Opinión individual de Henri Álvarez
(según el Artículo 48(4) del Convenio CIADI)

I. INTRODUCCIÓN

1. Desafortunadamente, estoy en desacuerdo con mis estimados colegas respecto de ciertos puntos. Si bien concuerdo con varias de las conclusiones expresadas en la Decisión Mayoritaria y reconozco la conveniencia de unanimidad, me siento obligado a redactar esta opinión disidente por separado para abordar algunos puntos básicos de relevancia.

2. Las inversiones particulares en disputa en el presente arbitraje son aquellas efectuadas por Total en la República Argentina. En esencia, el presente arbitraje es la suma de tres grandes arbitrajes. Total invirtió en empresas que se dedican a la exploración y producción de hidrocarburos, generadoras de energía eléctrica y encargadas del transporte de gas natural en la Argentina. Total ha sido inversor en la industria de la exploración y producción de hidrocarburos en la Argentina desde el año 1978. Las inversiones de Total en el transporte de gas y generación de energía sucedieron años después, durante 2000 y 2001, respectivamente.¹

3. Las partes en el presente arbitraje concuerdan en que la Argentina ha tenido una historia económica turbulenta. Durante la década de los setenta, y, luego, al finalizar la década de los ochenta, la economía argentina estuvo caracterizada por la hiperinflación y crisis económicas, por ello, fue difícil para la Argentina lograr captar inversiones extranjeras para así obtener cooperación en el desarrollo de su infraestructura. A finales de la década de los ochenta, el sector de generación de energía de la Argentina se encontraba en crisis. Los cortes de energía eléctrica eran comunes y el sistema requería una revisión y una inversión significativa para su funcionamiento. A fin de abordar esta

¹ En el sector de transporte de gas, Total celebró el 30 de mayo de 2000 un contrato de compra de acciones con el Grupo TransCanada por sus acciones en Gasinvest. La compra indirecta de Total del 19,23% de TGN concluyó el 23 de enero de 2001. En el sector de generación de energía, Total compró las acciones de Central Puerto y las acciones de HPDA de Gener en julio y septiembre de 2001, respectivamente.

problemática y atraer capitales extranjeros, la Argentina introdujo algunas modificaciones a sus leyes. Los instrumentos principales que rigieron las reformas económicas en la Argentina fueron la Ley No. 23.696 de Reforma del Estado, del año 1989, la Ley de Convertibilidad No. 23.928, del año 1991, y el Decreto No. 2128/91, mediante los que se vincula el peso argentino con el dólar de los Estados Unidos. Asimismo, se aprobaron instrumentos específicos para regular la privatización en varias industrias y la provisión de ciertos servicios públicos. A los fines del presente arbitraje, son relevantes las medidas en relación con el sector de transporte de gas, exploración y producción de hidrocarburos y de generación de energía, las cuales han sido tratadas en detalle en la Decisión Mayoritaria.

4. A fin de atraer inversión extranjera de cientos de millones de dólares en infraestructura en el país, la Argentina se vio en la necesidad de que crear un ambiente atractivo para la inversión lo suficientemente estable para justificar los riesgos asociados con la inversión a largo plazo. Este objetivo se logró de diversos modos. En relación con el gas natural, a través de la Ley de Gas y el Decreto de Gas, la Argentina creó ENARGAS², un ente regulador encargado de mantener el equilibrio económico estableciendo tarifas que fueran suficientes para cubrir todos los costos razonables de la provisión del servicio, impuestos, amortización y una ganancia razonable, mientras que se brinda la protección a los derechos de los consumidores mediante el acceso al gas natural a un precio también razonable. La revisión de las tarifas debía llevarse a cabo regularmente y tanto las licenciatarias como los consumidores podían solicitar que ENARGAS realizara revisiones extraordinarias en caso de que existieran circunstancias imprevisibles que justificaran modificaciones en las tarifas. Según la Ley de Gas, la Tarifa de Gas a los Consumidores contemplaba el precio del gas en boca de pozo, representado por el precio de referencia, la tarifa de transporte y la tarifa de distribución del gas. En palabras simples, el precio de referencia es la porción que recibe el productor de gas; la tarifa de transporte es la porción que recibe la empresa de transporte de gas; y la tarifa de distribución es la porción que recibe el distribuidor. El distribuidor cobraba la Tarifa de Gas a los Consumidores. El distribuidor de gas negociaría con los productores

² A menos que se indique de otro modo, los términos que aparecen en mayúscula en la presente opinión individual tendrán el mismo significado que el otorgado en la Decisión Mayoritaria.

el precio de gas en la boca del pozo, que ENARGAS debía trasladar a los consumidores como parte de la tarifa general.

5. En el sector de generación de energía eléctrica, el sistema fue privatizado y diseñado para fomentar la inversión al permitir que el mercado fijara el precio de la electricidad, lo que aseguraba la recuperación del costo económico del sistema y premiaba la eficiencia al prometer un precio uniforme en el mercado *spot* para todos los productores así como la libre negociación de los contratos sujetos a plazo. La Ley de Energía Eléctrica, el Decreto de Electricidad y los decretos relacionados sentaron las bases del sistema y el mercado mayorista estaba regulado por CAMMESA.

6. En el sector de exploración y producción de hidrocarburos, la Argentina convirtió los contratos a largo plazo existentes entre la empresa pública de energía, YPF, y el consorcio de inversores extranjeros de Total en un sistema de concesión en el que los inversores tenían derecho a la libre disposición de los hidrocarburos que producían a precios desregulados. Luego, YPF fue privatizada. El efecto de la desregulación fue autorizar a los titulares de las concesiones de producción a ser propietarios de los hidrocarburos que extraían y a tener libre disposición de dichos hidrocarburos, ya sea a nivel local o exportándolos a precios que podían negociar libremente.

7. Por ello, a principios de los noventa, la Argentina privatizó total o parcialmente varias empresas públicas de energía y creó un marco legal que apoyaba la inversión extranjera. La Argentina reconoció que los inversores extranjeros eran los únicos con la experiencia operacional suficiente y el acceso a los mercados financieros para proporcionar financiamiento a las inversiones a largo plazo necesarias para modernizar la infraestructura de energía del país³. También aprobó leyes con el propósito de reestructurar su economía y controlar la inflación (mediante la Ley de Convertibilidad). La Argentina también ratificó una serie de tratados bilaterales de inversión para remarcar su compromiso con la comunidad internacional. El marco legislativo determinado para cada sector (transporte de gas, generación de energía eléctrica y exploración y producción

³ Ver, en general, el Memorial de la Demandante, en sus párrafos 21 a 25 y las fuentes allí citadas, incluido World Bank / FIEL Documento de Trabajo No. 39, Taller sobre "Private Investment Finance in Infrastructure Sectors", del mes de diciembre de 1993, adjunto en el Anexo C-93(2).

de hidrocarburos) fue diseñado para facilitar la reacción de los mercados a los cambios económicos sin la necesidad de hacer cambios *ad hoc*, lo que demostraba un cambio de visión respecto del viejo régimen, caracterizado por la intervención política del Estado. Este marco legal operó exitosamente durante casi una década sin cambios fundamentales por parte del gobierno de la Argentina.

8. En la Argentina, así como en varias jurisdicciones, las actividades del sector energético están fuertemente reguladas por el Estado. Tal como se describió anteriormente, durante las tres últimas décadas se ha dado una transición de los monopolios del Estado a empresas de energía privatizadas. Si bien pueden existir motivos para que una entidad estatal opere con pérdidas, los mismos motivos no se aplican a los inversores privados, quienes son responsables frente a los accionistas. La tensión que resulta de la necesidad de atraer inversiones en un sector fundamental de la economía, que requiere de grandes inversiones iniciales que deben ser recuperadas de los consumidores durante un cierto número de años, y el deseo de mantener las tarifas a un nivel razonable para apoyar el desarrollo, tiene por resultado una fuerte regulación normativa. El caso de la Argentina no es una excepción. No hay duda de que la Argentina tiene derecho a regular el sector energético del país, así como cualquier otro sector, bajo su propio criterio. El presente arbitraje comprende los compromisos, si los hubiere, que la Argentina asumió frente a sus inversores, en especial Total; y si las intervenciones de la Argentina en respuesta a la crisis económica, que alteró varios de los regímenes que estableció para atraer inversiones, violó las expectativas legítimas de los inversores que habían confiado en dichos compromisos. De ser así, la Argentina sería responsable de compensar a los inversores por las pérdidas que han sufrido como resultado de dichas violaciones.

9. A fines del año 1999, la economía argentina se encontraba en recesión. A fines del año 2001, la economía estaba (nuevamente) en crisis. Sin embargo, al momento del estallido de la crisis económica, no había crisis energética. Esto quiere decir que hasta el año 2003, el mercado argentino de gas natural estaba caracterizado por el exceso de

oferta⁴. Para lidiar con la crisis económica, la Argentina aprobó leyes de emergencia e implementó una serie de decretos y normas. Estas Medidas generales tuvieron un impacto profundo en los inversores del sector energético. La Argentina comenzó a regular lo que había sido un sistema de libre mercado para controlar los precios al consumidor. Total alega que estas Medidas han violado sus derechos en virtud del TBI.

10. Describo estos antecedentes básicos a fin de proporcionar contexto a mi opinión disidente. No estoy en desacuerdo con que las Medidas sobre las que Total manifiesta su desacuerdo en el presente arbitraje fueran tomadas por la Argentina en el marco de una grave crisis económica. Estoy de acuerdo con que la Argentina tenía derecho a tomar cualquier medida que considerara adecuada para lidiar con esta crisis económica. Sin embargo, creo que la Argentina estableció compromisos ante los inversores extranjeros, incluido Total, los cuales, en caso de ser quebrantados por la adopción de ciertos tipos de medidas que provoquen daños a dichos inversores, requieren una compensación.

II. EL TRATADO BILATERAL DE INVERSIÓN ARGENTINA - FRANCIA

11. En el presente arbitraje, Total alega que la Argentina violó varias de sus obligaciones en virtud del TBI. En especial, Total alega que las medidas violaron el Artículo 3 (deber de otorgar un tratamiento justo y equitativo), el Artículo 5(1) (obligación de proporcionar protección y plena seguridad), el Artículo 5(2) (abstención de la adopción de medidas de expropiación o cualquier otra medida equivalente sin el pago de compensación) y el Artículo 4 (deber de aplicar un tratamiento no menos favorable que el acordado a sus propios inversores o a los inversores de la Nación más favorecida). La Decisión Mayoritaria ha tratado cada una de estas obligaciones. En general, estoy de acuerdo con el razonamiento del Tribunal respecto del análisis de los Artículos 4, 5(1) y 5(2) del TBI y, consecuentemente, concuerdo con que la Argentina no ha violado ninguna de estas obligaciones según el tratado en relación con las inversiones de Total. Sin embargo, respetuosamente, disiento de la interpretación y aplicación del Artículo 3 del TBI de mis colegas. Es esta diferencia de opinión que me obliga a disentir

⁴ Transcripción ("TR") (versión en inglés), día 3, 888:9 – 10; examinación directa de Yves Grosjean, Transcripción (versión en inglés), día 3, 888:11; Escrito posterior a la audiencia de Total, párr. 678.

de la mayoría en la interpretación y aplicación del deber de otorgar un tratamiento justo y equitativo, según el Artículo 3 del TBI.

12. El Artículo 31(1) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados establece que “[u]n tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin”. El Artículo 31(2) de dicha Convención confirma que el “contexto” comprenderá el texto del tratado, incluido su preámbulo.

13. El preámbulo del TBI establece que:

El Gobierno de la República Argentina y El Gobierno de la República Francesa, en adelante denominados "las Partes Contratantes",

Con el deseo de intensificar la cooperación económica entre los dos Estados y de crear las condiciones favorables para las inversiones francesas en la Argentina y las inversiones argentinas en Francia.

Convencidos que la promoción y la protección de estas inversiones son propicias para estimular las transferencias de capital y de tecnología entre los dos países con vistas al desarrollo económico de ambos.

Han convenido las disposiciones siguientes: ...⁵

14. El significado ordinario de la voz “promover” es “iniciar o impulsar una cosa o un proceso, procurando su logro”⁶ y no simplemente permitir o autorizar. El texto del TBI, en su versión en francés, utiliza la voz “*encouragement*”, el cual tiene la misma connotación. La Argentina y Francia se han comprometido a promover y proteger la inversión. Ambos países, además, acordaron “crear las condiciones favorables para las

⁵ El texto de la versión en francés dispone:

Le Gouvernement de la République française et le Gouvernement de la République Argentine ci-après dénommés << les Parties contractantes >>.

Désireux de renforcer la coopération économique entre les deux Etats et de créer des conditions favorables pour les investissements français en Argentine et argentins en France,

Persuadés que l'encouragement et la protection de ces investissements sont propres à stimuler les transferts de capitaux et de technologie entre les deux pays, dans l'intérêt de leur développement économique,

Sont convenus des dispositions suivantes:

⁶ Diccionario de la Real Academia Española (en la versión en inglés de esta Opinión Individual se cita también el texto de la versión en inglés y el diccionario *The Canadian Oxford Dictionary*).

inversiones francesas en la Argentina”. El TBI debería interpretarse con este contexto en mente.

15. El Artículo 3 del TBI establece que:

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

16. El TBI, que la Argentina firmó, específicamente establece un “tratamiento justo y equitativo” y no un “estándar de tratamiento mínimo internacional”. Las expresiones que los Estados parte en el tratado han elegido específicamente deben ser interpretadas conforme al contexto del tratado.

17. Otros tribunales internacionales han aplicado el estándar de tratamiento justo y equitativo para determinar si, en todas las circunstancias, las acciones en cuestión fueron justas y equitativas o injustas e inequitativas. Esto ha sido analizado como un estándar objetivo⁷. Tal vez, la definición más aceptada y citada ampliamente de tratamiento justo y equitativo es la siguiente:

El Tribunal Arbitral considera que esta disposición [sobre el trato justo y equitativo] del Acuerdo, a la luz de los imperativos de buena fé [sic] requeridos por el derecho internacional, exige de las Partes Contratantes del Acuerdo brindar un tratamiento a la inversión extranjera que no desvirtúe las expectativas básicas en razón de las cuales el inversor extranjero decidió realizar su inversión. Como parte de tales expectativas, aquél cuenta con que el Estado receptor de la inversión se conducirá de manera coherente, desprovista de ambigüedades y transparente en sus relaciones con el inversor extranjero, de manera que éste pueda conocer de manera anticipada, para planificar sus actividades y ajustar su conducta, no sólo las normas o reglamentaciones que regirán tales actividades,

⁷ *Compañía de Aguas del Aconquija, S. A. & Compagnie Générale des Eaux, Demandantes, c. la República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/97/3, Laudo del 20 de agosto de 2007 (versión en español) (“Vivendi II”), párr. 7.4.12; F.A. Mann, “British Treaties for the Promotion and Protection of Investments”, (1981) 52 Brit. YB Int’l L. 241 en 244; *CMS Gas Transmission Company c. la República Argentina* (“CMS”), Caso CIADI No. ARB/01/8, Laudo, 12 de mayo de 2005, párr. 280 (la conclusión de que el estándar de “tratamiento justo y equitativo” era objetivo no fue objetado por la Argentina en su solicitud de anulación y el razonamiento del Tribunal en la parte del Laudo relacionada con el “trato justo y equitativo” fue considerado por el Comité como una parte “adecuadamente fundada en cuanto al derecho aplicable y a los hechos relevantes”, ver *CMS*; Decisión de Anulación, 25 de septiembre de 2007, párr. 85.

sino también las políticas perseguidas por tal normativa y las prácticas o directivas administrativas que les son relevantes⁸.

18. De modo similar, en la interpretación del TBI entre la Argentina y los Estados Unidos, el tribunal del caso *Azurix* se pronunció sobre el significado de “justo y equitativo” según dicho tratado:

... del propósito y objetivo del TBI se desprende que por tratamiento “justo y equitativo” debería entenderse el tratamiento “parejo” y “arreglado a justicia y razón”, tendiente a favorecer la promoción de la inversión extranjera. El texto del TBI refleja una actitud positiva frente a la inversión al utilizar palabras tales como “promover” y “estimular”. Además, se reconoce la función que el tratamiento justo y equitativo cumple a los fines de mantener “un marco estable para las inversiones y la utilización más eficaz de los recursos económicos”⁹.

19. Si bien concuerdo con la mayoría en que las decisiones de otros tribunales del CIADI no son vinculantes para este Tribunal, no sería beneficioso para la legitimidad del sistema de tratados de inversión que los tribunales carezcan de consistencia en sus decisiones sobre hechos similares sin un análisis convincente sobre la razón por la cual existen diferencias y su justificación. Otros tribunales han arribado a la conclusión de que el estándar de tratamiento justo y equitativo debería ser determinado de modo objetivo; concuerdo con ellos en este punto. Traer un estándar subjetivo a la interpretación de “tratamiento justo y equitativo” tiene, en mi opinión, el efecto de incorporar un enfoque de margen de apreciación no apropiado en la primera etapa del análisis, la cual consiste en determinar si se ha violado el estándar. Deben considerarse todas las circunstancias puesto que éstas afectan tanto al Estado como al inversor. En mi opinión, concluir que las medidas estuvieron justificadas a los fines de lidiar con la crisis económica sin llegar a considerar adecuadamente el profundo impacto que dichas medidas tuvieron en los inversores, no es una consideración justa de todas las circunstancias. En mi opinión, la posición adoptada por la mayoría implica de una manera indirecta admitir un elemento de la defensa de necesidad de la Argentina en el análisis del trato justo y equitativo¹⁰.

⁸ *Técnicas Medioambientales Tecmed S.A. c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso No. ARB (AF)/00/2, Laudo, 29 de mayo de 2003 (“*Tecmed*”), párr. 154.

⁹ *Azurix Corp. c. la República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/01/12. Laudo, 14 de julio de 2006 (“*Azurix*”), párr. 360.

¹⁰ Mientras que la Decisión Mayoritaria rechaza la defensa de necesidad de la Argentina en el derecho internacional consuetudinario, creo que el análisis de tratamiento justo y equitativo de la mayoría tiene el efecto de tomar en consideración esta defensa para determinar si existió una violación del TBI. El tema de margen de apreciación no fue motivo de argumentos presentados por las Partes.

Quiero dejar claro que estoy de acuerdo con la mayoría en cuanto a que la Argentina no comprobó su defensa de necesidad en este caso ni respecto del derecho, ni de los hechos.

III. LA NATURALEZA DE LAS PROMESAS

20. Con relación a sus reclamaciones en los sectores de transporte de gas y generación de energía eléctrica, Total invoca la existencia de un marco legislativo detallado, que establece mecanismos para fijar precios diseñados con el objetivo de mantener el equilibrio económico del sistema. En estos sectores, no existe un acuerdo directo entre Total y las entidades del Estado argentino que establezcan las promesas en cuestión.

21. En el sector de transporte de gas, la inversión de Total, es decir TGN, posee una licencia que dispone algunas de las obligaciones adeudadas por la Argentina. Sin embargo, la Argentina señala que las promesas realizadas en virtud de la licencia fueron hechas a TGN, no a Total. La Argentina también alega que Total no puede basarse en los memorandos de información que circularon entre los inversores potenciales al momento de la privatización, ya que Total realizó su inversión posteriormente, en un marco económico muy diferente al de aquel entonces. Finalmente, la Argentina alega que un marco normativo general no constituye una garantía y que Total no puede alegar que, al modificar dicho marco, la Argentina ha violado sus derechos en virtud del TBI.

