las exportaciones del gas no puede ser considerado una restricción a los derechos de Total de libre disposición del gas. En consecuencia, el Tribunal concluye que las limitaciones a las exportaciones y su prohibición a los efectos de asegurar el suministro interno por parte de la Argentina no constituyen una violación del estándar de tratamiento justo y equitativo.

**460.** Sin embargo, el Tribunal llega a una conclusión diferente respecto del segundo reclamo de Total sobre los contratos de exportación<sup>641</sup>. El Tribunal recuerda en este punto que, de conformidad con el marco jurídico de la Argentina, el ENARGAS autorizaría la exportación del gas natural dentro de los 90 días “en la medida que no se afecte al abastecimiento interno”. Teniendo en cuenta este mecanismo de autorización, la interferencia de la Argentina con los contratos de exportación de Total constituyó una violación de la propia legislación de la Argentina<sup>642</sup>. Según el Tribunal, una vez que un contrato de exportación hubiere sido debidamente autorizado en virtud del régimen jurídico interno aplicable, la privación de los derechos contractuales consiguientes constituye, al menos, un trato injusto según lo que Total ha argumentado<sup>643</sup>. El Tribunal considera que es irrelevante el argumento de la Argentina de que Total ha prevalecido en los litigios entablados por los compradores chilenos por incumplimiento del contrato de exportación dado que Total no fue condenado gracias a la invocación de “fuerza mayor” representada por la interferencia de la Argentina<sup>644</sup>. Total tiene derecho, en cualquier caso, a recibir compensación por parte de la Argentina por su pérdida de las ganancias razonablemente esperadas en virtud de los contratos dado que esta pérdida se debe a la interferencia de la Argentina con los contratos de exportación de Total en violación de la cláusula de tratamiento justo y equitativo del TBI. Con respecto a la

---

<sup>641</sup> En lo que respecta a estos contratos de exportación, ver de manera extensiva párr. 361 y la nota 488 *supra*.

<sup>642</sup> El Tribunal se refiere a la defensa de necesidad en los párr. 482 y ss. más abajo.

<sup>643</sup> El Tribunal considera que la conducta en cuestión de la Argentina también podría haberse denominado (y podría constituir) una expropiación de los derechos contractuales sin compensación. En este respecto, Total ha invocado, sin embargo, una violación al Artículo 3 del TBI en lugar de una violación al Artículo 5(2) del TBI.

<sup>644</sup> Ver el Escrito posterior a la audiencia de la Argentina, párr. 633.

violación anteriormente mencionada, los daños de Total deberían basarse en la diferencia entre los precios internos que recibió por el gas redireccionado y vendido en el mercado interno y los precios de exportación acordados en los contratos de exportación<sup>645</sup>. En lo que respecta a la duración de los contratos de exportación de Total, el período relevante será determinado en la etapa de cuantificación basada en las pruebas que las partes presentarán.

**461.** Por las razones anteriormente mencionadas, el Tribunal concluye que el impuesto a las exportaciones introducido por la Argentina con posterioridad al 2002 y las limitaciones a las exportaciones de gas en general no constituyen una violación de los derechos de Total en virtud del TBI. Por el contrario, el Tribunal concluye que las medidas, en virtud de las cuales la Argentina ha interferido específicamente con los contratos de exportación de Total que habían sido debidamente autorizados por las autoridades argentinas, constituyen una violación de los derechos de Total en virtud del TBI.

### *9. Determinación del precio de GLP*

**462.** En su reclamo final relacionado con la exploración y la producción de hidrocarburos, Total establece que la Ley 26.020 de 2005 (la Ley de GPL)<sup>646</sup> y las Resoluciones siguientes importaron la violación de los derechos de dominio y de libre disposición del crudo en virtud del Decreto de Concesión<sup>647</sup>.

