

LG&E Energy Corp and ors v Argentina, Decision on Liability, ICSID Case No ARB 02/1; IIC 152 (2006); (2007) 46 ILM 36
3 October 2006

Parties:	LG&E Energy Corp (United States), LG&E Capital Corp (United States), LG&E International, Inc (United States) Argentina
Date of Decision:	03 October 2006
Jurisdiction/Arbitral Institution/Court:	International Centre for Settlement of Investment Disputes
Arbitrators/Judges:	Professor Tatiana B de Maekelt (President); Judge Francisco Rezek (Respondent appointment); Professor Albert Jan van den Berg (Claimant appointment)
Procedural Stage:	Decision on Liability
OUP Reference:	IIC 152 (2006)
Arbitral Rules:	Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States (18 March 1965) 575 UNTS 159, entered into force 14 October 1966
Governing Law:	Treaty Concerning the Reciprocal Encouragement and Protection of Investment (Argentina/United States) (14 November 1991) Senate Treaty Doc 103-02 S, entered into force 20 October 1994 ('Argentina/US BIT') International law

Subject(s): International investment law

Keyword(s): Applicable law – Relationship of international law & host state law – Claims – Umbrella clause – Standards of treatment – Arbitrary (unreasonable) & discriminatory treatment standard – Fair and equitable treatment standard – Legitimate expectations – Expropriation – Indirect expropriation – "Investment-backed expectations (expropriation and)" – "Police powers (expropriation and)" – "Regulatory expropriation (or regulatory taking)" – Treaties, interpretation – Vienna Convention on the Law of Treaties

Core Issue(s)

1. Whether Argentina could rely on the 'state of necessity' defence to be exempted from liability for breaches of the Argentina/US BIT that resulted from measures adopted during its economic and financial crisis.

Facts

F1 The three claimants, United States corporations LG&E Energy Corp, LG&E Capital Corp, and LG&E International Inc (cumulatively 'LG&E'), held shares in three Argentine gas distribution companies (Gas del Centro, Distribuidora de Gas Cuyana, and Gas Natural BAN), which had been granted licences for the transport and distribution of natural gas in Argentina during the privatization of the Argentine gas monopoly.

F2 The legal and regulatory framework applicable to LG&E's investment established fixed maximum tariffs for gas transport and distribution that were to be reviewed every five years. The regulations also provided for semi-annual tariff adjustments in accordance with the United States Producer Price Index ('US PPI'), as well as the calculation of tariffs in US dollars and conversion to pesos at the time of billing. According to the regulations, the licenses could not be rescinded or modified without the consent of the licensees. Furthermore, the Argentine peso was pegged to the US dollar by the Convertibility Law, 1991 (Argentina).

F3 Within the context of the Argentine financial and economic crisis, the Argentine government and the licensees agreed in 2000 to postpone the semi-annual tariff adjustments for a limited period. On 6 January 2002, Argentina

adopted the Public Emergency and Currency Exchange Law, 6 January 2002 (Argentina) ('Emergency Law'), which abrogated the Convertibility Law, switched most of the existing debts into Argentine pesos, and provided for the renegotiation of private and public agreements to adapt them to the new exchange system. All tariff adjustment clauses were abolished and the Argentine government proceeded with the mandatory renegotiation of all gas transport and distribution licenses under threat of rescission of contract.

F4 LG&E filed a request for ICSID arbitration on 21 December 2001. The tribunal affirmed its jurisdiction in *LG&E Energy Corp and ors v Argentina*, Decision on Jurisdiction, ICSID Case No ARB/02/1; IIC 151 (2004), 30 April 2004. In the view of LG&E, the measures adopted by Argentina amounted to several violations of the Treaty Concerning the Reciprocal Encouragement and Protection of Investment (Argentina/United States) (14 November 1991) Senate Treaty Doc 103-02 S, entered into force 20 October 1994 ('Argentina/US BIT').

F5 In particular, LG&E contended that Argentina failed to abide by the obligation to accord foreign investors fair and equitable treatment. According to LG&E, the standard of fair and equitable treatment encompasses the obligation to provide for a stable and predictable legal framework that respects the basic expectations that were taken into account by the foreign investor when making the investment. LG&E argued that by unilaterally modifying the legal and regulatory framework applicable to LG&E's investment, Argentina frustrated LG&E's expectations and thus violated the fair and equitable treatment standard. LG&E also contended that the forced renegotiation of the licenses and the differentiation between the gas transport sector and other public utilities sectors amounted to violations of the standard.

F6 LG&E also asserted that its investment had been subject to discriminatory and arbitrary treatment because the measures adopted by Argentina particularly affected the gas distribution sector as compared to other public utilities suppliers. In the view of LG&E, Argentina also violated the umbrella clause contained in the Argentina/US BIT by not abiding by the obligations that resulted from the legal and regulatory framework applicable to investments in the gas distribution sector.

F7 Finally, LG&E argued that Argentina had indirectly expropriated its investment without compensation by substantially impairing the value of LG&E's holdings in the licensees. Accordingly, LG&E sought full compensation in addition to pre- and post-award compound interest.

F8 Argentina objected that the fair and equitable treatment standard referred to the international minimum standard of treatment of aliens and thus required only the provision of a minimum pattern of substantive justice. It further asserted that it had not discriminated against LG&E, since its measures were of a general nature and applied to all gas distribution companies.

F9 Argentina further objected to the applicability of the umbrella clause to transform obligations arising from its general legislation to obligations actionable under the BIT. Moreover, Argentina contended that in order to be expropriatory, its measures would have had to be designed to transfer title to the investment to the state. In any event, Argentina argued that LG&E's losses had been minor and resulted from the macroeconomic conditions affecting the Argentine economy rather than from measures adopted by the Argentine government.

F10 In the alternative, Argentina argued that the circumstances of the case warranted application of the 'state of necessity' defence, thus exempting it from liability for any possible treaty violation. According to Argentina, the emergency clause contained in the Argentina/US BIT was a self-judging provision, leaving it up to the state invoking the clause to make a good faith determination as to what measures were necessary for the maintenance of its public order or the protection of its essential security interests. In the view of Argentina, the defence of necessity was available under Argentine law, the BIT, and under customary international law.

Held

H1 Argentina violated certain provisions of the BIT, including the obligation to provide fair and equitable treatment, the obligation to refrain from discriminatory measures, and the umbrella clause. However, Argentina had not expropriated LG&E's investment, thus this claim was dismissed. In addition, Argentina was in a 'state of necessity' between December 2001 and April 2003 and exempt from liability for measures adopted during this period.

H2 The law applicable to the dispute consisted of international and domestic law. (paragraph 96) The Tribunal should first apply the BIT; second and in the absence of explicit provisions therein, general international law; and, third, Argentine domestic law, particularly the Gas Law that governed the natural gas sector. (paragraph 99)

H3 Argentina's actions were not fair and equitable. The fair and equitable treatment standard consisted of the host state's consistent and transparent behavior, free from ambiguity, and involved the obligation to grant and maintain a stable and predictable legal framework necessary to fulfill the justified expectations of the foreign investor. (paragraph 131) Argentina had created specific expectations among investors which were frustrated by the abrogation of the guarantees granted to public utility licensees. (paragraph 133) Argentina also acted unfairly and inequitably by adversely targeting the gas-distribution sector without affecting other sectors of the economy, (paragraph 135) and by forcing the licensees to renegotiate their public service contracts. (paragraph 137)

H4 The measures adopted by Argentina were discriminatory. A measure was considered discriminatory if the intent of the measure was to discriminate or if the measure had a discriminatory effect. In order to establish when a measure was discriminatory, there had to be (i) an intentional treatment, (ii) in favour of a national, (iii) against a foreign investor, and (iv) that was not taken under similar circumstances against another national. (paragraph 146) Even though it was not proved that the Argentine measures had been adopted with the purpose of causing damage to LG&E's foreign investment, discrimination against gas distribution companies vis-à-vis other companies was evident. (paragraph 148)

H5 Argentina's measures were not arbitrary. Argentina had explained that the Government's motivation was its desire to avoid its full economic collapse. Even though the measures adopted by Argentina may not have been ideal, they were not taken lightly, without due consideration. The charges imposed by Argentina to LG&E's investment, though unfair and inequitable, were the result of reasoned judgment rather than simple disregard of the rule of law. (paragraph 162)

H6 Argentina did not comply with the umbrella clause of the Argentina/US BIT, according to which 'each party shall observe any obligation it may have entered into with regard to investments'. Argentina undertook specific obligations to foreign investors, such as LG&E, by enacting the Gas Law and other regulations, and then advertising these guarantees in the Offering Memorandum to induce the entry of foreign capital. These laws and regulations became obligations within the meaning of the umbrella clause by virtue of targeting foreign investors and applying specifically to their investments. (paragraph 175)

H7 Argentina did not indirectly expropriate LG&E's investment. To establish whether state measures constituted expropriation under the BIT, the Tribunal had to balance two competing interests: the degree of the measure's interference with the right of ownership, and the power of the state to adopt its policies. (paragraph 189)

H8 In evaluating the degree of the measure's interference, one had to analyse the measure's economic impact, its interference with the investor's reasonable expectations, and the measure's duration. (paragraph 190) The economic impact had to be substantial, (paragraph 191) and the duration had to generally be permanent. (paragraph 193)

H9 With respect to the power of the state to adopt its policies, the state had the right to adopt measures having a social or general welfare purpose. Those measures had to be accepted without any imposition of liability, except in cases where the state's action was obviously disproportionate to the need being addressed. (paragraph 195)

H10 Argentina did not deprive the investors of the right to enjoy their investment. The value of the investment's asset base had rebounded since the economic crisis. (paragraph 198) LG&E did not lose control over their shares, nor were they unable to direct the day-to-day operations of the licensees. (paragraph 199) Thus, the effect of the Argentine measures on the value of LG&E's shares had not been permanent, and LG&E's investment had not ceased to exist. These circumstances did not constitute expropriation. (paragraph 200)

H11 The emergency clause of the Argentina/US BIT was not self-judging according to the understanding of the state parties at the time they signed the Treaty. (paragraph 213) Even had the provision been self-judging, however, the Tribunal determined that its invocation by Argentina would have been subject to a 'good-faith' review that would not differ significantly from the substantive analysis in which the Tribunal engaged. (paragraph 214) From 1 December 2001 until 26 April 2003, Argentina was in a period of crisis during which it was necessary to enact measures to maintain public order and protect its essential security interests within the meaning of the emergency clause. (paragraph 226) The emergency clause was not limited to circumstances amounting to military actions and war, but also applied to economic crises. (paragraph 238) The provisions of the Emergency Law were necessary measures to deal with the extremely serious economic crisis. (paragraph 242) Thus, the application of the emergency clause exempted Argentina from liability for the alleged violations of the BIT during the state of necessity.

H12 The requirements for the invocation of the state of necessity in international customary law, as reflected in Article 25 of the International Law Commission's Draft Articles on State Responsibility, Report of the International Law Commission on the Work of its Forty-Eighth Session, GAOR 51st Session, Supplement No 10 at 87, UN Doc A/51/10

(1996) ('ILC Draft Articles'), were also satisfied. This determination supported the Tribunal's conclusion with respect to the treaty provision. (paragraph 245) In particular, Argentina faced an extremely serious threat to its existence, and there was no serious evidence in the record that Argentina contributed to the crisis resulting in the state of necessity. Although there may have been a number of ways to respond to the crisis, the Argentine measures were necessary and no other state's rights were seriously impaired. Finally, Article XI of the Argentina/US BIT allowed for the invocation of the state of necessity. (paragraph 257)

H13 Argentina need not compensate LG&E for losses incurred during the state of necessity. Neither Article 27 of the ILC Draft Articles nor the emergency clause of the BIT specified whether any compensation was payable to the party affected by losses during the state of necessity. Nevertheless, the damages suffered during the state of necessity should be borne by the investor. (paragraph 264) Argentina's state of necessity ended on 26 April 2003, rendering its international obligations once again effective. All measures adopted by Argentina in breach of the BIT before and after the period during which Argentina was in a state of necessity should be taken into account by the Tribunal to estimate the damages. (paragraphs 263–6)

Date of Report: 31 July 2008

Reporter(s): André von Walter

Counsel for Investor: Oscar M Garibaldi; Covington & Burlington, Washington, DC; Eugene D Gulland; Covington & Burlington, Washington, DC; Eric D Brown; Covington & Burlington, Washington, DC; Karin L Kizer; Covington & Burlington, Washington, DC; Miguel López Forastier; Covington & Burlington, Washington, DC; Dr Horacio J Ruiz Moreno; Hope, Duggan & Silva, Buenos Aires; Dr Gustavo Cedrone; Hope, Duggan & Silva, Buenos Aires; Dr Leonardo Orlanski; Hope, Duggan & Silva, Buenos Aires; Dorothy O'Brien; LG&E Energy Corp

Counsel for Host State: Dr Osvaldo César Guglielmino; Procurador del Tesoro de la Nación, Buenos Aires

Analysis

A1 The award in LG&E was the second award in a series of arbitral decisions that involved measures adopted by the Argentine government during its economic crisis between 1999 and 2003.

A2 In nearly all of these cases, similar measures were challenged by foreign investors, whereas Argentina relied on the defence of necessity. With regard to this defence, the ruling in *LG&E* distinguished itself from the earlier decision in *CMS Gas Transmission Co v Argentina*, Award, ICSID Case No ARB/01/8; IIC 65 (2005), 12 May 2005 and the subsequent *Enron Corp and Ponderosa Assets v Argentina*, Award, ICSID Case No ARB/01/3; IIC 292 (2007); 22 May 2007. While all three tribunals partly agreed on the basic principles, the decision in *LG&E* stood in sharp contrast to the *CMS Award* and the *Enron Award* with regard to the factual assessment of the crisis and the question of whether compensation was due for losses suffered during a period of necessity.

A3 In all cases in the series that had been decided to date, Argentina had invoked the defence of necessity on three different legal grounds: Argentine law, the Argentina/US BIT, and customary international law. Whereas the *CMS Award* and *Enron Award* tribunals found that the conditions for invoking necessity under Argentine law were not met, the *LG&E* tribunal did not investigate at all into the domestic law with regard to necessity.

A4 Concerning the treaty-based necessity exception, according to which the '[t]reaty shall not preclude the application by either Party of measures necessary for the maintenance of public order, the fulfillment of its obligations with respect to the maintenance or restoration of international peace and security, or the protection of its own essential security interests', (paragraph 204) all three tribunals held that the exception was in principle applicable to cases of economic emergencies. The tribunals also concordantly ruled that the exception was not self-judging, but subject to a substantive review by arbitral tribunals.

A5 The decisions differed, however, on the role accorded to the treaty-based defence and its relation to customary law: In the *CMS Award* and the *Enron Award*, both tribunals analyzed first the conditions for invoking necessity under customary law before turning to a discussion of the BIT provisions, but did not make separate findings based on the treaty provision. In contrast, the *LG&E* tribunal first examined the existence of a state of necessity under the treaty-based defence and then turned to a separate examination of the conditions for invoking necessity under customary law. While the *CMS Award* and the *Enron Award* thus seemed to assume that the treaty-based exception must be

concretized and elucidated by recourse to customary international law, *LG&E* instead applied the treaty's emergency clause independently and found that its conclusion was 'supported' by the rules of customary law.

A6 All three tribunals concurred that the conditions for invoking necessity under customary international law were properly reflected by Article 25 of the ILC Draft Articles. Yet the arbitrators in *LG&E* differed sharply from those in the *CMS Award* and the *Enron Award* in their assessment on whether these conditions were met by the Argentine crisis. While the *CMS Award* and *Enron Award* tribunals found that the crisis was not severe enough to threaten an 'essential interest' of the state, the *LG&E* tribunal broadly described the extent of the crisis and found that Argentina's essential interests were indeed threatened.

A7 Further, while the *CMS Award* and *Enron Award* tribunals held that the Argentine government policies significantly contributed to the crisis, the *LG&E* tribunal shifted the burden of proof to the investor and stated that there was 'no serious evidence in the record that Argentina contributed to the crisis resulting in the state of necessity'.

A8 As to the requirement that the measures adopted by Argentina should be 'the only means available' to address the crisis, the tribunals in the *CMS Award* and the *Enron Award* found that there were other policy alternatives. In contrast, the arbitrators in *LG&E* acknowledged that 'there may have been a number of ways to draft the economic recovery plan', but still accepted the Argentine response plan as being the 'only means available.' Thus, while reaching fundamentally opposed conclusions, none of the tribunals deemed it appropriate to investigate further the details of possible alternative responses to the crisis.

A9 The discrepancies are also striking with regard to the duty to compensate the investor's losses during a state of necessity. Article 27 of the ILC Draft Articles provided that the invocation of necessity was 'without prejudice to ... the question of compensation for any material loss caused by the act in question'. In the *CMS Award* and the *Enron Award*, both tribunals held that the investor's losses should be indemnified once a possible state of necessity was over. To the contrary, the *LG&E* tribunal stressed that Article 27 of the ILC Draft Articles did not specify whether compensations were payable and that the necessity exception contained in the BIT exempted Argentina from liability during the crisis. In the view of the Tribunal, this also implied that the damages suffered during the state of necessity should not be indemnified.

A10 While it was true that Article 27 of the ILC's Draft Articles did not explicitly prescribe that compensation was due in cases of necessity, strong arguments point towards a duty under customary international law to compensate at least the material losses. It may indeed be inherent in the concept of necessity that once the situation has normalized, a certain extent of redistributive justice takes place. Against this background, while the Tribunal's focus on the treaty provisions as the *lex specialis* between the parties was understandable, the result of its reasoning surprises: to interpret the provisions of a BIT in a way that puts the foreign investor in a situation that is less beneficial than he may be able to expect under customary international law, is hardly reconcilable with the object and purpose of BITs.

A11 These categorically different legal appraisals of nearly identical situations by three subsequent ICSID tribunals raise high expectations towards upcoming arbitral awards involving Argentina. Interestingly, in the context of the fair and equitable treatment claim and the umbrella clause, the *LG&E* tribunal repeatedly referred to the *CMS Award*, as did the *Enron Award* tribunal with regard to *LG&E*. However, neither *LG&E* nor *Enron* discussed the earlier tribunal's findings with respect to the necessity defence. This is even more surprising as one of the arbitrators in *CMS* also sat on the *LG&E* tribunal and another arbitrator from *LG&E* was also part of the *Enron* tribunal. These circumstances have reignited the debate about the need for consistency in arbitral rulings and the usefulness and practicability of consolidation procedures, such as Article 1126 of the North American Free Trade Agreement (12 December 1992) US Gov't Printing Office (1992), entered into force 1 January 1994 ('NAFTA').

A12 With regard to the other issues decided, the *LG&E* award was mostly in line with previous jurisprudence. The tribunal endorsed the position according to which stability, predictability, and the protection of the investor's expectations form part of the fair and equitable treatment standard (See eg *Técnicas Medioambientales Tecmed SA v Mexico*, Award, ICSID Case No ARB (AF)/00/02, 29 May 2003). With respect to the applicable law, the *LG&E* decision refused to accord international law only a corrective or supplemental function. Instead, the Tribunal followed a fact-specific approach that adopted both international and municipal law according to the issue before it. Contrary to the rulings in the *CMS Award* and the *Enron Award* however, the Tribunal in *LG&E* found that Argentina had breached the self-standing obligation of non-discrimination contained in the BIT.

A13 Concerning the concept of indirect expropriation, the Tribunal emphasized the need to balance the measure's impact against the public policy considerations of the host state. Regarding the measure's impact, the *LG&E* ruling stressed that, in order to be expropriatory, the measure needed to deprive the investors of their right to enjoy the investment. The tribunal dismissed *LG&E*'s expropriation claim by pointing to the fact that *LG&E* never lost control

over its investment and that the effect of the state's measures on the investment's value had not been permanent. Thus, similar to the rulings in the *CMS Award* and the *Enron Award*, the LG&E decision adopted an increasingly restrictive reading of the indirect expropriation concept, which excluded all temporary diminutions of the investment's value. This line of jurisprudence underscored the current trend in investment arbitration to shift the liability for regulatory changes away from the concept of indirect expropriation towards the fair and equitable treatment standard.

A14 Finally, an interesting aspect of the *LG&E* ruling was that it was the first ICSID decision which extended the effect of an umbrella clause to general regulations of the host state. Before this decision, previous tribunals had only been confronted with the application of umbrella clauses to contractual relations. However, the possibility of applying the clause to general commitments arising from the municipal law of the host state had already been recognized and rebutted because of its 'far-reaching consequences' (See *SGS Société Générale de Surveillance SA v Pakistan*, Order, ICSID Case No ARB/01/13; IIC 222 (2002), 16 October 2002; *SGS Société Générale de Surveillance SA v Pakistan*, Decision on Jurisdiction, ICSID Case No ARB/01/13; IIC 223 (2003); (2005) 8 ICSID Rep 388, 6 August 2003). The *LG&E* decision took this step, but did not consider the legal and regulatory framework surrounding LG&E's investment to be general regulations, but rather specific obligations, 'targeting foreign investors and applying specifically to their investments.'