22. La mayoría del Tribunal acepta los primeros dos argumentos y decide que Total no tiene derecho a sustentar su argumento en la Licencia de TGN y que no puede invocar las promesas efectuadas en los memorandos de información¹¹. La mayoría, posteriormente continúa analizando este asunto como si la expectativa de Total respecto a la “estabilidad” del marco legislativo era legítima¹². Conuerdo en que Total no puede invocar la Licencia de TGN, ni los memorandos de información, como promesas realizadas directamente a Total por parte de la Argentina. Sin embargo, estoy en desacuerdo con que la detallada licencia otorgada a TGN y la documentación que determina claramente las intenciones de la Argentina en la privatización del sector

¹¹ Ver Decisión Mayoritaria, párr. 99-101.

¹² Ver Decisión Mayoritaria, párr. 101-102.

energético no hayan sido consideradas como parte de las circunstancias relevantes que determinan las expectativas legítimas de Total al momento de la inversión. La licencia de TGN dispone específicamente que el gobierno no modificará las Reglas Básicas sin el consentimiento por escrito de la Licenciataria. Además, la licencia especifica que no se aplicarán al régimen de tarifas, congelamientos o controles de precios.¹³

23. Luego, la mayoría analiza si Total tenía derecho a la “estabilidad en virtud de una cláusula de tratamiento justo y equitativo”¹⁴. Considero que esto desnaturaliza los argumentos de Total. No considero que Total haya alegado que cualquier cambio en el marco normativo constituiría una violación de la obligación de otorgar un tratamiento justo y equitativo conforme al TBI. La mayoría reconoce esto cuando afirma que “Total alega que no objeta la pesificación de la economía argentina según dispuso la Ley de Emergencia”¹⁵. Sin embargo, la mayoría, luego revisa los compromisos efectuados por la Argentina según Total y determina que el cálculo de las tarifas en dólares estadounidenses¹⁶ y ajustes según el PPI de los Estados Unidos no significaron compromisos en los que Total podía confiar¹⁷.

24. No considero que éste sea un “caso discutible”. Desde una perspectiva objetiva, las medidas tomadas por la Argentina en respuesta a su crisis tuvieron un efecto injusto e inequitativo para los inversores del sector económico encargado del transporte de gas. A

¹³ Ver Anexo C-53, Licencia de TGN, cláusulas 1, 9.1, 9.2, 9.5, 9.6, 9.8 y 18.2.

¹⁴ Ver Decisión Mayoritaria, párr. 122.

¹⁵ Ver Decisión Mayoritaria, en el párrafo 142. Nótese que cuando utilizo los términos “pesificación” o “pesificar” en la presente Opinión Individual, me refiero a las medidas comprendidas en la Ley de Emergencia, según ésta, todas las obligaciones existentes a la fecha en que dicha Ley entró en vigor pagaderas en dólares se convertían a pesos (redenominación) a una tasa de cambio fija (conversión forzada a la tasa artificial de un dólar por un peso, consecuente con la desvinculación del peso respecto del dólar).

¹⁶ Ver Decisión Mayoritaria, en el párrafo 180. Nótese que la mayoría determina que el derecho a establecer tarifas en dólares estadounidenses estaba vinculado a la Ley de Convertibilidad. Esta conclusión es contraria a la mayoría de los laudos anteriores que han tratado este tema, que también consideran que la existencia del derecho de calcular las tarifas en dólares estadounidenses es independiente; Ver, por ejemplo, *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. y LG&E International Inc. c República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/02/1. Decisión sobre responsabilidad, 3 de octubre de 2006 (“*LG&E*”) en los párrafos 133-134.

¹⁷ Ver la Decisión Mayoritario en los párrafos 145 y siguientes. Nótese que la decisión de la mayoría en relación con el ajuste de PPI de los Estados Unidos y las tarifas en dólares estadounidenses son incompatibles con la gran mayoría de casos CIADI que han considerado estos temas dentro del mismo contexto fáctico.

principios de los noventa, la Argentina decidió liberarse de su turbulento pasado económico y crear un ambiente estable propicio para la inversión extranjera en su sector energético, la cual era altamente necesitada. En el sector de transporte de gas, la Argentina prometió a los inversores equilibrio económico: tarifas suficientes para cubrir costos y generar ganancias razonables. Se trataba de un sistema regulatorio (la Ley y el Decreto de Gas) que aseguraba este compromiso a través de revisiones periódicas de tarifas, tarifas calculadas en dólares, tarifas ajustadas semestralmente por PPI de los Estados Unidos y congelamiento de tarifas sólo con el consentimiento de la licenciataria. Sobre la base de estas promesas, a lo largo de los años, los inversores han aportado cientos de millones de dólares en activos fijos en la Argentina. El sistema operó de manera exitosa durante casi una década hasta que se presentó la reacción de la Argentina ante la crisis. Las medidas no sólo impactaron en este sistema, sino que lo desarmaron total y completamente.

25. Requerir que Total señale una “cláusula de estabilización” específica, o garantía directa, para demostrar la violación de la Argentina de la obligación de tratamiento justo y equitativo, es, en mi respetuosa opinión, un análisis inadecuado para la determinación de expectativas legítimas. La Argentina negoció un tratado con el propósito expreso de “crear las condiciones favorables para las inversiones francesas en la Argentina”. Tal como se evidencia con la modernización del sector energético, la Argentina fue exitosa en la creación de este entorno. Estas inversiones estaban destinadas a ser a largo plazo y los marcos legislativos y normativos, por su naturaleza, no estaban destinados a atraer sólo inversiones iniciales en el sistema, sino a también a apoyar la continua modernización, expansión y eficiencia de la infraestructura energética. La prueba determinó claramente que Total confiaba en este marco para tomar la decisión de ampliar sus inversiones en la Argentina.

26. Desde mi perspectiva, la pregunta debería ser, utilizando las palabras del tribunal del caso *Tecmed*, si era justo y equitativo que la Argentina “desvirtúe las expectativas básicas en razón de las cuales el inversor extranjero decidió realizar su inversión” y si la Argentina actuó “de manera coherente, desprovista de ambigüedades y transparente en sus relaciones con el inversor extranjero, de manera que éste pueda conocer de manera

anticipada, para planificar sus actividades y ajustar su conducta, no sólo las normas o reglamentaciones que regirán tales actividades, sino también las políticas perseguidas por tal normativa y las prácticas o directivas administrativas que les son relevantes”¹⁸. El tribunal constituido en el caso *Saluka* también adoptó este criterio. El Tribunal del caso *Saluka* también consideró un tratado bilateral de inversión que no se refería específicamente a la estabilidad del marco legal del Estado anfitrión. Dentro de este contexto, el tribunal aplicó un criterio balanceado al interpretar el estándar de tratamiento justo y equitativo en el tratado bilateral de inversión entre los Países Bajos y la República Checa y determinó:

“Dentro de este contexto, el estándar [de tratamiento justo y equitativo] dispuesto en el Tratado debería interpretarse, por lo tanto, como un tratamiento que, si no estimula de forma proactiva el ingreso de capitales extranjeros, al menos no detiene su ingreso mediante la falta de incentivos a los inversionistas extranjeros. La decisión del inversionista de realizar una inversión se basa en la evaluación del estado de la ley y la totalidad del ambiente comercial al momento de la inversión así como la expectativa del inversionista de que el tratamiento del Estado anfitrión será justo y equitativo luego de efectuar la inversión”¹⁹.

27. El marco legal comprenderá “legislación y tratados, de compromisos contenidos en decretos, licencias y similares compromisos de carácter ejecutivo, así como garantías contractuales. Una reversión en las promesas hechas por el estado anfitrión que hayan generado expectativas legítimas, violará el principio de tratamiento justo y equitativo”²⁰. En relación con el sector del transporte de gas, la Licencia de TGN contenía, de hecho, un compromiso específico que establecía que el gobierno no cambiaría el marco sin el consentimiento de la licenciataria. Si bien Total podría no estar habilitada para invocar la licencia como una promesa contractual o cuasicontractual que se le ha hecho, pero evidentemente, la existencia de esta clara promesa concedida a la inversión en sí misma, creó una expectativa legítima para Total de que la Argentina no desmantelaría total y unilateralmente el sistema.

¹⁸ Tecmed, nota 8 más arriba, párr. 154.

¹⁹ *Saluka Investments B.V. c. la República Checa*, Laudo Parcial. 17 de marzo de 2006 (“*Saluka*”), párr. 301.

²⁰ R. Dolzer y C. Schreuer, *Principles of International Investment Law* (Nueva York: Oxford University Press, 2008), párr. 134.

28. Además, requerir la existencia de una cláusula específica de estabilización elimina del marco normativo todos los beneficios por los cuales fue creado. El objetivo primordial de la Argentina fue crear un entorno normativo estable que invitara y promoviera la inversión extranjera para beneficiarse del ingreso de dólares estadounidenses para la mejora de su infraestructura y de la experiencia de las empresas extranjeras en la modernización de sistemas, para así generar beneficios reales en la economía local a través de un servicio confiable y un precio competitivo.

29. El objetivo del TBI, detallado en el Mensaje del Poder Ejecutivo adjunto al TBI para la ratificación del Congreso argentino, era mantener un entorno estable que mitigaría las preocupaciones de un inversor extranjero en relación con los riesgos políticos:

“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.

[...]

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”²¹. [Énfasis agregado]

30. También es interesante hacer mención al Mensaje del Poder Ejecutivo en relación con otros TBI celebrados por la Argentina. Si bien estas declaraciones no comprenden directamente el TBI entre la Argentina y Francia, son útiles para determinar las intenciones de la Argentina relativas a la protección de capitales extranjeros invertidos en su territorio. En el contexto de la ratificación del TBI entre la Argentina e Italia, el Poder Ejecutivo argentino señaló lo siguiente:

“Se parte de la comprobación que, en el mundo actual, la única manera de establecer y conservar un flujo internacional adecuado de capital es a través de la fijación y el mantenimiento de reglas claras, equilibradas, equitativas e institucionalizadas que configuren un clima satisfactorio para las inversiones, naturalmente, dentro del respeto de las leyes del país receptor.

²¹ Mensaje del Poder Ejecutivo al Congreso de la Nación en relación con la Ley 24.100/1992 (Anexo C-89).

Los inversores extranjeros temen, básicamente, la inestabilidad de las normas jurídicas y de las políticas económicas, particularmente los riesgos de ver afectado el valor de sus inversiones [...].

[...]

Los riesgos cubiertos por este acuerdo son aquellos riesgos no comerciales o políticos, es decir que son ajenos a los términos comerciales de la operación y emanan del marco político y jurídico en el cual la inversión se realiza”²².

31. La declaración del Poder Ejecutivo al momento de la ratificación del TBI entre la Argentina y el Reino Unido está escrito en los mismos términos²³.

32. Como se ha visto, el TBI entre la Argentina y Francia establece en su preámbulo la importancia de fomentar condiciones favorables para la inversión en los siguientes términos: “Convencidos que la promoción y la protección de estas inversiones son propicias para estimular las transferencias de capital y de tecnología entre los dos países con vistas al desarrollo económico de ambos”²⁴. Aún cuando la estabilidad y previsibilidad del entorno legal no se mencionan, los tribunales que se han enfrentado con una interpretación de una redacción en términos similares, han concluido que los principios de estabilidad y previsibilidad del marco legal y comercial eran inherentes al estándar de tratamiento justo y equitativo.²⁵

33. Como se discutió anteriormente si bien el TBI entre España y México no hace referencia a la estabilidad del entorno legal, el tribunal del caso *Tecmed* llegó a la conclusión de que las expectativas básicas tomadas en cuenta por el inversor extranjero incluían las normas y regulaciones que regían su inversión.²⁶

²² Mensaje del Poder Ejecutivo al Congreso de la Nación en relación con la Ley 24.122/1992 (**Anexo C-88**).

²³ Mensaje del Poder Ejecutivo al Congreso de la Nación en relación con la Ley 24.184/1992 (**Anexo C-87**).

²⁴ Ver el párrafo 11 y la nota 5.

²⁵ Por ejemplo, el Laudo del caso *Tecmed*, *supra* nota 8 estaba basado en el TBI del año 1995 entre España y México, que comprendía el tratamiento justo y equitativo en los siguientes términos:

“Artículo 4 (1): Cada Parte Contratante garantizará en su territorio un tratamiento justo y equitativo conforme al Derecho Internacional, a las inversiones realizadas por inversores de la otra Parte Contratante”.

²⁶ Ver párr. 17, *supra*, y *Tecmed*, *supra* nota 8, párr. 154. Esta interpretación por el Tribunal de *Tecmed* ha sido citado con la aprobación de un número de tribunales, por ejemplo en los siguientes casos: *Plama*

34. El tribunal del caso *Tecmed* continuaba así:

“Sin los alcances arriba descritos, el artículo 4(1) del Acuerdo quedaría desprovisto de todo contenido semántico propio o de utilidad práctica, lo cual seguramente contrariaría la intención de las Partes Contratantes, al suscribirlo y luego ratificarlo, quienes sin duda persiguieron, con su inclusión en el Acuerdo, fortalecer y acrecentar el nivel de seguridad y confianza del inversor extranjero para invertir en los Estados miembros, y de esa manera maximizar la utilización de los recursos económicos de cada Parte Contratante mediante la facilitación recíproca de los aportes de sus respectivos operadores económicos. Es el sentido que en todo caso cabe asignarle a esta garantía a la luz de los Considerandos del Acuerdo, que expresan el deseo e intención de los Estados miembro de «...intensificar la cooperación económica en beneficio recíproco de ambos países...» y su determinación, dentro de ese marco, de «...crear condiciones favorables para las inversiones realizadas por inversores de cada una de las Partes Contratantes en el territorio de la otra...».²⁷

35. El Tribunal del caso *Saluka* también tuvo que considerar un tratado bilateral de inversión que no se refería específicamente a la estabilidad del marco legal del Estado anfitrión. Dentro de este contexto, el tribunal aplicó un criterio balanceado a la interpretación del estándar de tratamiento justo y equitativo en el TBI entre los Países Bajos y la República Checa y determinó:

“Dentro de este contexto, el estándar [de tratamiento justo y equitativo] dispuesto en el Tratado debería interpretarse, por lo tanto, como un tratamiento que, si no estimula de forma proactiva el ingreso de capitales extranjeros, al menos no detiene su ingreso mediante la falta de incentivos a los inversionistas extranjeros. La decisión del inversionista de realizar una inversión se basa en la evaluación del estado de la ley y la totalidad del ambiente comercial al momento de la inversión así

Consortium Limited c. Bulgaria, Caso CIADI No. ARB/03/24, Laudo del 27 de agosto de 2008 (“*Plama*”) párr. 176; *Siemens A.G. c. Argentina*, Caso CIADI No. ARB/02/8, Laudo del 6 de febrero de 2007 (“*Siemens*”) párr. 299; *MTD Equity Sdn. Bhd. & MTD Chile S.A. c. Chile*, Caso CIADI No. ARB/01/7, Laudo del 25 de mayo de 2004 (*MTD*) párr. 114-115; *Azurix*, *supra* nota 9 párrs. 371-373; *Occidental c. Ecuador*, LCIA Caso No. UN3467, Laudo del 1 de julio de 2004 (“*Occidental*”) 12 ICSID Reports 59 párr. 185; *Duke Energy Electroquil Partners y otros c. Ecuador*, Caso CIADI No. ARB/04/19, Laudo del 18 de agosto de 2008 párr. 340; *Saluka*, *nota supra* 18 párr. 302; *LG&E*, *nota supra* 15 párr. 127; *CMS*, *nota supra* 7 párr. 279; *Enron* p. 262; y *Sempra Energy International c. Argentina*, Caso CIADI No. ARB/02/16, Laudo 28 de septiembre de 2007 (“*Sempra*”) párr. 298.

²⁷ *Tecmed*, *nota supra* 8 párr. 156. Véase también párr. 167 *in fine*.

como la expectativa del inversionista de que el tratamiento del Estado anfitrión será justo y equitativo luego de efectuar la inversión”²⁸ [énfasis propio].

36. El caso *BG Group c. Argentina* fue decidido con fundamento en el TBI entre la Argentina y el Reino Unido, el cual, tal como el TBI entre la Argentina y Francia, no menciona el objetivo de mantener un marco legal estable para la inversión ni en su preámbulo²⁹ ni en su disposición relativa al tratamiento justo y equitativo³⁰. A pesar de los términos utilizados en el TBI entre la Argentina y el Reino Unido, el tribunal decidió que “[l]os deberes del Estado anfitrión deben ser examinados a la luz del marco legal y comercial presentado al inversor al momento en que decide invertir”³¹ y que la Argentina había violado la estabilidad legal y previsibilidad propias del estándar de tratamiento justo y equitativo³².

37. Por lo tanto, a mi juicio, el estándar de tratamiento justo y equitativo en virtud del TBI entre la Argentina y Francia no es sustancialmente diferente respecto del estándar aplicado en el contexto de otros tratados bilaterales de inversión y, en especial, en virtud de los TBI entre la Argentina y los Estados Unidos y entre la Argentina y el Reino Unido. Tal como explico en detalle más abajo, creo que al destruir totalmente el marco normativo que existía al momento en que Total realizó su inversión, la Argentina violó su obligación de otorgar un tratamiento justo y equitativo hacia Total.

²⁸ *Saluka*, nota 18, párr. 301.

²⁹ Preámbulo del TBI entre la Argentina y el Reino Unido: “El Gobierno de la República Argentina y el Gobierno del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, Con el deseo de crear condiciones favorables para un aumento de las inversiones por parte de inversores de un Estado en el territorio del otro Estado; Reconociendo que la promoción y protección recíproca de tales inversiones mediante acuerdos internacionales contribuirán a estimular la iniciativa económica individual e incrementarán la prosperidad en ambos Estados; Han acordado lo siguiente:”

³⁰ Artículo 2 (2) del TBI entre la Argentina y el Reino Unido: “Las inversiones de inversores de cada Parte Contratante recibirán en toda ocasión un tratamiento justo y equitativo y gozarán de protección y seguridad constante en el territorio de la otra Parte Contratante. Ninguna Parte Contratante perjudicará de alguna manera con medidas injustificadas o discriminatorias la gestión, mantenimiento, uso, goce o liquidación en su territorio de las inversiones de inversores de la otra Parte Contratante. Cada Parte Contratante observará todo compromiso que haya contraído con relación a las inversiones de inversores de la otra Parte Contratante”.

³¹ *BG Group Plc. c. Argentina*, Laudo Final, 24 de diciembre de 2007 (“Grupo BG”), párr. 298.

³² *Ibíd.*, párr. 307.