**463.** Antes de tratar el reclamo de Total sobre la producción y la venta de GLP, el Tribunal considera útil aclarar dos puntos. En primer lugar, tal como resulta aparente de las presentaciones de Total, ésta invoca que el mismo régimen legal que regula el crudo también aplica a la producción y la comercialización de GPL siendo el GLP un derivado del petróleo<sup>648</sup>. En segundo lugar, mientras que la Argentina ha señalado que Total ha renunciado a todo derecho que podría tener al firmar el Acuerdo de

---

<sup>645</sup> En cualquier caso, el cálculo exacto de los daños de Total y su fundamento deberá ser tratado en la etapa de cuantificación, y así evitar una doble reparación.

<sup>646</sup> Ley 26.020 del 8 abril 2005 adjunta en el Apéndice A RA 170.

<sup>647</sup> Escrito posterior a la audiencia de Total, párr. 95. En cualquier caso, el Tribunal recuerda que la primera medida relevante adoptada por la Argentina en lo que respecta al sector del GLP era el Acuerdo de GPL del 2002 (el “Acuerdo de Estabilidad en el Precio Mayorista de Gas Licuado de Petróleo en el Mercado Argentino”) entre el Poder Ejecutivo y los Productores de GPL, Total Austral incluido (en este respecto, ver párr. 474 más abajo).

<sup>648</sup> Ver también el Informe de LECG sobre Daños, nota 163, pág. 97.

GLP<sup>649</sup>, Total aclara que “...no reclama por las pérdidas sufridas en virtud del Acuerdo de GLP. Las pérdidas que sufrió surgieron de la Ley de GLP”<sup>650</sup>. Total considera que la Argentina, a través de la adopción de la Ley de GLP cometió una violación de los derechos anteriormente mencionados de Total dado que la Ley de GPL impidió a Total negociar los precios de libre mercado del GLP que producía.

**464.** En cualquier caso, el Tribunal aclara que Total no ha elaborado su reclamo de manera detallada respecto del sector de GLP ni en el Escrito de la Demandante Posterior a la Audiencia ni en sus escritos previos. Por otro lado, el Sr. M. A. Abdala y el Sr. T. Spiller, los expertos nombrados por Total, han tratado el reclamo de Total sobre el GLP en sus Informes de una manera más extensiva que el propio Total en sus memoriales. En particular, el informe de LECG considera como medidas gubernamentales, cuyo impacto es considerado en el Informe, a los efectos del cálculo del daño de Total, las siguientes medidas: la introducción de retenciones a las exportaciones de GLP desde marzo de 2002; la imposición en el 2006 de retenciones a las exportaciones de hidrocarburos procedentes de la provincia de Tierra del Fuego; la sanción de la Ley de GLP<sup>651</sup>. Cabe señalar que excepto en lo referente a aquellas medidas relacionadas con la Ley de GLP y el impuesto a las exportaciones, los memoriales de Total no desarrollaron argumentos relacionados con las medidas establecidas anteriormente y enumeradas en el Informe de LECG,<sup>652</sup>.

**465.** En resumen, el Tribunal ha inferido de la breve parte del Escrito posterior a la audiencia de Total sobre el reclamo de GLP que el fundamento del argumento de Total en este respecto consiste en que la intervención regulatoria de la Argentina a través de la Ley de GLP<sup>653</sup> interfirió con el derecho de libre disposición de crudo (y sus derivados) de Total tal como lo contemplaba el Decreto de Concesión. El Tribunal está familiarizado con este argumento legal a pesar de la breve exposición de Total sobre el reclamo de GLP dado que Total lo desarrolló de manera extensiva respecto del sector de los hidrocarburos en general y el Tribunal ya lo ha analizado

---

<sup>649</sup> Resolución 196/02 (adjunta en el Apéndice A RA 113).

<sup>650</sup> Ver el Escrito posterior a la audiencia de Total, párr. 96(a).

<sup>651</sup> Ver el Informe de LECG sobre Daños, párr. 65, puntos c), d) y e). En lo que respecta a la introducción de impuestos a las exportaciones de GLP y a la eliminación de la exención impositiva a Tierra del Fuego, ver el Informe de LECG sobre Daños de manera más extensiva, párr. 81-85 y 184 y 185. Respecto de la intervención de precios a través de la sanción de la Ley de GLP, ver el Informe de LECG sobre Daños, párr. 86-89 y 186-188 de manera más extensiva.