Date of Analysis: 28 August 2007

Analysis by: André von Walter

Further Analysis

Andrea K Bjorklund, 'Emergency Exceptions in International Obligations in the Realm of Foreign Investment: The State of Necessity and Force Majeure as Circumstances Precluding Wrongfulness', in Peter Muchlinski, Frederico Ortino, and Christoph Schreuer (eds), *Oxford Handbook of International Investment Law* (OUP, Oxford 2008)

Julien Fouret, "'CMS c/ LG&E" ou l'état de nécessité en question', (2007) *Revue de l'arbitrage* 249

August Reinisch, 'Introductory Note to International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID): LG&E v Argentine Republic' (2007) 46 *ILM* 36

David Foster, "'Necessity Knows no Law!": LG&E v Argentina', (2006) *Int'l Arb L Rev* 149

August Reinisch, 'Necessity in International Investment Arbitration—An Unnecessary Split of Opinions in Recent ICSID Cases? Comments on CMS v. Argentina and LG&E v. Argentina' (2006) 3(5) *TDM*

Other decisions cited in the full text of this decision:

Ad hoc

Pope & Talbot Inc v Canada, Interim Award, Ad hoc—UNCITRAL Arbitration Rules; IIC 192 (2000), 26 June 2000

SD Myers Inc v Canada, Partial Award, Ad hoc—UNCITRAL Arbitration Rules; IIC 249 (2000), 13 November 2000

Lauder v Czech Republic, Final Award, Ad hoc—UNCITRAL Arbitration Rules; IIC 205 (2001), 3 September 2001

CME Czech Republic BV v Czech Republic, Partial Award, Ad hoc—UNCITRAL Arbitration Rules; IIC 61 (2001), 13 September 2001

International Centre for Settlement of Investment Disputes:

Amco Asia Corporation and others v Indonesia, Award, ICSID Case No ARB/81/8, 20 November 1984

Asian Agricultural Products Ltd (AAPL) v Sri Lanka, Award, ICSID Case No ARB/87/3; IIC 18 (1990), 27 June 1990

Azinian, Davitian, & Baca v Mexico, Award, ICSID Case No ARB (AF)/97/2; IIC 22 (1999), 1 November 1999

Metalclad Corp v Mexico, Award, ICSID Case No ARB(AF)/97/1; IIC 161 (2000), 30 August 2000

Genin and ors v Estonia, Award, ICSID Case No ARB/99/2; IIC 10 (2001), 25 June 2001

Wena Hotels Ltd v Egypt, Decision on Application for Annulment, ICSID Case No ARB/98/4; IIC 274 (2002), 5 February 2002

Mondev International Ltd v United States, Award, ICSID Case No ARB(AF)/99/2; IIC 173 (2002), 11 October 2002

Técnicas Medioambientales Tecmed SA v Mexico, Award, , ICSID Case No ARB (AF)/00/02; IIC 247 (2003), 29 May 2003

SGS Société Générale de Surveillance SA v Philippines, Decision on Jurisdiction, ICSID Case No ARB/02/6; IIC 224 (2004), 29 January 2004

Waste Management Inc v Mexico, Award, ICSID Case No ARB(AF)/98/2; IIC 270 (2004), 30 April 2004

MTD Equity Sdn Bhd and MTD Chile SA v Chile, Award, ICSID Case No ARB/01/7; IIC 174 (2004), 25 May 2004

CMS Gas Transmission Co v Argentina, Award, ICSID Case No ARB/01/8; IIC 65 (2005), 12 May 2005

International Court of Justice

ELSI Elettronica Sicula SpA ('ELSI') (United States v Italy), (1989) ICJ Rep 15; ICGJ 95 (ICJ 1989), 20 July 1989

Iran-United States Claims Tribunal

Too v Greater Modesto Insurance Associates, Award, 23 Iran-United States CI Trib Rep 378, 29 December 1989

London Court of International Arbitration

Occidental Exploration and Production Co v Ecuador, Final Award, LCIA Case No UN 3467; IIC 202 (2004), 1 July 2004

Permanent Court of International Justice

Oscar Chinn, (1934) PCIJ Ser A/B, Case No 63

United States-Mexican Claims Tribunal

Neer v Mexico, (1927) 4 RIAA 60

Instruments Cited in the full text of this decision:

Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States (18 March 1965) 575 UNTS 159, entered into force 14 October 1966, Articles 36(3), 42(1)

Vienna Convention on the Law of Treaties (23 May 1969) 1155 UNTS 331, 8 ILM 679 (1969); 63 AJIL 875 (1969), entered into force 27 January 1980, Articles 31, 32

Draft Articles on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, Report of the International Law Commission on the Work of its Fifty-Third Session, UN Doc A/56/10; GAOR 56th Session, Supp No 10 at 111, UN General Assembly 2001, Articles 25, 27

Treaty between the United States and the Russia Federation Concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment (17 June 1992), Article X

Administrative and Financial Regulations, in ICSID Convention, Regulations, and Rules, Doc ICSID/15/Rev. 1 (in effect from 1 January 2003 to 9 April 2006), Regulation 25

Rules of Procedure for Arbitration Proceedings, in ICSID Convention, Regulations, and Rules, Doc ICSID/15/Rev. 1 (in effect from 1 January 2003 to 9 April 2006), Rules 6(1), 13, 32(3), 41(4)

Rules of Procedure for the Institution of Conciliation and Arbitration Proceedings, in ICSID Convention, Regulations, and Rules, Doc ICSID/15/Rev. 1 (in effect from 1 January 2003 to 9 April 2006), Rule 7

Treaty Concerning the Reciprocal Encouragement and Protection of Investment (Argentina/United States) (14 November 1991) Senate Treaty Doc 103-02 S, entered into force 20 October 1994, Preamble, Articles I(1)(a), II(2)(a), II(2)(b), II(2)(c), IV(1), IV(3), VII, XI

North American Free Trade Agreement (12 December 1992) US Gov't Printing Office (1992), entered into force 1 January 1994, Articles 102(1), 1105(1)

Convertibility Law, 1991 (Argentina)

Public Emergency and Currency Exchange Law, 6 January 2002 (Argentina)

Gas Law, (Argentina)

Previous stages in these proceedings:

Decision on Jurisdiction; *LG&E Energy Corp and ors v Argentina*, ICSID Case No ARB/02/1; IIC 151 (2004), 30 April 2004

Subsequent stages in these proceedings:

Award, Damages; *LG&E Energy Corp and ors v Argentina*, ICSID Case No ARB 02/1; IIC 295 (2007), 25 July 2007

Decision – English translation

I. THE PARTIES

II. THE ARBITRAL TRIBUNAL

III. PROCEDURAL BACKGROUND

IV. FACTUAL BACKGROUND

A. LATE 1980S AND 1990S

B. ECONOMIC CRISIS AND THE EMERGENCE OF THE DISPUTE — 1999–2001

C. THE EMERGENCY LAW — 6 JANUARY 2002

D. RENEGOTIATION OF THE PUBLIC SERVICE CONTRACTS

E. REQUEST FOR RELIEF

V. PRELIMINARY MATTERS

A. JUS STANDI

B. LAW APPLICABLE

1. Parties' Positions

2. Tribunal's Analysis

3. Tribunal's Conclusion

VI. LIABILITY

A. ARTICLE II(2)(A): FAIR AND EQUITABLE TREATMENT

1. Parties' Positions

2. Tribunal's Conclusion Concerning Argentina's Guarantees to Investors

3. Tribunal's Analysis

4. Tribunal's Conclusion

B. ARTICLE II(2)(B): DISCRIMINATORY AND ARBITRARY TREATMENT

1. Discriminatory Treatment

(i) Parties' Positions

(ii) Tribunal's Analysis

(iii) Tribunal's Conclusion

2. Arbitrary Treatment

(i) Parties' Positions

(ii) Tribunal's Analysis

(iii) Tribunal's Conclusion

C. ARTICLE II(2)(C): THE UMBRELLA CLAUSE

1. Parties' Positions

2. Tribunal's Analysis

3. Tribunal's Conclusion

D. CONSIDERATIONS ON INDIRECT EXPROPRIATION

1. Parties' Positions

2. Tribunal's Analysis

3. Tribunal's Conclusion

E. STATE OF NECESSITY

1. Parties' Positions

2. General Comments on Article XI

(i) Preliminary Considerations

(ii) The Question of Whether Article XI is Self-Judging

(iii) Necessary Nature of the Measures Adopted

a. Parties' Positions

b. Tribunal's Analysis

(iv) Consequences of the State of Necessity

(v) Conclusions of the Tribunal

VII. DECISION OF THE TRIBUNAL ON LIABILITY

I. THE PARTIES

1. Claimants, LG&E Energy Corp. and LG&E Capital Corp. are corporations created and existing under the laws of the Commonwealth of Kentucky, in the United States of America, with domestic and foreign operations.¹ LG&E International Inc. is a corporation organized and existing under the laws of the State of Delaware, United States of America. Claimants hereinafter will be referred to collectively as "LG&E" or "Claimants."

2. LG&E has a shareholding interest in three local, gas distributing companies in Argentina created and existing under the laws of Argentina by commandment of the Argentine Government: Distribuidora de Gas del Centro ("Centro"), Distribuidora de Gas Cuyana S.A. ("Cuyana") and Gas Natural BAN S.A. ("GasBan"), hereinafter collectively referred to as "the licensees". LG&E owns a controlling equity interest in Centro and minority equity interests in GasBan and Cuyana.

3. Respondent is the Argentine Republic, which along with the United States of America, is a party to the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States ("ICSID Convention" or

“Convention”), ratified by the Argentine Republic in 1994 and by the United States of America in 1966. The Bilateral Investment Treaty between the United States of America and the Argentine Republic Concerning the Reciprocal Encouragement and Protection of Investments was signed on 14 November 1991 (“BIT”, “the Bilateral Treaty” or the “Treaty”) (and entered into force on 20 October 1994).

II. THE ARBITRAL TRIBUNAL

4. On 31 January 2002 the Centre's Secretary-General registered Claimants' Request for Arbitration in accordance with Article 36(3) of the ICSID Convention. In accordance with Rule 7 of the Rules of Procedure for the Institution of Conciliation and Arbitration Proceedings (“the Institution Rules”), the Secretary-General gave notice to the parties of the registration of Claimants' Request and invited them to constitute an Arbitral Tribunal as soon as possible.

5. Forthwith, the parties agreed that the Arbitral Tribunal should be formed by three arbitrators, one appointed by the Claimants, another by the Argentine Republic and the third one, called to preside over the Tribunal, would be appointed by the Centre's Secretary-General in accordance with the method agreed upon by the parties.

6. On 20 June 2002, the Claimants appointed Professor Albert Jan van den Berg, a national of the Netherlands, as an arbitrator for this case. Said appointment was ratified by the Claimants by letters to the Centre dated 15 and 28 August 2002. The Argentine Republic, by letter dated 26 August 2002, appointed Judge Francisco Rezek, a Brazilian citizen, as an arbitrator. On 7 November 2002, the Centre's Secretary-General, with the parties' agreement, appointed Dr. Tatiana B. de Maekelt, a citizen of Venezuela, as the Arbitral Tribunal's President.

7. On 13 November 2002, the ICSID's Secretariat, in accordance with Rule 6(1) of the Rules of Procedure for Arbitration Proceedings (“Arbitration Rules”), notified the parties that all the arbitrators had accepted their appointments and that the Tribunal was deemed to be constituted and the proceeding deemed to begun as from that date. On this same day, in accordance with Rule 25 of the ICSID Administrative and Financial Regulations, the parties were informed that Dr. Claudia Frutos-Peterson would act as the Tribunal's Secretary.

III. PROCEDURAL BACKGROUND

8. On 28 December 2001, ICSID received from LG&E a request for arbitration dated 21 December 2001 against the Argentine Republic.

9. By letter dated 24 January 2002 the Claimants filed with ICSID a supplement to their request for arbitration. Claimants asserted that Respondent had committed further violations of the BIT as a result of the enactment by the Government of the Public Emergency and Currency Exchange Law (“Emergency Law”), which allegedly adversely affected Claimants' investment in Argentina.

10. In accordance with Arbitration Rule 13, the Tribunal held its first session with the parties at the seat of the Centre in Washington D.C. on 19 December 2002. The parties agreed to set the following schedule for the written procedure: Claimants were to file a Memorial on 31 March 2003. Upon receipt of Claimants' Memorial, Respondent could choose to file an answer within either 60 or 90 days. In its answer, Respondent was entitled to file exceptions on jurisdiction, and to the extent it deemed necessary, could respond to Claimants' arguments on the merits. In the event that the Respondent filed a Memorial on Jurisdiction, the Claimants were to file their Counter-Memorial on Jurisdiction within 30 days from their receipt of the Respondent's Memorial on Jurisdiction, followed by Respondent's Reply on Jurisdiction within 20 days following receipt of Claimants' Counter-Memorial on Jurisdiction, and Claimants' Rejoinder on Jurisdiction to be filed 20 days from receipt of the Respondent's Reply on Jurisdiction.

11. With respect to oral procedure, it was also agreed during the first session to set the following schedule based on the written submissions. In the event that Respondent filed its answer within 60 days and if the Tribunal decided so, there was to be a hearing on jurisdiction between 22 and 23 September 2003. In the event that Respondent filed its answer within 90 days, the hearing on jurisdiction, if the Tribunal were in agreement, was to be held on 20 and 21 October 2003. The hearing on the merits was scheduled for 8 through 12 March 2004.

12. The Claimants filed their Memorial on 31 March 2003.

13. Subsequently, under covenant, the parties decided to amend the schedule of proceedings concerning the objections to jurisdiction. Respondent and Claimants informed the ICSID Secretariat of this amendment on 1 and 2 July 2003, respectively. Under the new schedule, Respondent's Memorial on Jurisdiction was to be filed on 21 July 2003; Claimants' Counter-Memorial on Jurisdiction, on 29 August 2003; Respondent's Reply on Jurisdiction, on 22 September 2003, and Claimants' Rejoinder on Jurisdiction, on 13 October 2003. It was also agreed that the hearing

on jurisdiction was to be held on 20 and 21 October 2003, but subsequently, the Tribunal, in joint agreement with the parties, decided that the hearing on jurisdiction should be held between 20 and 21 November 2003, at The Hague, Netherlands.

14. In accordance with the terms set, on 21 July 2003, Respondent formally filed objections to ICSID's jurisdiction. In its Memorial on Jurisdiction, Respondent presented the grounds upon which it based said objections and attached documents in support of its arguments. On 29 August 2003, Claimants filed their Counter-Memorial on Jurisdiction. On 22 September 2003, the Argentine Republic filed its Reply on Jurisdiction, and on 14 October 2003, Claimants filed their Rejoinder on Jurisdiction.

15. On 30 October 2003, Respondent filed a motion to suspend the proceedings and requested, as an alternative measure, a stay of the hearing on jurisdiction. On 31 October 2003, the President of the Tribunal asked Claimants to submit their comments on said motion by 3 November 2003. On 3 November 2003, the Claimants filed an objection to the stay motion. On 5 November 2003, the members of the Arbitral Tribunal deliberated on the Argentine Republic's motion and denied Respondent's motions to suspend these proceedings and stay the hearing on jurisdiction scheduled for 20 and 21 November 2003.

16. The hearing on jurisdiction was held on the date set, at the seat of the Permanent Court of Arbitration in The Hague, the Netherlands. Messrs. Eugene D. Gulland and Oscar M. Garibaldi of the law firm of Covington & Burling from Washington, D.C. acted as counsel for the Claimants. Also present at the hearing were Ms. Dorothy O'Brien, Deputy General Counsel for LG&E Energy Corp. and Mr. S. Bradford Rives, Chief Financial Officer of LG&E Energy Corp.

17. Messrs. Carlos Ignacio Suárez Anzorena and Ignacio Pérez Cortés, on behalf of Dr. Horacio Daniel Rosatti, the then-Procurador del Tesoro de la Nación Argentina, attended the hearing on behalf of the Respondent.

18. During the hearing, the parties presented their arguments on the jurisdictional issues. The Tribunal posed questions to the parties in accordance with Rule 32(3) of the Arbitration Rules.

19. On 30 April 2004, the Tribunal issued its Decision on Objections to Jurisdiction, holding that the present dispute is within the jurisdiction of the Centre and the competence of the Tribunal. In so holding, the Tribunal considered the following criteria:

- a. That the dispute should be between a Contracting State and a national of another Contracting State and that Claimants should have *jus standi* to act in these proceedings;
- b. That the issue should be a dispute of a legal nature arising directly from an investment;
- c. That the parties should have given their consent, in writing, to submit to arbitration and, specifically to the ICSID arbitration; and
- d. That all the other requirements of both the ICSID Convention and the Bilateral Treaty should be met in order to submit a dispute to arbitration.

20. With respect to criteria (a), regarding *jus standi*, the Tribunal was of the opinion that, for purposes of the ICSID Convention and the Bilateral Treaty, Claimants should be considered foreign investors, even though they did not directly operate the investment in the Argentine Republic, but acted through companies constituted for that purpose in its territory (Decision on Jurisdiction, ¶ 63).

21. With respect to criteria (b), which requires that the issues before the Tribunal be a dispute of a legal nature arising directly from an investment, the Tribunal concluded that, at the jurisdictional phase, it was to be presumed that Claimants' claims were based on alleged breaches of the Bilateral Treaty affecting Claimants' investments within the meaning of the ICSID Convention and the Bilateral Treaty (Decision on Jurisdiction, ¶ 66).

22. With respect to criteria (c), requiring the consent of the parties to submit the dispute to ICSID arbitration, the Tribunal was of the opinion that the Argentine Republic's consent was given through Article VII(4) of the Bilateral Treaty. In turn, when Claimants resorted to ICSID, they decided to submit their investment disputes to the Centre's jurisdiction. It is noteworthy, in this case, that Claimants did not submit the dispute to the Argentine courts or to any other dispute settlement mechanism mentioned in Article VII of the Bilateral Treaty. For this reason, no question regarding the "fork in the road" provision arises in the present case (Decision on Jurisdiction, ¶ 69 *et. seq.*).

23. Finally, with respect to criteria (d), concerning verification of the other requirements of the ICSID Convention and the Bilateral Treaty, the Tribunal concluded that the claims are not time barred, and that the claims asserted in the additional request filed by Claimants are sufficiently sequential to the originally stated claims as to permit their review by this Tribunal for the sake of efficiency. The fact that the license holders may have begun negotiations with Respondent is outside this arbitral proceeding, inasmuch as the license holders, which are different legal entities, are pursuing that process from their own (corporate) perspective. Thus, in view of the fact that more than six months elapsed from the date on which the dispute arose, i.e. 24 January 2002, there is no bar in initiating the arbitral proceedings (Decision on Jurisdiction, ¶¶ 80 *et. seq.*).

24. Based on these considerations, the Tribunal:

- a. Held that the present dispute is within the jurisdiction of the Centre and the competence of the Tribunal;
- b. Dismissed all of the Respondent's objections as to the admissibility of the dispute and all of the Respondent's objections to the jurisdiction of ICSID and the competence of this Tribunal;
- c. Ordered, pursuant to Rule 41(4) of the Arbitration Rules, the continuation of the proceeding;
- d. Reserved all questions concerning the costs and expenses of the Tribunal and the parties for future determination.

25. In accordance with Procedural Order No. 1 dated 4 May 2004, Respondent filed its Counter-Memorial on the merits on 18 June 2004, seeking dismissal of LG&E's claims. On 6 August 2004, Claimants filed their Reply.

26. Respondent filed its Rejoinder on the merits on 27 September 2004, in which it asked the Tribunal, among other legal and factual arguments, to exclude Claimants' witness, Mr. Patricio Perkins, from the hearing on the merits on grounds of an alleged conflict of interest. Claimants objected to Respondent's motion to exclude the witness on 1 November 2004.

27. By means of Procedural Order No. 3, dated 23 November 2004, the Arbitral Tribunal decided (i) to admit the witness depositions offered by Respondent; (ii) to grant Claimants the opportunity to offer additional evidence regarding the witness depositions produced by Respondent in its Rejoinder, at the latest on 20 December 2004 and to cross-examine said witnesses during the hearing on the merits; (iii) to admit the testimony of Mr. Patricio Perkins, subject to cross-examination by Respondent.

28. In accordance with Procedural Orders Nos. 4 and 5, dated 13 and 18 January 2005, respectively, the hearing on the merits was held between 23 and 29 January 2005, at the seat of the Centre in Washington, D.C. The following persons were present at that hearing:

Arbitral Tribunal:

Tatiana B. de Maekelt, President

Francisco Rezek, Arbitrator

Albert Jan van den Berg, Arbitrator

Secretary of the Tribunal:

Claudia Frutos-Peterson

Counsel for Claimants:

Oscar M. Garibaldi (Covington & Burling, Washington, D.C.)

Eugene D. Gulland (Covington & Burling, Washington, D.C.)

Eric D. Brown (Covington & Burling, Washington, D.C.)

Miguel López Forastier (Covington & Burling, Washington, D.C.)

Karin Kizer (Covington & Burling, Washington, D.C.)

Warda Henning (Covington & Burling, Washington, D.C.)

Harris Bor (Covington & Burling, Washington, D.C.)

Matthew Chester (Covington & Burling, Washington, D.C.)

Jadranka Poljak (Covington & Burling, Washington, D.C.)

Alma Ramírez (Covington & Burling, Washington, D.C.)

Karin Lui (Covington & Burling, Washington, D.C.)

Horacio Ruiz Moreno (Rosso Alba, Francia & Ruiz Moreno Abogados, Buenos Aires, Argentina)

Leonardo Orlanski (Rosso Alba, Francia & Ruiz Moreno Abogados, Buenos Aires, Argentina)

Also present on behalf of Claimants:

Dorothy O'Brien (LG&E Energy LLC)

Chris Hermann

Leonardo Massimino

Donaldo Sloop

Gabriel Wilkinson

Counsel for Respondent:

Oswaldo Guglielmino (Procurador del Tesoro de la Nación Argentina, Buenos Aires, Argentina)

Gustavo Adolfo Scrinzi (Subprocurador del Tesoro de la Nación Argentina, Buenos Aires, Argentina)

Ana Badillos (Procuración del Tesoro de la Nación Argentina, Buenos Aires, Argentina)

Luz Moglia (Procuración del Tesoro de la Nación Argentina, Buenos Aires, Argentina)

Gabriel Bottini (Procuración del Tesoro de la Nación Argentina, Buenos Aires, Argentina)

Ignacio Pérez Cortés (Procuración del Tesoro de la Nación Argentina, Buenos Aires, Argentina)

Gastón Rosenberg (Procuración del Tesoro de la Nación Argentina, Buenos Aires, Argentina)

Also present on behalf of Respondent:

Carlos Garber (Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto, Buenos Aires, Argentina)

Alicia Federico (Ente Nacional Regulador del Gas (ENARGAS), Buenos Aires, Argentina)

Charles Joseph Masano (Secretaría de Energía, Buenos Aires, Argentina)

Marcelo Masonni: (Embassy of the Argentine Republic, Washington, D.C.)

Court Reporters:

David A. Kasdan

Dante Rinaldi

29. The hearing commenced, as scheduled on Sunday, 23 January 2005 at 8:45 a.m. After a brief introduction by the Tribunal's President, Claimants' counsel, Messrs. Eugene Gulland and Oscar Garibaldi, made their oral presentation to the Tribunal, referring to the arguments indicated in their briefs. They also presented their witnesses

for oral examination: Messrs. S. Bradford Rives, Eduardo A. Hurtado, Patricio Carlos Perkins, Rudolf Dolzer, Eduardo Schwartz, Carlos Lapuerta, Antoni Peris Mingot, and Jose E. Álvarez.

30. Thereafter, Messrs. Osvaldo César Guglielmino, Ignacio Pérez Cortés and Gabriel Bottini made their submissions on behalf of the Argentine Republic. The following witnesses testified on behalf of Respondent: Ms. Anne-Marie Slaughter and Messrs. Eduardo A. Ratti, Jorge G. Simeonoff, Cristian Folgar, Nouriel Roubini and Fabián Bello.

31. On 28 February 2005, the parties submitted Post-Hearing Briefs.

32. By letter dated 18 May 2005, the Tribunal informed the parties of its decision to appoint an independent expert to assist the Tribunal in evaluating the expert financial evidence. By letter of 14 September 2005, the ICSID Secretariat transmitted the report on the findings of the independent expert to the parties and invited them to comment on the report by 5 October 2005. The parties filed their observations with the Tribunal on that date.

IV. Factual Background

33. Before considering the merits of the dispute, the Tribunal deems it necessary to set forth the facts that it considered relevant for its decision.

A. LATE 1980S AND 1990S

34. The present claims are to be viewed against the historic background and especially the economic upheaval in Argentina and the Government's reaction to the several economic crises suffered by the country in the late 1980s and 1990s.

35. In the late 1980s, Argentina underwent an economic crisis characterized by deep recession and hyperinflation. As part of its economic recovery plan, the Government began an ambitious privatization program with the enactment of the State Reform Law in August 1989. Within this framework, large Government-owned businesses and entities were privatized or granted on concession (Respondent's Counter-Memorial, ¶121).

36. One March 27, 1991, Argentina enacted Law No. 23,928, referred to as the *Convertibility Law*, which ordered the implementation of a fixed exchange rate, pegging the *austral* (the then-Argentine currency) to the United States dollar.² The Convertibility Law also banned price or value indexation.

37. One of the primary goals of the Government's plan was the privatization of *Gas del Estado S.E.*, the national natural-gas transport and distribution monopoly. Pursuant to the Government's privatization plan, investors could purchase shares in newly-formed, licensed private corporations that would offer gas transport and distribution services. Such shares were available to domestic and foreign investors.

38. To implement its plan, the Government enacted in June 1992, the *Ley del Gas* ("Gas Law"), which established a comprehensive regulatory structure for the provision of natural-gas transport and distribution services, and created a public agency, called *Ente Nacional Regulador del Gas* (ENARGAS) to oversee the industry.

39. The Gas Law adopted a tariff structure under which ENARGAS would collect tariffs on the price of gas paid by consumers. Under the provisions of the Gas Law, ENARGAS was required to set the transport and distribution tariffs at fair and reasonable levels that would allow licensed utility providers to recoup a "reasonable rate of return," after accounting for costs, defined as a rate similar to that applied to activities of similar risk and adequately related to the level of efficiency and satisfactory performance of the transport or distribution service. Profitability was to be measured against other activities of comparable risk.

40. ENARGAS was to set maximum tariffs for a period of five years. At the end of the five-year period, the tariffs were to be reviewed and adjusted based on international market indicators that reflected changes in the value of the goods and services representative of the activities of service providers.

41. The Gas Law was implemented by regulations adopted on 28 September 1992 by Decree No. 1738/92. Pursuant to these regulations, transport and distribution tariffs were to be calculated in U.S. dollars and then expressed in Argentine pesos, and the Government could not rescind or modify the licenses without the consent of the licensees.

42. On 7 December 1992, the Government adopted Decree No. 2255/92, called *Reglas Básicas de la Licencia* (Basic Rules of the License), which supplemented the Gas Law and the above-mentioned regulation and approved prototype licenses for natural-gas transport and distribution. The prototype licenses included a schedule of the

maximum tariffs for the first five-year period (1993–1997) of service. The Basic Rules of the License obligated the Government to compensate the licensees fully for any losses resulting from changes to the guaranteed tariff system. The Basic Rules of the License also implemented the semi-annual tariff review based on the U.S. Producer Price Index (“PPI”), to be conducted in January and June of each year (“PPI adjustment”).

43. Under this framework comprised of the Gas Law, its regulations and Basic Rules of the License, the five-year review was to be a comprehensive review of the method used to calculate tariffs.

44. By Decree No. 1189/92, published on 17 July 1992, Argentina approved the procedure for the privatization of *Gas del Estado S.E.* It was restructured into two distinct transport business units and eight separate distribution business units, each responsible for a geographic region of the country. Each of the ten business units were transferred to the newly-created companies, which were to operate with a license under the legal framework in force.