38. La situación es similar en el caso del sector de generación de energía eléctrica. Como ha sido detallado por la mayoría, a principios de la década de los noventa, la Argentina rediseñó su sector de generación y distribución de energía con el objetivo de atraer la inversión privada que se necesitaba desesperadamente. Este nuevo sistema fue diseñado para respetar las reglas del libre mercado y para crear un mercado corriente o spot de tarifas uniformes basado en el costo económico del sistema. La Argentina creó un mercado eléctrico mayorista (el “MEM”). A fines del año 1991, la Argentina aprobó la Ley 24,065 (la “Ley de Energía Eléctrica”), que estableció los roles de cada uno de los actores del mercado, el Estado y las agencias regulatorias³³. El sistema se describe en detalle en la Decisión Mayoritaria. En síntesis, el sistema de precios spot estaba caracterizado por un precio spot uniforme pagado a todos los productores sobre la base de los costos variables declarados por el productor marginal (el generador del costo más alto despachado) y un pago de capacidad separado así como un pago por “riesgo de incumplimiento”, cada uno de ellos fijado en dólares estadounidenses, determinados por el Secretario de Energía los cuales buscaban impulsar la inversión en el sistema. Los generadores también eran libres de negociar contratos de venta con otros actores del mercado en términos acordados por ambas partes. Los precios estaban determinados por las fuerzas del mercado, los productores con costos eficientes eran remunerados con mayores márgenes de ganancias y las inversiones en el sistema fueron impulsadas exitosamente. El mercado permitía a los generadores vender la energía que producían directamente a través de contratos negociados libremente con otros actores del mercado. Las medidas alteraron radicalmente la operación de este marco legislativo detallado y perjudicaron el equilibrio económico en el cual se basaban y sobre el que Total sentaba las bases de sus inversiones en el sector.

39. La naturaleza de las promesas es diferente en cuanto a la exploración y producción de hidrocarburos. Total no confiaba en el marco legislativo general, sino en instrumentos específicos que fueron renegociados a medida que el sector de hidrocarburos de la Argentina evolucionaba a lo largo de las tres décadas de inversión de

³³ Ver, por ejemplo, el Anexo C-709(w).

Total en este sector. Como detallaré más adelante, Total y los miembros de su consorcio tenían un acuerdo detallado con el Gobierno confirmado por decreto legislativo.

IV. LAS MEDIDAS

40. La mayoría concluye que “la derogación del régimen de convertibilidad de los bienes, valores y tarifas en pesos, que eran convertibles a dólares (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”³⁴. Con todo respeto, considero que esta afirmación omite por completo el punto de discusión. Concuero en que la Argentina, como nación soberana, tiene todo el derecho de modificar sus leyes a su propio criterio. El TBI no limita la soberanía argentina. Más aún, su adopción refleja el ejercicio de la soberanía argentina. La Argentina acordó compensar a los inversores cuando sus acciones resulten en la denegación del tratamiento justo y equitativo y esta denegación causara daños a los inversionistas. Total no objetó la competencia de la Argentina para modificar sus leyes. Tampoco objetó que la Argentina tuviera la competencia para derogar la convertibilidad de los activos en pesos. Total sí alegó que todas las medidas adoptadas por la Argentina, en su conjunto, violaban la obligación de otorgar un tratamiento justo y equitativo a los inversores en virtud del TBI. La mayoría opina que no sólo la pesificación en general, sino también la pesificación de las tarifas que la legislación disponía calcular en dólares estadounidenses ajustado por el PPI de los Estados Unidos, no constituyeron una violación al TBI debido a que la pesificación fue una medida general y, por ende, no discriminatoria³⁵.

³⁴ Ver párrafo 317 de la Decisión Mayoritaria.

³⁵ Ver párrafo 317 de la Decisión Mayoritaria:

“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 (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 justificó en las circunstancias 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 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 determinó que la pesificación afectó a todos los sectores de la economía y se llevó a cabo sin discriminación”.

41. La pesificación puede haber sido realizada de modo no discriminatorio, pero en efecto tuvo un profundo impacto en la operación comercial de empresas en la Argentina. Todos los contratos privados, que previamente comprendían precios en términos expresados en dólares estadounidenses fueron convertidos automáticamente en pesos. Esta redenominación, junto con la posterior conversión de dichos montos a una paridad uno a uno, tuvo el impacto de reducir instantáneamente los montos percibidos en virtud de dichos contratos en dos tercios respecto de su monto original. Luego, en el sector energético, las tarifas que fueron reducidas de esa manera fueron reguladas para que se mantuvieran de esa forma, ya que la Argentina congeló las tarifas sobre la base de la nueva tasa de convertibilidad. Los motivos de Total para alegar la violación al TBI radican en la pesificación y el congelamiento de tarifas. Estas medidas fueron tomadas al inicio de la crisis económica. La mayoría es de la opinión que la violación al estándar de tratamiento justo y equitativo no ocurrió sino hasta después del vencimiento del primer período de renegociación impuesto por la Argentina. Concuero con que la falta de revisión de las tarifas prometidas claramente constituyó la violación del estándar de tratamiento justo y equitativo. Sin embargo, por las razones antes mencionadas, creo que la pesificación inicial y el posterior congelamiento de tarifas fue, desde el principio, una violación al estándar de tratamiento justo y equitativo y, consecuentemente, consideraría que existió una violación al TBI desde el 6 de enero de 2002, la fecha de entrada en vigor de la Ley de Emergencia. Creo que era legítimo que Total esperara que la Argentina ajuste sus tarifas de conformidad con el marco legislativo detallado que existía para tal fin, sea mediante revisiones regulares o extraordinarias a las tarifas, y no que redujera las tarifas en dos tercios y que además las congelara indefinidamente. Noto que concluir que existió una violación al estándar de tratamiento justo y equitativo al momento de aplicación de las medidas es compatible con la decisión de la gran mayoría de los tribunales que han considerado las medidas y su impacto en los inversores del sector energético³⁶.

³⁶ *BG Group, CMS, Enron, LG&E y Sempra*. Todos ellos han tratado el tema de inversiones en el transporte de gas. Noto, además, que el tribunal en el caso *National Grid*, un caso que trató sobre el sector de generación de energía, decidió que existió una violación al estándar de tratamiento justo y equitativo desde el 25 de junio de 2002, “cuando la Demandada exigió, como condición para renegociar la Concesión, que empresas como la Demandante renunciaran a los recursos jurídicos que tenían

42. Advierto que este desacuerdo impacta en mi opinión en relación con la decisión de una violación al estándar de tratamiento justo y equitativo en los tres sectores en los que Total tiene reclamaciones: transporte de gas, exploración y producción, y generación de energía. En la medida que mi análisis sea relevante, lo incluiré más adelante dentro del contexto de cada sector.

V. TRANSPORTE DE GAS

43. La mayoría ha decidido que Total no fue tratado de modo injusto e inequitativo como resultado de las medidas generales (pesificación, convertibilidad forzada con una paridad uno a uno y congelamiento de tarifas) en parte debido a que las medidas fueron de aplicación general y en parte dado que la Argentina no había efectuado promesas específicas a Total ya que Total no compró las acciones de TGN directamente de la Argentina. Con todo respeto hacia mis colegas, no puedo estar de acuerdo con estas conclusiones.

A. El momento de las inversiones

44. La determinación de si existió o no una violación de la Argentina al deber de otorgar un tratamiento justo y equitativo hacia Total, depende de si Total tenía expectativas legítimas en relación con sus inversiones y si estas expectativas fueron violadas. El análisis sobre la legitimidad de las expectativas de Total debe realizarse en el punto apropiado en el tiempo, es decir, en el momento en que Total realizó sus inversiones.

45. La Argentina alega que el contexto en que Total realizó sus inversiones en el sector de transporte de gas fue muy distinto del contexto en que se hicieron las inversiones a principios de la década de los noventa, al momento de la privatización, de conformidad con la Ley de Reforma del Estado No. 23,696 del año 1989. La Argentina alega que Total realizó su inversión mucho tiempo después en un contexto que no podría dar lugar de modo razonable a las expectativas sobre las que alega Total que realizó sus

disponibles". Ver *National Grid*, párr. 180. Noto que varios de los laudos en estos casos han sido recurridos y algunos han sido anulados por comités *ad hoc* bajo el Convenio del CIADI. Ninguna de las críticas expresadas en las decisiones recientes de estos comités son pertinentes para el análisis sobre este punto.

inversiones. La Argentina señala que “[h]ay 10 años de distancia y enormes diferencias entre los hechos que narra la representación de Total y el contexto real de su inversión. Nadie fue a buscar a Total para que invierta en Argentina. Total no participó de road shows ni invirtió en Argentina por supuestas promesas”³⁷. La Argentina alega que al momento en que Total realizó su inversión tanto en el sector de transporte de gas como en el sector de generación de energía, existía una política desesperada para salvar a la economía argentina y la situación económica y social del país estaba en un “proceso de profunda depresión”. En este sentido, la Argentina señaló que en enero y julio de 2000, TGN y los otros Licenciarios habían celebrado acuerdos con el Gobierno mediante los que suspendían el ajuste de tarifas según el PPI de los Estados Unidos; en agosto de 2000, luego del inicio de la reclamación del Procurador Nacional, los tribunales emitieron una medida cautelar en la que suspendían los ajustes inflacionarios por PPI de los Estados Unidos hasta la decisión final del tribunal; en octubre de 2000 se adoptó la Ley No. 25.344, de Emergencia Económico Financiera, la cual dispuso, entre otras medidas, la rescisión de contratos del sector público por parte del Estado y la consolidación de deudas³⁸.

³⁷ Escrito posterior a la audiencia de la Argentina, párr. 81.

³⁸ Ver el Escrito posterior a la audiencia de la Argentina, párr. 68-86. Los párrafos 79 a 82 señalan lo siguiente:

79. Lo que TOTAL no aclara es que ese contexto no fue en el que realizó su inversión ni en petróleo, que comienza en el apogeo de la última dictadura militar argentina, ni en gas y electricidad. En efecto, respecto de estos últimos dos casos: (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 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 descrita en una ley de emergencia como “un proceso de profunda depresión”.

80. Todo ello, ocurría antes y era el marco en el que TOTAL realizaría sus inversiones en gas y electricidad. Curiosamente, TOTAL, más adelante, se agraviará de otra ley de emergencia.

46. Total alega que tenía pleno derecho a confiar en los compromisos comprendidos en el régimen regulatorio de gas y en la Ley de Energía Eléctrica al momento en que realizó sus inversiones en los sectores de transporte de gas y generación de energía eléctrica. La protección de las inversiones en virtud del derecho internacional, y del TBI específicamente, no está limitada a las inversiones efectuadas mediante un proceso de licitación que tuvo lugar inmediatamente después de las privatizaciones, sino que se extiende a la posterior adquisición de estas inversiones; por ello, su beneficio aún redundaba en la Argentina. Total alega que tenía derecho a confiar en la estabilidad del marco legal y comercial al momento de realizar su inversión dentro del marco regulatorio que afectaba al gas en 2000 y que podría tener la expectativa legítima de que la Argentina aplicaría las disposiciones del marco regulatorio del gas que había otorgado precisamente a los fines de promover y proteger las inversiones de los efectos de las emergencias económicas y financieras que había sufrido el país en el pasado. Total señala varias empresas que han llevado adelante inversiones importantes en activos privatizados de la Argentina luego del proceso de privatización y manifiesta que, a la luz de la exitosa implementación y aplicación del marco regulatorio del gas a lo largo de un período de ocho años, tendría mayores expectativas que aquellos que invirtieron al momento de la privatización³⁹.

81. Hay 10 años de distancia y enormes diferencias entre los hechos que narra la representación de TOTAL y el contexto real de su inversión. Nadie fue a buscar a TOTAL para que invierta en Argentina. TOTAL no participó de road shows ni invirtió en Argentina por supuestas promesas.

82. Si decidió realizar su inversión en un país en estado de emergencia declarado debe hacerse cargo. No se insinúa que el Estado tenga derecho a hacer cualquier cosa ni que los particulares no puedan cuestionar ciertas medidas, pero es claro que las expectativas que un inversor debe formarse no son las mismas que en condiciones de normalidad.

³⁹ Ver Escrito posterior a la audiencia de Total, párr. 377-380. En relación con el último punto, Total hace referencia a las siguientes empresas: Sempra efectuó su inversión inicial en activos de gas en la Argentina en 1996 y efectuó inversiones adicionales en octubre de 2000 y diciembre de 2001, todas ellas, según el tribunal del caso “inversiones realizadas de buena fe”, BG Group PLC efectuó su inversión inicial al momento de la privatización en 1992, y efectuó inversiones adicionales en 1994 y 1998, incrementando así su participación en la licencia de gas relevante del 28,7% al 45,11%; CMS adquirió su participación en TGN luego de la privatización, en 1995; LG&E efectuó su inversión inicial en activos de gas en la Argentina en 1997 y llevó adelante inversiones adicionales en marzo de 1999; Enron efectuó su inversión inicial en TGS en 1992 y luego incrementó su participación en 1996 y 1999.

47. Total también objeta la sugerencia de la Argentina de que ha invertido en medio de una crisis económica. En cambio, Total alega que ha tomado su decisión de invertir cuando la economía estaba en un ciclo de recesión del que se había recuperado levemente. Además, Total alega que realizó una *due diligence* adecuada y que estaba al tanto de la historia de inestabilidad económica de la Argentina. Total sostiene que realizó una inversión a largo plazo en el país, estaba familiarizado con la historia argentina de inestabilidad económica y devaluaciones frecuentes así como con los ciclos en sectores intensivos de capital como exploración de petróleo, transporte de gas y generación de energía. Señala que tenía la expectativa razonable y legítima de que la Argentina cumpliría con los principios básicos del marco regulatorio del gas que había sido diseñado para abordar los riesgos macroeconómicos inherentes a la inversión en la Argentina⁴⁰. Además, Total señala que una cantidad de otros inversores, prestamistas y agencias de calificación de crédito continuaron confiando en TGN durante la recesión que comenzó en 1998 y al momento en que Total invirtió en TGN. Total alega que no tenía expectativas de que el Estado argentino rescindiría unilateralmente sus contratos y dismantlaría el régimen regulatorio de gas, incluido el principio de la Ley de Gas implementado en el Decreto de Gas y en la licencia de TGN así como con otros elementos del régimen regulatorio de gas⁴¹.

B. *Due Diligence*

48. La Argentina también señala que Total no llevó a cabo una *due diligence* adecuada o un análisis económico antes de invertir en TGN. La Argentina alega que si Total hubiera actuado de esa manera, habría previsto la crisis que tuvo lugar en diciembre de 2001 y la adopción de las medidas de emergencia que se adoptaron a consecuencia de dicha crisis⁴².

49. La primera oportunidad de Total para invertir en TGN tuvo lugar en octubre de 1998, cuando la empresa argentina SCP, a través de su subsidiaria Compañía General de

⁴⁰ Escrito posterior a la audiencia de Total, párr. 382-385.

⁴¹ Ver Escrito posterior a la audiencia de Total, párr. 387.

⁴² Ver Escrito posterior a la audiencia de la Argentina, párr. 85, 202-228, 289-313. Según la Argentina, lo que pasó con la adopción de la Ley de Emergencia de enero de 2002 pasó en ocasiones anteriores en casos de declaración de estado de emergencia nacional, ver párr. 85.

Combustibles (“CGC”), puso en venta ciertas inversiones en varios activos, incluida su participación indirecta del 19,2% en TGN (a través de su tenencia del 27,2% en GasInvest). En ese entonces, Total había invertido en la Argentina desde 1978, cuando se convirtió en la primera empresa extranjera de petróleo y gas en invertir en el país. A la luz de sus inversiones en la producción de petróleo y gas en la Argentina, Total señaló que consideró importante invertir en el sistema de transporte de gas que conecta su producción con sus clientes. En consistencia con ello, Total realizó su primera inversión en transporte de gas en junio de 1998 al comprar una participación del 10% en el gasoducto de GasAndes. Sobre la base de estas inversiones previas, Total tenía algún conocimiento del marco regulatorio general aplicable a la industria del gas y de ciertos aspectos del sector de transporte de gas. Sin embargo, cuando surge la primera oportunidad de invertir en TGN en octubre de 1998, Total realizó un “análisis pormenorizado del marco regulatorio aplicable a TGN y al sector de transporte de gas en Argentina”⁴³. Además de sus propios recursos internos, Total fue asistido por una cantidad de asesores externos, incluidos asesores financieros, contadores y asesores legales de la Argentina y de los Estados Unidos⁴⁴. Varios informes de *due diligence* y memorandos preparados durante el ejercicio de *due diligence* fueron presentados como prueba. Éstos resultaron de relevancia⁴⁵. Además, Total revisó y discutió varios informes de *due diligence* que recibió con los asesores que los habían confeccionado. Total concluyó que TGN era una empresa redituable, que garantizaba por ley y contractualmente un flujo de ganancias estable y previsible en dólares estadounidenses, ajustable de conformidad con el PPI de los Estados Unidos y suficiente para proporcionar a la empresa una tasa de retorno razonable. Total valuó la participación del 19,2% en TGN ofrecida por SCP en USD 207 millones⁴⁶.

⁴³ Ver Charpentier, Declaración testimonial 1, ¶27. Para una descripción del proceso de *due diligence* realizado por Total, en general, ver Charpentier, Declaración testimonial 1, párr. 26-80.

⁴⁴ Proskauer Rose LLP en Nueva York; Pérez Alati, Grondona, Benites, Arntsen & Martínez de Hoz (h) (PAGBAM) en Buenos Aires; bancos de inversión (Chase Manhattan y JP Morgan) y contadores (Arthur Andersen).

⁴⁵ Ver Escrito posterior a la audiencia de Total, en párr. 369-370 y las diversas fuentes que allí se citan, incluidos los informes financieros y de *due diligence* de PAGBAM en los Anexos C-346, C-347, C361, C-362, C-363, C-348 y C-114.

⁴⁶ Ver Charpentier, Declaración testimonial 1, párr. 47.

50. En última instancia, los esfuerzos de Total para comprar parte de las inversiones de CGC en TGN a través de GasInvest no tuvo éxito. Alrededor diciembre de 1999, o alrededor de esta fecha, Total tuvo conocimiento de que TCPL (que se había fusionado con Nova en junio de 1998) estaba interesada en vender su participación en TGN junto con una cantidad de otros activos. Total negoció con TCPL para adquirir los activos que le interesaban. Luego, Total contrató un equipo de asesores legales y financieros para llevar adelante un informe de *due diligence* y realizó una nueva valuación de TGN. En vista de que existía un *due diligence* reciente así como una valuación realizada en relación con la compra potencial de la participación de CGC en TGN, el ejercicio de *due diligence* fue de naturaleza más limitada⁴⁷. La nueva valuación de Total de la participación del 19,23% en TGN era de aproximadamente USD 230 millones⁴⁸. Total realizó una oferta inicial por todos los activos de TCPL en el cono sur de América del Sur en marzo de 2000. Esta oferta fue rechazada y las negociaciones continuaron sobre la base de una cantidad más limitada de activos en relación con los que Total presentó una oferta formal el 21 de abril de 2000. El 30 de mayo de 2000, Total y TCPL firmaron un Acuerdo de Compra de Acciones vinculante⁴⁹.

51. De acuerdo con Total, sólo un acontecimiento relevante tuvo lugar en relación con las disposiciones clave del marco regulatorio de gas entre la finalización del primer ejercicio de *due diligence* realizado en 1998 y la firma del Acuerdo de Compra de Acciones con TCPL. El 6 de enero de 2000, ENARGAS y los licenciatarios de distribución y transporte de gas firmaron un acuerdo mediante el que ENARGAS acordaba diferir el ajuste de las tarifas de conformidad con el PPI de los Estados Unidos durante un período de seis meses desde el 1º de enero al 30 de junio de 2000 (el “Acuerdo de enero”)⁵⁰. Total estaba al tanto de este acuerdo y lo tomó en cuenta en su

⁴⁷ Los informes iniciales de *due diligence* fueron actualizados en los siguientes anexos: C-359, C-360, C-361, C-362, y C-363.

⁴⁸ Ver Charpentier, Declaración testimonial 1, párr. 70.

⁴⁹ Ver Anexo C-55.