<sup>652</sup> Escrito posterior a la audiencia de Total, párr. 763.

<sup>653</sup> Escrito posterior a la audiencia de Total, párr. 778-779.

detalladamente. Sin embargo, el Informe de LECG basa el cálculo de cuantificación sobre el GLP en otras violaciones alegadas resultantes de de otras medidas diferentes a la Ley de GLP y el impuesto a las exportaciones.

**466.** Por ende, el Tribunal considera apropiado, en lo que respecta a los reclamos de Total, evaluar tanto la Ley de GLP como las medidas descritas en el Informe LECG. El Tribunal adopta este enfoque independientemente del hecho de que, en ausencia de todo reclamo específico de Total sobre las medidas mencionadas con anterioridad y enumeradas en el Informe de LECG y en ausencia de toda referencia de Total en sus memoriales a los argumentos enunciados en el Informe de LECG, el Tribunal no considera que podría (o debería) tener en cuenta el Informe de LECG por sí solo a los efectos de determinar una violación del BIT por parte de la Argentina o como base de la determinación de una indemnización en virtud de dicho Tratado. El Tribunal abordará todas las medidas individualmente en los siguientes párrafos de modo tal de aportar un análisis completo y claro, independientemente de si las medidas son cuestionadas directamente por Total en sus memoriales o solo por los expertos en sus Informes.

**467.** En lo que respecta a la pesificación de los precios del GLP, tal como ya ha sido planteado respecto de las otras reclamaciones hechas por Total y por las mismas razones, el Tribunal no considera que la pesificación sea una medida adoptada por la Argentina en violación de los derechos de Total en virtud del TBI. En consecuencia, el Tribunal considera que el reclamo de Total por la indemnización por las pérdidas originadas en la pesificación es infundado respecto de las operaciones de GLP.

**468.** En lo que respecta a la imposición de impuestos por parte de la Argentina a las exportaciones de hidrocarburos provenientes de Tierra del Fuego en 2006 y a todo pago de ellas solicitado por la Argentina, el Tribunal ya ha establecido anteriormente que la eliminación en forma retroactiva de la exención de los impuestos en Tierra del Fuego efectuada por la Argentina a través de la Resolución 776/06 constituye una violación de la cláusula de tratamiento justo y equitativo del TBI. Asimismo, el Tribunal ya ha concluido más arriba que todo requerimiento de las autoridades argentinas a Total de pago del impuesto a las exportaciones por exportaciones provenientes de Tierra del Fuego entre 2002 y 2007 constituirían una violación del TBI. Las mismas conclusiones y decisiones del Tribunal deben aplicarse con respecto

a toda exportación de GLP efectuada por Total Austral proveniente de Tierra del Fuego.

**469.** De conformidad con el Informe de LECG sobre Daños, el reclamo de Total respecto al impuesto a las exportaciones sobre el GLP por la Argentina a partir de 2002 presenta dos facetas. Más específicamente, el Informe de LECG sobre Daños establece que “la imposición de las retenciones a las exportaciones de GLP tiene efectos análogos a las retenciones impuestas en el mercado del petróleo crudo”<sup>654</sup>. Por un lado, la introducción de impuestos a las exportaciones de GLP por parte de la Argentina redujo los precios recibidos por los productores por la venta en el mercado internacional, lo que constituyó una limitación a la exportación del producto en cuestión y una reducción en los ingresos. Por otro lado, los mismos impuestos redujeron artificialmente los precios de GLP en el mercado interno.