45. An international bidding process was set in place by Resolution No. 874/92 issued by the Ministry of Public Works and Services and conducted pursuant to the *Pliego de Bases y Condiciones para la Licitación* (“Bidding Rules”). Under these Bidding Rules, both foreign and domestic investors were free to bid on the shares. The purpose of the Bidding Process was the purchase and sale of the majority interest in each of the licensed companies created by Decree No. 1189/92. Three of those majority interests were sold during that bidding process: 60% of Cuyana’s shares, 70% of GasBan’s shares, and 90% of Centro’s shares.

46. In December 1992, the Argentine Government awarded the contracts for the purchase of the majority of shares in the ten newly-formed licensees into which *Gas del Estado S.E.* had been restructured. The licenses relevant to this dispute were approved by Decrees Nos. 2454/92 for Centro, 2460/92 for GasBan and 2453/92 for Cuyana, and became effective on 22 December 1992.

47. The blocks of shares of Centro, GasBan and Cuyana that were subject to privatization were awarded to private investors: 90% of the shares of Centro were awarded to a consortium formed by *Società Italiana Per Il Gas S.p.A.* (“Italgas”), an Italian company, and *Sideco Americana S.A.*, an Argentine company (“Sideco”); 70% of the shares of GasBan were awarded to a consortium formed by *Gas Natural SdG S.A.*, a Spanish company, *Compañía General de Combustibles S.A.* and *Manra S.A.*, both Argentine companies; and 60% of the shares of Cuyana were awarded to a consortium formed by Italgas and Sideco.

48. Three Argentine investment companies were created as vehicles for the acquisitions: (i) *Inversora de Gas del Centro S.A.* to acquire the privatized shares of Centro; (ii) *Invergas S.A.* to acquire the privatized shares of GasBan; and (iii) *Inversora de Gas Cuyana S.A.* to acquire the privatized shares of Cuyana. The successful bidders or their affiliates became shareholders of the respective investment companies, which then entered into Transfer Agreements with the Respondent concerning the shares subject to this arbitration.

49. The privatization scheme created by Respondent targeted foreign investors because foreign capital was deemed essential for the successful operation of the Government’s economic recovery plan. Foreign investors were encouraged to purchase shares with guarantees, such as tariffs calculated in U.S. dollars, automatic and periodic adjustments to the tariffs based on the PPI, a clear legal framework that could not be unilaterally modified, and the granting of “licenses” instead of “concessions” with a view to offering the highest degree of protection to prospective investors.

50. As part of its marketing efforts, Argentina distributed an Information Memorandum in foreign markets, including the United States and Europe. The Information Memorandum summarized the legal framework governing the privatization, the terms and conditions for the bidding, the bidding process and the legal and the regulatory framework that would apply to the new industry after privatization. The information in the memorandum concerning the privatization, prepared and distributed by investment banks, contained descriptive information and included disclaimers to discourage investors from relying solely on the information therein.

51. During this period, Argentina undertook to provide enhanced legal protection to investors so as to attract foreign investment in support of its privatization scheme. The Respondent ratified several treaties relating to international investment obligations, such as the ICSID Convention and a great number of bilateral investment treaties, including the Argentina-U.S. Bilateral Investment Treaty at issue in this dispute. As mentioned above, the Convertibility Law, which pegged the peso to the U.S. dollar, was also enacted at this time.

52. In reliance on the legal guarantees offered by the Argentine Government for the privatized energy industry, and based on its positive prior experience investing in the privatized Argentine gas market in 1992, Claimants chose to purchase shares of three licensed companies in the gas-distribution market. In February 1997, LG&E purchased

a 45.9% interest in Centro and a 14.4% interest in Cuyana. In March 1999, LG&E purchased a 19.6% interest in GasBan.

53. From 1993 until the end of 1999, Claimants agree that the gas-distribution licensees and Respondent abided by their respective obligations under the licenses and law governing the privatization scheme. According to Claimants, the licensees invested heavily in Argentina's natural-gas distribution infrastructure. GasBan invested about US\$372 million in a new plant and equipment, even though originally required to invest US\$90.9 million; Centro invested US\$92 million, although originally required to invest US\$10 million; and Cuyana invested more than US\$120 million, although originally required to invest US\$10 million. In return, Argentina honored the provisions of the licenses and other legal obligations, including the semi-annual tariff adjustment under the PPI indicator, and calculation of the tariffs in U.S. dollars.

B. Economic Crisis and the Emergence of the Dispute — 1999–2001

54. A new economic crisis developed in Argentina in the late 1990s. In the third quarter of 1998, the Argentine economy plunged into a period of recession that was to last four years and triggered, in Respondent's opinion, the worst economic crisis since Argentina's inception in 1810 (Respondent's Counter-Memorial, ¶ 782).

55. In 1999, Argentina's Gross Domestic Product ("GDP") decreased causing a dramatic fall in domestic prices. Private consumption and investments began falling in August 1998 and Argentina entered a deflationary period. The period was marked by widespread decline in the value of assets located in Argentina. By the end of the 1990s, many economists considered the peso as overvalued, and predicted that the currency board would have to be abandoned, which would inevitably devalue the peso. Argentina's country risk premium increased, gradually excluding the country from the international credit market. These economic indicators were accompanied by social problems — unemployment, poverty and indigence levels began to increase. On 10 December 1999, Mr. Fernando de la Rúa took office as the President of Argentina. His administration tried to maintain the peg of the Argentine peso to the U.S. dollar as mandated by the Convertibility Law.

56. Against this background, public services rates, as specified in the contracts, were due to be adjusted in January 2000 based on the PPI. At the time, the United States was experiencing a high inflationary period, while Argentina was experiencing a significant deflationary period. As established in the Gas Law, the tariffs were to be adjusted to reflect changes in the cost structure of utility providers (Gas Law, Article 41). Argentina considered that the pending tariff adjustments based on the U.S. rate were unreasonable because they would result in a significant increase in utility rates within a recessionary and deflationary context.

57. Argentina met with the gas-distribution licensees to discuss a temporary suspension of the semi-annual tariff adjustments. Two agreements that the Government and the licensees entered in 2000 formed part of Claimants' original claim submitted to this arbitration.

58. On 6 January 2000, the Government and the licensees entered an agreement (*Acta Acuerdo*) whereby the licensees agreed to a one-time, six-month postponement of the tariff adjustment due in January 2000. Pursuant to the agreement, the tariffs would be recovered with interest from 1 July 2000 to 30 April 2001. Therefore, through resolutions published on 10 January 2000, ENARGAS approved the tariff effective as from 1 January 2000 without the PPI adjustment. The ENARGAS resolutions provided that the legal regime governing the tariffs would remain intact.

59. During the first six months of 2000, the situation in the Argentine economy continued to deteriorate. The semi-annual PPI adjustment would have forced a second tariff increase in a continued deflationary period. Although the licensees had agreed to only one-time tariff adjustment postponement, the Government urged the gas-distribution licensees to accept a second postponement of the tariff adjustments; including the previously postponed adjustments that were scheduled to be recovered beginning on 1 July 2000 in accordance with the *Acta Acuerdo* of 6 January 2000.

60. On 17 July 2000, by Decree No. 669/00, effective 4 August 2000, the licensees and the Government agreed to a second postponement of the tariff adjustments until 30 June 2002. Pursuant to the agreement, a stabilization fund would be created to recover the postponed amounts, subject to certain ceilings and floors, with interest. As with the previous agreement, this agreement reaffirmed the Government's commitments and guarantees provided to the licensees and their investors under the legal structure created for the privatization of the gas industry, specifically recognizing the enforcement of Argentina's bilateral investment treaties and the semi-annual PPI adjustments as an integral component of the tariff system.

61. On 3 August 2000, the Argentine National Ombudsman filed a lawsuit in an Argentine Federal Court, seeking an injunction against the operation of Decree No. 669/00. On 18 August 2000, the Court issued an order provisionally enjoining the application of Decree No. 669/00 and of the agreement of 17 July 2000. On 5 October 2001, the Court of Appeal ratified the order and the case is presently pending before the Supreme Court (Respondent's Counter-Memorial, ¶ 255).

62. ENARGAS declared in November 2001 that no further adjustments to the tariffs would be approved until final judgment in the lawsuit. No further adjustments to the tariffs have occurred to date.

C. The Emergency Law — 6 January 2002

63. Argentina's crisis deepened at the end of 2001. The Government experienced increased difficulties in repaying its foreign debt. As poverty and unemployment soared, Argentines feared that the Government would default on its debt and immobilize bank deposits. Therefore, savings were massively withdrawn from the banks. In response, the Government issued Decree No. 1570/01, known as "*Corralito*," on 1 December 2001, restricting bank withdrawals and prohibiting any transfer of currency abroad. Amid widespread discontent and public demonstrations, including violence that claimed tens of lives, President De la Rúa and his Cabinet resigned on 20 December 2001. A succession of presidents took office and quickly resigned.

64. Finally, President Eduardo Duhalde took office and implemented a new economic plan, which contained measures that form the additional claim submitted by Claimants. On 6 January 2002, Congress enacted Law No. 25,561, the Public Emergency and Foreign Exchange System Reform Law (known as "the Emergency Law"). The Emergency Law abrogated the Convertibility Law so that the one-to-one peg of the Argentine peso to the United States dollar no longer existed. The Emergency Law provided for the switch into Argentine pesos of debts owed to the banking system, debts arising from management contracts governed by public law, and debts under private agreements. The law further provided for the renegotiation of private and public agreements to adapt them to the new exchange system.

65. The Emergency Law adopted measures modifying public-service contracts, such as establishing that tariffs and prices for public services were to be calculated in pesos, instead of U.S. dollars; abolishing all clauses calling for tariff adjustments in U.S. dollars or other foreign currencies; eliminating all indexing mechanisms; and directing the Executive Branch to renegotiate all public-service contracts.

66. By Presidential Decree No. 214 of 3 February 2002, the Government adopted a currency conversion scheme under which all obligations payable in dollars existing on the date of enactment of the Emergency Law would be converted into pesos at the fixed one-to-one exchange rate.

67. The switch into Argentine pesos, also called "pesification," which affected the entire Argentine economy, was characterized by Respondent as a necessary process to return the country to the path of economic stability.

D. Renegotiation of the Public Service Contracts

68. On 12 February 2002, Argentina announced the renegotiation of all public service contracts. By Decree No. 293/02, licenses for transport and distribution of natural gas were subject to mandatory renegotiation by a Renegotiation Committee within the Ministry of Economy. Under the Decree, the Government could either sign a renegotiated agreement or rescind the contract. By Resolution No. 38/02, issued on 9 March 2002, ENARGAS was ordered to discontinue all tariff reviews and to refrain from adjusting tariffs or prices in any way.

69. After enactment of the Emergency Law, the licensees and the Argentine Executive launched three initiatives to implement an emergency increase in the natural gas and electricity tariffs. Each of these initiatives was successfully challenged by consumer organizations and ombudspersons in the Argentine judiciary and consequently did not become effective. The Argentine Government attempted twice more in 2003 to obtain tariff increases through Presidential Decrees but both these efforts were also quashed by the judiciary.

70. On 25 May 2003, a new Argentine President, Dr. Néstor Kirchner, took office after a popular election was held on 26 April 2003, replacing the transition authorities that had been appointed by the Argentine Congress. Respondent states that with the new administration, a period of institutional stabilization at the federal level began (Respondent's Counter-Memorial, 317).

71. By Presidential Decree No. 311/03, published on 4 July 2003, and Law No. 25,790, passed on 22 October 2003, the Argentine Government extended the renegotiation process. Centro, Cuyana and GasBan have been

involved in the renegotiation process under threat of rescission of contract. During the renegotiation process, the Government has not offered to restore the legal guarantees that were eliminated by the Emergency Law, or compensate Claimants for any losses incurred.

E. Request for Relief

72. Bearing in mind the background already described, Claimants request the following relief (Request for Arbitration, ¶ 111 as revised in Claimants' Memorial at ¶ 208):

- (i) Declaring that the Respondent has breached its obligations under Article II(2)(c) of the Bilateral Treaty by failing to observe obligations that it entered into with regard to the Claimants' investment;
- (ii) Declaring that the Respondent has breached its obligations under Article II(2)(a) of the Bilateral Treaty by failing to accord to the Claimants' investment fair and equitable treatment and by according treatment less than that required by international law;
- (iii) Declaring that the Respondent has breached its obligations under Article II(2)(b) of the Bilateral Treaty by taking arbitrary and discriminatory measures that impair the use and enjoyment of the Claimants' investment;
- (iv) Declaring that the Respondent has breached Article IV(1) of the Bilateral Treaty by indirectly expropriating the Claimants' investment without complying with the requirements of the Bilateral Treaty, including observance of due process of law and payment of prompt, adequate, and effective compensation;
- (v) Ordering the Respondent to pay the Claimants full compensation in the amounts set forth in the Memorial, plus pre- and post-award compound interest;
- (vi) Ordering the Respondent to pay all costs and expenses of this arbitration proceeding, including the fees and expenses of the Tribunal and the cost of the Claimants' legal representation, plus interest thereon in accordance with the Bilateral Treaty; and
- (vii) Such other or additional relief as may be appropriate under the Bilateral Treaty or may otherwise be just and proper.

73. According to Claimants' Reply (¶ 287), the relief they seek is stated as follows:

1. Finding the Argentine Republic to be in breach of its obligations under the Treaty;
2. Ordering the Argentine Republic to pay LG&E: (i) compensation in the amounts specified in Part VI of [the] Reply; (ii) all costs and fees of the arbitration, including reasonable attorneys' fees; and (iii) compound interest on the monetary award from the date of the award until the date of actual payment; and
3. Ordering such additional relief as may be appropriate under the applicable law or otherwise just and proper.

74. The monetary relief sought by Claimants is US\$ 248 million or, if the Tribunal concludes that there was expropriation, US\$ 268 million, plus compound pre-award and post-award interest and costs.

75. Respondent denies that it has violated the Treaty and seeks an order from this Tribunal dismissing LG&E's claims and holding LG&E liable for costs. In asserting its defense, Respondent contends in the alternative that the circumstances warrant application of the state of necessity defense, thus exempting it from liability for any Treaty violations.

V. Preliminary Matters

76. In the analysis below, the Tribunal has not only considered the positions of the parties as summarized in the various sections above, but also their numerous detailed arguments in support of those positions as well as the arguments made at the hearing. To the extent that these arguments are not referred to expressly, they must be deemed to be subsumed in the analysis below.

A. Jus Standi

77. With respect to *jus standi*, the Tribunal re-affirms its conclusions adopted in the Decision on Objections to Jurisdiction of 30 April 2004. As determined in the Decision on Jurisdiction, the Centre has jurisdiction over LG&E's claims and this Tribunal is competent to decide on Claimants' claims.

78. Argentina continues to argue that this Tribunal shall only have jurisdiction if Argentina's non-compliance with an international obligation is verified (Respondent's Rejoinder, ¶ 521(a)). Pursuant to the Tribunal's Decision on Jurisdiction issued on 30 April, 2004, the Tribunal deems that all the obligations in discussion are international because they relate to the Treaty. Thus, LG&E's minority-shareholder status has no bearing on its standing to bring these claims or on the Tribunal's competence to rule upon them.

79. It should be pointed out that, as this Tribunal stated in the Decision on Jurisdiction, the subject matter of this arbitration focuses on the investments made by LG&E in the Argentine licensees. Accordingly, the Tribunal has insisted on the independent treatment of LG&E regarding the licensees, both from the point of view of the legal personality of each entity and from the actions of each. This does not mean, however, that certain actions of the licensees, by the fact that they are the investment's beneficiaries, may have, in some cases, effects on the investment itself. For such reasons, on occasion, the Tribunal shall be bound to refer to the licensees and their actions without implying a reference to LG&E. One should bear in mind that the recognition of the independence among these entities was the basis on which the jurisdiction of the Centre and the competence of the Tribunal were supported.

B. Law Applicable

1. Parties' Positions

80. The Claimants argue that their claims asserted arise under the Treaty. The law that applies to the dispute is therefore the Treaty and general international law. Claimants contend that this approach comports with the first part of Article 42(1) of the ICSID Convention. In Claimants' view, Argentine law merely establishes a factual predicate for the claims under the Treaty and general international law (Claimants' Memorial, ¶¶ 155–56).

81. Respondent does not deny the application of the Bilateral Treaty to this dispute, but argues that in the absence of an agreement on the applicable law, the relationship between LG&E and the Argentine Government should be subject to the second part of Article 42(1) of the ICSD Convention, which establishes the precedence of sources of law; therefore, the Argentine law should be applied first. Respondent asserts that “where an investor makes an investment in a State it is subject —as are local investors— to the laws of the country where the investment is made” (Respondent's Counter-Memorial, ¶ 25). Argentina stresses the insufficiency of the Treaty to govern the dispute at issue, particularly in light of the substantive framework regarding the foreign investment's treatment under Argentine law.

2. Tribunal's Analysis

82. In accordance with Article 42(1) of the ICSID Convention:

“(1) The Tribunal shall decide a dispute in accordance with such rules of law as may be agreed by the parties. In the absence of such agreement, the Tribunal shall apply the law of the Contracting State party to the dispute (including its rules on the conflict of laws) and such rules of International Law as may be applicable.”

83. This rule grants the parties' autonomy in choosing the law applicable to the substance of the dispute in an arbitration administered by ICSID. If no applicable law is chosen, the Tribunal must resort to the second sentence of Article 42(1).

84. It is evident that the parties hereto had not agreed on the applicable law in this dispute. This is usually found in the investment agreement, though this does not hold in this case. Nor is there any express reference to the applicable law in other documents related to the investment by LG&E, a fact that would result in the application of the second part of Article 42(1).

85. It is to be noted that the Argentine Republic is a signatory party to the Bilateral Investment Treaty, which may be regarded as a tacit submission to its provisions in the event of a dispute related to foreign investments. In turn, LG&E grounds its claim on the provisions of the Treaty, thus presumably choosing the Treaty and the general international law as the applicable law for this dispute. Nevertheless, these elements do not suffice to say that there is an implicit agreement by the Parties as to the applicable law, a decision requiring more decisive actions. Consequently, the dispute shall be settled in accordance with the second part of Article 42(1).³

86. In addition to the indication of the applicable law, there are two other concepts embedded in the second part of Article 42(1) which deserve comment—the references to private international law and to the rules of international law “as may be applicable”.

87. As to the reference to the private international law, the Tribunal has not found in the ICSID records any case in which the Arbitral Tribunal has resorted to the rules of conflict of law of the State party to the dispute. It has been so observed in the *Amco v. Indonesia* case, in which the Arbitral Tribunal, presided by Berthold Goldman, affirmed that it did not deem it necessary to enter into a discussion on the rules of conflict, inasmuch as the parties make constant references to the law of the State party in the dispute and, moreover in “the dispute before the Tribunal relating to an investment in Indonesia, there is no doubt that the substantive municipal rules of law to be applied by the Tribunal are to drawn from Indonesian Law.”⁴ The Tribunal in this case shares the same criterion.

88. With reference to the rules of international law and, particularly, to the language “as may be applicable,” found in Article 42(1) of the ICSID Convention, the Tribunal holds the view that it should not be understood as if it were in some way conditioning application of international law. Rather, it should be understood as making reference, within international law, to the competent rules to govern the dispute at issue.⁵ This interpretation could find support in the ICSID Convention's French version that refers to the rules of international law “*en la matière*.”⁶

89. Likewise, applying the rules of international law is to be understood as comprising the general international law, including customary international law, to be used as an instrument for the interpretation of the Treaty. For example, where a term is ambiguous, or where further interpretation of a Treaty provision is required, the Tribunal will turn to its obligations under Articles 31 and 32 of the Vienna Convention on the Law of Treaties, signed in 1969.

90. Having made this part clear, the Tribunal proceeds to analyze the extension of the remission to the domestic law contained in the second part of Article 42(1), whereby the Tribunal shall apply “the law of the Contracting State Party to the dispute...” The Argentine doctrine contributes to gaining insight into the remission's scope: “the situation is much clearer by virtue of the incorporation of the international law to the Argentine law and the hierarchical relation conferred by the 1994 constitutional reform to international treaties in Article 75, paragraph 22,⁷ of the National Constitution.”⁸

91. The Tribunal notes that as part of the Argentine legal system, the Bilateral Treaty prevails over domestic law, “especially, inasmuch as in most of the Bilateral Treaty's assumptions there is an express mention of international law, be it when referring to the treatment to be given to investments, or to the compensation in the event of expropriation or any other like measure, etc.”⁹

92. This interpretation has been accepted in Argentina “as long as the litigation is linked to the violation of the BIT [bilateral investment treaty] and of international law and not to the mere pretensions of infringement of a local contract and as the parties should have not provided expressly the law applicable to the first of said disputes, the decision shall be governed by the ICSID Convention, by the BIT and applicable international law. Thus, the BIT becomes the *lex specialis* regarding disputes appearing in matters of investment between the foreign investor and the Host State.”¹⁰

93. It is this Tribunal's opinion that obviating application of international law, specifically of the ICSID Convention and the Bilateral Treaty, would entail ignoring the fact that “international treaties move away from the principle according to which foreign investment is subject to the law and jurisdiction of the host state and seek international solution of conflicts.”¹¹ This thesis, held by part of the Argentine doctrine, indicates that when submitting the settlement of a dispute to an Arbitral Tribunal acting within the framework of an international agreement, like ICSID, the dispute falls under public international law; thus its rules are to be applied.¹² However, the problem is more complex as has been admitted by several scholars, who are of the opinion that it is necessary to “balance the weight that domestic law and international law should have upon the settlement of the dispute”¹³, this is, to establish an order of precedence of the sources.

94. International law overrides domestic law when there is a contradiction since a State cannot justify non-compliance of its international obligations by asserting the provisions of its domestic law.

95. If this contradiction does not exist, it is not an easy task to establish the relationship between international law and domestic law. In the original draft of the ICSID Convention, the conjunction “and” was not present in the rule, but rather the conjunction “or” was in its place, so that it read, “The Arbitral Tribunal shall decide the dispute

submitted to it in accordance with such rules of law, whether national or international as it shall determine to be applicable.”¹⁴ The intention in the language of the original draft was not to establish an order of preference, but rather to establish the possibility of alternatives. Initially, scholarly authorities and some ICSID Tribunals admitted that the conjunction “and” meant that “and in case of lacunae, or should the law of the Contracting State be inconsistent with international law.”¹⁵ However, any limitation to the role of international law under these terms would imply accepting that international law may be subordinate to domestic law and would obviate the fact that there are a growing number of arbitrations initiated on the basis of bilateral or multilateral investment treaties.

96. It is this Tribunal's opinion that “and” means “and,” so that the rules of international law, especially those included in the ICSID Convention and in the Bilateral Treaty as well as those of domestic law are to be applied. In the *Wena Hotels Limited v. Arab Republic of Egypt* case, the Tribunal affirmed that “and means and”, but accepted the supremacy of international law.¹⁶

97. The Tribunal concludes, as the tribunal concluded in the *Asian Agricultural Products, Ltd, (AAPL) v. Democratic Socialist Republic of Sri Lanka*, Award of June 27, 1990, that the Treaty “is not a self-contained closed legal system limited to provide for substantive material rules of direct applicability, but it has to be envisaged within a wider juridical context in which rules from other sources are integrated through implied incorporation methods, or by direct reference to certain supplementary rules, whether of international law character or of domestic law nature.”¹⁷

98. In short, one must also recall that between Argentina and LG&E there is no binding contractual agreement. The existence of such relationship would have allowed the parties to agree on stabilization clauses in the event of changes in certain circumstances. But, in the absence of such agreement, one is bound to resort to a legal system regulating those events. The fact that there is no contract between the Argentine Republic and LG&E favors in the first place, the application of international law, inasmuch as we are dealing with a genuine dispute in matters of investment which is especially subject to the provisions of the Bilateral Treaty complemented by the domestic law.

3. Tribunal's Conclusion

99. In order to settle this controversy, the present Tribunal shall apply first the Bilateral Treaty; second and in the absence of explicit provisions therein, general international law, and, third, the Argentine domestic law, particularly the Gas Law that governs the natural gas sector. The latter is applicable in view of its relevance for determining the Argentine Republic's liability and the defenses to which it may resort vis-à-vis the allegations made by Claimants.