⁵⁰ Acta Acuerdo del 6 de julio de 2000: Ver Anexo C-119. El Acta Acuerdo dice, en su parte relevante, lo siguiente:

due diligence y valuación de TGN. Total destaca que el acuerdo fue el resultado de un incremento inusual del PPI de los Estados Unidos en comparación con el índice de precio local en el contexto de la recesión argentina⁵¹. Total señala que el Acuerdo de enero expresamente establecía que la suspensión sería realizada de forma “excepcional y por única vez” y se recuperaría seis meses después con intereses. Además, la suspensión no constituyó un precedente o una enmienda al marco regulatorio de gas y dispuso que los

2. Que consecuentes con dicho propósito y siempre bajo el amparo de la integridad jurídica del marco regulatorio que las rige y de las licencias otorgadas y el respeto y plena vigencia de los compromisos y contratos celebrados como resultado de la privatización de Gas del Estado, la Secretaría de Energía de la Nación ha manifestado su preocupación en orden a la realidad económica imperante 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.

3. Que a los fines antes indicados, en la reunión celebrada el 22/12/99 el Secretario de Energía consideró conveniente invitar a las Licenciatarias a reconsiderar temporariamente la aplicación de los Índices del PPI previstos por el art. 41 de la ley 24,076, el art. 41 del Decreto 1738/92 y el punto 9.4.1.1 de las Reglas Básicas de las Licencias, por el periodo comprendido entre el 1º de Enero y el 30 de Junio de 2000, difiriendo su aplicación al 1º de Julio de 2000, como excepción, por acuerdo de Partes, y sin que ello importe un cambio del marco legal aplicable.

4. Por su parte los representantes de las Licenciatarias, conscientes de las necesidades sociales surgidas como consecuencia de la situación económica general que atraviesa coyunturalmente el país, 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 mismas.

5. Que ello, al ser aceptado por las Licenciatarias, no deberá repercutir negativamente en la integridad económica ni financiera de sus ingresos, manteniéndolas indemnes de todo perjuicio que pudiera resultar, con el reconocimiento expreso por parte de las Autoridades, que ello no importará precedente ni constituirá una modificación de las reglas previstas por el marco legal.

...

POR LO EXPUESTO

LAS PARTES ACUERDAN

1. Las Licenciatarias prestan su conformidad para el diferimiento en forma excepcional y por única vez del ajuste de PPI para el periodo y en las condiciones previstas en los considerandos 3, 4, 5 y 8 de la presente estableciéndose su recupero, entre el 1º de Julio de 2000 y el 30 de Abril de 2001. ...

⁵¹ En este sentido, ver el Escrito posterior a la audiencia de Total, en párr. 354-357, y a Tabla de Índices de precios comparativos en párr. 354.

licenciarios serían indemnizados por toda pérdida resultante de la suspensión. En sus negociaciones, TCPL y TGN acordaron que la parte relevante de las ganancias de TGN desde el 1º de enero de 2000 hasta la fecha de cierre en el año posterior serían divididas entre ambas partes. Como resultado, de la suspensión de seis meses del ajuste en relación con el PPI de los Estados Unidos sólo tendría un impacto limitado en Total. En virtud de lo anterior, Total alega que no tomó en consideración la suspensión de seis meses del ajuste por PPI de los EE. UU. según el Acuerdo de enero en su valuación de TGN en abril de 2000⁵².

52. El Acuerdo de Compra de Acciones entre Total y TCPL dispuso que el Cierre debería tener lugar a más tardar el 28 de febrero de 2001⁵³. De hecho, el Cierre tuvo lugar el 6 de enero de 2001. Sin embargo, durante y después de celebrar el Acuerdo de Compra de Acciones, ocurrieron una serie de eventos en relación con el ajuste de tarifas de TGN de conformidad con el PPI de los EE. UU.

53. El 17 de julio de 2000, el Ministerio de Economía y ENARGAS firmaron un acuerdo con las licenciatarias para el transporte y distribución de gas natural (el “Acuerdo de julio”) para diferir el ajuste de tarifas de conformidad con el PPI de los EE. UU. desde el 1º de julio de 2000 hasta el 30 de junio de 2002⁵⁴. En el Acuerdo de julio también se dispuso la aplicación del ajuste por PPI de los EE. UU. que había sido diferido en virtud del Acuerdo de enero al requerir a ENARGAS que incorporara los ajustes por PPI diferidos en las tablas de tarifas al 1º de julio de 2000. Tal como en el caso del Acuerdo de enero, la suspensión fue determinada como sin precedentes y no modificó las normas dispuestas por el régimen regulatorio. Además, el acuerdo establecía la implementación de dos incrementos de tarifas en julio y octubre de 2000, cuyos ingresos serían pagados al fondo de estabilización del PPI de los EE. UU. donde devengarían interés durante el período de aplazamiento, de dos años. Los ingresos de los aumentos de tarifas suspendidos serían pagados a los licenciarios a partir de julio de 2002 y los ajustes adicionales de conformidad con el PPI de los EE. UU. que tuvieran lugar en el ínterin,

⁵² Ver Charpentier, Declaración testimonial 1, párr. 57-58.

⁵³ Anexo C-55, párr. 7.1(b).

⁵⁴ Ver Anexo C-54, Anexo I – Acta.

serían incluidos en las tarifas ajustadas a esa fecha⁵⁵. El Acuerdo de julio fue aprobado por el Decreto 669/2000⁵⁶.

⁵⁵ Ver Anexo C-54, Anexo II. El Artículo 4 del acuerdo disponía que las Partes reconocían que el aplazamiento de pagos de ajustes por PPI dispuesto en las normas básicas de las licencias relevantes requerían el consentimiento de las Licenciatarias de conformidad con el Artículo 41 de la Ley de Gas (Ley 24.076) y, en consecuencia, la aprobación del Ejecutivo en su capacidad como otorgante de las licencias era necesaria.

⁵⁶ Anexo C-54. El Decreto 669/2000 establece, en su parte relevante:

CONSIDERANDO:

...

Que es política general del Marco Legal del Gas entre otros, la de alentar las inversiones que garanticen el suministro de gas natural a largo plazo siendo indispensable para ello un entorno de seguridad jurídica y garantía de cumplimiento de los compromisos asumidos por el Estado nacional con motivo de la privatización de GAS DEL ESTADO SOCIEDAD DEL ESTADO. En especial el Acuerdo del 6 de enero de 2000 suscripto entre el ENTE NACIONAL REGULADOR DEL GAS, organismo autárquico en el ámbito de la SECRETARIA DE ENERGÍA del MINISTERIO DE ECONOMÍA y las Licenciatarias y los que se suscriban en el futuro, con relación al régimen que asegura la percepción de las tarifas de los servicios públicos de Transporte y Distribución de Gas Natural (concierno los Artículos 38 y 39 de la Ley No. 24,075).

Que 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.

Que el Artículo 41 de la Ley No. 24,076 y las Reglas Básicas de las Licencias de Transporte y Distribución conforme el Decreto No. 2255 de fecha 2 de diciembre de 1992 ANEXOS A y B, SUBANEXOS 1: REGLAS BÁSICAS, disponen el ajuste de las Tarifas en forma semestral, mediante la aplicación de la variación que pudiera experimentar el índice de Precios del Productor-Bienes Industriales (PPI) de los ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA.

Que 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.

Que en ese sentido, se ha previsto la aplicación de indicadores de mercado internacional a efectos de reflejar en las tarifas “los cambios de valor de bienes y servicios representativos de la actividad de los prestadores”.

Que por otra parte, el país se encuentra atravesando una delicada crisis económico-financiera, por insuficiencia de recursos, acumulación de deuda interna y consecuencias recesivas que afecta a amplios sectores de la población y que se está superando lentamente.

54. El 18 de agosto de 2000, un juez federal emitió una orden suspendiendo el ajuste de las tarifas de distribución y transporte de gas. Esta orden fue emitida como medida provisoria en espera de la decisión judicial sobre una reclamación del Ombudsman contra el Poder Ejecutivo Nacional y ENARGAS solicitando la declaración de inconstitucionalidad de los Artículos 41 y 96 de la Ley de Gas (Ley 24.076) en la medida en que permitían la indexación de tarifas de gas. En dicha solicitud, también se pedía la declaración de inconstitucionalidad de los Decretos 1738/92 y 2255/92 y la nulidad del Decreto 669/00 que aprobaba el Acuerdo de julio⁵⁷. La orden provisoria del tribunal prohibió los aumentos de las tarifas de transporte y distribución y suspendió la aplicación del Decreto 669/00 hasta la decisión final sobre el reclamo. Como consecuencia de la

Que la mencionada situación económico-financiera hace necesario prever medidas de aplicación excepcional y efectos inmediatos para reducir el impacto negativo en la sociedad que produciría un incremento tarifario y a la vez compatibilizar dichas medidas con el cumplimiento de los compromisos a cargo del Estado Nacional.

Que el PODER EJECUTIVO NACIONAL se encuentra dedicado a la tarea de analizar y tomar medidas urgentes a efectos de paliar la crisis por la que se atraviesa.

Que 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 las tarifas de los usuarios de gas natural, acepten las medidas conducentes a evitar un efecto económico excesivamente gravoso tanto para la población en general como para el sector industrial.

...

EL PRESIDENTE
DE LA NACIÓN ARGENTINA
DECRETA:

Artículo 1º: Dase por diferida la aplicación a las tarifas respectivas del ajuste mencionado en los puntos 9.4.1.1 y 9.4.1.4 de las reglas Básicas de la Licencia de Transporte y Distribución entre el 1º de julio de 2000 y el 30 de junio de 2002.

Art. 2º: Aplíquese el mecanismo de ajuste relacionado con el Producer Price Index, Industrial Commodities (PPI), prevista en el artículo 41 de la Ley N° 24,076, su reglamentación, y descripta en los puntos 9.4.1.1 y 9.4.1.4 de las Licencias de Transporte y Distribución de gas por redes, correspondiente al 1º de enero de 2000, en forma diferida a partir del 1º de julio de 2000, en los términos y condiciones descriptas en los Anexos I y II que integran el presente y quedan aprobados por este acto.

⁵⁷ Ver Anexo C-122.

orden del tribunal, ENARGAS ordenó a TGN que mantuviera la tasa de tarifas aprobadas a mayo de 2000⁵⁸. Luego, TGN apeló contra la Nota 3480/2000 de ENARGAS⁵⁹. El 22 de septiembre de 2000, ENARGAS, el Ministerio de Economía y el Procurador apelaron la medida cautelar provisoria del Tribunal Federal⁶⁰. Según los testigos de Total, TGN creyó que la suspensión de los ajustes de tarifas por PPI de los Estados Unidos eran temporales y que la decisión del tribunal estaban basadas en fundamentos legales débiles, en especial, a la luz del hecho de que ENARGAS, el Ministerio de Economía y el Procurador General de la República Argentina habían apelado la medida cautelar⁶¹.

55. En octubre de 2001, el Tribunal de Apelación rechazó la apelación del Gobierno contra la medida cautelar. Se presentó otra apelación ante la Corte Suprema de la República Argentina. Dicha apelación aún se encontraba pendiente de resolución cuando se adoptó la Ley de Emergencia en enero de 2002.

56. La mayoría del Tribunal hace hincapié en el hecho de que inmediatamente después de la declaración de nulidad del Acuerdo de julio por parte del tribunal, CMS, un accionista de TGN, envió una nota al gobierno argentino en la que le comunicaba su intención de iniciar un arbitraje dentro del marco del CIADI sobre la base del TBI entre la Argentina y los Estados Unidos como resultado de la decisión del Tribunal de suspender los ajustes PPI de los Estados Unidos⁶². No le atribuyo la misma importancia a este hecho. El que un inversor existente en el sector de transporte de gas (subjetivamente)

⁵⁸ Ver Nota 3840/2000 de ENARGAS, de fecha 30 de agosto de 2000. Esto excluía la aplicación del ajuste por PPI de los EE. UU. adeudado en enero de 2000 y julio de 2000. Ver Charpentier, Declaración testimonial 1, párr. 78.

⁵⁹ Ver Anexo C-124, de fecha 13 de septiembre de 2000.

⁶⁰ Ver Anexo C-125. En sus vastas presentaciones de apelación, las partes del Gobierno alegaron una cantidad de defectos procesales básicos y sus fundamentos.

⁶¹ Ver Charpentier, Declaración testimonial 1, párr. 178. Declaración testimonial 2, párr. 31. En consecuencia, Total no consideró que la medida cautelar impactaba en la valuación de TGN o en la finalización de la venta. Además, Total alega que no era lo suficientemente importante permitir que Total rescinda o modifique el acuerdo vinculante de accionistas que había firmado con TCPL el 30 de mayo de 2000. Ver Charpentier, Declaración testimonial 2, párr. 47. Al tratar esta presentación, la mayoría, independientemente del claro texto del Acuerdo de enero y de julio y la subsiguiente defensa del Gobierno ante los tribunales, establece que “[e]sperar que, luego de dos años de suspensión, el gobierno podría haber estado dispuesto y podría haber sido capaz de imponer 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.” Ver Decisión Mayoritaria, párr. 156.

⁶² Ver párr. 66 y 155 de la Decisión Mayoritaria.

considere que las suspensiones de ajustes con fundamento en el PPI de los EE. UU. eran en sí misma una violación de sus derechos en virtud de un tratado de inversión no significa que es objetivamente irrazonable o ilegítimo tener la expectativa de que la Argentina cumpliría con los Acuerdos de enero y julio. En dichos acuerdos y decretos relacionados, la Argentina reconfirmó los derechos de las licenciatarias sobre los ajustes por PPI de los EE. UU. en virtud del marco legislativo existente y ENARGAS y el Estado defendieron dichos acuerdos ante los tribunales nacionales. Es difícil comprender cómo la posición de CMS sobre las obligaciones de la Argentina en virtud del tratado (esto es, que la demora en el pago de ajustes por PPI de los Estados Unidos importaba una violación al tratado) o los Acuerdos de enero y julio en sí podrían interpretarse como un indicador de la desaparición completa del marco legislativo en el sector energético. Tal como indica la mayoría, y como se explica con anterioridad, la Argentina ha alegado que Total debería haber previsto la crisis económica y, que por ende, no podría haber tenido la expectativa legítima de la continuidad del marco legal. La Argentina alega lo siguiente en relación con el contexto en el que Total realizó sus inversiones subsiguientes en los sectores de transporte de gas y generación de energía:

... (a) en lugar de una “política consciente del Gobierno par 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 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 descrita en una ley de emergencia como “un proceso de profunda depresión”⁶³.

57. Esta caracterización depende en gran medida de mirar a los hechos en retrospectiva y es inconsistente con las promesas del Gobierno argentino a Total, a otros inversores y al público en general en aquel entonces.

58. Desde mi punto de vista, al aceptar este argumento, la mayoría ha atribuido al inversor extranjero un nivel de pronóstico con respecto a la economía de la Argentina y a

⁶³ Escrito posterior a la audiencia de la Argentina, en 79.

la reacción política, aún mayor al que Argentina misma tenía en ese momento. Si bien estoy de acuerdo en que el momento adecuado para evaluar las expectativas legítimas de Total fue el momento en el que realizó sus numerosas inversiones y que las circunstancias de dicho momento deberían tenerse en consideración al evaluar dichas expectativas, no creo que sea apropiado conferirle al inversor el requisito de ser clarividente. En esencia, Total sostiene que sus expectativas con respecto a sus inversiones en los sectores de transporte de gas y de generación eléctrica consistía en que los regímenes regulatorios continuaran reflejando el compromiso del gobierno de proporcionar un equilibrio económico que, durante la década pasada, había dado lugar a inversiones extranjeras masivas en la infraestructura de energía de la Argentina, la modernización y la mejora de los sectores energéticos de la Argentina y uno de los precios más bajos de energía para los consumidores como resultado de la competencia en el mercado. Total había sido un inversor en la Argentina durante más de 20 años cuando decidió realizar inversiones adicionales en los sectores de generación de electricidad y de transporte de gas. Sorteó numerosas crisis económicas en aquél momento. Sin embargo, en la década que precedió a las inversiones adicionales, la economía de la Argentina había sido sorprendentemente buena. No fue una coincidencia que este desempeño favorable siguiera a la privatización y al compromiso de liberar los principios del mercado en el sector energético.

59. El marco regulatorio y legislativo establecido al momento de la privatización se designó a los efectos de proporcionar flexibilidad, sobrevivir la debacle económica y mantener el equilibrio económico del sistema. Por definición, equilibrio económico no implica un beneficio sólo para los inversores. El sistema fue diseñado para permitir que los inversores recuperen sus costos y alcancen una tasa de rentabilidad razonable por las inversiones al mismo tiempo que se proporcionaba a los consumidores electricidad a tarifas razonables. Puede no haber sido legítimo que un inversor esperara que la tasa de rentabilidad de sus inversiones permanecieran iguales o que el gobierno permitiera que las tarifas alcanzaran niveles desproporcionadamente altos en perjuicio de los consumidores y beneficio de los inversores. Sin embargo, esto no es lo que Total esperaba ni lo que se plantea aquí. En mi opinión, en el momento que Total realiza su inversión, era legítimo y razonable esperar que el gobierno mantuviera el compromiso

respecto al equilibrio económico del sistema que había asumido y que había resultado tan exitoso durante casi una década. También era razonable y legítimo que Total esperara que el gobierno fijara las tarifas en niveles que permitieran alcanzar una tasa de rentabilidad razonable y que no forzara a los inversores a operar con pérdidas durante una cierta cantidad de años. En mi opinión, Total tenía derecho a confiar en las promesas de la Argentina hechas a través de su programa de privatización; el marco legislativo relacionado, transparente y de respaldo; en las licencias redactadas de manera consistente; en las redes de tratados bilaterales de inversión; y en casi una década de práctica consistente y resultados exitosos. Finalmente, era legítimo que Total esperara que la Argentina no iba a dismantelar completamente este sistema a expensas de los inversores solamente.

60. Estoy de acuerdo en que un tratado bilateral de inversión no debería proporcionar un seguro contra malas decisiones de negocios. Sin embargo, las pruebas presentadas me han persuadido de que Total realizó un *due diligence* razonable y exhaustivo antes de decidir si invertir más cantidad del dinero de sus accionistas en la Argentina y, al hacerlo, confió legítimamente en el Marco Regulatorio del Gas, incluyendo las tarifas en dólares de los Estados Unidos y en los ajustes según el IPP, según estableció la Argentina. Las pruebas demuestran claramente que las pérdidas de Total no fueron causadas por problemas comerciales sino que fueron causadas por los cambios en el marco regulatorio.

61. En *LG&E c. Argentina*, el Tribunal resolvió que:

... fue injusto e inequitativo sancionar una ley revocando la garantía contenida en el Decreto N° 1738/92 relativa al cálculo de las tarifas en dólares americanos para luego ser convertidos a pesos. Tal y como señalan las Demandantes, ésta no era simplemente una política económica y monetaria del Gobierno argentino, materializada en la Ley de Convertibilidad; por el contrario, era una garantía del sistema tarifario. Tal garantía era especialmente importante para la protección de la inversión, hecha en dólares, de una subsiguiente devaluación del peso⁶⁴.

62. Con respecto a las acciones de la Argentina al eliminar el derecho de calcular las tarifas en dólares estadounidenses, el tribunal de *Sempra* llegó a las siguientes conclusiones:

⁶⁴ *LG&E*, nota 15, párr. 134.