**470.** En lo que respecta al impacto negativo que tuvo el impuesto a las exportaciones en relación con los derechos de Total de exportar GLP libremente sin limitaciones y en sus ingresos, el Tribunal considera que es apropiado recordar sus conclusiones respecto del impuesto a las exportaciones de crudo, establecidas en el párrafo 434. El cuestionado impuesto a las exportaciones establecido por la Argentina no puede ser considerado como “restricciones” en virtud del régimen relevante de la Argentina. Constituyen, en vez, medidas fiscales (a las que los países productores y exportadores de petróleo tienen recurso) generalmente dirigidas a los exportadores de crudo y sus derivados (no específicamente a Total). Estos impuesto a las exportaciones son parte de “la legislación fiscal general” a la que se somete Total de conformidad con la primera oración del Artículo 9 del Decreto de Concesión. Asimismo, el Tribunal aclara que estos impuestos a las exportaciones no afectaban de manera directa las operaciones de Total o todo contrato de exportación de GLP acordado entre Total y los demás co-contratantes. Por el contrario, aún al admitir que los impuestos a las exportaciones podría ser considerado restricciones, éstos afectaron negativamente las transacciones de Transportadora de Gas del Sur (TGS) tal como fue admitido por el experto de Total<sup>655</sup>. TGS es una compañía no relacionada con Total, que procesa la mayoría del GLP producido por Total Austral en la Argentina y efectúa la totalidad de las ventas de exportación de dicho producto.

---

<sup>654</sup> Ver el Informe de LECG sobre Daños, párr. 184.

<sup>655</sup> Ver el Informe de LECG sobre Daños, párr. 82.

- 471.** Por las razones establecidas más arriba, el Tribunal considera que la introducción del impuesto a las exportaciones de GLP no constituyó una violación de los derechos de Total en virtud del Decreto de Concesión ni de manera directa como “restricciones” a las exportaciones ni de manera indirecta, por su efecto deprimente, si lo tuviere, en los precios internos.
- 472.** El Tribunal debe abordar el reclamo principal de Total con respecto a los precios de GLP, a saber: que la Ley de GLP establece precios en violación del derecho de Total de vender GLP a precios negociados libremente en el mercado interno, de conformidad con el Decreto de Concesión. En este respecto, el Tribunal recuerda sus conclusiones establecidas en los párrafos previos, respecto de que Total no gozaba de un derecho absoluto de negociar la comercialización del precio del crudo y sus derivados en virtud del Decreto de Concesión. El derecho de libre disposición de crudo y sus derivados (incluido el GLP) que tenía Total se encontraba sometido a la posibilidad de que existieran intervenciones gubernamentales, de conformidad con el Artículo 6 de la Ley de Hidrocarburos.
- 473.** En este respecto, la Argentina señala que el régimen jurídico del crudo autoriza las intervenciones gubernamentales con respecto a los precios y que el aumento masivo en el consumo de GLP por los hogares argentinos golpeados por la crisis justificó dicha intervención. Resulta indiscutible que el GLP constituye el combustible que sustituye de forma más directa el consumo de gas natural en el ámbito residencial. De conformidad con los datos proporcionados por el experto de Total al 2001, el 45,8% de los hogares argentinos usaba el GLP como principal fuente de combustible debido a la falta de conexión a redes de gas natural<sup>656</sup>. También, tal como ha sido establecido por el Informe de LECG, “los usuarios sin acceso a las redes de distribución de gas natural dependen principalmente del GLP para cocinar y calefaccionar los ambientes. Los precios minoristas del GLP en pesos se duplicaron en el año 2002 en comparación con el año anterior (de ARS9,0 subieron a ARS18,0 por cada contenedor de 10 kilos)”<sup>657</sup>. De acuerdo con el mismo Informe, los precios que recibieron los productores de GLP también se incrementaron

---

<sup>656</sup> Ver el Informe de LECG sobre Daños, nota 193, pág. 111.

<sup>657</sup> Ver el Informe de LECG sobre Daños, párr. 215.

en pesos durante el año 2002 y el precio de exportación registró un aumento del 168%<sup>658</sup>.