VI. Liability

A. Article II(2)(a): Fair and Equitable Treatment

1. Parties' Positions

100. Based on the circumstances of this case as described in Section IV above, LG&E claims that the Argentine Republic breached Article II(2)(a) of the Bilateral Treaty, which guarantees that LG&E's investment in Argentina will at all times be accorded fair and equitable treatment.

101. In Claimants' view, by committing itself to the Treaty, Argentina made promises to the United States as to how it would treat the investments of U.S. nationals in Argentina. In Article II, Argentina agreed to maintain an investment environment that is even-handed towards all investors, foreign and domestic alike, free of arbitrary and discriminatory laws and regulations, and ultimately fair and equitable, offering full protection and security to the investments of U.S. nationals.

102. Claimants explain that fair and equitable treatment in the context of this Treaty, requires a stable and predictable legal framework for the investment. Claimants support their interpretation of the standard on the basis of the Preamble of the Treaty, which sets forth the object and purpose of the Treaty and specifically the provision on fair and equitable treatment, as well as three recent opinions of arbitral tribunals considering the question in a similar context.¹⁸ Claimants contend that, under this standard, a State cannot grant treatment that affects the basic expectations that were taken into account by the foreign investor to make the investment. Considering that the Treaty's objective was to promote foreign investment, Claimants argue that the stability and predictability of the legal framework that laid the foundations for their investment and granted protection to its value are particularly important.

103. With respect to Respondent's reliance on the *Genin* case, Claimants argue that as the *Genin*¹⁹ case is merely a standard for evaluating the fairness and equity of State procedures, such a standard should be evaluated in light of more recent cases.

104. Claimants also contend that the extent to which the fair and equitable standard relates to the minimum standard of treatment under customary international law makes no difference in this case because that standard has evolved since the *Mondev*²⁰ case to include the reasonable expectations of the investor.

105. Under this articulation of the standard, Claimants state that Argentina treated LG&E's investment in an unfair and inequitable manner. *First*, Argentina repudiated the guarantees that it had offered to the foreign investors at the time it induced them to invest in Argentina. *Second*, Argentina singled out the gas-distribution industry and other public utility industries, for treatment that was less favorable than the treatment granted to all other sectors of the economy. *Third*, Argentina publicized unfounded charges against the foreign investors and coerced the gas-distribution companies to waive their rights under the licenses and renegotiate the licenses. *Fourth*, Argentina held the licensees responsible for strict compliance with the terms of the licenses while the Government froze the gas-distribution tariffs. *Finally*, Claimants allege that Argentina foreclosed the licensees from pursuing judicial or arbitral remedies (Claimants' Memorial, ¶ 171).

106. Argentina had attracted Claimants with the guarantees derived from the Treaty and the legal framework for privatization, under which its laws and regulations guaranteed how Argentina would treat LG&E's investment. In making their decision to invest in Argentina, Claimants relied on Argentine laws that granted protection against currency fluctuation and inflation, while providing for adjustment of utility rates, thus ensuring reasonable rates of return and that the Argentine Government would not freeze utility rates, but rather maintain a dynamic tariff system, regulated by an expert agency.

107. Claimants did not expect their investment to be free of risk, or that Article II of the Bilateral Treaty should protect them from all risks associated with their investment. But they insist that the gas regulatory framework that Argentina put in place made their investment free from risk of regulatory alterations or changes in the rules in which they had invested. LG&E understood that it would bear what it calls "commercial risks," such as industry demand, recession and substitution of natural gas by alternative fuels (Hearing on the Merits, Perkins, 24 January, 2005, Spanish Transcript, p. 369; Claimants' Post-Hearing Brief, ¶ 8).

108. Claimants allege that, during the economic crisis, Argentina abandoned the guarantees that it made to investors in the gas-distribution sector. In January 2002, the Emergency Law swept away the protection against inflation. Argentina forced licensees to enter into two agreements postponing the PPI adjustments, after which an Argentine court issued an order that ENARGAS interpreted as an injunction against the PPI adjustment. The Emergency Law permanently abolished the PPI adjustment.

109. The Emergency Law also abandoned the protection against currency fluctuations. The Gas Law had guaranteed that the tariffs would be calculated in dollars and converted into pesos. In reliance on this protection against any sharp devaluation of the peso, Claimants decided to invest in the licensees.

110. In light of these prior measures, Claimants argue that Argentina repudiated its guarantee that generally prohibited the freezing or control of tariffs (Claimants' Post-Hearing Brief, ¶¶ 15–31).

111. While Claimants acknowledge that the material used by Respondent in order to make the offer was not binding, the laws and promises referenced therein were (Claimants' Post-Hearing Brief, ¶ 9). Claimants add that if establishing the tariffs had been left to the State, investors would have never invested.

112. Respondent objects to the definition given to fair and equitable treatment. In Respondent's view, the standard should be defined by impartial and objective rather than personal and arbitrary criteria. They conclude that Claimants' interpretation of the standard is so vague as to ignore the parties' obligations and rights (Respondent's Counter-Memorial, ¶ 603–604).

113. Citing *Alex Genin, Eastern Credit Limited, Inc. and A.S. Baltoil v. The Republic of Estonia*²¹ and *Robert Azinian, Kenning Davitian & Ellen Baca v. The United Mexican States*²², Respondent concludes that the fair and equitable treatment principle refers to the international minimum standard of treatment owed to an investor, and as such, constitutes a minimum pattern for substantive justice (Respondent's Counter-Memorial, ¶ 620). Respondent also contends, citing *S.D. Myers Inc. v. The Government of Canada*²³ that a violation of the fair and equitable standard

“occurs only when it is shown that an investor has been treated in such an unjust or arbitrary manner that the treatment rises to the level that is unacceptable from the international perspective” (Respondent’s Counter-Memorial, ¶¶ 621–622).

114. Regarding the list of guarantees cited by Claimants, Respondent contends that the Gas Law does not provide for what Claimants call “exchange protection” (Respondent’s Post-Hearing Brief, ¶ 74a). Respondent points out that, in fact, when Claimants’ witnesses were examined, they were not able to identify where any such “protection” had been established. Respondent also asserts that the tariff calculation in U.S. dollars was linked to the existing fixed rate of exchange between the peso and the U.S. dollar as established by the Convertibility Law. None of Claimants’ witnesses was able to prove the opposite. Respondent adds that maintaining tariffs linked to the U.S. dollar after the convertibility system was abandoned lacks any economic logic. Respondent points out that none of the Government’s guarantees address the abandonment of convertibility.

115. With respect to the tariff guarantee, Respondent argues that it is possible that the Argentine authorities had considered guaranteeing the calculation of the tariffs in U.S. dollars regardless of the Convertibility Law, but such plan was rejected due to the fact that the Government concluded that the Convertibility Law provided sufficient protection to the investment (Respondent’s Post-Hearing Brief, ¶ 26).

116. With respect to the PPI adjustments, Respondent argues that from mid-1998, application of the PPI as the rate adjustment index became unreasonable and failed to fulfill the goal it was conceived for — namely, reflecting the changes in the value of the goods and services involved in the activity of service providers (Respondent’s Post-Hearing Brief, ¶ 44). Additionally, Respondent states that the measure did not cause loss to the licensees. Citing the opinions of Schwartz and Lapuerta, Respondent contends that suspension of the PPI adjustment would have affected tariffs only by approximately 2% between August 2000 and October 2002 (Respondent’s Post-Hearing Brief, ¶ 46).

117. Respondent agrees that the tariffs must be fair and sufficient, yet not abusive, something that would occur if the Claimants’ position were sustained (Respondent’s Post-Hearing Brief, ¶ 74c).

118. Regarding the claim that the Claimants were “induced” to invest in the Argentine Republic, Respondent argues that there is no proof of such inducement (Respondent’s Counter-Memorial, ¶ 647). Respondent points out that the Claimants rely on non-binding documents, such as reports and minutes without any legal relevance. According to Respondent, these documents were irrelevant to the laws that should have been considered in deciding whether or not to invest in the Argentine gas-distribution market (Respondent’s Post-Hearing Brief, ¶ 17).

2. Tribunal’s Conclusion Concerning Argentina’s Guarantees to Investors

119. The Tribunal concludes that the Gas Law and its implementing regulations made four guarantees to investors in the gas transport and distribution centers:

1. Article 41.1 of Decree No. 1738/92,²⁴ and Section 9.2 of the Basic Rules of the License²⁵ mandated that the tariffs would be calculated in U.S. dollars before conversion into pesos.
2. Section 9.4.1.1 of the Basic Rules of the License guaranteed that the tariffs would be subject to semi-annual adjustments according to the PPI.²⁶
3. Article 38 of Law No. 24,076 provided that tariffs were to provide an income sufficient to cover all costs and a reasonable rate of return.²⁷
4. Section 9.8 of the Basic Rules of the License guaranteed that the tariff system would not be subject to freezing or price controls without compensation.²⁸

120. The Tribunal also finds that as a matter of fact, the Emergency Law, passed on 6 January 2002, declared that the tariffs would no longer be calculated in U.S. dollars but directly in pesos (Article 8), and that there would be no further semi-annual tariff adjustments according to the PPI (Article 8). The Tribunal notes that since July 1999, there have not been any PPI adjustments in the tariffs relating to the licensees and the five-year review due in 2002 was not conducted — both affecting the level of the tariffs in the gasdistribution sector and, as a consequence, Claimants’ rate of return on their investment. Argentina took these steps without compensating Claimants and forcing Claimants to renegotiate (a process in which an Argentine official recommended that investors waive their claims against the Government relating to the licenses) or face rescission of the licenses. (Decree No. 293/02, Article 2 and Claimants’ Memorial ¶¶ 120 *et seq.*)

3. Tribunal's Analysis

121. The question before the Tribunal is whether the measures implemented by Argentina violated Argentina's obligation under Article II(2)(a) of the Treaty to give fair and equitable treatment to LG&E's investment.

122. The Treaty does not define what is meant by fair and equitable treatment. In these circumstances, the Tribunal must interpret this provision in good faith, in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms in their context, and in light of its object and purpose, as required by Article 31(1) of the Vienna Convention.

123. The Treaty, following the general trend with investment treaties, provides for treatment applicable to investors in the host State through the establishment of a series of internationally recognized standards.²⁹ Due to the fact that such international standards have a generic nature and that their interpretation varies with the course of time and with the circumstances of each case, it becomes difficult to establish an unequivocal and static concept of these notions.

124. In considering the context within which Argentina and the United States included the fair and equitable treatment standard, and its object and purpose, the Tribunal observes in the Preamble of the Treaty that the two countries agreed that "fair and equitable treatment of investment is desirable in order to maintain a stable framework for investment and maximum effective use of economic resources." In entering the Bilateral Treaty as a whole, the parties desired to "promote greater economic cooperation" and "stimulate the flow of private capital and the economic development of the parties". In light of these stated objectives, this Tribunal must conclude that stability of the legal and business framework is an essential element of fair and equitable treatment in this case, provided that they do not pose any danger for the existence of the host State itself.

125. Several tribunals in recent years have interpreted the fair and equitable treatment standard in various investment treaties in light of the same or similar language as the Preamble of the Argentina — U.S. BIT.³⁰ These tribunals have repeatedly concluded based on the specific language concerning fair and equitable treatment, and in the context of the stated objectives of the various treaties, that the stability of the legal and business framework in the State party is an essential element in the standard of what is fair and equitable treatment.³¹ As such, the Tribunal considers this interpretation to be an emerging standard of fair and equitable treatment in international law.

126. Although the Chile — Malaysia BIT does not include express reference in its Preamble with respect to fair and equitable treatment, the tribunal in *MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. v. Republic of Chile* referred to the objectives of the Treaty set forth in the Preamble, and concluded that in light of these objectives, fair and equitable treatment meant treatment in an "evenhanded and just manner, conducive to fostering the promotion of foreign investment."³²

127. In addition to the State's obligation to provide a stable legal and business environment, the fair and equitable treatment analysis involves consideration of the investor's expectations when making its investment in reliance on the protections to be granted by the host State. Indeed, this view is reflected in the *Tecmed* decision, that has been adopted by a succession of tribunals:

"The Arbitral Tribunal considers that this provision of the [BIT], in light of the good faith principle established by international law, requires the Contracting Parties to provide to international investments treatment that does not affect the basic expectations that were taken into account by the foreign investor to make the investment. The foreign investor expects the host State to act in a consistent manner, free from ambiguity and totally transparently in its relations with the foreign investor, so that it may know beforehand any and all rules and regulations that will govern its investments, as well as the goals of the relevant policies and administrative practices or directives, to be able to plan its investment and comply with such regulations."³³

128. Similarly, the tribunal in *Waste Management, Inc. v. The United Mexican States*, interpreting the fair and equitable treatment standard under NAFTA Article 1105(1) concluded that in applying the fair and equitable treatment standard, "it is relevant that the treatment is in breach of representations made by the host State which were reasonably relied on by the claimant."³⁴ This means that violations of the fair and equitable treatment standard may arise from a State's failure to act with transparency —that is, all relevant legal requirements for the purpose of initiating, completing and successfully operating investments made, or intended to be made under an investment treaty should be capable of being readily known to all affected investors.³⁵

129. The Tribunal is not convinced that bad faith or something comparable would ever be necessary to find a violation of fair and equitable treatment. The tribunal in *Alex Genin, Eastern Credit Limited, Inc. and A.S. Baltoil v.*

The Republic of Estonia,³⁶ did not reach this conclusion either. The tribunal merely stated: “Acts that would violate this minimum standard *would include* acts showing a willful neglect of duty ... or even subjective bad faith” (emphasis added).³⁷ The tribunal concluded that bad faith was not a requirement for a finding of a violation of fair and equitable treatment.³⁸

130. It can be said that the investor's fair expectations have the following characteristics: they are based on the conditions offered by the host State at the time of the investment; they may not be established unilaterally by one of the parties; they must exist and be enforceable by law; in the event of infringement by the host State, a duty to compensate the investor for damages arises except for those caused in the event of state of necessity; however, the investor's fair expectations cannot fail to consider parameters such as business risk or industry's regular patterns.

131. Thus, this Tribunal, having considered, as previously stated, the sources of international law, understands that the fair and equitable standard consists of the host State's consistent and transparent behavior, free of ambiguity that involves the obligation to grant and maintain a stable and predictable legal framework necessary to fulfill the justified expectations of the foreign investor.

4. Tribunal's Conclusion

132. In light of the foregoing, the Tribunal concludes that Argentina violated the fair and equitable treatment provision in the Bilateral Treaty for the following reasons.

133. Emerging from the economic crisis of the late 1980s, Argentina created an economic recovery plan mainly dependent upon foreign capital. Argentina prepared with the investment banks an attractive framework of laws and regulations that addressed the specific concerns of foreign investors with respect to the country risks involved in Argentina. In light of these risks, Claimants relied upon certain key guarantees in the Gas Law and implementing regulations, such as calculation of the tariffs in U.S. dollars before their conversion into pesos, the semi-annual PPI adjustments, tariffs set to provide sufficient revenues to cover all the costs and a reasonable rate of return, and compensation in the event that the Government altered the tariff scheme. Having created specific expectations among investors, Argentina was bound by its obligations concerning the investment guarantees vis-à-vis public utility licensees, and in particular, the gasdistribution licensees. The abrogation of these specific guarantees violates the stability and predictability underlying the standard of fair and equitable treatment.

134. Specifically, it was unfair and inequitable to pass a law discarding the guarantee in Decree No. 1738/92 that the tariffs would be calculated in U.S. dollars and then converted into pesos. As pointed out by Claimants, this was not merely an economic and monetary policy of the Argentine Government which materialized through the Convertibility Law. Rather, it was a guarantee laid down in the tariff system. This guarantee was very important to investors to protect their investment, which was made in dollars, from a subsequent devaluation of the peso.

135. Argentina also acted unfairly and inequitably in the manner in which it abrogated the guarantees of the Gas Law and its implementing regulations, adversely affecting the gas-distribution sector but not affecting other sectors of the economy. For example, certain contracts, such as those in the export industry, were excluded from the forced conversion to pesos regulation, or the conversion was performed at a more favorable rate to the individual or company.

136. Argentina acted unfairly and inequitably when it prematurely abandoned the PPI tariff adjustments and essentially froze tariffs prior to the onset of the public disorder and threats to its essential security in December 2001, and when it refused to resume adjustments when conditions had normalized in April 2003, forcing instead the licensees to renegotiate.³⁹ History has shown that the PPI adjustments that initially were supposed to be postponed have been abandoned completely and are now being “negotiated” away.

137. Argentina also has acted unfairly and inequitably in forcing the licensees to renegotiate public service contracts, and waive the right to pursue claims against the Government, or risk rescission of the contracts. Even though the Gas Law provided for the renegotiation of public service contracts, in practice there was no real renegotiation, but rather the imposition of a process.

138. Likewise, the Government's Resolution No. 38/02 issued on 9 March 2002, which ordered ENARGAS to discontinue all tariff reviews and to refrain from adjusting tariffs or prices in any way, also breaches the fair and equitable treatment standard.

139. The Tribunal nevertheless recognizes the economic hardships that occurred during this period, and certain political and social realities that at the time may have influenced the Government's response to the growing economic difficulties. Certainly, LG&E was aware of the risks inherent in investing in a foreign State. But here, the Tribunal is of the opinion that Argentina went too far by completely dismantling the very legal framework constructed to attract investors.

B. Article II(2)(b): Discriminatory and Arbitrary Treatment

1. Discriminatory Treatment

(i) Parties' Positions

140. Claimants contend that the Argentine Government adopted measures that discriminated against the downstream gas sector (transport and distribution) compared to upstream businesses (production), large industrial customers, and other sectors not dominated by foreign investors, such as alternative energy and the public. In their view, such discrimination violates Article II(2)(b) of the Bilateral Treaty, which provides that “[n]either Party shall in any way impair by arbitrary or discriminatory measures the management, operation, maintenance, use, enjoyment, acquisition, expansion, or disposal of investments.”

141. Claimants state that, from the time of the first PPI adjustment until the enactment of the Emergency Law of 6 January 2002, the gas industry received treatment different from that accorded to similarly situated public utilities, including electricity and water distribution companies. These other public utilities continued to enjoy the PPI adjustment until the enactment of the Emergency Law.

142. Claimants also support their contention by pointing out that, following enactment of the Emergency Law on 6 January 2002, the Government subjected most of the privatized public-utility sector, including the gasdistribution industry, to the least favorable of several regimes devised for the conversion of dollar obligation into pesos. Within the public-utility sector, Claimants also allege that the Government discriminated against the gasdistribution industry by excluding other public-service companies from the conversion of tariffs into pesos. The Government imposed upon the privatized gas-distribution companies what was considered the worst exchange and tariff system during the Argentine crisis.

143. Claimants stress that if one compares the measures that affected sectors such as gas production, alternative energy sources or even those of the public sector, with those affecting gas transportation or distribution, the Tribunal can only conclude that the Argentine Government discriminated against the gas distribution and transportation sectors. The alleged discrimination is particularly obvious in Claimants' view by the fact that most of the investors in the gas-distribution sector are foreigners.

144. Respondent argues that the measures it adopted were not discriminatory because they were general measures without any unreasonable distinction. Respondent questions whether Argentina's measures can be considered discriminatory, if one acknowledges, as Claimants have, that other industries related to public services were affected by the measures adopted regarding the PPI (Respondent's Counter-Memorial, ¶ 700).

145. Respondent explains that each public service is regulated by its own set of tariff rules, and for that reason, the effect may not have been exactly the same for all sectors, including the field of public services. Respondent alleges that “[i]t is irrational and illegitimate to compare one utility to a different one, subject to different rules, different agreements and different characteristics, and then hold that it is discriminatory to treat differently the different utilities at stake” (Respondent's Counter-Memorial, ¶ 703, emphasis omitted).

(ii) Tribunal's Analysis

146. In the context of investment treaties, and the obligation thereunder not to discriminate against foreign investors, a measure is considered discriminatory if the intent of the measure is to discriminate or if the measure has a discriminatory effect.⁴⁰ As stated in the *ELSI Elettronica Sicula SpA case (United States of America v. Italy)*, ICJ Report 1989 RLA 56 at 61–62 (20 July 1989), in order to establish when a measure is discriminatory, there must be (i) an intentional treatment (ii) in favor of a national (iii) against a foreign investor, and (iv) that is not taken under similar circumstances against another national.

(iii) Tribunal's Conclusion

147. While the Tribunal concludes that based on the evidence presented, Respondent treated the gas-distribution companies in a discriminatory manner, imposing stricter measures on the gas-distribution companies than other public-utility sectors, Claimants have however not proven that these measures targeted Claimants' investments specifically as foreign investments.

148. Certainly, all the gas-distribution companies were affected by the economic crisis and by the Government's measures like all other companies within the public-utility sector. However, Argentina suspended PPI adjustments for the gas industry two years before enacting the Emergency Law. It did not take the same action with respect to the public-utility companies such as the electricity and water distribution companies, in which case it continued to adjust their tariffs until enactment of the Emergency Law. Instead, the gasdistribution companies were subjected to unfavorable regimes devised for the conversion of dollar obligations and tariffs into pesos. Even though it was not proved that these measures had been adopted with the purpose of causing Claimants' foreign investments damage, discrimination against gas distribution companies vis-à-vis other companies, such as water supply and electricity companies, is evident.

2. Arbitrary Treatment

(i) Parties' Positions

149. Claimants characterize Argentine Government's course of conduct towards the gas-distribution licensees as arbitrary in violation of Article II(2)(b) of the Bilateral Treaty. Claimants articulate the standard for what constitutes an "arbitrary" act as "disregard for the rule of law" (Claimants' Memorial, ¶ 176).

150. Claimants argue that, in taking measures against the gas-distribution licensees and other public utilities, the Argentine Government acted in disregard for the rule of law. According to Claimants, the Government acted under the trappings of laws, decrees, resolution, regulations and court decisions, but by willfully repudiating the commitments it made to the gasdistribution licensees and their shareholders, the Government followed "the rule of power, not the rule of law" (Claimants' Post-Hearing Brief, ¶ 44). In Claimants' view, the Government's wholesale repudiation of the tariff system was unnecessary to achieve the stated aims of the PPI suspension or those of the Emergency Law, since the the tariff system was sufficiently flexible to allow Respondent to reduce tariffs unilaterally, for any reason, as long as it paid compensation to the licensees. Instead, the Government chose to dismantle the whole tariff system without granting due compensation (Claimants' Memorial, ¶ 176).

151. Claimants argue that when Respondent's Bilateral Treaty obligations and the promises made to the foreign investors became politically and economically inconvenient, Respondent ignored its obligations and repudiated the Gas Law's key provisions. These measures, they assert, not only surprise but also contradict any sense of Respondent's ownership of its legal obligations, and accordingly they are arbitrary in nature. Claimants refute as without evidence any assertion by Respondent that if the guarantees had not been abolished, tariffs would have tripled or quadrupled in price (Claimants' Post-Hearing Brief, ¶ 44).

152. In its defense, Respondent contends that the measures were not arbitrary; on the contrary, they were reasonable and proportionate to the end pursued. In Argentina's view, the tariff system was not dismantled. Rather, it was modified by the measures that the Government was forced to put in place during the economic crisis. Respondent suggests that under the circumstances, the deferment of the PPI adjustment in the year 2000 was a reasonable measure. This position, as Respondent views it, is supported by both a decision of a court of first instance and by the Federal Court of Appeal (Cámara Federal de Apelaciones), which concluded that the adjustment at issue was unreasonable within the recessive economic context endured by the Argentine Republic. The stability that Claimants argue should characterize the legal system does not mean that the system will exist in perpetuity, immutability or immobility. Any requirement of "freezing the law" without considering the social and economic circumstances under which the laws were enacted, is transforming the Argentine legal system into a "frivolous rite" (Respondent's Counter-Memorial, ¶¶ 638–639).

153. Respondent contends that linking the tariff adjustments to the peso (pesificación) is not arbitrary or discriminatory. Had there been no link to the peso, many customers could not have had access to the gas service, which would have resulted in the collapse of the distribution industries themselves, and tariffs would have been no longer fair but abusive.

154. In Respondent's view, none of the measures adopted by the Argentine Government may be qualified as arbitrary or discriminatory. On the contrary, they were proportionate and reasonable under the circumstances and accordingly, not a violation of Article II(2)(b) of the Bilateral Treaty (Respondent's Post-Hearing Brief, ¶ 112).

(ii) Tribunal's Analysis

155. Article II(2)(b) of the Bilateral Treaty provides that “[n]either Party shall in any way impair by arbitrary or discriminatory measures the management, operation, maintenance, use, enjoyment, acquisition, expansion, or disposal of investments.”