Si tanto la Ley del Gas como el Decreto del Gas y las Reglas Básicas de la Licencia hacen referencia inequívoca al cálculo de las tarifas en dólares de los Estados Unidos, y si dicha característica también se explicó en los mismos términos en el Memorando de Información, no cabe duda de que esta es la característica fundamental que rige al sistema tarifario.

Dado el énfasis que este marco regulatorio dio a la estabilidad de la estructura tarifaria, no es sorprendente que al cálculo de las tarifas en dólares de los Estados Unidos, así como al ajuste según el IPP, se les haya atribuido allí un papel significativo. Si bien no se ignoró la posibilidad de que en algún momento se produjera una devaluación, prácticamente no se la abordó, partiendo de la premisa de que la estabilidad era el objetivo principal o, como se explicará más adelante, de que el problema se corregiría por medio del ajuste automático de tarifas a un nuevo nivel del tipo de cambio.

La Demandada ha dedicado especial atención al vínculo que según ella existe entre estas cláusulas y la Ley de Convertibilidad. ... Efectivamente la Ley del Gas establecía un vínculo con el primer aspecto al hacer referencia a los pesos convertibles de acuerdo con la Ley de Convertibilidad. Sin embargo, la referencia hecha en la Licencia a una paridad determinada establecida en el Decreto Reglamentario de la Ley de Convertibilidad debe considerarse más calificada. En efecto, la Cláusula 9.2 de la Licencia tiene en cuenta el hecho de que la paridad y el coeficiente podrían ser modificados en el futuro, puesto que se refiere expresamente a las eventuales modificaciones de la convertibilidad en virtud del Decreto 2.128/91. [...] La distinción hecha por la Demandada entre la modificación del régimen de convertibilidad y su abandono no resulta convincente. La finalidad de las garantías y de la estabilización es de que funcionen concretamente cuando surgen los problemas, no cuando los negocios continúan como siempre. El sistema tarifario aprobado fue concebido como una característica permanente y no transitoria de la privatización”⁶⁵.

63. El tribunal del caso *LG&E* también concluyó que:

“Argentina actuó de manera injusta e inequitativa cuando prematuramente abandonó el sistema de ajuste de tarifas por PPI y congeló las tarifas antes del inicio de los desórdenes públicos y las amenazas a su seguridad en diciembre de 2001. Igualmente, se rehusó a reasumir los ajustes, luego de que se normalizaran las condiciones en abril de 2003 y, por el contrario, forzó a las licenciatarias a renegociar sus licencias”⁶⁶.

64. Tal como se discutió más arriba, estoy de acuerdo en que las expectativas legítimas del inversor deben ser evaluadas al momento de realizar la inversión. En el caso de Total, con respecto a su inversión en TGN, el momento relevante es el año 2000. Total acordó comprar las acciones de TCPL en mayo de 2000. Hasta ese momento, la Ley del Gas había estado regulando la distribución del gas durante casi una década. También en ese momento, el Gobierno había acordado con los distribuidores que los ajustes según el

⁶⁵ *Sempra* nota 36, párr. 141-151.

⁶⁶ *LG&E* nota 15, párr. 136. El tribunal en el caso *LG&E* concluyó que existió un período de necesidad entre el 1 de diciembre de 2001 y el 26 de abril de 2003 y exoneró a Argentina de la indemnización por concepto de los daños ocurridos durante tal período.

IPP serían diferidos (el Acuerdo de enero). Seis meses más tarde, el Gobierno y los distribuidores acordaron un nuevo diferimiento (el Acuerdo de julio). En ambos casos, las cantidades diferidas debían ser canceladas con intereses. La Argentina argumenta y la mayoría acepta que, como resultado del Acuerdo de enero y del Acuerdo de julio, Total debería haber sabido que la Argentina se encontraba al borde de una crisis financiera y que, por lo tanto, no resultaba legítimo para Total esperar que el régimen regulatorio del gas permaneciera intacto. No estoy de acuerdo con esta evaluación de los hechos. En enero de 2000, el Gobierno demostró su compromiso con el régimen regulatorio del gas por medio de la negociación (tal como se dispuso en la licencia) con los distribuidores de gas de una suspensión del ajuste por referencia al IPP de los Estados Unidos en respuesta al ambiente de rescisión que se vivía en la Argentina. Seis meses más tarde, se renegotió dicha suspensión. En ese momento, no había indicios de que el Gobierno tuviera la intención de dismantelar el sistema completo. De hecho, cuando se impugnaron los ajustes por referencia al IPP de los Estados Unidos, el Gobierno defendió los ajustes ante los tribunales como si fueran derechos otorgados a los inversores. En mi opinión, resulta inapropiado que la Argentina ahora argumente que Total debería haber sabido que la Argentina renegaría de todas sus promesas.

VI. GENERACIÓN DE ELECTRICIDAD

65. La Decisión de la Mayoría ya ha establecido las conclusiones de Total en detalle con respecto al sector de generación de electricidad en la Argentina. Las inversiones de Total en este sector fueron participaciones de dominio en dos empresas importantes de generación de electricidad: Central Puerto S.A. (“Central Puerto”) e Hidroeléctrica Piedra de Águila S.A. (“HPDA”). Total realizó sus inversiones en 2001⁶⁷. Total vendió estas inversiones en el año 2006⁶⁸, en cuyo momento no existieron negociaciones significativas con el regulador en lo que respecta a los cambios introducidos en el sistema como resultado de las Medidas tomadas en 2002⁶⁹.

⁶⁷ Escrito posterior a la audiencia de la Argentina, párr. 835.

⁶⁸ Escrito posterior a la audiencia de la Argentina, párr. 98.

⁶⁹ Respuesta de Total, párr. 687.

66. Como resultado de las Medidas, se pesificaron los pagos por capacidad y por riesgo de incumplimiento y el precio *spot* no se fijó más con base en principios de mercado, ni continuó siendo uniforme y se limitó el precio máximo. Asimismo, los generadores de electricidad no recibieron el pago ni siquiera de las tasas artificiales y reducidas y debieron convertir sus saldos impagos por cobrar en más inversiones a través de FONINVEMEM.

67. La mayoría de los miembros del Tribunal, reiterando sus conclusiones con respecto a las Medidas de manera general, rechaza los reclamos de Total con respecto a la pesificación de la capacidad y el riesgo de las faltas de pago. Por los motivos expresados anteriormente, considero que la pesificación y el congelamiento de las tarifas constituyen un incumplimiento de la obligación de otorgar un tratamiento justo y equitativo, así como también considero legítimo que Total esperara que la Argentina mantuviera un equilibrio económico básico del sistema regulatorio de la generación de electricidad en el que Total confió cuando decidió realizar su inversión.

68. Asimismo, la mayoría expresa la opinión de que la decisión de Total de invertir en el sector de generación de electricidad en septiembre de 2001 resultó imprudente, dado que Total debería haber tomado en cuenta la posibilidad de un abandono de una paridad fija con el dólar estadounidense⁷⁰. Tal y como se discutió anteriormente respecto del momento en que Total realizó las inversiones en el sector de transporte de gas, considero que este requisito subjetivo impuesto por la mayoría supone una mayor previsión por parte de un inversor extranjero que la que tenía el propio gobierno argentino en ese momento. Incluso si el abandono de la paridad con el dólar estadounidense era una posibilidad, la Argentina hizo más que solamente abandonar dicha paridad – redenominó los contratos que estaban expresados en dólares estadounidenses a través de una conversión forzada a la tasa anteriormente abandonada y luego congeló las tarifas y los pagos de modo tal que no podían ajustarse a través de la operación de las fuerzas del mercado a niveles viables en términos económicos. La Decisión de la Mayoría lo reconoce hasta cierto punto cuando establece que “el sistema de precios que la Secretaría de Energía impuso en forma progresiva luego de 2002 resulta incongruente con los

⁷⁰ Ver Decisión de la Mayoría, párr. 324.

principios consagrados en la Ley de Energía Eléctrica”⁷¹ antes de concluir que la alteración del mecanismo de fijación de precios marginales uniformes constituyó un incumplimiento de la obligación de otorgar un tratamiento justo y equitativo. Estoy de acuerdo en que la alteración del mecanismo de fijación de precios marginales uniformes constituyó un incumplimiento de dicha obligación. Sin embargo, yo también habría concluido que existió un incumplimiento de dicha obligación como resultado de la decisión de pesificar la capacidad y el riesgo de las faltas de pago.

69. Estoy de acuerdo en el razonamiento y las conclusiones de la mayoría respecto de la falta de pago de las cuentas a cobrar y la participación forzada en el esquema de FONINVEMEM.

VII. EXPLORACIÓN Y PRODUCCIÓN DE HIDROCARBUROS

A. El Decreto de Concesión

70. Las inversiones de Total en este sector, las Medidas tomadas por la Argentina y su supuesto impacto sobre la inversión de Total se explican en detalle en la Decisión de la Mayoría⁷² y no serán repetidas. A diferencia de las inversiones de Total en el transporte de gas y generación de electricidad, las inversiones de Total en el área de la exploración y producción de hidrocarburos se realizaron de manera temprana (a partir de 1978) y requirieron la suscripción de contratos específicos y detallados entre Total y Argentina. En particular, la Argentina había negociado con Total la conversión de su contrato “*take or pay*” con YPF en un permiso de exploración y concesiones separado, según el cual Total tenía el dominio de los hidrocarburos que producía y el derecho de disponer de ellos libremente. Este contrato se encuentra en el Decreto de Concesión, que incorpora los términos del *Acta Acuerdo* acordados entre Total y Argentina. Estos antecedentes se describen en la Decisión de la Mayoría, que luego concluye que el dominio y la libre disponibilidad de los derechos otorgados a Total estaban limitados por otras leyes y

⁷¹ Ver Decisión de la Mayoría párr. 328.

⁷² Ver Decisión de la Mayoría, párr. 347-405.

decretos, de modo tal que la Argentina podía, en esencia, dictar cómo, a quién y a qué precio Total debía vender los hidrocarburos que producía⁷³.

71. El análisis de la mayoría inicia con el claro lenguaje contenido en el Decreto de Concesión que Total tiene “el dominio y la libre disponibilidad” de los hidrocarburos que producía “de conformidad con lo prescripto en [la Ley de Hidrocarburos y los Decretos de Desregulación]”. Asimismo, considera el requisito en el Artículo 6 del Decreto 1589/1989 que dispone que el Poder Ejecutivo Nacional deberá preavisar la decisión de restricción a la exportación de crudo con doce meses de antelación a la fecha en que entrará en vigencia dicha restricción, en cuyos casos, el Poder Ejecutivo podrá fijar el precio del petróleo crudo de cierta manera, a menos que los precios internacionales del petróleo crudo sean extremadamente altos por circunstancias excepcionales. La Decisión de la Mayoría concluye que, dado que la Ley General de Hidrocarburos de 1967 otorgó al Poder Ejecutivo el derecho de regular los precios y las exportaciones en los casos de faltas internas de petróleo crudo, “los derechos de Total de libre disponibilidad del petróleo no importaba el derecho de fijar sus precios libremente o de exportarlos sin limitaciones”,⁷⁴.

72. Con el debido respeto, no puedo estar de acuerdo con esta interpretación de lo que, en mi opinión, constituye un lenguaje muy claro en el Decreto de Concesión. Considero que la interpretación de la mayoría también expande los derechos limitados de la Argentina conforme a los varios decretos generales al no analizar si se cumplieron las condiciones precedentes a la facultad de la Argentina de limitar los derechos de Total de libre disponibilidad en este caso. Se debe recordar que el Decreto de Concesión fue negociado a los efectos de reemplazar el contrato “*take or pay*” que Total había suscrito con la empresa estatal de energía. De conformidad con el contrato “*take or pay*”, Total no tenía derecho a disponer libremente de los hidrocarburos que producía – debía vender la totalidad a YPF que, por su parte, estaba obligado a comprar la totalidad a precios superiores a los del mercado⁷⁵. El Decreto de Concesión modificó esta situación.

⁷³ Ver Decisión de la Mayoría, párr. 427.

⁷⁴ Ver Decisión de la Mayoría, párr. 427.

⁷⁵ Contrato 19,944 con fecha 24 de abril de 1979. Apéndice C-63(1); También ver Contie WS2, párr. 7-17.

También buscó preservar la seguridad del suministro en el mercado interno en circunstancias excepcionales por medio de la incorporación temprana de decretos regulatorios generales. No hay pruebas de la existencia de estas circunstancias excepcionales en este caso. De hecho, había pruebas de que no existieron restricciones a las exportaciones de petróleo crudo hasta mayo de 2002, cuando se introdujeron restricciones a corto plazo y en diciembre de 2004 nuevamente⁷⁶. Entonces, si bien estoy de acuerdo en que el Poder Ejecutivo tenía cierta habilidad para limitar los derechos de libre disponibilidad de Total a los efectos de proteger el abastecimiento interno de hidrocarburos (y, solamente entonces, en caso de ser apropiado, se otorgaba compensación a Total), no estoy de acuerdo en que estas limitaciones, de manera general, hubieren dañado el derecho de Total de fijar libremente sus precios o de decidir si vender sus productos internamente o exportarlos. Se le otorgó a Total el dominio de los hidrocarburos que producía y el derecho a la libre disponibilidad de ellos⁷⁷. La interpretación que la mayoría hizo de esta cláusula la priva de virtualmente todo significado. ¿Qué significa “dominio y el derecho de libre disponibilidad” sino el derecho de vender sus productos a quien quiera que se elija al precio que hubiere negociado libremente?

B. La Ley de Hidrocarburos

73. En mi opinión, la interpretación correcta de los derechos de Total y de las expectativas legítimas con respecto a sus inversiones en el sector de la explotación y producción de hidrocarburos requiere una revisión de la historia de dicha inversión y del contexto en el que se realizó y que por insistencia de la Argentina, fue modificada.

74. Al momento de la inversión inicial de Total en 1978 regía la Ley de Hidrocarburos. La misma constituía el marco legal básico para la producción, la industrialización, el transporte y la comercialización de hidrocarburos líquidos y gaseosos, que serían proporcionados por empresas estatales y entes privados en virtud de las disposiciones legales y de futuras reglamentaciones adoptados por el Poder Ejecutivo Nacional. De conformidad con los términos de la ley, su objetivo principal era el de

⁷⁶ Interrogatorio directo de Yves Grosjean, Transcripción, (Inglés) Día 3, 897:7 – 15.

⁷⁷ “*el dominio y la libre disponibilidad*”.

“satisfacer las necesidades de hidrocarburos del país con el producido de sus yacimientos, manteniendo reservas que aseguren esa finalidad”. El Artículo 11 de la Ley establecía que las empresas estatales constituirían elementos fundamentales en el logro de esos objetivos. También disponía que, en el futuro, el Poder Ejecutivo Nacional podría asignar nuevas áreas a aquéllas empresas estatales que podrían ejercer sus actividades directamente o mediante contratos con entidades privadas. El Artículo 6 de la Ley de Hidrocarburos, citada en la Decisión de la Mayoría, establecía que los titulares de los permisos y los concesionarios tenían el dominio de los hidrocarburos que extraían y, consecuentemente, que podían transportarlos, comercializarlos e industrializarlos cumpliendo las reglamentaciones dictadas por el Poder Ejecutivo Nacional sobre bases técnico-económicas razonables que contemplaban las necesidades del mercado interno y procuraban estimular la exploración y explotación de hidrocarburos. El Artículo 6 también establecía que cuando la producción nacional de hidrocarburos líquidos no fuera suficiente para cubrir las necesidades internas, sería obligatoria la utilización en el país de todos los hidrocarburos de origen nacional, salvo en casos en que justificadas razones técnicas no lo hicieran aconsejable.

75. Asimismo, el Artículo 6 establece que si en dicho período (durante el cual la producción nacional no alcanzara para cubrir las necesidades internas) el Poder Ejecutivo fijara los precios de comercialización en el mercado interno de los petróleos crudos, tales precios serían iguales a los que se establecieran para la respectiva empresa estatal, pero no inferiores a los niveles de precios de los petróleos de importación en condiciones similares. En el caso que los precios del petróleo importado se incrementara significativamente por circunstancias excepcionales, dichos precios no serían considerados para la fijación de los precios de comercialización en el mercado interno. En ese caso, éstos últimos podrían fijarse sobre la base de los costos reales de explotación de la empresa estatal, las amortizaciones que técnicamente correspondieran, y una tasa de interés razonable sobre las inversiones actualizadas por dicha empresa estatal. Cualquier precio fijado para los subproductos, debía ser compatible con aquél establecido para el petróleo.

76. Con respecto a la exportación de hidrocarburos, el Poder Ejecutivo debía permitir la exportación de aquellos hidrocarburos o derivados no requeridos para la adecuada satisfacción de las necesidades internas, siempre que dichas exportaciones se realizaran a precios comerciales razonables. Asimismo, el Poder Ejecutivo podría fijar en tal situación los criterios que regirían las operaciones en el mercado interno, a fin de posibilitar una racional y equitativa participación en el mismo para todos los productores del país.

77. La Ley de Hidrocarburos fue adoptada con anterioridad a la privatización de las empresas del estado (YPF y Gas del Estado) que dominaban el sector. En resumen, el objetivo principal de la Ley consistía en satisfacer las necesidades internas de hidrocarburos mediante la producción de los yacimientos que se encuentran dentro de la Argentina y asegurar las reservas adecuadas. Expresamente, aquellos hidrocarburos que no fueran necesarios para cubrir las necesidades internas podían ser exportados siempre que las exportaciones fueran hechas a precios comerciales razonables. Con respecto a los hidrocarburos líquidos (petróleo crudo), en el caso de que la producción nacional no alcanzaran para cubrir las necesidades internas y el Poder Ejecutivo Nacional decidiera fijar los precios en el mercado interno, la ley estableció que aquellos precios serían iguales a los que se establecieran para la respectiva empresa estatal, pero no inferiores a los niveles de precios de los petróleos de importación en condiciones similares. Se propuso un método alternativo para fijar los precios en el caso de que existieran “circunstancias excepcionales”.

78. Con respecto al gas natural (hidrocarburos gaseosos), la ley estableció un derecho preferencial para el uso del gas por parte de, en primer lugar, los yacimientos de que se extraiga y, en segundo lugar, la empresa del estado que prestara servicios de distribución pública del gas con sujeción a la compra dentro de un marco de tiempo razonable y a precios acordados que aseguraran un rendimiento razonable en la inversión relevante. Con la aprobación de la autoridad correspondiente, el concesionario podría disponer libremente del gas que no hubiere sido utilizado. Por último, el Artículo 6 estableció que la comercialización y distribución de hidrocarburos gaseosos estaría sometida a las reglamentaciones que dictara el Poder Ejecutivo Nacional.

79. Tal como se indica anteriormente, el Decreto 1212/89 requirió la renegociación de los contratos existentes entre los inversores extranjeros e YPF. De conformidad con los términos del decreto, YPF debía negociar la conversión de los contratos de servicios existentes en el sistema de concesión proporcionado en la Ley de Hidrocarburos. En el preámbulo, el Decreto 1212/89 establecía la necesidad de llevar a cabo lo siguiente: sustituir la intervención del Estado por los mecanismos de libre mercado y libre disposición del petróleo crudo y sus derivados; permitir que los precios de los hidrocarburos y sus derivados de origen nacional reflejen los precios internacionales; y permitir la libre comercialización de petróleos crudos y sus derivados⁷⁸.