**474.** El Tribunal también aclara que, en junio de 2002, bastante tiempo antes de la sanción de la Ley de GLP en 2005, se firmó el Acuerdo de GLP que tenía el objeto de asegurar el suministro de GLP a los precios acordados en el mercado interno. Este acuerdo fue concluido entre el Poder Ejecutivo de la Argentina (representado por el Sr. Roberto Lavagna, el entonces Ministro de Economía) y los productores/distribuidores más importantes del sector (incluido Total Austral, representada por el Sr. Grosjean y el Sr. Pera) a los efectos de estabilizar los precios del GLP en el mercado interno entre el 1 de junio de 2002 y el 30 de septiembre de 2002. De conformidad con la Resolución que implementaba el Acuerdo, los productores se comprometieron a vender GLP a las “empresas fraccionadoras” de la Argentina a un precio promedio ponderado de GLP que no superaba los pesos 600 por tonelada. Adicionalmente, a requerimiento del Ministerio de Economía, las empresas productoras aseguraron a las Empresas Distribuidoras y Subdistribuidoras el suministro de GLP hasta treinta y tres mil (33.000) toneladas al precio de referencia de pesos 300 por tonelada (\$/TM 300)<sup>659</sup>. Entre las condiciones por las que los productores insistían para aceptar el Acuerdo, la principal era la reducción de los impuestos a la exportación que gravan las exportaciones de GLP de la alícuota vigente de 20% a una alícuota de 5% con efecto retroactivo a partir del 1 de junio de 2002<sup>660</sup>. La Argentina cumplió con esta condición mediante la Resolución 196/02 (Artículos 2 y 4).

**475.** De acuerdo con Total, con anterioridad a la Ley de GLP, el precio del GLP no era fijado por intervenciones gubernamentales sino que era establecido libremente en el mercado<sup>661</sup>. Sin embargo, la conclusión del Acuerdo de GLP entre los productores de GLP y el Poder Ejecutivo en 2002 menoscabó este argumento. Total reclama que

---

<sup>658</sup> Ver el Informe de LECG sobre Daños, párr. 216. El Tribunal aclara que el Informe de LECG además establece que “[e]xpresado en dólares, el precio de exportación que recibieron los productores de GLP cayó un 18,6%. Las retenciones a las exportaciones impactaron en el precio de paridad de exportación de GLP al reducir el precio neto que recibían los productores”. El Tribunal aclara que estas afirmaciones constituyen la base del Informe de LECG para calcular las pérdidas sufridas por Total respecto de las operaciones de GLP. Sin embargo, el Tribunal ha rechazado los reclamos de Total de que la pesificación o la introducción de impuestos a la exportación constituían una violación de los derechos de Total en virtud del TBI.

<sup>659</sup> Ver la Resolución 196/02 (Apéndice A RA 113), Acuerdo anexo, punto 2º) y punto 3º).

<sup>660</sup> Ver la Resolución 196/02 (Apéndice A RA 113), Acuerdo anexo, punto 6º).

<sup>661</sup> Ver el Escrito posterior a la audiencia de Total, párr. 95.

suscribió el Acuerdo de GLP “bajo protesta” y “con plena reserva de sus derechos”<sup>662</sup>. Sin embargo, el Tribunal aclara que esto no resulta del texto del Acuerdo presentado ante el Tribunal ni de otra clase de documentos por escrito. Del mismo modo, el Acuerdo de GLP otorga ventajas a los productores, tales como la aplicación del impuesto a las exportaciones de GLP a un nivel inferior al que se habría aplicado sin el Acuerdo. Asimismo, este trato preferencial, garantizado a los productores de GLP por la Argentina, a saber, someterse a una alícuota de 5% (en lugar de 20%), perduró hasta el 2004, más allá del período de validez del Acuerdo de GLP<sup>663</sup>.

**476.** Posteriormente, la Argentina sancionó la Ley de GLP en el año 2005, que complementa de manera explícita tanto la Ley de Hidrocarburos como la Ley del Gas. Según queda establecido en su Artículo 1, constituye un objetivo esencial de la ley asegurar el suministro regular, confiable y económico de gas licuado de petróleo a sectores sociales residenciales de escasos recursos<sup>664</sup>. Al mismo tiempo, el mecanismo de precio que introdujo tenía por objeto permitir a los actores del mercado de GLP (incluidos los productores) obtener un precio suficiente para cubrir sus costos eficientes y para permitir una rentabilidad razonable. Más específicamente, de conformidad con el párrafo 2 del Artículo 34, el precio de referencia para GLP en envases de hasta cuarenta y cinco (45) kgs estimado por una autoridad de aplicación semestralmente debe ser calculado:

“..., propendiendo a que los sujetos activos tengan retribución por sus costos eficientes, y una razonable rentabilidad, con base en el precio mensual del GLP a granel a la salida de la planta productora calculado según los principios determinados en el inciso b) del artículo 7º, los valores que los respectivos fraccionadores envíen bajo declaración jurada de venta, la información del mercado de la distribución y las estimaciones que realice la Autoridad de Aplicación”.