156. The term “arbitrary” is left undefined by the Bilateral Treaty. Thus, the Tribunal looks to its plain meaning for international law to determine whether the measures adopted by Argentina could be classified as arbitrary.

157. According to international law, arbitrariness has been described as “a willful disregard of due process of law, an act which shocks, or at least surprises, a sense of juridical propriety.”⁴¹ The tribunal in *Ronald S. Lauder v. The Czech Republic*, referring to the Black’s Law Dictionary, defined the term as “depending on individual discretion; (...) founded on prejudice or preference rather than on reason or fact.”⁴²

158. It is apparent from the Bilateral Treaty that Argentina and the United States wanted to prohibit themselves from implementing measures that affect the investments of nationals of the other Party without engaging in a rational decision-making process. Such process would include a consideration of the effect of a measure on foreign investments and a balance of the interests of the State with any burden imposed on such investments. Certainly a State that fails to base its actions on reasoned judgment, and uses abusive arguments instead, would not “stimulate the flow of private capital.”⁴³

159. The *Genin* case quoted by Respondent provides a good example of a State measure upholding a guarantee similar to the prohibition in the Estonia — U.S. BIT against arbitrary treatment. There, the tribunal concluded that the Bank of Estonia’s annulment of a license occurred in the course of exercising its statutory obligations to regulate the Estonian banking sector, and therefore was not arbitrary.⁴⁴ In so concluding, the tribunal accepted Estonia’s explanation that the circumstances of political and economic transition prevailing in Estonia at the time justified heightened scrutiny of the banking sector, and that such regulation by a State reflects “a clear and legitimate public purpose.”⁴⁵

160. In contrast, the *Lauder* tribunal determined that the acts of the Czech Republic’s Media Council were arbitrary. Such acts consisted in forcing a private investor in the newly-privatized company that held the state television license to exchange a direct participation in the company for a contractual relationship.⁴⁶ The tribunal reasoned that the act was motivated by fear of the political implications of having a foreigner influencing Czech television broadcasts.⁴⁷

(iii) Tribunal's Conclusion

161. This case lands between the two cases mentioned above, but ultimately the Tribunal concludes that the acts of Argentina were not arbitrary, and therefore did not violate Article II(2)(b) for the following reasons.

162. While Claimants have alleged Argentina’s political motivation to use foreign investors in the public utility sector as an excuse to justify the economic mistakes committed in the country, Argentina has explained that the Government’s motivation was its desire to avoid its full economic collapse. To this end, it entered into agreements with the licensees in 2001, in addition to other actions taken. Bearing in mind the Tribunal’s analysis, characterizing the measures as not arbitrary does not mean that such measures are characterized as fair and equitable or regarded as not having affected the stability of the legal framework under which gas transportation companies in Argentina operated. On the contrary, this means that Argentina faced severe economic and social hardships from 2001 onwards and had to react to the circumstances prevailing at the time. Even though the measures adopted by Argentina may not have been the best, they were not taken lightly, without due consideration. This is particularly reflected in the PPI adjustments which, before deciding on their postponement, Argentina negotiated with the investors. The Tribunal concludes that the charges imposed by Argentina to Claimants’ investment, though unfair and inequitable, were the result of reasoned judgment rather than simple disregard of the rule of law.

163. Likewise, it was not arbitrary, though unfair and inequitable, not to restore the Gas Law or the other guarantees related to the gas distribution sector and to implement the contract renegotiation policy.

C. Article II(2)(c): The Umbrella Clause

1. Parties' Positions

164. LG&E claims that Argentina violated Article II(2)(c) of the BIT when it assumed certain fundamental obligations with regard to investments in its gas-distribution sector and the foreign investors and then repudiated each of these legal commitments without compensating Claimants for their loss.

165. As LG&E explains it, Argentina used foreign capital investment as the cornerstone of its economic recovery plan in the early 1990s. Respondent designed the privatization of *Gas del Estado S.E.* as an international bidding process, in which the conditions for bidding on local enterprises could be met only by a consortium involving foreign investors. Argentina wooed foreign investors with promises of return on investment that would always be reasonable, protections against currency exchange and inflation, adjustment of rates pursuant to international indexes, no unilateral changes and no price controls without indemnification. Argentina bound itself to these promises in the form of legal obligations.

166. According to Claimants, these are the promises that the umbrella clause is meant to address. The Tribunal need not decide that every commitment regarding investments embodied in general legislation or regulations gives rise to obligations that must be observed under that clause. Rather, liability derives from this article of the Treaty when in the particular circumstances of this case, Respondent failed to observe its obligations.

167. The problem with LG&E's claim, according to Respondent, is that it assumes that general legislation relating to the natural gas distribution and transportation industry falls within Article II(2)(c)'s parameter. Respondent suggests that such promises do not qualify as specific representations that make the umbrella clause effective.

168. Respondent also asserts that LG&E's claims are nothing more than claims of contractual breaches, which are to be considered under the specific jurisdictional clauses of the contract and not adjudicated in an international forum under application of the umbrella clause.

2. Tribunal's Analysis

169. Article II(2)(c) of the Treaty provides that “[e]ach party shall observe any obligation it may have entered into with regard to investments.”

170. Such clause, referred to as an “umbrella clause,” is a general provision included in a fairly large number of bilateral treaties that creates a requirement for the host State to meet its obligations towards foreign investors, including those that derive from a contract. Hence such obligations receive extra protection by virtue of their consideration under the bilateral treaty.

171. In many cases it has been considered that the umbrella clause is activated not by obligations set forth in municipal law, but in contracts between the State and the investor.⁴⁸ Several of those tribunals have concluded that the breach of a contractual obligation in a contract between the State and the investor gives rise to a claim under the umbrella clause.⁴⁹

172. The issue for the Tribunal's consideration is whether the provisions of the Gas Law and its implementing regulations constitute (i) “obligations” (ii) “with regard to” LG&E's capacity as a foreign investor (iii) with respect to its “investment,” such that abrogation of the guarantees set forth in the Gas Law and its implementing regulations give rise to a violation of the Treaty.

173. In this case, it will be necessary to establish whether LG&E's claims fall under the umbrella clause's protection.

174. In order to determine the applicability of the umbrella clause, the Tribunal should establish if by virtue of the provisions of the Gas Law and its regulations, the Argentine State has assumed international obligations with respect to LG&E and its investment. To this end, it is necessary to remember that the provisions of the Gas Law and its regulation fixed and regulated the tariff scheme ensuring the value of Claimants' investment; that the purpose of Claimants' investment was to increase the value of its shares in the Licensees through a fragile balanced management of profits and costs, represented by the tariffs fixed by Argentina in light of the already mentioned Gas Law and its regulation. In view of the statements above, the Tribunal concludes that these provisions were not legal obligations of a general nature.⁵⁰ On the contrary, they were very specific in relation to LG&E's investment in Argentina, so that their abrogation would be a violation of the umbrella clause.

3. Tribunal's Conclusion

175. As such, Argentina's abrogation of the guarantees under the statutory framework — calculation of the tariffs in dollars before conversion to pesos, semi-annual tariff adjustments by the PPI and no price controls without

indemnification — violated its obligations to Claimants' investments. Argentina made these specific obligations to foreign investors, such as LG&E, by enacting the Gas Law and other regulations, and then advertising these guarantees in the Offering Memorandum to induce the entry of foreign capital to fund the privatization program in its public service sector. These laws and regulations became obligations within the meaning of Article II(2)(c), by virtue of targeting foreign investors and applying specifically to their investments, that gave rise to liability under the umbrella clause.

D. Considerations on Indirect Expropriation

1. Parties' Positions

176. LG&E seeks a declaration from this Tribunal that Argentina expropriated LG&E's investment in the Argentine gas-distribution sector without compensation in violation of Article IV of the Treaty, which provides, in part:

“1. Investments shall not be expropriated or nationalized either directly or indirectly through measures tantamount to expropriation or nationalization (“expropriation”) except for a public purpose; in a non-discriminatory manner; upon payment of prompt, adequate and effective compensation; and in accordance with due process of law and the general principles of treatment provided for in Article II(2).”

177. LG&E articulates its expropriation claim as one of indirect expropriation. In other words, LG&E argues that the Argentine Government's treatment of Claimants' investment in the Licensees constitutes an indirect expropriation of the investments because the value of LG&E's holdings in the Licenses has been reduced by more than 90% as a result of Respondent's abrogation of the principal guarantees of the tariff system (Claimants' Memorial, ¶ 180).

178. LG&E contends that, pursuant to Article IV of the Bilateral Treaty, it is entitled to compensation equivalent to the fair market value of the expropriated investment immediately before the expropriation was committed. Claimants pinpoint the date of expropriation in this case as the date on which Respondent's course of conduct finally resulted in the virtual destruction of the value of the investment —not later than August 2000, when the Argentine court enjoined implementation of the 17 July 2000 agreement and any further PPI adjustments (Claimants' Memorial, ¶ 181).

179. Under Claimants' theory, indirect expropriation occurs when government action substantially impairs the value of an investment (Claimants' Post-Hearing Brief, ¶ 53 *citing* Dolzer *Reb.*, ¶ 56). In this case, the Claimants consider that the Argentine Government's actions had a substantial effect on LG&E's shares in the Licensees, which are an investment protected under Article I(1)(a) of the Treaty. The value of LG&E's investment was based on a tariff system and depended on the Respondent respecting the system. The value of LG&E's shares in the Licensees now fluctuates according to general speculation around the future tariff relief that Argentina may or may not grant (Claimants' Post-Hearing Brief, ¶ 53).

180. Claimants add that when it comes to establishing whether there was effectively an indirect expropriation, there is no relevance to the fact that the Licensees continue to operate or control their gas-distribution business, or as to whether Claimants hold title to the shares. In the case of indirect expropriation, it does not matter whether title to the licenses has been transferred to the State. It is enough to show that their investment has been impaired as a result of government action, which they claim is the case here as there allegedly has been a substantial appropriation of value by the State and transfer of wealth from the gas industry to gas consumers, especially large industrial consumers (Claimants' Post-Hearing Brief, ¶¶ 53–54).

181. The Respondent denies that any expropriation under Article IV of the Bilateral Treaty has occurred. Respondent contends that, in order for the Argentine Government to have either directly or indirectly expropriated Claimants' investment, the measures at issue would have had to have been designed to transfer title to the investment to the State. The sole difference between direct and indirect expropriation in this case, according to Respondent, is that with indirect expropriation, no formal transfer of title is required, since its purpose is that of “masking, disguising the expropriating event and of eluding the resulting liability” (Respondent's Post-Hearing Brief, ¶ 103).

182. Respondent argues that Claimants have not proven that the PPI's suspension constitutes an expropriating event. Respondent contends that the suspension of the PPI adjustments would have affected tariffs by approximately 2%, and states that under no circumstance could a tribunal conclude that such a small loss qualifies as an expropriation subject to compensation.

183. Argentina argues that in any event there could not have been any expropriation during the economic crisis. The fact that the licensees may have been affected by the crisis, along with everyone else, does not lead to the conclusion that their investment was expropriated. Respondent denies any causal link between the measures

adopted by the Argentine State during this time and the fluctuations in the value of LG&E's shares in the licensees. In its opinion, the fluctuation in the value of LG&E's investment is attributable to the "macroeconomic conditions affecting the Argentine Republic", rather than the measures adopted by the Argentine State (Respondent's Post-Hearing Brief, ¶¶ 109). Argentina points out that between 1997 and 2000, LG&E earned higher income than expected through its investments in the licensees.

184. Finally, after objecting the expropriation claim because the company remains de facto and by law the owner of the investment, Respondent alleges that, in fact, the share prices of Claimants' investment have increased in value from the period immediately preceding the suspension of the PPI adjustments. As such, Respondent argues that where property is worth more today than it was prior to the measures' adoption, the property may not be deemed expropriated (Respondent's Post-Hearing Brief, ¶¶ 110–111).

2. Tribunal's Analysis

185. In order to establish the sustainability of an indirect expropriation, the Tribunal must define the concept. Generally, bilateral treaties do not define what constitutes an expropriation—they just make an express reference to "expropriation" and add the language "any other action that has equivalent effects." Likewise, Article IV of the Bilateral Treaty does not define the term "expropriation" and does not establish which measures, actions or conduct would constitute acts "tantamount to expropriation." Therefore, the Tribunal shall look to international law in determining the relevant criteria for evaluating this claim.

186. A State may, at its discretion, under Article IV of the Bilateral Treaty and in accordance with general principles of international law, make use of its sovereign power to expropriate private property with the purpose of satisfying a public interest. However, expropriation in any of its modalities requires due process and compensation under international law.

187. Although in scholarly authority two kinds of expropriation are known, we will obviously skip the direct one, understood as the forcible appropriation by the State of the tangible or intangible property of individuals by means of administrative or legislative action. The parties admit that the claim at issue does not involve a direct expropriation. In the case of the Argentine Republic, one could not say that it appropriated Claimants' investment, which is the indispensable requirement if one is to talk of direct expropriation. Instead, we shall limit ourselves to the assumption of the indirect expropriation, one qualified by the Bilateral Treaty itself as "measures tantamount to expropriation."

188. Generally, the expression "equivalent to expropriation" or "tantamount to expropriation" found in most bilateral treaties, may refer both, to the so-called "creeping expropriation" and to the *de facto* expropriation. Their common point rests in the fact that the host State's actions or conduct do not involve "overt taking" but the taking occurs when governmental measures have "effectively neutralize[d] the benefit of property of the foreign owner."⁵¹ Ownership or enjoyment can be said to be "neutralized" where a party no longer is in control of the investment, or where it cannot direct the day-to-day operations of the investment.⁵² As to the differences, it is usual to say that indirect expropriation may show itself in a gradual or growing form—creeping expropriation—or through a sole and unique action, or through actions being quite close in time or simultaneous—*de facto* expropriation.

189. In order to establish whether State measures constitute expropriation under Article IV(1) of the Bilateral Treaty, the Tribunal must balance two competing interests: the degree of the measure's interference with the right of ownership and the power of the State to adopt its policies.

190. In evaluating the degree of the measure's interference with the investor's right of ownership, one must analyze the measure's economic impact—its interference with the investor's reasonable expectations—and the measure's duration.

191. In considering the severity of the economic impact, the analysis focuses on whether the economic impact unleashed by the measure adopted by the host State was sufficiently severe as to generate the need for compensation due to expropriation. In many arbitral decisions, the compensation has been denied when it has not affected all or almost all the investment's economic value. Interference with the investment's ability to carry on its business is not satisfied where the investment continues to operate, even if profits are diminished.⁵³ The impact must be substantial in order that compensation may be claimed for the expropriation.

192. The tribunal in *Tecmed* required a finding that Claimant had been "radically deprived of the economical use and enjoyment of its investments, as if the rights related thereto—such as the income or benefits related to the

[investment...]— had ceased to exist.”⁵⁴ In other words, if due to the actions of the Respondent, the assets involved have lost their value or economic use for the Claimants and the extent of the loss.⁵⁵

193. Similarly, one must consider the duration of the measure as it relates to the degree of interference with the investor's ownership rights. Generally, the expropriation must be permanent, that is to say, it cannot have a temporary nature, unless the investment's successful development depends on the realization of certain activities at specific moments that may not endure variations.

194. There is no doubt that the facts relating to the severity of the changes on the legal status and the practical impact endured by the investors in this case, as well as the possibility of enjoying the right of ownership and use of the investment are decisive in establishing whether an indirect expropriation is said to have occurred. The question remains as to whether one should only take into account the effects produced by the measure or if one should consider also the context within which a measure was adopted and the host State's purpose. It is this Tribunal's opinion that there must be a balance in the analysis both of the causes and the effects of a measure in order that one may qualify a measure as being of an expropriatory nature. It is important not to confound the State's right to adopt policies with its power to take an expropriatory measure. “This determination is important because it is one of the main elements to distinguish, from the perspective of an international tribunal between a regulatory measure, which is an ordinary expression of the exercise of the state's police power that entails a decrease in assets or rights, and a *de facto* expropriation that deprives those assets and rights of any real substance.”⁵⁶

195. With respect to the power of the State to adopt its policies, it can generally be said that the State has the right to adopt measures having a social or general welfare purpose. In such a case, the measure must be accepted without any imposition of liability, except in cases where the State's action is obviously disproportionate to the need being addressed. The proportionality to be used when making use of this right was recognized in *Tecmed*, which observed that “whether such actions or measures are proportional to the public interest presumably protected thereby and the protection legally granted to investments, taking into account that the significance of such impact, has a key role upon deciding the proportionality.”⁵⁷

196. As is observed by *The American Law Institute's Restatement (Third) of the Foreign Relations Law of the United States*, “a state is not responsible for loss of property or for other economic disadvantage resulting from *bona fide* general taxation, regulation, forfeiture for crime, or other action of the kind that is commonly accepted as within the police power of the states, if it is not discriminatory...”⁵⁸. This criterion was used by the Tribunal of Iran-United States of America claims in the *Too v. Greater Modesto Insurance Associates*.⁵⁹

197. As was stated in the *Oscar Chinn* affair of 1934, adopted by the Permanent Court of International Justice:

“No enterprise... can escape from the chances and hazards resulting from general economic conditions. Some industries may be able to make large profits during a period of general prosperity, or else by taking advantages of a treaty of commerce or of an alteration in customs duties; but they are also exposed to the danger of ruin or extinction if circumstances change. Where this is the case, no vested rights are violated by the State.”⁶⁰

3. Tribunal's Conclusion

198. In the circumstances of this case, although the State adopted severe measures that had a certain impact on Claimants' investment, especially regarding the earnings that the Claimants expected, such measures did not deprive the investors of the right to enjoy their investment. As in *Pope & Talbot*, the true interests at stake here are the investment's asset base, the value of which has rebounded since the economic crisis of December 2001 and 2002.

199. Further, it cannot be said that Claimants lost control over their shares in the licensees, even though the value of the shares may have fluctuated during the economic crisis, or that they were unable to direct the day-to-day operations of the licensees in a manner different than before the measures were implemented.

200. Thus, the effect of the Argentine State's actions has not been permanent on the value of the Claimants' shares', and Claimants' investment has not ceased to exist. Without a permanent, severe deprivation of LG&E's rights with regard to its investment, or almost complete deprivation of the value of LG&E's investment, the Tribunal concludes that these circumstances do not constitute expropriation.

E. State of Necessity

1. Parties' Positions

201. Respondent contends in the alternative that, if Argentina would have breached its Treaty obligations, the state of political, economic and social crisis that befell Argentina allowed it to take action contrary to the obligations it had assumed with respect to the gas-distribution licensees. Thus, even if the measures adopted by the State in order to overcome the economic crisis suffered during the years 1998 through 2003, resulted in a violation of the rights guaranteed under the Treaty to foreign investments, such measures were implemented under a state of necessity and therefore, Argentina is excused from liability during this period.

202. Respondent pleads its defense as a “state of necessity” defense, available under Argentine law, Treaty in Articles XI and IV(3), as well as customary international law.

203. Claimants reject Respondent's contentions regarding the alleged state of necessity defense. Claimants contend that Article XI is not applicable in the case of an economic crisis because the public order and essential security interests elements are intentionally narrow in scope, limited to security threats of a physical nature.

2. General Comments on Article XI

(i) Preliminary Considerations

204. Article XI of the Bilateral Treaty provides:

“This Treaty shall not preclude the application by either Party of measures necessary for the maintenance of public order, the fulfillment of its obligations with respect to the maintenance or restoration of international peace or security, or the protection of its own essential security interests.”

205. The Tribunal's analysis to determine the applicability of Article XI of the Bilateral Treaty is twofold. First, the Tribunal must decide whether the conditions that existed in Argentina during the relevant period were such that the State was entitled to invoke the protections included in Article XI of the Treaty. Second, the Tribunal must determine whether the measures implemented by Argentina were necessary to maintain public order or to protect its essential security interests, albeit in violation of the Treaty.⁶¹

206. The Tribunal reiterates that to carry out the two-fold analysis already mentioned, it shall apply first, the Treaty, second, the general international law to the extent that is necessary and third, the Argentine domestic law. The Tribunal underscores that the claims and defenses mentioned derive from the Treaty and that, to the extent required for the interpretation and application of its provisions, the general international law shall be applied (See section V. B *supra*).

(ii) The Question of Whether Article XI is *Self-Judging*

207. Before turning to its substantive analysis of Article XI, the Tribunal must determine whether Article XI is *self-judging*.

208. Respondent has argued that because Article XI is a self-judging provision, it is for the State to make a good faith determination as to what measures are necessary for the maintenance of public order, or the protection of its essential security interests. According to Respondent, under this self-judging exception, the Tribunal must decide only whether Argentina acted in good faith or not.

209. Respondent considers Article XI is ambiguous and characterizes such ambiguity as a “strategic ambiguity” on the part of the United States, since it does not clearly define who should determine if the measures to maintain public order or protect essential security interests are necessary. Respondent recognizes that the United States' 1987 Model BIT, upon which the Argentina—U.S. BIT was based, does not clarify the United States' position, nor does any of the documentation related to the negotiation or ratification of the Argentina-U.S. BIT. However, Respondent contends that subsequent to the conclusion of the Argentina-U.S. BIT, the United States shifted its position permanently with regard to essential security clauses, stating in 1992 that the United States considered such clauses to be self-judging, presently and retroactively (Slaughter Witness Statement, ¶¶ 12–31).

210. Claimants disagree that Article XI is self-judging, and argue instead that its application requires that the Tribunal conduct its own analysis of whether the conditions necessitated measures to maintain public order or protect Argentina's essential security interests within the meaning of Article XI.

211. Claimants contend that neither the plain meaning of Article XI, nor the context or purpose of the Treaty suggest that Article XI is self-judging, and that the position of the United States at the time the parties signed the Treaty was that such clauses were not self-judging (Hearing on the Merits, 28 January 2005, Alvarez, Spanish Transcript, p. 925 *et seq.*). Claimants argue that Respondent has not proven that the parties to the Treaty intended Article XI to be self-judging, which they characterize as “an exceptional thing.” (Hearing on the Merits, 28 January 2005, Alvarez, Spanish Transcript, p. 932 *et seq.*). Claimants contend that the United States did not consider essential security clauses as self-judging until the Russia-U.S. BIT of 1992 and the 1992 U.S. Model BIT, both of which post-date the Argentina-U.S. BIT, and both of which noted explicitly the change in the United States' policy that these provisions were to be self-judging.

212. Certainly, the language of the BIT does not specify who should decide what constitutes essential security measures —either Argentina itself, subject to a review under a good faith standard, or the Tribunal. Based on the evidence before the Tribunal regarding the understanding of the Parties in 1991 at the time the Treaty was signed, the Tribunal decides and concludes that the provision is not self-judging.

213. The provisions included in the international treaty are to be interpreted in conformity with the interpretation given and agreed upon by both parties at the time of its signature, unless both parties agreed to its modification. In that case, the date to be considered is November 1991. It is not until 1992, with the ratification of the Russia — US BIT, that the United States begins to consider that the application of the essential security measures are *self judging*; both instruments post-date the bilateral treaty between the United States and the Argentine Republic and, in both cases, this change was explicitly clarified.

214. Were the Tribunal to conclude that the provision is self-judging, Argentina's determination would be subject to a good faith review anyway, which does not significantly differ from the substantive analysis presented here.

(iii) Necessary Nature of the Measures Adopted

a. Parties' Positions

215. Argentina defends the measures it implemented as necessary to maintain public order and protect its essential security interests. It contends that under any interpretation, the financial crisis, riots and chaos of the years 2000 through 2002 in Argentina constitute a national emergency sufficient to invoke the protections of Article XI (Slaughter Witness Statement, ¶ 45).

216. Concerning “public order”, Respondent reinforces its arguments on the necessary nature of the measures it had implemented by pointing to numerous reports of waves of sudden economic catastrophe, massive strikes involving millions of workers, fatal shootings, the shut down of schools, businesses, transportation, energy, banking and health services, demonstrations across the country, and a plummeting stock market, culminating in a “final massive social explosion” in which five presidential administrations resigned within a month (Slaughter Witness Statement, ¶¶ 46–49). Under these circumstances, Argentina argues that price controls by the Argentine Government would have been fully justifiable under the public order provisions of Article XI. Additionally, Respondent argues that actions to freeze price increases in the gas-distribution sector were justifiable to maintain the country's basic infrastructure, which was dependent on natural gas energy.