80. El Decreto 1212/89 hacía referencia al Decreto 1055/89, que había sido adoptado un mes antes (12 de octubre de 1989). Éste decreto establecía que era objetivo del Gobierno Nacional reemplazar la intervención del Estado en la fijación de precios, márgenes y cuotas por los mecanismos de mercado y el libre juego de la oferta y la demanda. Asimismo, estableció que el Gobierno Nacional en materia de hidrocarburos se basaba en la desregulación del sector, para permitir la efectiva y libre competencia en el menor tiempo posible reflejando los valores internacionales, debiendo en consecuencia conceder la libre disponibilidad de la producción obtenida, tanto en el mercado interno como en el mercado de exportación. El decreto también establecía que el Poder Ejecutivo Nacional se encontraba autorizado para tomar e implementar estas políticas de conformidad con las disposiciones específicas de la Ley de Hidrocarburos. El Decreto también requería que YPF recolectara información sobre ciertas áreas y yacimientos a los efectos de organizar una licitación pública de los derechos de exploración y explotación de hidrocarburos en estas áreas. Asimismo, el decreto establecía que, en términos generales, los hidrocarburos producidos provenientes de las concesiones serían de libre disponibilidad plena. Esto implicó que los productos podrían ser comercializados libremente en el mercado interno y externo, dentro del marco legal vigente⁷⁹.

⁷⁸ Estos principios se establecieron en las disposiciones del decreto citado en la Decisión de la Mayoría, párr. 352.

⁷⁹ Se citan las disposiciones relevantes en la Decisión de la Mayoría, párr. 353.

81. El tercero de los Decretos de Desregulación, el Decreto 1589/89, en su preámbulo, citaba el interés del Gobierno en establecer reglas claras y definitivas que garantizaran la estabilidad y la seguridad jurídica de los contratos existentes en el sector petrolero. Entre otras cuestiones, el decreto abordaba las consecuencias de las restricciones establecidas por el Poder Ejecutivo Nacional a las exportaciones de petróleo crudo y sus derivados y al derecho de libre disponibilidad de gas natural. En el caso anterior, el Artículo 6 del decreto estableció que se aplicaría lo dispuesto en el Artículo 6 de la Ley de Hidrocarburos, en virtud del cual los productores, refinadores y exportadores percibirían por unidad de producto un valor no inferior al de los productos petroleros y derivados en condiciones similares (grado/calidad). En el caso de restricciones a la libre disponibilidad del gas, el Artículo 6 estableció que el precio no podría ser inferior al del precio mínimo calculado mediante referencia a los precios del petróleo internacional (mil metros cúbicos de gas de 9300 kilocalorías no podría ser inferior al 35% del precio internacional por metro cúbico del petróleo Arabian Light de 34° API). Finalmente, el Artículo 6 establecía que el Poder Ejecutivo Nacional debía preavisar la decisión de restricción a la exportación de crudo y/o derivados con doce (12) meses de antelación a la fecha en que entraría en vigencia dicha restricción.

82. En 1991, la Argentina adoptó el Decreto de Reconversión que hacía referencia a las disposiciones de los Decretos de Desregulación y autorizaba a YPF a proceder con la renegociación de sus contrataciones de servicios existentes y a convertirlos en nuevos acuerdos que establecieran los permisos de exploración y las concesiones de explotación. Asimismo, estableció específicamente los derechos que tendrían las nuevas concesiones negociadas con YPF. Entre ellos se incluían el dominio de los hidrocarburos producidos en las respectivas áreas de los concesionarios, lo que era consistente con el Artículo 6 de la Ley de Hidrocarburos y el derecho de libre disponibilidad de éstos de conformidad con el Artículo 15 del Decreto 1055/89, el Artículo 4 del Decreto 1212/89 y el Artículo 5 y 6 del Decreto 1589/89. También se disponía que toda restricción a los derechos de libre disponibilidad otorgaría a los titulares de la concesión el derecho de recibir compensación que no sería inferior al nivel determinado en el Artículo 6 del Decreto 1589/89 por el período de la restricción.

83. En 1992, la Argentina adoptó la Ley del Gas que abordaría el transporte y la distribución del gas natural. El Artículo 3 de la ley regula la importación y la exportación de gas natural. Con respecto a las exportaciones, dicho Artículo establece que las exportaciones de gas natural deberán ser autorizadas por el Poder Ejecutivo dentro del plazo de noventa (90) días de recibida la solicitud, en la medida que no se afecte el abastecimiento interno. El Artículo dispone que la falta de respuesta o el silencio implicarán conformidad⁸⁰.

84. Según se describe en la Decisión de la Mayoría, YPF y Total entablaron negociaciones para convertir el Contrato 19,944 en un contrato de concesión de conformidad con los términos del Decreto de Reconversión. Tras largas negociaciones, las Partes llegaron a un acuerdo con respecto a los términos y el 23 de noviembre de 1993 Total y YPF firmaron el Acta Acuerdo. En los considerandos que se encuentran al principio del contrato, las Partes establecieron lo siguiente:

(d) Que la reconversión aludida implicará, la transformación del CONTRATO en una Concesión de Explotación de hidrocarburos, sobre un grupo de lotes de explotación comprendidos dentro del AREA del CONTRATO y en un Permiso de Exploración de hidrocarburos sobre las superficies remanentes del AREA que no han sido convertidas en lotes de explotación, cuyos efectos corresponde regular por lo establecido en el ACTA ACUERDO y en la Ley n° 17.319, con las modalidades emergentes de los Decretos N° 2411/91, N° 1055/89, N° 1212/89 y N° 1589/89.

(c) Que esta reconversión implicará la extinción de un contrato vigente entre las PARTES, medida a la que solo puede llegarse obteniendo el previo acuerdo de los titulares del mismo.

⁸⁰ El Artículo 3 de la Ley del Gas dispone lo siguiente:

III Exportación e importación de gas natural

Art. 3° – Quedan autorizadas las importaciones de gas natural sin necesidad de aprobación previa.

Las exportaciones de gas natural deberán en cada caso, ser autorizadas por el Poder Ejecutivo nacional, dentro del plazo de noventa (90) días de recibidas la solicitud, en la medida que no se afecte el abastecimiento interno.

El silencio, en tal caso, implicará conformidad.

Los importadores y exportadores, deberán remitir al Ente Nacional Regulador del Gas una copia de los respectivos contratos.

(f) Que se ha tomado en cuenta que la reconversión del CONTRATO tiene como consecuencia para sus titulares un sustancial cambio jurídico, al abandonar su posición de contratistas de YPF, lo que implica asumir, en algunos casos una vez superada la etapa del riesgo minero, el riesgo económico y costo que significa la explotación y comercialización de los hidrocarburos y el costo del transporte de los mismos.

(g) Que por tratarse de yacimientos con grandes reservas gasíferas, la asunción de la comercialización del gas implica en el caso de este CONTRATO un fuerte quebranto a las COMPAÑÍAS por la importante diferencia a su favor que arroja el precio que YPF se encuentra obligado a pagar por el mismo conforme al CONTRATO, frente al precio fijado por el PODER EJECUTIVO NACIONAL para dicho gas.

(h) Que en virtud de ello, resulta necesario implementar acuerdos tendientes a mantener el equilibrio económico del proyecto para las COMPAÑÍAS, frente al perjuicio que de otro modo soportarían y a los nuevos riesgos que asumen con la reconversión.

85. Asimismo, el contrato establece la reconversión del Contrato 19,944 en un permiso de exploración cuyo plazo finaliza el 1 de mayo de 1996 y una concesión de producción con un plazo de 25 años más una posible extensión de diez años a cambio de la rescisión del Contrato 19,944. El acuerdo específicamente incorpora por referencia los términos de los Decretos de Desregulación y establece el dominio y la libre disponibilidad de los hidrocarburos producidos en las áreas de concesión (de conformidad con el Artículo 6 de la Ley de Hidrocarburos y con los Decretos de Desregulación) durante el plazo completo de la Concesión. El Artículo 10 dispone la compensación por cualquier restricción a la libre disponibilidad de productos de hidrocarburo en una cantidad que no sea inferior a la establecida en el Artículo 6 del Decreto 1589/89. En tal respecto, el Acta Acuerdo también dispuso en su Artículo 21 que en caso de que Total y los demás miembros del Consorcio se vieran impedidos de ejercer sus derechos de conformidad con los términos del acuerdo por cualquier hecho o acto que emane de una autoridad pública, el Poder Ejecutivo Nacional debería instruir a la autoridad o entidad apropiada para que recibiera los hidrocarburos producidos en las áreas de Concesión de conformidad con los términos del Artículo 6 del Decreto 1589/89 durante el período de toda restricción al derecho de la libre disponibilidad y que el Poder Ejecutivo Nacional sería responsable de otorgar la indemnización y la compensación correspondiente que pudiera surgir de conformidad con la aplicación del Artículo 519 del Código Civil de la Argentina.

86. El Acta Acuerdo también adjuntaba como anexo un proyecto de decreto aprobando e incorporando los términos del Acta Acuerdo. Este proyecto fue adoptado y publicado como el Decreto 214/94, el Decreto de Concesión el 15 de febrero de 1994. Las porciones más relevantes del Decreto a los fines presentes se establecen en la Decisión de la Mayoría en el párrafo 359 y, por conveniencia, se reproducen a continuación:

Que la reconversión del Contrato No. 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 No. 19.944 frente al perjuicio que de otro modo soportarían y los nuevos riesgos que asumen con la reconversión.

....

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 No. 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 No. 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 No. 17.319 y los Decretos No. 1055 del 10 de octubre de 1989, No. 1212 del 8 de noviembre de 1989, No. 1589 del 27 de diciembre de 1989 y No. 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 No. 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 discriminado 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 No. 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.

87. La conversión del Contrato 19,944 procedió sobre la base establecida en el Acta Acuerdo y el Decreto de Conversión. A partir de entonces, tal como lo estableció la decisión de la mayoría en los párrafos 360 a 363, Total expandió su exploración y las actividades de producción de hidrocarburos en la Argentina. Asimismo, celebró una serie de contratos a largo plazo con distribuidores locales para la venta de gas natural y contratos de exportación con clientes Chilenos.

88. En mi opinión, la secuencia de legislación y eventos descritos más arriba reflejan una clara intención por parte de la Argentina de inducir a los inversores en el sector de la exploración y explotación, y a Total y a los otros miembros del Consorcio en particular, a convertir los contratos de servicios con YPF en concesiones. El Contrato 19,944 que Total celebró con YPF fue lucrativo y le proporcionó a Total una cantidad de ventajas incluyendo precios favorables y la evasión de una cantidad de riesgos. La Argentina tuvo la intención de cambiar el régimen y buscó inducir a Total para convertir el contrato mediante ciertas promesas o compromisos, incluyendo la estabilidad y la seguridad jurídica de las contrataciones existentes en el ámbito petrolero (Decreto 1589/89 - Preámbulo); el dominio y la libre disponibilidad de hidrocarburos extraídos por los concesionarios (Decreto 1055/89, Artículos 14 y 15; Decreto 1589/89 – Artículo 5; Acta

Acuerdo – Artículo 8; Decreto de Concesión – Artículo 6); la necesidad de mantener el equilibrio económico de los contratos de las empresas al convertir sus contratos en concesiones (Acta Acuerdo – Preámbulo, párrafo (f), (g), (h); Decreto de Concesión – Preámbulo); compensación y daños por la restricción de la libre disponibilidad de hidrocarburos producidos de las concesiones (Decreto 1589/89 – Artículo 6; Decreto de Reconversión – Artículos 5 y 7; *Acta Acuerdo* – Artículos 10 y 21; Decreto de Concesión – Artículos 8 y 17). Esto es respaldado ampliamente por las pruebas testimoniales de Total con respecto a la negociación y el acuerdo del Acta Acuerdo y la adopción del Decreto de Concesión⁸¹.

89. Argentina se basó en la Ley de Hidrocarburos, y en particular en el Artículo 6, para argumentar que, a pesar del contenido de los Decretos de Desregulación, el Decreto de Reconversión, el Acta Acuerdo y el Decreto de Conversión respecto de los derechos de dominio y libre disponibilidad de los hidrocarburos de los concesionarios y, en particular, de Total, estos estaban sometidos a una amplia potestad de regular y de limitar el derecho de libre disponibilidad mediante la restricción de las ventas y el control de los precios. La mayoría acepta esta postura en el párrafo 427 de la Decisión de la Mayoría. En mi opinión, esta no constituye la interpretación correcta de la Ley de Hidrocarburos y su Artículo 6, particularmente en el contexto de la inversión de Total, las reglamentaciones adoptadas para inducir y facilitar la conversión de contratos de servicios a concesiones y las negociaciones que han dado lugar a la suscripción del Acta Acuerdo y la adopción del Decreto de Concesión. La interpretación de la mayoría del Artículo 6 de la Ley de Hidrocarburos y su efecto priva de todo significado la letra de varios decretos y del Acta Acuerdo que garantiza a Total y a otros inversores quienes convirtieron sus contratos de servicios, dominio y libre disponibilidad de los hidrocarburos que producen. Asimismo, permite el tratamiento arbitrario de Total en incumplimiento del estándar de tratamiento justo y equitativo estipulado en el Artículo 3 del TBI.

⁸¹ Por ejemplo, ver prueba del Sr. Contie, TR, Día 4, págs. 997-1003. La Argentina no proporcionó ningún testigo entendido sobre negociaciones que llevaron al Acta Acuerdo y al Decreto de Concesión.

90. Según se indica, la Ley de Hidrocarburos fue adoptada en el año 1967, tiempo antes de las privatizaciones importantes y la reestructuración del área de los hidrocarburos abordada por la Argentina aproximadamente a partir de 1989. El Artículo 6 establece que los permisarios y los 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 Nacional sobre bases técnico económicas razonables que contemplen las necesidades del mercado interno y procuren estimular la exploración y la explotación de hidrocarburos. Limita de manera expresa el derecho de exportar hidrocarburos solamente en el caso del petróleo (“hidrocarburos líquidos”) en caso que la producción nacional de hidrocarburos líquidos no alcance a cubrir las necesidades internas y, en tal situación, fija los precios de comercialización en el mercado interno de los petróleos crudos durante el período de escasez. Tales precios deberán ser justos dado que no deberán ser inferiores a los niveles de precios de los petróleos de importación de condiciones similares. Cuando los precios del petróleo importado se incremente significativamente por circunstancias excepcionales, éstos podrán fijarse sobre la base de los costos reales de explotación más amortización y un margen de ganancias razonable.

91. Asimismo, el Artículo 6 establece el principio de que el Poder Ejecutivo permitirá la exportación de hidrocarburos y derivados no requeridos para la satisfacción de necesidades internas, siempre que esas exportaciones se realicen a precios comerciales razonables⁸². En relación con los hidrocarburos gaseosos, el Artículo 6 establece que, sujeto a aprobación, el Concesionario sería libre de disponer del gas no requerido para uso en las instalaciones de producción o adquirido por la empresa estatal de distribución del gas. Por último, la declaración de que la comercialización y distribución de hidrocarburos gaseosos estará sometida a las reglamentaciones que dicte el Poder Ejecutivo Nacional resulta insignificante. La adopción de la Ley del Gas y las reglamentaciones relacionadas en el año 1992 constituye un claro ejemplo de ello.

92. Si bien el Artículo 6 de la Ley de Hidrocarburos hace referencia a cierta reglamentación futura del Poder Ejecutivo Nacional, no estipula una amplia forma de

⁸² “El Poder Ejecutivo permitirá la exportación de hidrocarburos o derivados...”.

inmunidad de la responsabilidad del Estado que surge de dicha futura reglamentación y tampoco estipula un amplio derecho irrestricto de limitar los derechos de disponibilidad, de limitar las exportaciones o de fijar precios. Solamente aborda la posibilidad de limitar los precios durante los períodos en que la producción nacional de hidrocarburos líquidos no alcance a cubrir las necesidades internas. En dichos casos, establece específicamente el pago de precios justos a los productores durante el período de falta de oferta. Asimismo, establece que el precio que debe pagar la empresa estatal que preste servicios públicos de distribución por el gas natural debe ser acordado y estipulado a los efectos de proporcionar una tasa de rentabilidad razonable a los inversores.

93. La Ley de Hidrocarburos constituyó una ley general adoptada para regular la industria de los hidrocarburos en una etapa temprana de su desarrollo en la Argentina. Desde las privatizaciones ocurridas a finales de los 80's, una cantidad de las disposiciones se han tornado anticuadas. Por ejemplo, la referencia a empresas estatales en los Artículos 6 y 11 de la ley hace tiempo que se encuentran obsoletas.

94. El Poder Ejecutivo Nacional por supuesto que adoptó reglamentaciones a los efectos de implementar políticas nacionales con respecto a los hidrocarburos. Constituye un ejemplo importante de ello los Decretos de Desregulación que llevaron a la conversión de los contratos de servicios. Cabe mencionar que las negociaciones del Contrato 19,944, el contrato "*take or pay*" suscripto entre Total y los miembros de su Consorcio e YPF tuvieron lugar con posterioridad a la adopción de la Ley de Hidrocarburos. Este acuerdo resultó ser favorable para Total y los miembros del Consorcio, especialmente luego de que la Argentina se volviera un exportador neto de gas. La Argentina e YPF deseaban renegociar este acuerdo y esto ocurrió con el respaldo de las reglamentaciones emitidas por el Poder Ejecutivo Nacional.

95. Los Decretos de Desregulación reflejan la clara intención de la Argentina de inducir a los titulares de los contratos de servicios o "*take or pay*" a convertir esas concesiones a cambio del dominio de los hidrocarburos extraídos y la libre disponibilidad de estos. El Decreto 1589/89, el último en esta serie de decretos, estableció la importancia que tenía para el Gobierno el hecho de establecer reglas claras y definitivas

que garantizaran la estabilidad y seguridad jurídica de los contratos existentes en la industria petrolera. Asimismo, estableció que en el caso de que el Poder Ejecutivo Nacional estableciera restricciones a las exportaciones, se aplicarían las disposiciones del Artículo 6 de la Ley de Hidrocarburos, en virtud de la cual productores, refinadores y exportadores tenían derecho a recibir por unidad de producto un valor no inferior al de productos importados de condiciones similares. También se dispuso un precio mínimo específico para el caso en que se impusieran restricciones a la libre disponibilidad del gas. No se expandieron las disposiciones del Artículo 6 de la Ley de Hidrocarburos de modo alguno. En su lugar, se impuso el requisito adicional de que el Poder Ejecutivo Nacional diera un preaviso de la decisión de restricción a las importaciones de crudo y/o derivados con doce meses de antelación. El Decreto de Reconversión confirmó la intención del Gobierno de que las reglas del mercado en lo que respecta al establecimiento de precios y a la libre disponibilidad de los hidrocarburos fuera el principio fundamental de los Decretos de Desregulación y de la conversión que exigía. También se incorporó por medio de referencia en la nueva concesión los términos del Artículo 15 del Decreto 1055/89, el Artículo 4 del Decreto 1212/89 y el Artículo 5 y 6 del Decreto 1589/89⁸³.