**477.** Total opone a esta Regulación sus derechos de dominio pleno y de libre disposición del crudo que produce en base a la concesión y reclama que han sido objeto de violación dado que “...la Ley de GLP limitó la posibilidad de que Total

---

<sup>662</sup> Ver el Escrito posterior a la audiencia de Total, párr. 96(b) con referencia al testimonio del Sr. Grosjean quien ha firmado el Acuerdo en nombre de Total Austral. (Acta (inglés) Día 4, 985:4 -987: 18).

<sup>663</sup> A este respecto, también ver el Informe de LECG sobre Daños, párr. 81.

<sup>664</sup> La Ley de GLP establece en el Artículo 7, letra b) que el abastecimiento del mercado interno de gas licuado debe estar garantizado a precios que no superen los de paridad de exportación a los efectos de garantizar el abastecimiento interno y la disponibilidad de GLP para los consumidores.

negociara precios de libre mercado para su producto”<sup>665</sup>. El Tribunal establece, en oposición a lo antedicho, que las reglas para la determinación de precios establecidas en la Ley de GLP son consistentes con las facultades que tenía el Poder Ejecutivo Nacional en virtud de la Ley de Hidrocarburos que se encontraba en vigencia en 1994 cuando la concesión, en la cual confiaba Total, fue aprobada. El Tribunal recuerda su razonamiento previo al examinar detalladamente la referencia a que la concesión incluyó varios Decretos de Desregulación y, por su parte, la Ley de Hidrocarburos<sup>666</sup>. Específicamente, el Tribunal recuerda que, en virtud del Artículo 6 de la Ley de Hidrocarburos, durante el período de falta interna, será obligatorio dar preferencia a las necesidades internas. Asimismo, los precios internos podrían establecerse en un nivel inferior a los precios internacionales cuando éstos hubieren aumentado significativamente por circunstancias excepcionales. En este respecto, el Tribunal recuerda sus conclusiones establecidas en el párrafo 472 más arriba y la información a la que se hace referencia en el Informe de LECG mencionada más arriba sobre el mercado de GLP desde el año 2002 en adelante<sup>667</sup>. Las reglas de determinación de precios establecidas en la Ley de GLP se corresponden con aquellos principios establecidos en la Ley de Hidrocarburos sobre la determinación del precio de crudo y sus derivados en el mercado interno, incluido el requisito de que los productores tengan retribución por sus costos y se asegure una razonable rentabilidad<sup>668</sup>. Asimismo, los principios de determinación de precios de la Ley de GLP son similares a los principios de determinación de precios de la Ley del Gas.

**478.** Total no ha presentado pruebas al Tribunal que demuestren que los precios del GLP, de conformidad con la Ley de GLP<sup>669</sup>, se encontraban por debajo de los precios acordados por Total en virtud del Acuerdo de GLP o que resultaban insuficientes para cubrir los costos e incluir una razonable rentabilidad, en oposición a los principios establecidos en el Artículo 34 de la Ley de GLP. En cualquier caso, el marco jurídico que existía antes de la sanción de la Ley de GLP no garantizaba a los productores como Total la venta interna a precios internacionales. Por el contrario,

---

<sup>665</sup> Ver el Escrito posterior a la audiencia de Total, párr. 95.

<sup>666</sup> Ver párr. 421-427 más arriba.

<sup>667</sup> Ver párr. 473 más arriba.

<sup>668</sup> A este respecto, ver el Artículo 34 de la Ley de GLP citado más arriba en el párr. 476.