217. Argentina also defends its measures as necessary to protect its essential security interests. Argentina asserts that Article XI's “essential security interests” element encompasses economic and political interests, as well as national military defense interests. Respondent cites several United States' officials who have propounded a broad interpretation of “essential security interests” (Slaughter Witness Statement, ¶ 38).

218. Respondent attacks Claimants' basis for asserting that the clause is narrow, reserved only for military actions. Furthermore, in all of the cases cited by Claimants, the point was whether the use of military force was justifiable under international law — a narrow reading of essential security clauses in these cases would be expected.

219. Because economic stability, in Respondent's view, falls within a State's essential security interests, Respondent defends the measures it took as necessary to protect its economic interests. Respondent argues that during the crisis period, the health, safety and security of the Argentine State and its people were threatened, and that the economic melt-down had the potential to cause catastrophic state failure. Thus, the public emergency that Argentina declared and the Emergency Law the Government passed altering its financial arrangements were necessary to protect the State's essential security interests.

220. Claimants identify the four measures at issue here —suspension and abolishment of the PPI adjustment, freezing the gas-distribution tariffs, and abandonment of the calculation of the tariffs in dollars, all taken unilaterally — and contend that Respondent must prove that each measure was necessary in order to maintain public order and protect Argentina's essential security interests (Reply, ¶ 209). By the term “necessary,” Claimants contend that these measures must have been the only option available to Argentina in order to invoke protection under Article XI.

221. Claimants define public order measures as “actions taken pursuant to a state's police powers, particularly in respect of public health and safety”. Based on this definition, Claimants state that the measures in dispute in this case were not aimed at bringing calmness to the collapse that was threatening the country. Consequently, such measures cannot be deemed necessary to maintain public order.

222. With respect to “essential security interests,” Claimants reiterate that such interests do not include economic interests —only defense or military concerns. They compare a State's interest in essential security to a national security threat, while a “national emergency,” the alleged circumstance in which Respondent invokes the protection, has an entirely different meaning. In Claimants' view, economic crises should not be elevated to an essential security interest, and that doing so would disregard the object and purpose of the Treaty. They argue that an economic crisis is precisely when investors need the protections offered by a BIT.

223. Claimants argue that in any event, Article XI does not relieve Argentina of its obligations to compensate Claimants for damages suffered as a result of breaches of the Treaty.

224. Claimants also reject the possibility of applying the rule provided by Article IV(3) of the Treaty. They are of the opinion that this provision does not apply to economic crises, and it does not authorize the host State to revoke or suspend the protections given to foreign investors (Reply, ¶ 229).

225. Claimants invoke Article 27 of the International Law Commission's Draft Articles on State Responsibility. Claimants contend that even if the state of necessity defense is available to Argentina under the circumstances of this case, Article 27 of the Draft Articles makes clear that Argentina's obligations to Claimants are not extinguished and Argentina must compensate Claimants for losses incurred as a result of the Government's actions. Article 27 provides that “invocation of a circumstance precluding wrongfulness in accordance with this chapter is without prejudice to (a) compliance with the obligation in question... (b) the question of compensation for any material loss caused by the act in question” (Reply, ¶¶ 226–228).

b. Tribunal's Analysis

226. In the judgment of the Tribunal, from 1 December 2001 until 26 April 2003, Argentina was in a period of crisis during which it was necessary to enact measures to maintain public order and protect its essential security interests.

227. The Tribunal does not consider that the initial date for the state of necessity is the effective date of the Emergency Law, 6 January 2002, because, in the first place, the emergency had already started when the law was enacted. Second, should the Tribunal take as the initial date the day when the Emergency Law became effective, it might be reasonable to take as its closing date the day when the state of emergency is lifted by the Argentine State, a fact that has not yet taken place since the law has been extended several times.

228. It is to be pointed out that there is a factual emergency that began on 1 December 2001 and ended on 26 April 2003, on account of the reasons detailed below, as well as a legislative emergency, that begins and ends with the enactment and abrogation of the Emergency Law, respectively. It should be borne in mind that Argentina declared its state of necessity and has extended such state until the present. Indeed, the country has issued a record number of decrees since 1901, accounting for the fact that the emergency periods in Argentina have been longer than the non-emergency periods. Emergency periods should be only strictly exceptional and should be applied exclusively when faced with extraordinary circumstances. Hence, in order to allege state of necessity as a State defense, it will be necessary to prove the existence of serious public disorders. Based on the evidence available, the Tribunal has determined that the situation ended at the time President Kirchner was elected.

229. Thus, Argentina is excused under Article XI from liability for any breaches of the Treaty between 1 December 2001 and 26 April 2003. The reasons are the following:

230. These dates coincide, on the one hand, with the Government's announcement of the measure freezing funds, which prohibited bank account owners from withdrawing more than one thousand pesos monthly and, on the other hand, with the election of President Kirchner. The Tribunal marks these dates as the beginning and end of the period of extreme crisis in view of the notorious events that occurred during this period.

231. Evidence has been put before the Tribunal that the conditions as of December 2001 constituted the highest degree of public disorder and threatened Argentina's essential security interests. This was not merely a period of "economic problems" or "business cycle fluctuation" as Claimants described (Claimants' Post-Hearing Brief, ¶ 14). Extremely severe crises in the economic, political and social sectors reached their apex and converged in December 2001, threatening total collapse of the Government and the Argentine State.

232. All of the major economic indicators reached catastrophic proportions in December 2001. An accelerated deterioration of Argentina's Gross Domestic Product (GDP) began in December 2001, falling 10 to 15 percent faster than the previous year. Private consumption dramatically dropped in the fourth quarter of 2001, accompanied by a severe drop in domestic prices. Argentina experienced at this time widespread decline in the prices and in the value of assets located in Argentina. The Merval Index, which measures the share value of the main companies of Argentina listed on the Buenos Aires Stock Exchange, experienced a dramatic decline of 60% by the end of December 2001. By mid-2001, Argentina's country risk premium was the highest premium worldwide, rendering Argentina unable to borrow on the international markets, and reflecting the severity of the economic crisis.

233. At this time, capital outflow was a critical problem for the Government. In the fourth quarter of 2001, the Central Bank of Argentina lost US\$ 11 billion in liquid reserves, amounting to 40%. The banking system lost 25% of its total deposits.

234. While unemployment, poverty and indigency rates gradually increased from the beginning of 1998, they reached intolerable levels by December 2001. Unemployment reached almost 25%, and almost half of the Argentine population was living below poverty. The entire healthcare system teetered on the brink of collapse. Prices of pharmaceuticals soared as the country plunged deeper into the deflationary period, becoming unavailable for low-income people. Hospitals suffered a severe shortage of basic supplies. Investments in infrastructure and equipment for public hospitals declined as never before. These conditions prompted the Government to declare the nationwide health emergency to ensure the population's access to basic health care goods and services. At the time, one quarter of the population could not afford the minimum amount of food required to ensure their subsistence. Given the level of poverty and lack of access to healthcare and proper nutrition, disease followed. Facing increased pressure to provide social services and security to the masses of indigent and poor people, the Government was forced to decrease its per capita spending on social services by 74%.

235. By December 2001, there was widespread fear among the population that the Government would default on its debt and seize bank deposits to prevent the bankruptcy of the banking system. Faced with a possible run on banks, the Government issued on 1 December 2001 Decree of Necessity and Emergency No. 1570/01. The law triggered widespread social discontent. Widespread violent demonstrations and protests brought the economy to a halt, including effectively shutting down transportation systems. Looting and rioting followed in which tens of people were killed as the conditions in the country approached anarchy. A curfew was imposed to curb looting.

236. By 20 December 2001, President De la Rúa resigned. His presidency was followed by a succession of presidents over the next days, until Mr. Eduardo Duhalde took office on 1 January 2002, charged with the mandate to bring the country back to normal conditions.

237. All of these devastating conditions — economic, political, social — in the aggregate triggered the protections afforded under Article XI of the Treaty to maintain order and control the civil unrest.

238. The Tribunal rejects the notion that Article XI is only applicable in circumstances amounting to military action and war. Certainly, the conditions in Argentina in December 2001 called for immediate, decisive action to restore civil order and stop the economic decline. To conclude that such a severe economic crisis could not constitute an essential security interest is to diminish the havoc that the economy can wreak on the lives of an entire population and the ability of the Government to lead. When a State's economic foundation is under siege, the severity of the problem can equal that of any military invasion.

239. Claimants contend that the necessity defense should not be applied here because the measures implemented by Argentina were not the only means available to respond to the crisis. The Tribunal rejects this assertion. Article XI refers to situations in which a State has no choice but to act. A State may have several responses at its disposal to maintain public order or protect its essential security interests. In this sense, it is recognized that Argentina's suspension of the calculation of tariffs in U.S. dollars and the PPI adjustment of tariffs was a legitimate way of protecting its social and economic system.

240. The Tribunal has determined that Argentina's enactment of the Emergency Law was a necessary and legitimate measure on the part of the Argentine Government. Under the conditions the Government faced in December 2001,

time was of the essence in crafting a response. Drafted in just six days, the Emergency Law took the swift, unilateral action against the economic crisis that was necessary at the time (Hearing on the Merits, 25 January 2005, Ratti, Spanish Transcript, pp. 415–419).

241. In drafting the Emergency Law, the Government considered the interests of the foreign investors, and concluded that it “could not leave sectors of the economy operating with the brutally dollarized economy —[the] system was in crisis, so we had to cut off that process, and we had to establish a new set of rules for everybody.” (Hearing on the Merits, 25 January 2005, Ratti, Spanish Transcript, p. 417). Argentina's strategy to deal with the thousands of public utility contracts that could not be individually assessed during the period of crisis was to implement “across-the-board solutions” and then renegotiate the contracts (Hearing on the Merits, 26 January 2005, Roubini, Spanish Transcript, p. 635). The Tribunal accepts the necessity of approaching enactment of a stop-gap measure in this manner and therefore rejects Claimants' objection that Argentina's unilateral response was not necessary.

242. The Tribunal accepts that the provisions of the Emergency Law that abrogated calculation of the tariffs in U.S. dollars and PPI adjustments, as well as freezing tariffs were necessary measures to deal with the extremely serious economic crisis. Indeed, it would be unreasonable to conclude that during this period the Government should have implemented a tariff increase pursuant to an index pegged to an economy experiencing a high inflationary period (the United States). The severe devaluation of the peso against the dollar renders the Government's decision to abandon the calculation of tariffs in dollars reasonable. Similarly, the Government deemed that freezing gas tariffs altogether during the crisis period was necessary, and Claimants have not provided any reason as to why such measure would not provide immediate relief from the crisis.

243. The Tribunal will now turn to Article IV(3) of the Treaty, which provides:

“Nationals or companies of either Party whose investments suffer losses in the territory of the other Party owing to war or other armed conflict, revolution, *state of national emergency*, insurrection, civil disturbance or other similar events shall be accorded treatment by such other Party no less favorable than that accorded to its own nationals or companies or to nationals or companies of any third country, whichever is the more favorable treatment, as regards any measures it adopts in relation to such losses.” (Emphasis added)

244. Article IV(3) of the Treaty confirms that the States Party to the Bilateral Treaty contemplated the state of national emergency as a separate category of exceptional circumstances. That is in line with the Tribunal's interpretation of Article XI of the Treaty. Furthermore, the Tribunal has determined, as a factual matter that the grave crisis in Argentina lasted from 1 December 2001 until 26 April 2003. It has not been shown convincingly to the Tribunal that during that period the provisions of Article IV(3) of the Treaty have been violated by Argentina. On the contrary, during that period, the measures taken by Argentina were “across the board.”

245. In the previous analysis, the Tribunal has determined that the conditions in Argentina from 1 December 2001 until 26 April 2003 were such that Argentina is excused from liability for the alleged violation of its Treaty obligations due to the responsive measures it enacted. The concept of excusing a State for the responsibility for violation of its international obligations during what is called a “state of necessity” or “state of emergency” also exists in international law. While the Tribunal considers that the protections afforded by Article XI have been triggered in this case, and are sufficient to excuse Argentina's liability, the Tribunal recognizes that satisfaction of the state of necessity standard as it exists in international law (reflected in Article 25 of the ILC's Draft Articles on State Responsibility) supports the Tribunal's conclusion.⁶²

246. In international law, a state of necessity is marked by certain characteristics that must be present in order for a State to invoke this defense. As articulated by Roberto Ago, one of the mentors of the Draft Articles on State Responsibility, a state of necessity is identified by those conditions in which a State is threatened by a serious danger to its existence, to its political or economic survival, to the possibility of maintaining its essential services in operation, to the preservation of its internal peace, or to the survival of part of its territory.⁶³ In other words, the State must be dealing with interests that are essential or particularly important.⁶⁴

247. The United Nations Organization has understood that the invocation of a state of necessity depends on the concurrent existence of three circumstances, namely: a danger to the survival of the State, and not for its interests, is necessary; that danger must not have been created by the acting State; finally, the danger should be serious and imminent, so that there are no other means of avoiding it.

248. The concept of state of necessity and the requirements for its admissibility lead to the idea of prevention: the State covers itself against the risk of suffering certain damages. Hence, the possibility of alleging the state of

necessity is closely bound by the requirement that there should be a serious and imminent threat and no means to avoid it. Such circumstances, in principle, have been left to the State's subjective appreciation, a conclusion accepted by the International Law Commission. Nevertheless, the Commission was well aware of the fact that this exception, requiring admissibility, has been frequently abused by States, thus opening up a very easy opportunity to violate the international law with impunity. The Commission has set in its Draft Articles on State Responsibility very restrictive conditions to account for its admissibility, reducing such subjectivity.⁶⁵

249. James Crawford, who was rapporteur of the Draft Articles approved in 2001, noted that when a State invokes the state of necessity, it has full knowledge of the fact that it deliberately chooses a procedure that does not abide an international obligation.⁶⁶ This deliberate action on the part of the State is therefore subject to the requirements of Article 25 of the Draft Articles, which must concur jointly and without which it is not possible to exclude under international law the wrongfulness of a State's act that violates an international obligation.

250. Taking each element in turn, Article 25 requires first that the act must be the only means available to the State in order to protect an interest. According to S.P. Jagota, a member of the Commission, such requirement implies that it has not been possible for the State to "avoid by any other means, even a much more onerous one that could have been adopted and maintained the respect of international obligations. The State must have exhausted all possible legal means before being forced to act as it does."⁶⁷ Any act that goes beyond the limits of what is strictly necessary "may not be considered as no longer being, as such, a wrongful act, even if justification of the necessity may have been admitted."⁶⁸

251. The interest subject to protection also must be essential for the State. What qualifies as an "essential" interest is not limited to those interests referring to the State's existence. As evidence demonstrates, economic, financial or those interests related to the protection of the State against any danger seriously compromising its internal or external situation, are also considered essential interests. Roberto Ago has stated that essential interests include those related to "different matters such as the economy, ecology or other."⁶⁹ Julio Barboza affirmed that the threat to an essential interest would be identified by considering, among other things, "a serious threat against the existence of the State, against its political or economic survival, against the maintenance of its essential services and operational possibilities, or against the conservation of internal peace or its territory's ecology."⁷⁰

252. James Crawford has stated that no opinion may be offered *a priori* of "essential interest," but one should understand that it is not the case of the State's "existence", since the "purpose of the positive law of self-defense is to safeguard that existence."⁷¹ Thus, an interest's greater or lesser essential, must be determined as a function of the set of conditions in which the State finds itself under specific situations. The requirement is to appreciate the conditions of each specific case where an interest is in play, since what is essential cannot be predetermined in the abstract.⁷²

253. The interest must be threatened by a serious and imminent danger. The threat, according to Roberto Ago, "must be 'extremely grave' and 'imminent.'"⁷³ In this respect, James Crawford has opined that the danger must be established objectively and not only deemed possible.⁷⁴ It must be imminent in the sense that it will soon occur.

254. The action taken by the State may not seriously impair another State's interest. In this respect, the Commission has observed that the interest sacrificed for the sake of necessity must be, evidently, less important than the interest sought to be preserved through the action.⁷⁵ The idea is to prevent against the possibility of invoking the state of necessity only for the safeguard of a non-essential interest.

255. The international obligation at issue must allow invocation of the state of necessity. The inclusion of an article authorizing the state of necessity in a Bilateral Investment Treaty constitutes the acceptance, in the relations between States, of the possibility that one of them may invoke the state of necessity.

256. The State must not have contributed to the production of the state of necessity. It seems logical that if the State has contributed to cause the emergency, it should be prevented from invoking the state of necessity. If there is fault by the State, the exception disappears, since in such case the causal relationship between the State's act and the damage caused is produced. The Tribunal considers that, in the first place, Claimants have not proved that Argentina has contributed to cause the severe crisis faced by the country; secondly, the attitude adopted by the Argentine Government has shown a desire to slow down by all the means available the severity of the crisis.

257. The essential interests of the Argentine State were threatened in December 2001. It faced an extremely serious threat to its existence, its political and economic survival, to the possibility of maintaining its essential services in operation, and to the preservation of its internal peace. There is no serious evidence in the record that Argentina contributed to the crisis resulting in the state of necessity. In this circumstances, an economic recovery package was the only means to respond to the crisis. Although there may have been a number of ways to draft the economic recovery plan, the evidence before the Tribunal demonstrates that an across-the-board response was necessary, and the tariffs on public utilities had to be addressed. It cannot be said that any other State's rights were seriously impaired by the measures taken by Argentina during the crisis. Finally, as addressed above, Article XI of the Treaty exempts Argentina of responsibility for measures enacted during the state of necessity.

258. While this analysis concerning Article 25 of the Draft Articles on State Responsibility alone does not establish Argentina's defense, it supports the Tribunal's analysis with regard to the meaning of Article XI's requirement that the measures implemented by Argentina had to have been necessary either for the maintenance of public order or the protection of its own essential security interests.

259. Having found that the requirements for invoking the state of necessity were satisfied, the Tribunal considers that it is the factor excluding the State from its liability vis-à-vis the damage caused as a result of the measures adopted by Argentina in response to the severe crisis suffered by the country.

260. With regard to Article 27 of the United Nations' Draft Articles alleged by Claimants, the Tribunal opines that the article at issue does not specifically refer to the compensation for one or all the losses incurred by an investor as a result of the measures adopted by a State during a state of necessity. The commentary introduced by the Special Rapporteur establishes that Article 27 "*does not attempt to specify in what circumstances compensation would be payable*".⁷⁶ The rule does not specify if compensation is payable during the state of necessity or whether the State should reassume its obligations. In this case, this Tribunal's interpretation of Article XI of the Treaty provides the answer.

261. Following this interpretation the Tribunal considers that Article XI establishes the state of necessity as a ground for exclusion from wrongfulness of an act of the State, and therefore, the State is exempted from liability. This exception is appropriate only in emergency situations; and once the situation has been overcome, i.e. certain degree of stability has been recovered; the State is no longer exempted from responsibility for any violation of its obligations under the international law and shall reassume them immediately.

(iv) Consequences of the State of Necessity

262. Three relevant issues arise with respect to the Tribunal's finding Argentina is entitled to invoke the state of necessity as contemplated by Article XI, and general international law.

263. The first issue deals with the determination of the period during which the state of necessity occurred. As previously indicated, in the view of the Tribunal, the state of necessity in this case began on 1 December 2001 and ended on 26 April 2003, when President Kirchner was elected (see the Tribunal's Analysis). All measures adopted by Argentina in breach of the Treaty before⁷⁷ and after the period during which the state of necessity prevailed, shall have all their effects and shall be taken into account by the Tribunal to estimate the damages.

264. The second issue related to the effects of the state of necessity is to determine the subject upon which the consequences of the measures adopted by the host State during the state of necessity shall fall. As established in the Tribunal's Analysis, Article 27 of ILC's Draft Articles, as well as Article XI of the Treaty, does not specify if any compensation is payable to the party affected by losses during the state of necessity. Nevertheless, and in accordance with that expressed under paragraphs 260 and 261 *supra*, this Tribunal has decided that the damages suffered during the state of necessity should be borne by the investor.

265. The third issue is related to what Argentina should have done, once the state of necessity was over on 26 April 2003. The very following day (27 April), Argentina's obligations were once again effective. Therefore, Respondent should have reestablished the tariff scheme offered to LG&E or, at least, it should have compensated Claimants for the losses incurred on account of the measures adopted before and after the state of necessity.

(v) Conclusions of the Tribunal

266. Based on the analysis of the state of necessity, the Tribunal concludes that, first, said state started on 1 December 2001 and ended on 26 April 2003; second, during that period Argentina is exempt of responsibility, and

accordingly, the Claimants should bear the consequences of the measures taken by the host State; and finally, the Respondent should have restored the tariff regime on 27 April 2003, or should have compensated the Claimants, which did not occur. As a result, Argentina is liable as from that date to Claimants for damages.

VII. Decision of the Tribunal on Liability

267. For the foregoing reasons, the Tribunal renders its decision, partially granting LG&E's claims, as follows:

- a. The claim for expropriation of the investment is hereby dismissed.
- b. Argentina breached the standard of fair and equitable treatment, no less favorable treatment than that to be accorded under the international law, and adopted discriminatory measures, causing damage to LG&E. Argentina's abrogation of the guarantees under the statutory framework, as indicated under paragraph 175 *supra*, violated its obligations to Claimants' investments, giving rise to liability under the umbrella clause.
- c. The standard prohibiting the adoption of arbitrary measures is not deemed to have been violated.
- d. Between 1 December 2001 and 26 April 2003, Argentina was in a state of necessity, for which reason it shall be exempted from the payment of compensation for damages incurred during that period.
- e. The Argentine Republic is liable for damages to Claimants for the aforementioned violations, except during the period of the state of necessity, which damages, including interest, as well as specification of the periods during which Respondent has incurred in violation of its international obligations, shall be determined in a next phase of the arbitration and in respect of which the Tribunal retains jurisdiction.
- f. Any decision on the costs of the arbitration is reserved.

Made in Washington, D.C., in English and Spanish, both versions equally authentic.

(signed)

Professor Albert Jan van den Berg

Arbitrator

Date: 19 September 2006

(signed)

Judge Francisco Rezek

Arbitrator

Date: 21 September 2006

(signed)

Dr. Tatiana B. de Maekelt

President

Date: 26 September 2006

Footnotes

¹ Until 1 December 2005, Claimants were LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. and LG&E International Inc. However, on 26 January 2006, Claimants informed the Tribunal that the name of two of the companies had been modified: LG&E Energy Corp. is now E.ON.US LLC and LG&E Capital Corp. is now E.ON.US. Capital Corp. LG&E International Inc. kept its name. Upon request by the Tribunal, LG&E submitted documents that, in the Tribunal's opinion, only prove the change of name but not its effects. Respondent remained silent on this issue.

² The *austral* later was replaced by the *peso* at the rate of 1,000 *australs* to 1 *peso*.