96. Fue en este contexto que YPF, en nombre de la Argentina, y Total negociaron la conversión del Contrato 19,944 en una concesión. Las pruebas establecían claramente que Total explicó en el curso de las negociaciones que el Contrato 19,944 resultaba favorable para el Consorcio y que se perdería una cierta cantidad de ventajas y se asumiría una cierta cantidad de riesgos con la conversión y que estos debían asumirse adecuadamente a los efectos de que el Consorcio prestare su consentimiento para la conversión⁸⁴. Estas inquietudes fueron abordadas en el Acta Acuerdo que registró el hecho de que la conversión debía considerar que el nuevo concesionario asumiría una cantidad de riesgos adicionales, incluyendo la diferencia importante en el precio entre lo que había sido pagado por YPF en virtud del contrato y el precio a ser fijado por el Poder

⁸³ La intención de las regulaciones se vio reflejada en el “prospecto” de YPF. Ver Ex. C-308 y párrafo 359 de la Decisión de la Mayoría. Asimismo, el testigo por parte de la Argentina, el Sr. Guichón, confirmó que el Decreto de Desregulación y el Decreto de Reconversión reflejaron el aspecto fundamental del marco aplicable y que estos Decretos continuaron siendo parte de dicho marco en un momento tan tarde como 2006. Ver contrainterrogatorio de Diego Guichón, TR. Día 5, págs. 1359—1362.

⁸⁴ Ver, por ejemplo, la prueba testimonial de Michel Contie: TR, Día 4, párr. 997-999.

Ejecutivo Nacional en virtud de la Concesión para el Consorcio, a la luz del perjuicio y los nuevos riesgos que enfrentarían en razón de la Reconversión (Preámbulo, párrafo (f), (g), (h)). Según se indica anteriormente, el Acta Acuerdo establece de manera específica los derechos de dominio y de libre disponibilidad de los hidrocarburos producidos por la Concesión y el pago de precios mínimos en el caso de que el Poder Ejecutivo Nacional impusiera restricciones al derecho de libre disponibilidad de estos mientras duraren dichas restricciones. Estas disposiciones se volvieron específicamente aplicables durante el período completo de producción de la Concesión y de los permisos de exploración otorgados. Estas disposiciones también se vieron reflejadas en el Decreto de Concesión.

97. En mi opinión, resultaba absolutamente razonable que Total y los demás miembros del Consorcio que representaba esperaran tener el derecho absoluto de dominio y de libre disponibilidad de los hidrocarburos que producían a partir de las Concesiones otorgadas en virtud del Acta Acuerdo y el Decreto de Concesión sujeto solamente a la posibilidad de restricciones cuando la producción nacional de hidrocarburos no satisficiera la demanda interna y con sujeción a la compensación mínima específica establecida en estos instrumentos en caso de que la situación se presentara. Estos compromisos se asumieron directamente con Total a través de las negociaciones y del acuerdo contractual contenido en el Acta Acuerdo y la reglamentación pública establecida por medio del Decreto de Concesión. En mi opinión, el Artículo 6 de la Ley de Hidrocarburos de 1967 no contiene disposición alguna que haga referencia al derecho del Estado de regular o restringir los derechos de dominio y de libre disponibilidad de los hidrocarburos más allá de lo que establece su letra. Ciertamente, no existe disposición alguna que inmunice al Estado de la responsabilidad de compensar por el alejamiento sustancial de la cantidad limitada de casos de restricción al derecho de exportación establecido en la ley. De hecho, los siguientes decretos detallados adoptados a los efectos de implementar la conversión confirmaron y reforzaron los derechos de dominio y de libre disponibilidad de hidrocarburos y los derechos de compensación, en el caso de la restricción de esos derechos. Asimismo, el Acta Acuerdo y el Decreto de Concesión reconocieron el cambio significativo en el régimen del contrato de *take or pay* a una concesión y reflejaron la intención de mantener el equilibrio económico de los proyectos de producción. En estas circunstancias, adoptar la interpretación de la Argentina,

aceptada por la mayoría, implica ignorar el significado de los claros compromisos con respecto al dominio y la libre disponibilidad de los hidrocarburos producidos por Total.

98. En mi opinión, los Decretos de Desregulación, el Decreto de Reconversión, el Acta Acuerdo y el Decreto de Conversión implementaron la política nacional de la Argentina y fueron, en su totalidad, consistentes con las disposiciones de la Ley de Hidrocarburos. Estos instrumentos no solamente resultaron consistentes con la ley sino que también fueron expresiones posteriores y más específicas de una política concertada del Gobierno de la Argentina. Total y los demás miembros del Consorcio tuvieron una expectativa razonable y legítima de que la Argentina cumpliera con sus compromisos específicos contenidos tanto en la legislación como en un acuerdo aprobado públicamente. Las pruebas demostraron que, en base a aquellos compromisos, Total prestó su consentimiento para la conversión del Contrato 19,944 y continuó invirtiendo en las concesiones otorgadas a cambio. No puede haber constituido la intención o la expectativa de las partes que una referencia al Artículo 6 de la Ley de Hidrocarburos permitiera la total evasión de los derechos adquiridos de conformidad con los nuevos decretos. Desde mi perspectiva, si se interpretara que la referencia a la Ley de Hidrocarburos del año 1967 que aparece en los decretos siguientes y en el Acta Acuerdo implica que la Argentina intercambié su obligación de tomar la totalidad del gas producido por Total y los miembros del Consorcio a precios rentables (para Total) por un derecho irrestricto de solicitar que Total comercializara la totalidad de los productos de hidrocarburo que produce a precios fijos bastante inferiores, esto nos llevaría a un resultado manifiestamente absurdo.

Las Medidas en el contexto de la Ley de Hidrocarburos

99. Las Medidas adoptadas por la Argentina no entran dentro de las restricciones limitadas contempladas por el Artículo 6 de la Ley de Hidrocarburos, los Decretos de Desregulación y los Decretos de Reconversión y Concesión. Ni la Ley de Emergencia ni las siguientes medidas adoptadas de pesificar y congelar el precio de referencia en la tarifa de gas del consumidor tuvieron el propósito de asegurar el suministro interno de

hidrocarburos, ya sea de petróleo crudo como de gas. El objetivo de estos instrumentos era, de hecho, muy diferente⁸⁵.

100. Más aún, la totalidad de las pruebas disponibles indica que el mercado de la Argentina para el gas natural se caracterizó por un exceso en la oferta hasta el año 2003⁸⁶. Recién en el año 2004 Argentina decidió suspender la exportación de gas natural debido a una faltante de gas para cumplir con el abastecimiento interno⁸⁷. Las pruebas indican claramente que, en este momento, la Argentina se había recuperado en gran parte de las condiciones que habían dado lugar a la Ley de Emergencia y a las medidas iniciales adoptadas por la Argentina. La evidencia indicó que los faltantes subsiguientes fueron el resultado, entre otras cosas, de un descenso significativo en la exploración para ubicar hidrocarburos y un auge en el consumo de gas natural⁸⁸.

C. Las Demandas Específicas Relacionadas con el Sector de la Exploración y la Producción

⁸⁵ En este respecto, ver: La Ley de Emergencia, Ex. C-13; C-13; NR Resolución de Gas 2612/2002, con fecha 24 de junio de 2002, Ex. C-155; NR Resolución de Gas 2665/2002, con fecha 15 de agosto de 2002, Ex. C-158; C-158; NR Resolución de Gas 2614/2002, con fecha 24 de junio de 2002, Ex. C-34(1); NR Resolución de Gas 2653/2002, con fecha 22 de agosto de 2002, Ex. C-34(2); NR Resolución de Gas 2654/2002, con fecha 22 de agosto de 2002, Ex. C-34(3); NR Resolución de Gas 2660/2002, con fecha 22 de agosto de 2002, Ex. C-34(4); NR Resolución de Gas 2663/2002, con fecha 22 de agosto de 2004, Ex. C-34(5); NR Resolución de Gas 2703/2002, con fecha 25 de septiembre de 2002, Ex. C-34(6).

⁸⁶ Ver Grosjean, TR, Día 3, pág. 888; Contie WS1 en el párrafo 2; Esta condición de larga existencia, tal como se demostró mediante la revelación realizada en el Memorando de Información de 1993 de YPF que establecía:

La oferta de gas actual entregable en Argentina excede la demanda de gas por un margen considerable y se espera que esta condición permanece en un futuro predecible.

Ex. C-308, pág. 13. Asimismo, esta situación fue confirmada por la aprobación del Secretario de Energía de Total de varios contratos de exportación de gas natural gas; ver la Resolución de la SE 131/01, con fecha 9 de febrero de 2001, Anexo C-133; los últimos contratos fueron aprobados en 2002, ver Ex. C-427/428 y el contrainterrogatorio del Sr. Grosjean, TR, Día 4, 958:20 – 959:3.

⁸⁷ Ver Resolución 265/2004 de la Secretaría de Energía, Ex. C-205 (“programa de racionalización de exportaciones de gas”) y la Disposición 27/2004 de la Subsecretaría de Combustibles, Ex. C-206. C-206. Estas fueron reemplazadas por la Resolución 659/2004 de la Secretaría de Energía del 18 de junio de 2004, Ex. C-215.

⁸⁸ Ver la prueba testimonial del Sr. Grosjean, TR (inglés), Día 4, párrafos 934-935. De acuerdo con el Sr. Grosjean, él le había advertido a funcionarios argentinos que la supresión y el congelamiento del precio del gas natural tendría precisamente estos efectos.

(a) Las Medidas en el Contexto del Decreto de Concesión

101. Con respecto a sus inversiones en el sector de la exploración y de la producción, Total argumenta que las Medidas (redenominación, pesificación y congelamiento de las tarifas) y con posterioridad, la imposición de impuestos a la exportación y la eliminación de la exención de los impuestos a las exportaciones de Tierra del Fuego constituyeron una violación a los derechos de libre disponibilidad otorgado por el Decreto de Concesión. Los argumentos y el impacto varían levemente dependiendo del producto en cuestión (crudo, gas natural o GLP) y las reglamentaciones específicas. Sin embargo, considero que es útil discutir las Medidas en este contexto general antes de abordar los argumentos específicos relacionados con cada producto y mercado.

102. Los argumentos de Total con respecto a las Medidas y su impacto en este sector son similares a sus argumentos en cuanto a sus inversiones en el transporte de gas y generación de electricidad. Sin embargo, considero que el análisis para las inversiones en este sector es diferente. Según se detallo en la Decisión de la Mayoría, Total fue uno de los primeros inversores extranjeros en el sector de la exploración y producción en la Argentina y sus inversiones se han mantenido e incrementado en este sector a lo largo de 30 años. Al momento de su inversión original, este sector de la economía de la Argentina todavía no se había desarrollado. Se realizaron inversiones iniciales a los efectos de la exploración en busca de hidrocarburos en la región remota y desolada de Tierra del Fuego. Los hidrocarburos producidos eran vendidos en su totalidad a la empresa estatal de energía, lo que garantizaba un mercado a Total para sus productos. A solicitud de la Argentina, se cambió este sistema y Total y Argentina negociaron una modificación en su relación. En lugar de un contrato “*take or pay*”, se otorgó a Total un permiso de exploración y una concesión, que se formalizó en el Decreto de Concesión. Posteriores eventos en otros sectores, en particular la privatización y los sistemas de determinación de precios de libre mercado establecidos en el sector de transporte de gas a través del Marco Regulatorio del Gas, también impactaron en Total como productor de gas natural. Sin embargo, sus reclamos como productor no se basan en los marcos regulatorios generales, sino en las promesas específicas que se le realizaron como parte del proceso de concesión.

103. Por ende, en mi opinión, con respecto a los reclamos de Total como productor, el Tribunal debe revisar las Medidas y el impacto que tienen en Total y determinar si han violado las promesas expresamente realizadas en el Decreto de Concesión y en otros instrumentos. Se otorgó a Total el derecho de libre disponibilidad de los hidrocarburos que producía y, en caso de que la Argentina limitara dichos derechos, el contrato establecía modos específicos de calcular la compensación que debería pagar. Por ende, considero que el análisis con respecto a este sector es diferente del análisis con respecto a los otros sectores en este arbitraje. La cuestión no es simplemente si era legítimo que Total esperara que la Argentina mantuviera su compromiso de determinación de precios de libre mercado y equilibrio económico del transporte de gas y de los sistemas de generación de electricidad por medio de los marcos legislativos detallados designados a estos fines, sino si las Medidas constituían una violación de las promesas específicas hechas por la Argentina a Total. En tal caso, el Tribunal debe considerar si la Argentina debería indemnizar a Total. Tal como lo he establecido anteriormente, considero que la pesificación y el congelamiento de las tarifas constituyen una violación a la obligación de proporcionar un tratamiento justo y equitativo en el transporte de gas y el sector de generación de electricidad. Llego a la misma conclusión con respecto al sector de la exploración y la producción.

Petróleo Crudo

104. Total argumenta que la pesificación y la imposición de impuestos a la exportación de petróleo crudo constituyó una violación de su derecho al tratamiento justo y equitativo a la luz de las promesas específicas contenidas en el Decreto de Concesión. Con respecto a los argumentos relacionados con la pesificación, la mayoría repite su conclusión previa (del análisis del transporte de gas) con respecto a la pesificación, es decir, “[d]ichas modificaciones en la legislación general, en ausencia de las promesas de estabilización específicas para el inversor extranjero, constituyen un 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 ellas”⁸⁹. Tal como lo establecí anteriormente, este caso no versa sobre promesas de estabilización *per se* y, en

⁸⁹ Decisión de la Mayoría. Párrafo 429.

general, no comprendo el argumento de Total de que la Argentina no tiene derecho de modificar su legislación. En cualquier caso, con respecto a las inversiones en el sector de exploración y producción, los argumentos de Total son diferentes a aquellos con respecto a sus inversiones en los demás sectores. Esto encuentra su razón en el Decreto de Concesión, que demostró el acuerdo bilateral entre Total y Argentina. Total resume sus argumentos de la siguiente manera:

Total no dice que Argentina debería haber quedado atada a la inmovilidad de sus leyes o regulaciones. Naturalmente, los marcos legales evolucionan y se adaptan a las circunstancias cambiantes. No obstante, lo que está claro es que el marco que, según Argentina le prometió a Total mediante el Decreto de concesión, permanecería estable a lo largo del plazo de sus inversiones – y en función del cual actuó Total – no puede dejarse de lado sin que medie indemnización⁹⁰.

105. El término del Decreto de Concesión era limitado. Requería que la Argentina se asegurara de que el equilibrio financiero de la totalidad de los contratos renegociados se preservaran⁹¹. Considero que esta fue una promesa específica que hizo la Argentina a los efectos de mantener el equilibrio financiero de los contratos. No necesariamente significó que la Argentina no podía modificar su legislación o que no podía modificarla de manera tal que impactara el marco subyacente en el que Total confió al realizar su inversión. Sin embargo, si dichas modificaciones se realizaban, la Argentina debía mantener el equilibrio financiero de los contratos o compensar a Total. La pesificación impactó muy claramente en el equilibrio de los contratos, dado que redujo la cantidad que Total recibió por sus productos a dos tercios. La pesificación alteró los términos del precio en los contratos suscriptos por Total y varias refinerías para la venta de petróleo crudo. Total solamente pudo mitigar algunas de las pérdidas a través de la renegociación de sus contratos y el reclamo de sus pérdidas restantes. En el contexto de las promesas específicas otorgadas en el Decreto de Concesión, no tengo problema en establecer que la Argentina incumplió su obligación de tratar a Total de manera justa y equitativa cuando, de manera unilateral, convirtió la totalidad de sus sumas pagaderas en virtud de los contratos privados de Total de dólares a pesos a una tasa de conversión forzada de 1 : 1.

⁹⁰ Escrito posterior a la audiencia de Total, párr. 684.

⁹¹ Decreto 1212/1989, que fue incorporado en el Decreto de Concesión.

106. Con respecto a los impuestos a la exportación de hidrocarburos, la mayoría considera que estos impuestos forman parte del régimen fiscal general y, como tal, Total acordó que se someterían a ellos⁹². No creo que este enfoque le otorgue la debida consideración al impacto de los impuestos específicos en cuestión. A través de la Resolución 397/07, la Argentina gravó las exportaciones de petróleo crudo con un impuesto que evitó efectivamente que Total recibiera más de USD 42 por barril de petróleo producido a pesar de que los precios internacionales superaban los USD 100. Resulta difícil no clasificar este impuesto como un control de precios. A pesar de que Total tenía libertad para fijar sus precios de exportación, nunca podía realizar más de USD 42 por barril en virtud del impuesto a la exportación de la Argentina. Tal y como se discutió en detalle anteriormente, la Argentina garantizó el derecho de dominio y libre disponibilidad de sus productos a Total. A través del Decreto de Concesión, Total renunció a un comprador garantizado de su producto, tomando significativamente más riesgos. Las partes acordaron distribuir dicho riesgo y los beneficios potenciales de cierto modo mediante la negociación de un equilibrio económico en el Decreto de Concesión. La Argentina alteró dicho balance al establecer un impuesto a la exportación que de manera efectiva limitaba el precio máximo que Total podía recibir de sus clientes por la exportación de petróleo crudo. Desde mi punto de vista, esto fue impropio y constituyó una violación de las expectativas legítimas de Total y de la obligación de tratar a Total justa y equitativamente. La Argentina expresamente estableció en la Resolución 394/2007 que el objeto del impuesto a la exportación consistía en limitar los precios máximos internos del petróleo crudo. Los impuestos a la exportación no sólo redujeron los ingresos de Total en sus contratos de exportación, sino que también impactaron en los precios internos del petróleo crudo. A la luz de las promesas específicas contenidas en el Decreto de Concesión, considero que los impuestos de exportación constituyen una violación a la obligación de tratamiento justo y equitativo por la cual Argentina debería tener que indemnizar a Total.

⁹² Cita del Artículo 9 del Decreto de Concesión que establece lo siguiente:

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 discriminado o específicamente la persona, condición jurídica o actividad de los mismos o el patrimonio destinado a la ejecución de las tareas respectivas.

107. Veo que la mayoría considera que el derecho de la Argentina de restringir las exportaciones de petróleo crudo durante períodos en los que no se alcance cubrir las necesidades internas, tal como se establece en el Artículo 6 de la Ley de Hidrocarburos, constituye una restricción general de los derechos de dominio de Total y de libre disponibilidad de sus productos. Si bien considero que existían situaciones potenciales en las que la Argentina podría haber invocado las disposiciones del Artículo 6 de la Ley de Hidrocarburos a los efectos de asegurar el abastecimiento interno y, en circunstancias excepcionales, incluso pagar sumas inferiores a los precios internacionales por el petróleo crudo, no hubo evidencia de que eso es lo que ocurrió aquí. El impuesto a la exportación de petróleo crudo no tenía como objetivo asegurar el suministro interno. No se sugirió que el impacto del impuesto a la exportación sobre el precio interno del petróleo crudo tuviera por objeto imitar la estructura de determinación de precio alternativo establecida en la Ley de Hidrocarburos. No se discutió la existencia de una relación entre las limitaciones específicas posibles a las exportaciones (cuando no se alcanzare a cubrir las necesidades internas) y una promesa de determinación de precio internacional y los impuestos a las exportaciones. No existe tal relación. Considero que, a los efectos de hacer uso de los derechos que se había asignado por medio de la Ley de Hidrocarburos (especialmente, a la luz del referido Decreto de Concesión), la Argentina debía satisfacer las precondiciones, es decir, demostrar la existencia de la escasez y tomar medidas diseñadas para lidiar con la misma. Adicionalmente, a los efectos de apartarse de las claras disposiciones respecto a una compensación a precios internacionales, tal y como lo estipulada la Ley de Hidrocarburos, la Argentina debía presentar pruebas de los incrementos en el precio internacional por circunstancias excepcionales. No existía prueba alguna de que el importante incremento en el precio del petróleo a nivel mundial en el momento de la imposición del impuesto a la exportación fuera el resultado de circunstancias excepcionales. Dada la ausencia de dichas pruebas, la Argentina debía, al menos, indemnizar a Total a precios internacionales.