<sup>669</sup> Estos precios se establecen de la siguiente manera: los precios para usuarios residenciales no podían superar los US\$32 por un envase de GLP de hasta cuarenta y cinco (45) kgs y para el resto de las ventas, el límite igualaba al precio promedio del GLP vendido en los 24 meses previos. Ver párr. 405 más arriba.

los Informes de LECG sobre Daños<sup>670</sup> se basan principalmente en la diferencia entre los precios futuros proyectados del GLP, calculados sobre la base de las variaciones en el precio internacional del GLP en US\$, y los precios reales que TGS abonó a Total Austral, que procesa y comercializa el GLP de Total en el mercado de exportación<sup>671</sup>.

**479.** En base al análisis que aparece más arriba sobre los hechos y los argumentos legales establecidos por las partes, el Tribunal concluye que el mecanismo de determinación de precios introducido por la Ley de GLP no constituye, en lo que respecta a Total, una violación del estándar de tratamiento justo y equitativo del TBI y, por ende, rechaza el reclamo de Total conforme al Artículo 3 del TBI en lo que hace a sus operaciones en el sector del GLP.

#### ***10. Evaluación del reclamo de Total en virtud del Artículo 4 del TBI***

**480.** Por último, el Tribunal debe examinar el reclamo de Total respecto de que la Argentina ha cometido una violación del Artículo 4 del TBI al tratar las inversiones en el sector energético en general (incluidas sus inversiones en los sectores de la exploración y la producción de hidrocarburos) de manera discriminatoria<sup>672</sup>. Según la explicación de Total en su Réplica,

la postura de Total se basa en la deliberada política adoptada por Argentina de discriminar al sector eléctrico en su conjunto, en beneficio de los consumidores nacionales industriales, comerciales y residenciales. Si bien, al parecer, las Medidas no contienen ningún tipo de limitaciones o preferencias en razón de la nacionalidad, la consideración clave a tener en cuenta es que la industria y el comercio representan en gran medida los intereses argentinos, mientras que gran parte del sector eléctrico se encontraba, hasta hace poco tiempo, en manos de inversores privados extranjeros<sup>673</sup>.

**481.** El Tribunal recuerda la discusión del reclamo sobre discriminación de Total respecto de sus inversiones en TGN y en la generación de electricidad. En base a los principios resaltados más arriba, en los párrafos 210 a 217, el Tribunal considera que Total no ha demostrado que ha sido tratado de un modo discriminatorio que resulte relevante a los efectos jurídicos en lo que respecta a sus inversiones en los sectores

---

<sup>670</sup> Ver el Informe complementario de LECG sobre Daños, Tabla II, pág. 8 que calcula que los daños de Total respecto del GLP se acercan a los US\$121,9 millones en dólares en diciembre de 2006.

<sup>671</sup> Ver Informe de LECG sobre Daños, párr. 186-187 (también ver párr. 86).

<sup>672</sup> Ver el Memorial de Total, párr. 344-345; la Réplica de Total, párr. 7-29 y 499 y ss. y; el Escrito posterior a la audiencia, párr. 620 y ss.

<sup>673</sup> Ver la Réplica de Total, párr. 499.

de la exploración y la producción de hidrocarburos. Por ende, el Tribunal concluye que la Argentina no ha cometido una violación del Artículo 4 del TBI.

### *11. Defensa del Estado de Necesidad de Argentina*

**482.** Argentina ha opuesto la defensa de necesidad bajo el derecho consuetudinario internacional también en relación con los reclamos de Total respecto a sus inversiones en la exploración y la producción de hidrocarburos.<sup>674</sup> Como en el caso de las otras inversiones de Total, el Tribunal debe por ende examinar esta defensa en vista del criterio establecido por el Artículo 25 de los Artículos sobre Responsabilidad del Estado de la CDI en lo que se refiere a las medidas adoptadas por Argentina en violación del TBI.<sup>675</sup>