- ³ Schreuer, Christoph, *The ICSID Convention: A Commentary*, Cambridge University Press, 2001, p. 573.
- ⁴ *Amco Asia Corporation and others v. Republic of Indonesia*, Award of 20 November 1984, 1 ICSID Rep. 413 (1993).
- ⁵ “It simply means that the relevant rules of international law are to be applied.” Schreuer, Christoph, *The ICSID Convention...op.cit.*, p. 622.
- ⁶ *Convention CIRDI, Art. 42: “(1) (1) Le Tribunal statue sur le différend conformément aux règles de droit adoptées par les parties. Faute d’accord entre les parties, le Tribunal applique le droit de l’Etat contractant partie au différend —y compris les règles relatives aux conflits de lois—ainsi que les principes de droit international en la matière”* (emphasis added). In: <http://www.worldbank.org/icsid/basicdoc-fra/partA-chap04.htm#s03>.
- ⁷ “... the treaties and concordats are hierarchically superior than laws ...”
- ⁸ Tawil, Guido Santiago, *Los conflictos en materia de inversión, la jurisdicción del CIADI y el Derecho aplicable: a propósito de las recientes decisiones en los casos “Vivendi”, “Wena” y “Maffezini”*, in *RAP*, October 2002 Year XXV, N° 239, pp. 241 *et seq.*, especially pp. 256–257.
- ⁹ *Idem*, p. 256. The author bases his opinion on the *Vivendi* case.
- ¹⁰ *Ibidem*.
- ¹¹ See *Investment for foreigners in Argentina*: <http://www.enplenitud.com/>
- ¹² Grigera Naón, Horacio, *Choice of Law Problems in International Commercial Arbitration*, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck) Tübingen, Germany, 1992, p. 115.
- ¹³ Vives Chillida, Julio, *El Centro Internacional de Arreglos de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI)*, Madrid, McGraw Hill, 1998, p. 195.
- ¹⁴ Schreuer, Christoph, *The ICSID Convention... op. cit.*, p. 623.
- ¹⁵ Gaillard, Emmanuel and Banifetami, Yas, *The Meaning of “and” in Article 42(1), second sentence, of the Washington Convention: The Role of International Law in the ICSID choice of the law process*, *ICSID Review, Foreign Investment Law Journal*, 2003, Vol. 12, No. 2, pp. 375 *et seq.*, especially pp. 381–382. See also: Schreuer, Christoph, *op. cit.*, p. 263.
- ¹⁶ *Wena Hotels Limited v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case N° ARB/98/4, Decision on Application for Annulment, Feb. 5, 2002, 41 ILM 933 (2002).
- ¹⁷ *Asian Agricultural Products Ltd. (AAPL) v. Democratic Socialist Republic of Sri Lanka*, ICSID Case No. ARB/87/3, Final Award, June 27, 1990, 6 ICSID Review 533 (1991).
- ¹⁸ *Técnicas Medioambientales Tecmed S.A. v. The United Mexican States*, ICSID Case No. ARB (AF)/00/02 Award ¶ 154 (29 May 2003); *MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. v. Republic of Chile*, ICSID Case No. ARB/01/7 Award ¶ 113 (25 May 2004); *Occidental Exploration and Production Company v. The Republic of Ecuador*, LCIA Case No. UN 3467 Final Award (1 July 2004).
- ¹⁹ *Alex Genin, Eastern Credit Limited, Inc. and A.S. Baltoil v. The Republic of Estonia*, ICSID Case No. ARB/99/2 Award, ¶ 367 (25 June 2001).
- ²⁰ *Mondev International Ltd. v. United States of America*, ICSID Case No. ARB(AF)99/2, Award, ¶ 116 (October 11, 2002).
- ²¹ See *Genin*, footnote No. 19 *supra*.

²² *Robert Azinian and others v. United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/97/2, Award, ¶¶ 83 and 87, (1 November 1999).

²³ *S.D. Myers, Inc. v. Government of Canada*, NAFTA Arbitration under UNCITRAL Rules, Partial Award, ¶ 263, (13 November 2000).

²⁴ Article 41.1 provides: “Transportation and Distribution rates shall be calculated in United States dollars. The resulting Rate Schedule shall be stated in Argentine pesos and shall be convertible as stated in Law No. 23,928, using for the retranslation into Argentine pesos the parity set forth in Article 3 of Argentine Presidential Decree No. 2,128/91.”

²⁵ Section 9.2 provides: “The tariff has been calculated in U.S. dollars. The adjustments referred to in point 9.3 will be calculated in U.S. dollars.”

²⁶ Section 9.4.1.1 provides: “Distribution tariffs will be adjusted semiannually according to the variation operated in the PPI.”

²⁷ Article 38 provides: “The services rendered by distributors will be offered at tariffs in line with the following principles:

a) To provide distributors who operate economically and prudently the opportunity to obtain sufficient income to meet all reasonable operating costs applicable to the service, taxes, amortization, and a reasonable rate of return, as determined in the following article.”

²⁸ Section 9.8 provides: “Licensee’s tariff system will not be subject to freezing, administration and/or price control. If, in spite of this stipulation, Licensee is forced to adapt to a price control system establishing a lower level than that arising from the Tariff, Licensee will have the right to be compensated by the Government in an equivalent amount.”

²⁹ The notion of a standard appeared for the first time in a 1948 treaty, the Havana Charter for an International Trade Organization, and it was considered a protection against state actions violating internationally-accepted rules. In the 1960s it was related to the protection given to foreign properties. In international case law, the standard existed pursuant to the interpretation provided in the 1920s in the emblematic *Neer* case, which required that State conduct be deemed outrageous, wrongful, open injustice, an atrocity, bad faith or voluntary negligence of duty for a violation to be found. That interpretation is not the same that is given today. What was considered an “atrocity” in 1926 might not be so today, and what may be considered “violent” now, may not have been at that time. See “*Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law*”, OECD, Working Paper on International Investment, November 2003/4.

³⁰ See, e.g., *CMS Gas Transmission Company v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/8 Award (12 May 2005) (Argentina-U.S. BIT); *Occidental Exploration and Production Company v. The Republic of Ecuador*, LCIA Case No. UN 3467 Final Award (1 July 2004) (U.S.-Ecuador BIT — almost identical language); *MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. v. Republic of Chile*, ICSID Case No. ARB/01/7 Award ¶ 113 (25 May 2004) (Malaysia-Chile BIT); *Metalclad Corporation v. United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/97/1 Award ¶ 75 (30 August 2000). (An underlying objective of Article 102(1) of NAFTA is “to promote and increase cross-border investment opportunities and ensure the successful implementation of investment initiatives”).

³¹ *CMS*, ¶ 274; *Occidental*, ¶ 183. See also *Metalclad*, ¶ 99 (“Mexico failed to ensure a transparent and predictable framework for Metalclad’s business planning and investment”).

³² *MTD*, ¶ 113.

³³ *Técnicas Medioambientales Tecmed S.A. v. The United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/00/02, Award ¶ 154 (29 May 2003); cited in e.g., *MTD*, ¶ 114; *Occidental*, ¶ 185; *CMS*, ¶ 279.

³⁴ *Waste Management, Inc. v. The United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/00/3, Award ¶ 98 (30 April 2004).

³⁵ See e.g., *Tecmed*, ¶ 154; *CMS*, ¶¶ 278–79 and *Occidental*, ¶ 185 (citing the *Tecmed* and *Metalclad* passages referring to transparency).

³⁶ *Genin*, ¶ 367.

³⁷ *Ibidem*.

³⁸ See, e.g., *Mondev*, ¶ 116 October 11, 2002 (“To the modern eye, what is unfair or inequitable need not equate with the outrageous or the egregious. In particular, a State may treat foreign investment unfairly and inequitably without necessarily acting in bad faith.”); see also *Occidental*, ¶ 63 (“this is an objective requirement that does not depend on whether the Respondent has proceeded in good faith or not.”); see also *Tecmed*, ¶ 153 (relying on *Mondev*); *Waste Management*, ¶ 93 (rejecting the standard set forth in the *Neer* case involving willful neglect of duty and bad faith).

³⁹ As described more fully below, Argentina is excused from liability for the measures taken during the extreme circumstances of December 2001 until April 2003 in order to maintain public order and protect its essential interests. It was fair that during this period of time, Argentina suspended the guarantees of the Gas Law and postponed the PPI tariff adjustments until such time as the Government could manage to resume its obligations.

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

⁴¹ *Elctronica Sicula S.p.A. (ELSI) (United States of America v. Italy)*, 1989 I.C.J. 15, 76 (Judgment of 20 July).

⁴² *Ronald S. Lauder v. The Czech Republic*, Final Award ¶ 221 (3 September 2001) (citing Black's Law Dictionary 100 (7th ed. 1999)).

⁴³ Preamble, Argentina — U.S. BIT (1994).

⁴⁴ *Genin*, ¶ 370.

⁴⁵ *Ibidem*.

⁴⁶ *Lauder*, ¶ 222–32.

⁴⁷ *Lauder*, ¶¶ 229, 232.

⁴⁸ See e.g., *CMS*, ¶ 300 (citing cases).

⁴⁹ *CMS*, ¶ 303; *SGS v. Republic of the Philippines*, Decision on Jurisdiction, ICSID Case No. ARB/02/6 (29 January 2004), ¶¶ 127–28.

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

⁵¹ *CME Czech Republic v. Czech Republic*, Partial Award, ¶ 604 (13 September 2001).

⁵² *Pope & Talbot Inc. v. Canada*, Interim Award, ¶ 100 (26 June 2000).

⁵³ *Pope & Talbot*, ¶¶ 101–02.

⁵⁴ *Tecmed*, ¶ 115.

⁵⁵ *Ibidem*.

⁵⁶ *Ibidem*.

⁵⁷ *Tecmed*, ¶122.

⁵⁸ *Restatement (Third) of the Foreign Relations Law of the United States*, American Law Institute, Volume 1, 1987, Section 712, Comment g.

⁵⁹ *Too v. Greater Modesto Insurance Associates*, 23 Iran-United States Cl. Trib. Rep. 378, Award of 29 December 1989.

⁶⁰ *Oscar Chinn* affair, P.C.I.J., 1934, Ser A/B, Case No. 63.

⁶¹ Respondent has not relied upon the third element of Article XI, “the fulfillment of its obligations with respect to the maintenance or restoration of international peace or security.”

⁶² Article 25 of the Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts provides:

1. “Necessity may not be invoked by a State as a ground for precluding the wrongfulness of an act not in conformity with an international obligation of that State unless the act:

- a) Is the only way for the State to safeguard an essential interest against a grave and imminent peril; and
- b) Does not seriously impair an essential interest of the State or States towards which the obligation exists, or of the international community as a whole.

2. In any case, necessity may not be invoked by a State as a ground for precluding wrongfulness if:

- a) The international obligation in question excludes the possibility of invoking necessity; or
- b) The State has contributed to the situation of necessity.”

The ILC's Draft Articles, after some debate regarding the original prepared under the auspices of the Society of Nations in 1930, was abandoned and then resumed by the General Assembly in 1963. Its definitive version, due mainly to the works of Mssrs. Roberto Ago, Willem Riphagen and Gaetano Arangio-Ruiz, was approved in 1981 and subject to a revision in 1998, which was approved in 2001, during the 85th plenary session of the United Nations' General Assembly. (Session dated 12 December 2001, during the fifty-sixth session, Agenda item 162 of the Program, A/RES/56/83).

⁶³ United Nations, Report A/CN.4/318/ADD.5, p. 3.

⁶⁴ Strupp. K., *Les règles générales du Droit de la paix*, RECUEIL DES COURS, 1934 I, T. 47, pp. 259–595, especially p. 568. Similarly, the ILC has defined the state of necessity as that situation where the only means of safeguarding an essential interest of the State against a grave and imminent peril is an act that is not in conformity with an international obligation binding that State with another State. In shaping the concept of state of necessity, one must make a compulsory reference to the Russian seal furs case. There, the Russian government banned the hunting of seals near the Russian shorelines, including international waters and founded such decision on the absolute need to adopt immediate provisional measures. In a communication addressed, on the occasion of this incident, by the Russian foreign Minister, Chickline, to the British Ambassador, Morier, the main elements of the state of necessity were established: the absolutely exceptional nature of the alleged situation; the imminent character of the threat against an important State interest; the impossibility of avoiding the risk with other means, and the necessarily temporary nature of this justification, linked to the due danger's persistence. See United Nations, Report of the International Law Commission on the work performed during its 32nd session, p. 87.

⁶⁵ United Nations, Report A/CN.4/315, p. 78.

⁶⁶ Crawford, James, *Second Report on State Responsibility*, UN General Assembly, International Law Commission, 51st Session, Geneva, 23 July 1999, A/CN.4/498/Add 2, p. 27–28.

⁶⁷ United Nations, Report A/CN.4/SER.A/1980, pp. 155 and 175.

⁶⁸ *Ibidem*.

⁶⁹ United Nations, Report A/CN.4/SER.A/1980, p.174.

⁷⁰ *Ibidem*.

⁷¹ Crawford, James, *Second Report on State Responsibility*, *op. cit.*, p. 30.

⁷² *Ibidem*.

⁷³ United Nations, Report A/CN.4/318/ADD.5–7. p. 20.

⁷⁴ Crawford, James, *Second Report on State Responsibility op. cit.*, p. 31. In fact, this is so reflected in Principle 15 of the Rio Declaration on Environment and Development, adopted by the United Nations' Conference on Environment and Development in 1992.

⁷⁵ United Nations, Report A/CN.4/318/ADD.5–7. p. 20.

⁷⁶ Crawford, James, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility*, Cambridge University Press, 2002, p. 178 *et seq.*

⁷⁷ The period before the state of necessity initiates with the injunction issued by the Argentine Court on 18 August 2000.

Decision – full text

I. LAS PARTES

II. EL TRIBUNAL DE ARBITRAJE

III. ANTECEDENTES PROCESALES

IV. ANTECEDENTES FÁCTICOS

A. FINALES DE LOS AÑOS 80 Y AÑOS 90

B. CRISIS ÉCONÓMICA E INICIO DEL CONFLICTO, 1999–2001

C. LA LEY DE EMERGENCIA, 6 DE ENERO DE 2002

D. RENEGOCIACIÓN DE LOS CONTRATOS DE SERVICIOS PÚBLICOS

E. PETICIONES DE LAS PARTES

V. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

A. JUS STANDI

B. DERECHO APLICABLE AL FONDO DEL LITIGIO

1. Alegatos de las partes

2. Análisis del Tribunal

3. Conclusión del Tribunal

VI. DETERMINACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD

A. ARTÍCULO II(2)(A): TRATO JUSTO Y EQUITATIVO

1. Alegatos de las partes

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

B. ARTÍCULO II(2)(B): MEDIDAS ARBITRARIAS Y DISCRIMINATORIAS

1. Medidas discriminatorias
 - (i) Alegatos de las partes
 - (ii) Análisis del Tribunal
 - (iii) Conclusión del Tribunal
2. Medidas Arbitrarias
 - (i) Alegatos de las partes
 - (ii) Análisis del Tribunal
 - (iii) Conclusión del Tribunal

C. ARTÍCULO II(2)(C): CLÁUSULA PARAGUAS

1. Alegatos de las partes
2. Análisis del Tribunal
3. Conclusión del Tribunal

D. CONSIDERACIONES SOBRE LA EXPROPRIACIÓN INDIRECTA

1. Alegatos de las partes
2. Análisis del Tribunal
3. Conclusión del Tribunal

E. ESTADO DE NECESIDAD

1. Posición de las partes
2. Comentarios generales sobre el Artículo XI
 - (i) Consideraciones preliminares
 - (ii) Naturaleza self-judging del Artículo XI
 - (iii) Carácter necesario de las medidas adoptadas
 - a. Alegatos de las partes
 - b. Análisis del Tribunal
 - (iv) Consecuencias del estado de necesidad
 - (v) Conclusión del Tribunal

VII. DECISIÓN DEL TRIBUNAL SOBRE LA RESPONSABILIDAD

I. Las Partes

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

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

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

II. El Tribunal de Arbitraje

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

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

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

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

III. Antecedentes Procesales

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

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

10. De conformidad con la Regla 13 de las Reglas de Arbitraje, el Tribunal celebró su primera sesión con las partes en la sede del Centro en la ciudad de Washington, D.C., el 19 de diciembre de 2002. En esa oportunidad, las partes fijaron de mutuo acuerdo el siguiente calendario para las actuaciones escritas: las Demandantes debían presentar su Memorial el 31 de marzo de 2003; una vez recibido el Memorial de las Demandantes, la Demandada podía optar por uno de los siguientes plazos: contestar dentro de los 60 días o bien dentro de los 90 días. En su contestación, la Demandada podía oponer excepciones a la jurisdicción e incluir, si lo considerase necesario, las respuestas a los alegatos de fondo de las Demandantes. Si la Demandada presentaba un Memorial sobre Jurisdicción, las Demandantes debían presentar su Memorial de Contestación sobre Jurisdicción dentro de los

30 días siguientes, contados a partir de la recepción del Memorial sobre Jurisdicción de la Demandada; con posterioridad, la Demandada debía presentar su Réplica sobre Jurisdicción dentro de los 20 días siguientes, contados a partir de la recepción del Memorial de Contestación sobre Jurisdicción de las Demandantes, y las Demandantes debían presentar su Dúplica sobre Jurisdicción dentro de los 20 días siguientes, contados a partir de la recepción de la Réplica sobre Jurisdicción presentada por la Demandada.

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

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

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

14. De conformidad con los plazos acordados, el 21 de julio de 2003 la Demandada opuso formalmente excepciones a la jurisdicción del CIADI. En su Memorial sobre Jurisdicción, expuso las razones en las que fundaba dichas excepciones y adjuntó documentos para respaldar sus argumentaciones. El 29 de agosto de 2003, las Demandantes presentaron su Memorial de Contestación sobre Jurisdicción. El 22 de septiembre de 2003, la República Argentina presentó su Réplica sobre Jurisdicción y el 14 de octubre de 2003, las Demandantes presentaron su Dúplica sobre Jurisdicción.

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

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

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

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

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

- a. Que la diferencia debe ser entre un Estado Contratante y un nacional de otro Estado Contratante, y que las Demandantes deben tener legitimación (*jus standi*) para actuar en este proceso.
- b. Que debe tratarse de una controversia de naturaleza jurídica que surja directamente de una inversión.

c. Que las partes deben haber expresado su consentimiento, por escrito, de someterse a arbitraje y, específicamente, al arbitraje del CIADI.

d. Que deben cumplirse los demás requisitos exigidos, tanto por el Convenio CIADI como por el Tratado Bilateral, para someter una diferencia al arbitraje.

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

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

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

23. Finalmente, en relación con el criterio (d), referido a la verificación de los demás requisitos del Convenio CIADI y del Tratado Bilateral, el Tribunal concluyó que las demandas no están limitadas en el tiempo y que las peticiones plasmadas por las Demandantes en su petición adicional, coinciden con las alegadas en su petición original, por lo que es posible examinarlas en el mismo proceso, en aras de la eficiencia. Por otra parte, el hecho de que las licenciatarias puedan haber iniciado negociaciones con la Demandada, es ajeno a este procedimiento arbitral, pues las licenciatarias, siendo personas jurídicas diferentes, llevan adelante ese proceso desde su propia perspectiva (empresarial). Así, habiendo transcurrido más de seis meses desde la fecha en que surgió la controversia, es decir, el 24 de enero de 2002, no hay obstáculo para iniciar el procedimiento arbitral (Decisión sobre Jurisdicción, § 80).

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

a. Considerar que esta controversia se encuentra dentro de la jurisdicción del Centro y la competencia del Tribunal;

b. Desestimar todas las objeciones planteadas por la Demandada sobre la admisibilidad de la controversia y todas las excepciones opuestas por la Demandada a la jurisdicción del CIADI y a la competencia de este Tribunal;

c. Ordenar, en virtud de la Regla 41(4) de las Reglas de Arbitraje, la continuación del procedimiento;

d. Reservarse todas las cuestiones relativas a las costas y los gastos del Tribunal y de las partes para su determinación posterior.

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

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

27. Mediante la Orden Procesal N° 3, fechada el 23 de noviembre de 2004, el Tribunal de Arbitraje decidió: (i) admitir las declaraciones testimoniales presentadas por la Demandada; (ii) otorgar a las Demandantes la oportunidad de presentar pruebas adicionales respecto a las declaraciones testimoniales producidas por la Demandada en su Dúplica, a más tardar el 20 de diciembre de 2004 y practicar conainterrogatorios respecto a dichos testigos

durante la Audiencia sobre el Fondo; (iii) admitir la declaración testimonial del señor Patricio Perkins, quien podrá ser, además, contrainterrogado por la Demandada.

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

Tribunal de Arbitraje:

Tatiana B. de Maekelt, Presidenta

Francisco Rezek, Árbitro

Albert Jan van den Berg, Árbitro

Secretaria del Tribunal:

Claudia Frutos-Peterson

En representación de las Demandantes:

Oscar M. Garibaldi (Covington & Burling, Washington, D.C.)

Eugene D. Gulland (Covington & Burling, Washington, D.C.)

Eric D. Brown (Covington & Burling, Washington, D.C.)

Miguel López Forastier (Covington & Burling, Washington, D.C.)

Karin Kizer (Covington & Burling, Washington, D.C.)

Warda Henning (Covington & Burling, Washington, D.C.)

Harris Bor (Covington & Burling, Washington, D.C.)

Matthew Chester (Covington & Burling, Washington, D.C.)

Jadranka Poljak (Covington & Burling, Washington, D.C.)

Alma Ramírez (Covington & Burling, Washington, D.C.)

Karin Lui (Covington & Burling, Washington, D.C.)

Horacio Ruiz Moreno (Rosso Alba, Francia & Ruiz Moreno Abogados, Buenos Aires, Argentina)

Leonardo Orlanski (Rosso Alba, Francia & Ruiz Moreno Abogados, Buenos Aires, Argentina)

También presentes en representación de las Demandantes:

Dorothy O'Brien (LG&E Energy LLC)

Chris Hermann

Leonardo Massimino

Donaldo Sloop

Gabriel Wilkinson

En representación de la Demandada:

Osvaldo Guglielmino (Procurador del Tesoro de la Nación Argentina, Buenos Aires, Argentina)

Gustavo Adolfo Scrinzi (Subprocurador del Tesoro de la Nación Argentina, Buenos Aires, Argentina)

Ana Badillos (Procuración del Tesoro de la Nación Argentina, Buenos Aires, Argentina)

Luz Moglia (Procuración del Tesoro de la Nación Argentina, Buenos Aires, Argentina)

Gabriel Bottini (Procuración del Tesoro de la Nación Argentina, Buenos Aires, Argentina)

Ignacio Pérez Cortés (Procuración del Tesoro de la Nación Argentina, Buenos Aires, Argentina)

Gastón Rosenberg (Procuración del Tesoro de la Nación Argentina, Buenos Aires, Argentina)

También presentes en representación de la Demandada:

Carlos Garber (Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto, Buenos Aires, Argentina)

Alicia Federico (Ente Nacional Regulador del Gas (ENARGAS), Buenos Aires, Argentina)

Charles Joseph Masano (Secretaría de Energía, Buenos Aires, Argentina)

Marcelo Masonni (Embajada de la República Argentina, Washington, D.C.)

Estenógrafos:

David A. Kasdan

Dante Rinaldi

29. La Audiencia comenzó, según lo previsto, el día domingo 23 de enero de 2005 a las 8:45 a.m. Tras una breve introducción hecha por la Presidenta del Tribunal, los señores Eugene Gulland y Oscar Garibaldi, en representación de las Demandantes, presentaron una exposición al Tribunal, refiriéndose a los argumentos señalados en sus escritos. Estos últimos fueron acompañados por la presentación de sus testigos para su examen oral: señores S. Bradford Rives, Eduardo A. Hurtado, Patricio Carlos Perkins, Rudolph Dolzer, Eduardo Schwartz, Carlos Lapuerta, Antoni Peris Mingot y José E. Álvarez.

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

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

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

IV. Antecedentes Fácticos

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

A. Finales de Los Años 80 y Años 90

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

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

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

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

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

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

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

41. El Reglamento de la Ley del Gas fue implementado a través del Decreto N° 1738/92, de fecha 28 de septiembre de 1992. De conformidad con sus regulaciones, las tarifas de transporte y distribución serían calculadas en dólares de los Estados Unidos y luego serían convertidas en pesos argentinos. El Gobierno no podría rescindir o modificar las licencias sin el consentimiento de las licenciatarias.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

51. Durante este período, Argentina incrementó la protección legal a los inversionistas, con el objeto de atraer inversión extranjera, en apoyo de su esquema de privatización. La Demandada ratificó tratados relativos a las obligaciones derivadas de la inversión, como el Convenio CIADI y un número importante de tratados bilaterales de inversión, incluyendo el Tratado Bilateral con Estados Unidos, referido en esta controversia. Como se mencionó *supra*, la Ley de Convertibilidad, que equiparó el peso con el dólar, fue también dictada en esta época.

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

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

B. Crisis Económica E Inicio Del Conflicto, 1999–2001

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

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

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

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

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

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

59. Durante los primeros seis meses de 2000, la situación de la economía argentina continuó deteriorándose. El ajuste semi-anual por PPI habría obligado a un segundo incremento de tarifas en un período que seguía siendo deflacionario. Aunque las licenciatarias habían aceptado la suspensión del ajuste por PPI sólo durante un período, el Gobierno las instó a aceptar una segunda suspensión, que incluyera los ajustes previamente pospuestos y que, según lo estipulado en el Acta Acuerdo de 6 de enero de 2000, deberían comenzar a ser recuperados el 1 de julio del mismo año.

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

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

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

C. La Ley De Emergencia, 6 De Enero De 2002

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

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

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

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

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

D. Renegociación De Los Contratos De Servicios Públicos

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

69. Con posterioridad a la Ley de Emergencia, las licenciatarias y el Ejecutivo argentino presentaron tres iniciativas para implementar un incremento en las tarifas de gas natural y electricidad. Cada una de estas iniciativas fue llevada por organizaciones de consumidores y defensores del pueblo, ante los tribunales argentinos, quienes admitieron sus acciones y rechazaron las iniciativas, por tanto, nunca se hicieron efectivas. En 2003, el Gobierno argentino, a través de Decretos presidenciales, hizo otros dos intentos para aumentar las tarifas, pero ambos esfuerzos también fueron frustrados por la judicatura.