108. Asimismo, Total argumenta que la eliminación de la exención de impuestos tanto para las exportaciones de gas natural como de petróleo de Tierra del Fuego constituye una nueva violación de los derechos estipulados en el TBI. La mayoría acepta este argumento sobre la base de que la modificación retroactiva del estado de impositivo (a

partir de 2007) fue contraria a las garantías específicas hechas a Total de que Tierra del Fuego mantendría su condición de libre de impuestos. Concuero con esta parte de la Decisión de la Mayoría. Sin embargo, la mayoría determina que la eliminación de la condición de libre de impuestos, esto es, a partir de 2007, no constituyó una violación de los derechos de Total en virtud del TBI, dado que no existe fundamento para concluir que la exención no podía ser revocada por una legislación posterior⁹³. En mi opinión, esta conclusión ignora la prueba testimonial de Michel Contie quien afirmó que Total no habría invertido en Tierra del Fuego si no hubiese sido por la exención impositiva y la ausencia de restricciones a la actividad exportadora desde la región⁹⁴. El Sr. Contie hizo referencia específica a las garantías que los funcionarios de la Argentina dieron a Total de que el acuerdo de Mercosur, en lo que respecta a zonas económicas especiales, continuaría vigente hasta, por lo menos, el año 2013⁹⁵. La Argentina no cuestiona estas pruebas⁹⁶. A la luz de estas pruebas, considero que no es justo ni equitativo que la Argentina haya revocado la condición de libre de impuestos de Tierra del Fuego sin aviso o sin considerar el impacto que tendría esta eliminación en el equilibrio económico de las inversiones.

Gas Natural

109. Al igual que sus argumentos respecto del petróleo crudo, Total establece que la pesificación y la imposición de impuestos a la exportación de gas natural constituyó una violación de sus derechos de tratamiento justo y equitativo a la luz de las promesas específicas contenidas en el Decreto de Concesión. Total afirma que las Medidas modificaron los precios del gas natural que había negociado para sus contratos privados (lo que efectivamente provocó una reducción de dos tercios en los ingresos en virtud de dichos contratos) y que el congelamiento de la tarifa causó que el precio del gas en boca de pozo se estableciera *de facto* en el mercado del gas natural. Tal y como lo expuse anteriormente, considero que la redacción del Decreto de Concesión que otorga a Total el derecho de libre disponibilidad de los hidrocarburos que produce es clara y que incluye

⁹³ Decisión de la Mayoría, párr. 439.

⁹⁴ Contie WS2, párr. 18-23.

⁹⁵ Contie WS2, párr. 22.

⁹⁶ RPHB, párr. 150 -166.

necesariamente el derecho de comercializar los productos a los precios que negocie libremente con sus socios contractuales. De esta manera, sin perjuicio del hecho de que las Medidas fueran de naturaleza general y se dieran en respuesta a una crisis económica genuina, yo habría concluido que las Medidas constituyeron una violación a los derechos de Total a un tratamiento justo y equitativo en virtud del TBI, dado que destruyeron los derechos específicos otorgados a Total a través del Decreto de Concesión y del Acta Acuerdo. Con referencia al razonamiento anterior sobre la pesificación en el contexto del sector del transporte del gas, la mayoría establece que no ha existido incumplimiento de la obligación de proporcionar un tratamiento justo y equitativo⁹⁷. Sin embargo, con respecto al congelamiento de las tarifas del gas natural, la mayoría concluye que la Argentina cometió una violación de los derechos de Total en virtud del tratado al punto de que no indemnizó a Total respetando la tasa contemplada en el Decreto 1589/89, que debía ser pagada en caso de que la Argentina restringiera los derechos de Total de libre disponibilidad del gas natural⁹⁸. Estoy de acuerdo con esta conclusión y concuerdo con la mayoría en esta porción de la decisión.

Acuerdo para la Implementación del Esquema de Normalización de Precios

110. Por medio del decreto 181/2004 (Anexo C-197) el Poder Ejecutivo Nacional facultó a la Secretaría de Energía para realizar acuerdos con los productores de gas natural para establecer un ajuste del precio del gas natural pagado a productores a los efectos de redirigir la producción y la comercialización del gas natural en el mercado interno en pos del retorno al esquema de normalización del precio de libre mercado. De conformidad con los términos del decreto, este esquema no podía extenderse más allá del 31 de diciembre de 2006. La Secretaría de Energía suscribió con una cierta cantidad de productores de gas, incluyendo Total, un acuerdo con fecha 2 de abril de 2004. Este acuerdo, conocido como el Acuerdo para la Implementación del Esquema de Normalización de Precios, fue aprobado por medio de la Resolución 208/2004 adoptada por el Ministerio de Planificación⁹⁹. Una cierta cantidad de productores de gas,

⁹⁷ Decisión de la Mayoría, párr. 446.

⁹⁸ Decisión de la Mayoría, párr. 452-455.

⁹⁹ Ver Ex. C-208 que contiene la Resolución del Ministerio de Planificación y copias del acuerdo suscripto por las partes. El acuerdo suscripto por las partes se adjunta a la Resolución como Anexo 1 y el acuerdo

incluyendo Total, suscribieron una copia de la Resolución así como también el anexo que establece los incrementos porcentuales de precios dispuestos en la Resolución del Ministerio de Planificación.

111. El Anexo 2 adjunto a la Resolución 208/2004 establece un compromiso de los productores de no entablar nuevas demandas y de suspender las existentes contra las distribuidoras y los productores de energía eléctrica en lo que respecta a los reclamos relacionados con la pesificación de los precios originada en virtud de la Ley de Emergencia. Asimismo, este anexo dispone la suspensión de los plazos durante el Acuerdo para la Implementación del Esquema de Normalización de Precios. Asimismo, establece que siempre que se cumpla con los términos del Acuerdo para la Implementación del Esquema de Normalización de Precios, los productores acuerdan renunciar a toda acción que pudieran entablar contra los distribuidores o los productores de energía eléctrica. No se hace mención alguna a la renuncia de todo reclamo contra el Gobierno de la Argentina o contra todo ministerio o institución.

112. La prueba testimonial indicó que durante el curso de las negociaciones del acuerdo para la implementación del Acuerdo para la Implementación del Esquema de Normalización de Precios, la Argentina solicitó que los productores renunciaran a todo reclamo que tuvieran en su contra¹⁰⁰. El Sr. Grosjean testificó que Total se negó a renunciar a dichos reclamos¹⁰¹. Las revisiones de la Resolución 208/2004 del Ministerio de Planificación y los anexos adjuntos no revelan indicación alguna de renunciaciones hechas por Total o todo otro productor en contra de la Argentina. Los únicos compromisos tomados por los productores guardaban relación con las distribuidoras y las empresas de generación de electricidad respecto de las acciones que los productores podrían haber

suplementario que trata la suspensión y posible renuncia de derechos entre los distribuidores de gas y los productores y las empresas de generación de electricidad se adjunta a la Resolución como Anexo 2.

¹⁰⁰ Ver Guichón, TR (español) Día 5, 1337:1 – 11.

¹⁰¹ Ver Grosjean, TR, Día 3, párrafos 891-893. El Sr. Grosjean estableció claramente que en virtud del Acuerdo para la Implementación del Esquema de Normalización de Precios, Total se preparó para renunciar a sus derechos contra las distribuidoras y las empresas de generación de electricidad, pero no contra Argentina. En su testimonio, admitió que en el anteproyecto del Acuerdo para la Implementación del Esquema de Normalización de Precios que tuvo a la vista, la Argentina había solicitado que Total y otros productores de gas renunciaran a todo reclamo que guardara relación con la Ley de Emergencia y demás medidas. Asimismo, declaró que estaba al tanto de que este tema había sido discutido hasta el último momento. Ver Guichón, TR, Día 5 (español), 1337.

iniciado contra dichas empresas en lo que respecta a los efectos de la Ley de Emergencia y las medidas relacionadas. Asimismo, claramente la Argentina estableció una condición de la suspensión de toda acción y posible renuncia a ella eventual con sujeción al cumplimiento de todas las obligaciones asumidas en el Acuerdo para la Implementación del Esquema de Normalización de Precios, incluyendo la finalización del esquema de normalización al 31 de diciembre de 2006¹⁰².

113. Total alega que el Acuerdo para la Implementación del Esquema de Normalización de Precios nunca fue implementado completamente y que su objetivo nunca se alcanzó. Afirma que entre otras fallas, el último paso para la normalización de precios y el retorno al libre mercado para consumidores industriales nunca se implementó dadas las demás medidas implementadas para introducir nuevas formas de protección¹⁰³. La mayoría discute la validez del Acuerdo para la Implementación del Esquema de Normalización de Precios, esto es, que Total suscribió el acuerdo, pero no aborda el argumento de la reserva de derechos de Total¹⁰⁴.

114. Con base en las pruebas y argumentos presentados, debo concluir que Total no renunció a los reclamos que tuviera contra Argentina en virtud de su suscripción al Acuerdo para la Implementación del Esquema de Normalización de Precios. El lenguaje del acuerdo y de la Resolución 208/2004 claramente establecen que toda limitación, suspensión o renuncia guardaba relación únicamente con acciones y procedimientos en contra de distribuidoras y generadoras de electricidad. No puede establecerse, con base en el Acuerdo para la Implementación del Esquema de Normalización de Precios, que Total renunció de algún modo a sus derechos contra Argentina en virtud del TBI. Asimismo, las pruebas de la historia de las negociaciones indican que, de hecho, la Argentina solicitó la renuncia de iniciar acciones contra ella, pero no lo logró. Respecto a si el Gobierno de la Argentina cumplió con todas las obligaciones asumidas en el Decreto 181/2004 y el

¹⁰² Ver Ex. C-208, Anexo II, Art. 2.6. El art 2.7 establece que las suspensiones y renunciaciones previstas no podían ser invocadas por las PARTES en el marco de otros reclamos no alcanzados por el acuerdo. Otros artículos del acuerdo también requerían la suscripción de acuerdos entre los productores y las distribuidoras y empresas de generación de electricidad.

¹⁰³ Ver la Resolución 752/2005 de la Secretaría de Energía, del 23 de mayo de 2005, Ex. C-497 y la resolución 659/2004 de la Secretaría de Energía, del 18 de junio de 2004, Ex. C-215.

¹⁰⁴ Decisión de la Mayoría, párr. 456-457.

Acuerdo para la Implementación del Esquema de Normalización de Precios, no se requiere una decisión sobre este punto a los efectos de abordar el argumento de la Argentina respecto a esta renuncia.

115. El Acuerdo para la Implementación del Esquema de Normalización de Precios resulta, claramente, relevante para evaluar los daños sufridos por Total y deben ser tomados en cuenta al evaluar dichos daños. Asimismo, se puede abordar la evaluación de si se ha cumplido completamente con los términos del Acuerdo para la Implementación del Esquema de Normalización de Precios como parte de dicho ejercicio. Con base en las pruebas presentadas al Tribunal, no pareciera que los incrementos porcentuales de precios estipulados en el Acuerdo para la Implementación del Esquema de Normalización de Precios se hubieran implementado completamente al finalizar el plazo de dicho acuerdo, es decir, al 31 de diciembre de 2006, ni tampoco que el precio pagadero a los productores retornara al sistema original de precios negociados libremente.

Restricciones a las Exportaciones de Gas Natural

116. Total argumenta que la Argentina restringió las exportaciones de gas natural al interferir por medio de contratos de exportación que habían sido aprobados por el Gobierno y mediante la solicitud a los productores del suministro de volúmenes adicionales de gas natural al mercado local con anterioridad a que se le permitiera cumplir con los compromisos de exportación¹⁰⁵.

117. La mayoría ha concluido que la Argentina no ha cumplido con el estándar de tratamiento justo y equitativo, al interferir con los contratos de exportación de gas de Total¹⁰⁶. Estoy de acuerdo con esta conclusión.

118. La mayoría ha concluido que la Argentina no ha cumplido con el estándar de tratamiento justo y equitativo establecido en el TBI en la medida en que los precios internos del gas establecidos por el Gobierno se encontraban por debajo del precio

¹⁰⁵ La revocación de la condición libre de impuestos a las exportaciones en Tierra del Fuego se ha discutido más arriba en el contexto de los impuestos a las exportaciones de petróleo crudo.

¹⁰⁶ Decisión de la Mayoría, párr. 461.

mínimo establecido en el Artículo 6 del Decreto 1589/89¹⁰⁷ en el caso de que la Argentina solicitare a los productores comercializar en el mercado interno dada la escasez. Estoy de acuerdo con esta conclusión. Sin embargo, la mayoría también establece que al suscribir el Acuerdo para la Implementación del Esquema de Normalización de Precios, Total renunció a su derecho de reclamar la compensación de las pérdidas pasadas (es decir, con anterioridad a junio de 2002). Tal como se discutió en los párrafos 112 a 117 anteriores, no considero que Total, al suscribir el Acuerdo para la Implementación del Esquema de Normalización de Precios, hubiere renunciado a su derecho de reclamar a Argentina. Asimismo y en cualquier caso, dicho acuerdo nunca fue implementado en su totalidad dadas las demás medidas tomadas por la Argentina. De este modo, estoy en desacuerdo con la conclusión de la mayoría en este punto. En su lugar, debería haberse determinado un incumplimiento de la obligación de tratamiento justo y equitativo a partir del momento en que se implementaron las Medidas.

GLP

119. Tal como lo notó la mayoría, los argumentos de Total en cuanto a las pérdidas como resultado de la Ley de GLP y a las pérdidas por los impuestos a las exportaciones son similares a sus argumentos relacionados con el petróleo crudo.

120. En relación con los reclamos por los precios del GPL en el mercado interno, Total argumenta que la Ley de GPL, con fecha 8 de abril de 2005¹⁰⁹ limitó los precios máximos de las ventas de GPL en el mercado interno, lo que constituyó una violación al derecho Total de libre disponibilidad de GPL otorgado en virtud del Decreto de Concesión. La defensa de la Argentina respecto a este reclamo consiste en que Total renunció a sus derechos al suscribir el Acuerdo de GPL, con fecha 26 de julio de 2002.

121. Al decidir el reclamo de Total con respecto a la pesificación de los precios, la mayoría hace referencia a su razonamiento general y establece que no existió incumplimiento de la obligación de otorgar un tratamiento justo y equitativo.

¹⁰⁷ 35% del precio internacional por metro cúbico del petróleo Arabian light, 34° API

¹⁰⁸ Decisión de la Mayoría, párr. 455.

¹⁰⁹ Ley 26.020, con fecha 8 de abril de 2005, Apéndice A RA 170.

Nuevamente, no estoy de acuerdo. La fijación del precio en el mercado interno constituyó una interferencia con el derecho de libre disponibilidad de Total. La Ley de Hidrocarburos contempló la reglamentación de precios en ciertas circunstancias; las cuales no fueron argumentadas adecuadamente ni demostradas por la Argentina con respecto a los límites de precios máximos del GPL. De esta manera, mi conclusión habría sido que la Ley de GPL constituye una violación del Artículo 3 del TBI¹¹⁰.

122. Tampoco estoy de acuerdo con el análisis de la mayoría en cuanto al efecto del Acuerdo de GLP. En el 2002, Total y la Argentina suscribieron el Acuerdo de GLP, que fijaba los precios del mismo y establecía ciertos beneficios para los productores, tal como impuestos reducidos a las exportaciones de GLP. Total no reclama pérdidas en virtud del Acuerdo de GLP. Sin embargo, en cualquier caso, Total afirma que el Acuerdo de GLP fue suscrito por Total bajo protesta y con total reserva de derechos¹¹¹. Estoy de acuerdo con la mayoría en que las pruebas no apoyaron esta segunda postura. Sin embargo, considero que esta determinación resulta irrelevante para el reclamo de Total en virtud de la Ley de GLP, que fue aprobada algunos años después de la suscripción del Acuerdo de GLP. Tampoco estoy de acuerdo con el análisis de la mayoría dado que toma al Acuerdo de GLP como base para determinar que los precios del GLP no fueron establecidos por el mercado al momento en que fue aprobada la Ley de GLP.

VIII. CONCLUSIÓN

123. En conclusión, estoy en desacuerdo con la mayoría, principalmente en lo que respecta al análisis del incumplimiento de la obligación de brindar tratamiento justo y equitativo dado que hace referencia a la redenominación y a la conversión forzada a una tasa de 1:1¹¹² particularmente cuando se combina con el congelamiento de las tarifas y precios. Considero que la Argentina incumplió su obligación respecto de los reclamos de Total en cada uno de estos tres sectores: transporte de gas, generación de electricidad y exploración y producción. En mi opinión, estas Medidas resultaron particularmente flagrantes dentro del contexto de las promesas que la Argentina le había hecho a Total en

¹¹⁰ Ley de GPL aprobada el 8 de abril de 2005. Ver Ley 26.020, Apéndice A RA 170.

¹¹¹ Escrito posterior a la audiencia de la Argentina, párr. 780.

¹¹² Lo que yo he denominado pesificación en esta Opinión Individual.

el Decreto de Concesión y, en consecuencia, por el impacto que causaron en las inversiones de Total en el sector de exploración y producción. A pesar de que la Ley de Hidrocarburos permitió a Argentina imponer ciertos límites a los derechos de Total de dominio y libre disponibilidad sus productos, las pruebas presentadas claramente establecieron que la Argentina no dictó esas Medidas en respuesta a la escasez de hidrocarburos en el mercado interno o para compensar a Total por aquellos límites, según lo contemplaba la ley, el Código Civil argentino o los decretos siguientes que disponían la necesidad de compensación. Tal como se detalla más arriba, tampoco estoy de acuerdo con la evaluación de la mayoría respecto a una variedad de asuntos, incluyendo el momento en que Total realizó las inversiones en el sector de transporte de gas y de generación de electricidad, su *due diligence* al realizar la inversión en el sector del transporte de gas y el efecto del Acuerdo para la Implementación del Esquema de Normalización de Precios.

124. Estoy de acuerdo con la mayoría en sus conclusiones respecto de las otras violaciones en que incurrió Argentina del Artículo 3 del TBI a través de sus acciones posteriores. Dado que estas conclusiones no coinciden con la base sobre la cual Total presentó y calculó sus reclamos por daños, Total tendrá la oportunidad de presentar argumentos y pruebas que apoyen sus reclamos por daños, con fundamento a estas violaciones en una fase posterior de cuantificación de daños en este procedimiento.

[Firmado]

Sr. Henri Alvarez

Arbitro

Fecha: [21 de diciembre de 2010]

ÍNDICE

	Página
I.	INTRODUCCIÓN 1
II.	EL TRATADO BILATERAL DE INVERSIÓN ARGENTINA - FRANCIA 5
III.	LA NATURALEZA DE LAS PROMESAS 9
IV.	LAS MEDIDAS..... 18
V.	TRANSPORTE DE GAS 20
A.	El momento de las inversiones 20
B.	<i>Due Diligence</i> 23
VI.	GENERACIÓN DE ELECTRICIDAD 35
VII.	EXPLORACIÓN Y PRODUCCIÓN DE HIDROCARBUROS 37
A.	El Decreto de Concesión..... 37
B.	La Ley de Hidrocarburos 39
	Las Medidas en el contexto de la Ley de Hidrocarburos..... 53
C.	Las Demandas Específicas Relacionadas con el Sector de la Exploración y la Producción..... 54
	(a) Las Medidas en el Contexto del Decreto de Concesión..... 55
	Petróleo Crudo 56
	Gas Natural 60
	GLP 65
VIII.	CONCLUSIÓN 66