**483.** Respecto a la eliminación retroactiva de la exención de impuestos en Tierra del Fuego (discutida en los párrafos anteriores 447 y siguientes), la solicitud de pago de impuestos pasados por parte de Argentina de conformidad con la Resolución 776/06 para el período 2001-2006, no puede de ninguna manera ser considerada como necesaria para “salvaguardar un interés esencial” de Argentina “contra un peligro grave e inminente”. Argentina tampoco presentó ninguna evidencia en contrario. Lo mismo se puede decir respecto a la fijación del precio local por debajo del parámetro respectivo sin una compensación a Total de acuerdo con el Artículo 6 del Decreto 1589/89, tal y como se señala por el Tribunal en el párrafo 455 *supra*. Haber otorgado tal compensación a Total no habría dañado el interés esencial de Argentina. Y una vez más, Argentina no presentó evidencia en contrario.

**484.** Respecto a la interferencia de Argentina en relación con los contratos de exportación de Total en el 2004,<sup>676</sup> el Tribunal reconoce que en épocas de escasez, el hecho de desviar gas de exportación hacia el consumo nacional podría calificar, en abstracto, como un acto adoptado para “salvaguardar un interés esencial contra un peligro grave e inminente”. Sin embargo, corresponde a la parte que invoca la defensa, demostrar que el peligro es grave e inminente y que la acción es “la única

---

<sup>674</sup> Argentina ha sido opuesto la defensa de necesidad en respuesta a todos los reclamos de Total en general, en la medida que el Tribunal los hubiere considerado como una violación al TBI ver Memorial de Contestación de Argentina, párrs. 876 y ss. El interés esencial alegado por Argentina acá es “la preservación del Estado su propia existencia y la de su población en momentos de emergencia pública.”

<sup>675</sup> Ver el análisis del Tribunal en los párr.. 220 y ss. *supra*.

<sup>676</sup> Ver párr. 372, 395 *supra*.

forma” para salvaguardar el interés esencial en discusión. Argentina, sin embargo, no aportó ninguna evidencia respecto a cómo la limitación de las exportaciones del gas que se aplicó a Total en el 2004 (cuando la emergencia que Argentina enfrentaba en 2001 había sido ya superada) estaba relacionada con un peligro grave e inminente para el acceso esencial de los consumidores al suministro de gas . El Tribunal, por ende, concluye que la defensa de Argentina basada en el estado de necesidad bajo el derecho consuetudinario internacional es infundada.

### ***Parte V – Decisión del Tribunal sobre responsabilidad***

**485.** Sobre la base de los razonamientos y las conclusiones precedentes, haciendo lugar en forma parcial a los reclamos de Total, el Tribunal DECIDE:

- a) Que la Argentina violó las obligaciones asumidas en virtud del Artículo 3 del TBI de conferir a Total un tratamiento justo y equitativo, como se especifica en los párrafos 184, 346, 444, 455, 461, provocando daños a Total;
- b) Rechazar todos los demás reclamos de Total, incluidos aquellos referidos a los Artículos 4 y 5 del TBI;
- c) Rechazar todas las defensas aducidas por la Argentina, incluida la defensa de estado de necesidad;
- d) Que la República Argentina es responsable hacia Total por las violaciones al TBI mencionadas y que los daños ocasionados a Total deben ser compensados por la Argentina, tal como se determine en una etapa separada de cuantificación de los daños dentro de este procedimiento de arbitraje para la cual el Tribunal confirma su jurisdicción. El Tribunal emitirá una decisión separada en el procedimiento ulterior relativo a la etapa de cuantificación de los daños.
- e) Reservarse la decisión sobre las costas del arbitraje.

Emitido en inglés y castellano, siendo ambas versiones igualmente válidas.

[Firmado]

---

Sr. Henri Alvarez  
Árbitro

Fecha: [21 de diciembre 2010]

**Sujeto al voto disidente adjunto**

[Firmado]

---

Sr. Luis Herrera Marcano  
Árbitro

Fecha: [12 de diciembre 2010]

**Sujeto al voto concurrente adjunto**

[Firmado]

---

Prof. Giorgio Sacerdoti  
Presidente del Tribunal  
Fecha: [8 de diciembre 2010]