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

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

E. Peticiones De Las Partes

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

- (i) Que se declare que la Demandada ha incumplido las obligaciones que le corresponden en virtud del Artículo II(2)(c) del Tratado Bilateral, al no observar las obligaciones asumidas respecto a la inversión de las Demandantes;
- (ii) Que se declare que la Demandada ha incumplido las obligaciones que le corresponden en virtud del Artículo II(2)(a) del Tratado Bilateral, al no dispensar a la inversión de las Demandantes un trato justo y equitativo y al otorgarle un trato menos favorable que el exigido por el Derecho internacional;

(iii) Que se declare que la Demandada ha incumplido las obligaciones que le corresponden en virtud del Artículo II(2)(b) del Tratado Bilateral, al adoptar medidas arbitrarias y discriminatorias que coartan el uso y goce de la inversión de las Demandantes;

(iv) Que se declare que la Demandada ha violado el Artículo IV(1) del Tratado Bilateral, al expropiar indirectamente la inversión de las Demandantes sin cumplir con las disposiciones del Tratado Bilateral, especialmente las relativas al debido proceso legal y al pago de una compensación inmediata, adecuada y efectiva;

(v) Que se ordene a la Demandada pagar a las Demandantes el monto total de la compensación estipulada en el Memorial, más los intereses compuestos, previos y posteriores al Laudo;

(vi) Que se ordene a la Demandada a pagar todos los gastos y costas de este procedimiento de arbitraje, incluidos los honorarios y gastos del Tribunal y las costas de la representación legal de las Demandantes, más los intereses correspondientes conforme al Tratado Bilateral, y

(vii) Que se ordene toda otra reparación que pueda corresponder a las Demandantes con arreglo al Tratado Bilateral o que, además de ello, pueda resultar justa y apropiada.

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

1. Declarando que la República Argentina ha incurrido en incumplimiento de sus obligaciones en virtud del Tratado;

2. Ordenando a la República Argentina pagar a LG&E: (i) la compensación por los montos establecidos en la Parte VI de esta Réplica; (ii) todos los costos y honorarios de este procedimiento arbitral, incluidos los honorarios razonables de los abogados; y (iii) el interés compuesto sobre el monto de la indemnización desde la fecha del laudo hasta la fecha efectiva de pago; y

3. Ordenando cualquier otra reparación adicional que corresponda en virtud de la ley aplicable o que pudiera ser justa y apropiada.

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

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

V. Consideraciones Preliminares

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

A. Jus Standi

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

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

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

B. Derecho Aplicable Al Fondo Del Litigio

1. Alegatos de las partes

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

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

2. Análisis del Tribunal

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

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

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

84. Es evidente la ausencia del acuerdo expreso de las partes sobre el Derecho aplicable a la presente diferencia. Este acuerdo comúnmente podría encontrarse en el contrato de inversión, que no existe en este caso. Tampoco existe mención expresa alguna del Derecho aplicable en otros documentos, relativos a la inversión de LG&E, lo cual podría conducir a la aplicación de la segunda parte del Artículo 42(1).

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

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

87. Con relación a la remisión a las normas de Derecho internacional privado, el Tribunal no ha encontrado en los registros del CIADI ningún caso en el que el tribunal de arbitraje haya recurrido a las normas de conflicto del Derecho del Estado parte en la controversia. En el caso *Amco v. Indonesia*, se confirma este criterio por cuanto el tribunal de

arbitraje, presidido por Berthold Goldman, afirmó que no consideraba necesario entablar una discusión sobre las normas de conflicto, pues las partes hacen constantes referencias al Derecho del Estado parte en la controversia y, además, “como la diferencia planteada ante este Tribunal tiene por objeto una inversión en Indonesia no hay ninguna duda de que las reglas sustanciales de Derecho común que el Tribunal debe aplicar son del Derecho indonesio”⁴. El Tribunal, en este caso, comparte el mismo criterio.

88. En cuanto a las normas de Derecho internacional y, específicamente, a la expresión “que pudieren ser aplicables”, utilizada por el Artículo 42(1) del Convenio CIADI para referirse a las normas de Derecho internacional, el Tribunal opina que no ha de ser entendida como condicionante a la aplicación de las mismas, sino más bien como referencia, dentro del Derecho internacional, a las normas competentes para regular la controversia en cuestión⁵. Esta interpretación podría encontrar apoyo en la versión francesa del Convenio CIADI, la cual hace referencia a las normas de Derecho internacional “*en la matière*”⁶.

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

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

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

92. En Argentina se ha aceptado esta interpretación afirmando que “en tanto la *litis* se vincule a la violación del BIT (tratado bilateral de inversión) y del Derecho internacional y no a meras pretensiones de incumplimiento de un contrato local y las partes no hubieran establecido expresamente la legislación aplicable a la primera de dichas diferencias, la decisión se regirá por el Convenio CIADI, el BIT y el Derecho internacional aplicable. De este modo, los BIT's se transforman en la *lex specialis* en relación con los conflictos surgidos en materia de inversiones entre inversores extranjeros y países receptores de la inversión”¹⁰.

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

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

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

más bien establecer un orden de alternabilidad. Inicialmente, la doctrina y algunos tribunales CIADI admitieron que la conjunción “and” significaba “and in case of lacunae, or should the law of the Contracting State be inconsistent with international law”¹⁵. Sin embargo, limitar el papel del Derecho internacional en estos términos, implicaría aceptar que este Derecho pueda estar supeditado al Derecho interno y obviar el hecho de que existe un creciente número de arbitrajes iniciados sobre la base de tratados bilaterales o multilaterales de inversión.

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

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

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

3. Conclusión del Tribunal

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

VI. Determinación De La Responsabilidad

A. Artículo II(2)(A): Trato Justo y Equitativo

1. Alegatos de las partes

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

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

102. Las Demandantes explican que el trato justo y equitativo en el contexto de este Tratado requiere un marco jurídico estable y predecible para regular las inversiones. Las Demandantes fundamentan su interpretación del estándar analizando el Preámbulo del Tratado, que establece el propósito y objeto del mismo y, en particular la disposición que regula el trato justo y equitativo. Igualmente analizan tres de las opiniones de tribunales de arbitraje más recientes, que consideran la misma cuestión en un contexto similar¹⁸. Las Demandantes argumentan que bajo este estándar, un Estado no puede brindar un tratamiento que afecte las expectativas básicas tomadas en cuenta por el inversor extranjero al momento de hacer su inversión. Considerando que el objeto del Tratado es promover la inversión extranjera, las Demandantes afirman que la estabilidad y previsibilidad del marco jurídico que conformó las bases para la inversión y protegió su valor, es particularmente importante.

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

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

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

106. Argentina atrajo a las Demandantes con las garantías derivadas del Tratado y con el marco legal de privatización, en el que leyes y reglamentos garantizaban el tratamiento que daría Argentina a las inversiones de LG&E. Para tomar la decisión de invertir en Argentina, las Demandantes confiaron en las leyes argentinas que garantizaban protección contra las fluctuaciones cambiarias y la inflación, a la vez que establecían ajustes que garantizaran una utilidad razonable y aseguraban que el Gobierno no congelaría las tarifas, sino que mantendría un sistema tarifario fluido, regulado por un ente experto en la materia.

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

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

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

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

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

112. La Demandada objeta la definición dada al trato justo y equitativo. Desde su perspectiva, este estándar debería ser definido mediante criterios imparciales y objetivos y no por criterios personales y arbitrarios. Concluyen que la interpretación de las Demandantes es tan vaga que conllevaría al desconocimiento de las obligaciones y derechos de las partes (Memorial de Contestación de la Demandada, §§ 603–604).

113. La Demandada cita las decisiones *Alex Genin, Eastern Credit Limited, Inc. y A.S. Baltoil v. Republic of Estonia*²¹; y *Robert Azinian, Kenneth Davitian & Ellen Baca v. Los Estados Unidos Mexicanos*²², para concluir que el principio del trato justo y equitativo está referido al trato mínimo internacional que se le debe a un inversor y constituye, en consecuencia, un patrón mínimo de justicia sustantiva (Memorial de Contestación de la Demandada,

§ 620). También cita el caso *S.D. Myers, Inc. v. The Government of Canada*²³, del cual se desprende que una violación de este estándar “ocurre solamente cuando se demuestra que un inversor ha sido tratado de un modo tan injusto o arbitrario que el tratamiento se eleva a un nivel inaceptable desde la perspectiva internacional” (Memorial de Contestación de la Demandada, §§ 621–622).

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

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

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

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

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

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

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

- 1.– Los Artículos 41.1 del Decreto N° 1738/92²⁴ y 9.2 de las Reglas Básicas de la Licencia²⁵ preveían que las tarifas debían ser calculadas en dólares americanos para luego ser convertidos a pesos.
- 2.– El Artículo 9.4.1.1 de las Reglas Básicas de la Licencia garantizaba que las tarifas serían sometidas a ajustes semi- anuales en base al PPI²⁶.
- 3.– El Artículo 38 de la Ley N° 24.076, disponía que las tarifas debían proveer ganancias suficientes como para cubrir todos los costos y permitir una tasa razonable de retorno²⁷.
- 4.– El Artículo 9.8 de las Reglas Básicas de la Licencia garantizaba que el sistema tarifario no estaría sujeto a congelamientos ni al control de precios sin compensación²⁸.

120. El Tribunal también concluye que la Ley de Emergencia, sancionada el 6 de enero de 2002, declaró que las tarifas no se calcularían en lo sucesivo en dólares sino directamente en pesos (Artículo 8) y que no habría ajustes de tarifas semi- anuales en base al PPI (Artículo 8). El Tribunal destaca que desde julio de 1999, no ha habido ningún

ajuste tarifario para las licenciatarias en base al PPI ni tampoco se ha producido el ajuste quinquenal del sistema tarifario, vencido desde 2002. La ausencia de ambos ajustes afecta las tarifas en el sector de distribución del gas y, en consecuencia, la tasa de retorno de la inversión de las Demandantes. Argentina tomó estas medidas sin compensar a las Demandantes y las forzó a renegociar (proceso en el que un funcionario argentino recomendaba a los inversionistas abandonar sus demandas contra el Gobierno con relación a las licencias) o, en su defecto, rescindirían sus licencias (Decreto No. 293/02, Art. 2 y Memorial de las Demandantes, §§ 120 y ss.).

3. Análisis del Tribunal

121. El Tribunal debe responder si las medidas implementadas por Argentina violaron las obligaciones asumidas por la Demandada a la luz del Artículo II(2)(a) del Tratado de otorgar trato justo y equitativo a las inversiones de LG&E.

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

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

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

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

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

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

“El Tribunal Arbitral considera que esta disposición del Acuerdo, a la luz de los imperativos de buena fe requeridos por el derecho internacional, exige de las Partes Contratantes del Acuerdo brindar un tratamiento a la inversión extranjera que no desvirtúe las expectativas básicas en razón de las cuales el inversor extranjero decidió realizar su inversión. Como parte de tales expectativas, aquél cuenta con que el Estado receptor de la inversión se conducirá de manera coherente, desprovista de ambigüedades y transparente en sus relaciones con el 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”³³.

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

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

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

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

4. Conclusión del Tribunal

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

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

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

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

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

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

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

139. No obstante, este Tribunal reconoce las dificultades económicas por las que atravesó Argentina durante este período, también es consciente de que la realidad política y social pudo haber influenciado la respuesta del Gobierno ante las cada vez mayores dificultades económicas. Ciertamente, LG&E tenía conocimiento de los riesgos inherentes a su inversión en un Estado extranjero. Pero, en el presente caso, este Tribunal estima que Argentina se extralimitó desmontando totalmente el marco jurídico establecido, el cual había sido establecido precisamente para atraer a los inversionistas.

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

1. Medidas discriminatorias

(i) Alegatos de las partes

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

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

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

143. Destacan las Demandantes que si se comparan las medidas que afectaron sectores como el de la producción del gas, el de las fuentes alternativas de energía o incluso aquéllos del sector público, con las medidas que afectaron el sector de transporte o distribución del gas, el Tribunal sólo puede llegar a la conclusión de que el Gobierno argentino discriminó los sectores de transporte y distribución del gas; aunado a esto, afirman que es considerable el hecho de que los inversionistas del sector de distribución son, en su mayoría, extranjeros.

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

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

(ii) Análisis del Tribunal

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

(iii) Conclusión del Tribunal

147. Este Tribunal concluye, basado en las evidencias presentadas, que las Demandantes trataron a las compañías de distribución de gas de forma discriminatoria, al imponerles medidas más estrictas que a otros sectores prestadores de servicios públicos. No obstante, las Demandantes no lograron probar que las medidas dictadas por el Gobierno argentino estuvieran apuntadas específicamente a la inversión extranjera de las Demandantes.

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

2. Medidas Arbitrarias

(i) Alegatos de las partes

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

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

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

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

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

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

(ii) Análisis del Tribunal

155. El Artículo II(2)(b) del Tratado Bilateral establece que “...[n]inguna de las Partes menoscabará, en modo alguno, mediante la adopción de medidas arbitrarias o discriminatorias, la dirección, la explotación, el uso, el usufructo, la adquisición, la expansión o la liquidación de las inversiones”.

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

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

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

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

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

(iii) Conclusión del Tribunal

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

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

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

C. Artículo II(2)(C): Cláusula paraguas

1. Alegatos de las partes

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

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

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

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

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

2. Análisis del Tribunal

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

170. Esta cláusula, conocida como “cláusula paraguas”, es una disposición general incluida en un amplio número de tratados bilaterales, que constituye un requerimiento para el Estado receptor, de cumplir con todas las obligaciones asumidas con inversionistas extranjeros, incluidos aquéllos con los cuales el compromiso haya sido asumido por vía

contractual. De manera que las obligaciones de fuente contractual reciben una especie de protección extra, en virtud de su consideración por el tratado bilateral.

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

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

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

174. Con el objeto de determinar la aplicabilidad de la cláusula paraguas, el Tribunal deberá establecer si en virtud de las disposiciones de la Ley del Gas y su Reglamento, el Estado Argentino ha asumido obligaciones internacionales relativas a LG&E y a su inversión. Para ello es necesario tener presente que las disposiciones de la Ley del Gas y su Reglamento establecían y regulaban el régimen tarifario que daba valor a la inversión de las Demandantes; que el propósito de la inversión de las Demandantes era incrementar el valor de sus acciones en las licenciatarias mediante un delicado balance del manejo de costos y de ganancias, representadas por las tarifas fijadas por Argentina a la luz de la mencionada Ley del Gas y de su Reglamento. En vista de lo anterior, el Tribunal concluye que estas disposiciones no fueron simples obligaciones legales de naturaleza general⁵⁰. Por el contrario, eran muy específicas con respecto a la inversión de LG&E en Argentina y derogarlas resultaba violatorio de la cláusula paraguas.

3. Conclusión del Tribunal

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

D. Consideraciones Sobre La Expropiación Indirecta

1. Alegatos de las partes

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

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

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

178. LG&E sostiene que, de la aplicación del Artículo IV del Tratado Bilateral, se desprende que se le adeuda una compensación equivalente al justo valor de mercado de la inversión expropiada inmediatamente después de que la expropiación, haya tenido lugar. Las Demandantes establecen la fecha de expropiación en este caso en la fecha en que la conducta de la Demandada resultó en la destrucción virtual de la inversión, producida no mucho después de

agosto del año 2000, cuando el tribunal argentino dejó sin lugar el acuerdo del 17 de julio de 2000 y cualquier ajuste tarifario basado en el PPI (Memorial de las Demandantes, § 181).

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

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

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

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

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

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

2. Análisis del Tribunal

185. Para determinar la procedencia de una expropiación indirecta, el Tribunal debe definir este concepto. Generalmente, los tratados bilaterales no definen el acto expropiatorio, sino que simplemente hacen referencia expresa a la “expropiación”, añadiéndose, además, la fórmula “cualquier otro acto que tenga efectos equivalentes”. Igualmente, el Tratado Bilateral, en su Artículo IV, no define el término “expropiación” ni tampoco establece cuales medidas, actos o conductas constituirían “medidas equivalentes a la expropiación”. Por tanto, el Tribunal deberá analizar el Derecho internacional con miras a determinar los criterios relevantes para evaluar esta solicitud.

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

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

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

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

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

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

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

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

194. No hay duda que la severidad de los cambios en el *status* legal y el impacto práctico sufrido por el inversionista en este caso, así como en la posibilidad del goce y uso de la inversión, son determinantes para establecer si hubo o no expropiación indirecta. Lo que se discute es si, únicamente, deben ser tomados en cuenta los efectos que produce la medida o también el contexto en que se dictó y el propósito del Estado receptor. La opinión de este Tribunal es que debe haber un equilibrio en el análisis, es decir, ha de tratarse de un análisis que alcance tanto a las causas como a los efectos de una medida, a los fines de calificarla como expropiatoria. Es importante distinguir el derecho del Estado de adoptar ciertas políticas con su facultad de dictar medidas expropiatorias. “Esta determinación es importante, pues es una de las bases para distinguir, desde la perspectiva de un tribunal internacional, entre una medida regulatoria, expresión normal de la autoridad estatal en ejercicio del poder de policía, que trae consigo una disminución de los bienes o derechos del particular, y una expropiación *de facto*, que priva de toda sustancia real a tales bienes o derechos”⁵⁶.

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

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

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

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

3. Conclusión del Tribunal

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

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

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

E. Estado De Necesidad

1. Posición de las partes

201. La Demandada señala, en su alternativa, que si Argentina hubiese violado las obligaciones impuestas por el Tratado, el estado de crisis política, económica y social en el que cayó el país, justifican las acciones violatorias de las obligaciones que había asumido con respecto a las licenciatarias de distribución del gas. Por tanto, aún si las medidas adoptadas por el Estado para superar la crisis vivida en los años 1998 a 2003, infringieran los derechos consagrados en el Tratado, tales medidas se tomaron en un contexto de estado de necesidad. En consecuencia, durante este período Argentina queda exenta de responsabilidad.

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

203. Las Demandantes rechazan la defensa de la Demandada referente al estado de necesidad y afirman que el Artículo XI no es aplicable a los casos de crisis económica, ya que los elementos de orden público y de intereses

esenciales de seguridad tienen un ámbito de aplicación intencionalmente estricto, limitado a las amenazas a la seguridad de naturaleza física.

2. Comentarios generales sobre el Artículo XI

(i) Consideraciones preliminares

204. El Artículo XI del Tratado Bilateral establece:

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

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

206. El Tribunal reitera que para realizar el doble análisis antes mencionado, aplicará, en primer lugar, el Tratado, en segundo lugar, el Derecho internacional general, en la medida en que sea necesario y, en tercer lugar, el Derecho interno argentino. Destaca el Tribunal que las demandas y defensas antes señaladas, derivan del Tratado y que, en la medida en que sea requerido para la interpretación y aplicación de las disposiciones del mismo, se aplicará el Derecho internacional general (Véase la sección V. B *supra*).

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

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

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

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

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

211. Las Demandantes sostienen que al Artículo XI debe dársele la interpretación literal por cuanto ni el contexto ni el propósito del Tratado sugieren que dicho artículo sea *self-judging*, y que la posición de los Estados Unidos en el momento de la firma del Tratado era que tales cláusulas no lo eran (Audiencia sobre el Fondo, 28 de enero de 2005, Álvarez, Transcripción en español, pp. 925 y ss). Las Demandantes señalan que la Demandada no ha probado que las partes tuvieron la intención de considerar el Artículo XI como *self-judging*, lo cual caracterizan como “excepcional” (Audiencia sobre el Fondo, 28 de enero de 2005, Álvarez, Transcripción en español, pp. 932 y ss). Las Demandantes sostienen que los Estados Unidos no consideraron las cláusulas que protegen los intereses esenciales de seguridad como de naturaleza *self-judging* hasta la firma del Tratado Bilateral Estados Unidos-Rusia de 1992 y el cambio de modelo norteamericano de Tratado Bilateral de 1992, ambos posteriores al Tratado Bilateral Estados Unidos-Argentina y ambos con comentarios explícitos en cuanto al cambio de política de los Estados Unidos con respecto a estas disposiciones, ahora consideradas de naturaleza *self-judging*.

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

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

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

(iii) Carácter necesario de las medidas adoptadas

a. Alegatos de las partes

215. Argentina sostiene que las medidas que implementó eran necesarias para mantener el orden público y proteger sus intereses esenciales de seguridad. La Demandada argumenta que, independientemente de como se interprete, la crisis financiera, los disturbios y el caos de los años 2000 al 2002 en Argentina, constituyeron una emergencia nacional, suficiente para invocar las protecciones brindadas por el Artículo XI (Testimonio de Slaughter, § 45).

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

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

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

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

220. Las Demandantes identifican las cuatro medidas discutidas en este caso: suspensión y derogatoria de los ajustes por PPI, congelamiento de las tarifas de distribución del gas y abandono del cálculo de las tarifas en dólares, todas tomadas unilateralmente— y señalan que la Demandada debe probar la necesidad de cada medida para proteger el orden público argentino y sus intereses esenciales de seguridad (Réplica, § 209). Según las

Demandantes, las medidas son “necesarias” cuando representan la única opción disponible para invocar la protección que brinda el Artículo XI.

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

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

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

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

225. Las Demandantes invocan el Artículo 27 del Proyecto de Responsabilidad de los Estados de la Comisión de Derecho Internacional. Afirman que, aún si la defensa que representa el estado de necesidad fuese aplicable en las circunstancias del caso concreto, el mencionado artículo aclara que las obligaciones de Argentina para con las Demandantes no están extintas, por lo que Argentina debe compensar a las Demandantes por las pérdidas en que incurrieron como resultado de las acciones del Gobierno. El Artículo 27 establece que “La invocación de una circunstancia que excluye la ilicitud en virtud del presente capítulo se entenderá sin perjuicio de: a) El cumplimiento de la obligación de que se trate...; b) La cuestión de la indemnización de cualquier pérdida efectiva causada por el hecho en cuestión” (Réplica, §§ 226–228).

b. Análisis del Tribunal

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

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

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

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

230. Estas fechas coinciden, por una parte, con la medida de congelamiento de los fondos, que prohibía a los propietarios de cuentas bancarias retirar más de mil pesos mensuales y, por la otra, con la elección del Presidente

Kirchner. El Tribunal ha establecido estas fechas como el inicio y el fin del período de extrema crisis, tomando en consideración la notoriedad de los eventos ocurridos.

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

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

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

234. Desde principios de 1998, los niveles de desempleo, pobreza e indigencia gradualmente fueron aumentando hasta alcanzar límites intolerables en diciembre de 2001. El desempleo llegó a casi un 25%, y aproximadamente la mitad de la población argentina estaba viviendo en niveles extremos de pobreza. El sistema de salud estuvo al borde de un colapso. Los precios de los productos farmacéuticos se elevaron, mientras el país se iba hundiendo en un profundo período deflacionario, llegando a ser inasequibles para la población de bajos ingresos. Los hospitales sufrieron un severo recorte en sus insumos básicos. Las inversiones en infraestructura y equipo para los hospitales públicos declinaron como nunca antes. Estas condiciones obligaron al Gobierno a declarar la emergencia del sistema de salud a nivel nacional, con el objeto de asegurar el acceso de la población a los servicios básicos de cuidado médico. Al mismo tiempo, un cuarto de la población no tenía acceso a un mínimo de productos alimenticios para asegurar su subsistencia. Dado el nivel de pobreza y la falta de acceso al sistema de salud y a una nutrición apropiada, sobrevinieron las enfermedades. Frente a la creciente presión para proporcionar servicios sociales y seguridad a las masas de gente indigente y pobre, el Gobierno estuvo forzado a disminuir en un 74% su gasto *per capita* en servicios sociales.

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

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

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

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

239. Las Demandantes afirman que la necesidad de defensa no fue considerada, pues las medidas adoptadas por Argentina no eran la única respuesta posible a la crisis. Este Tribunal no está de acuerdo con esta afirmación y, por el contrario, estima que el Artículo XI se refiere a situaciones en las cuales el Estado no tenga elección al actuar. Un Estado puede tener múltiples respuestas para mantener su orden público o proteger sus intereses esenciales de seguridad. En tal sentido, se acepta que el hecho de que la República Argentina haya suspendido el cálculo de las tarifas en dólares americanos y el ajuste de las tarifas de acuerdo al PPI, fue una manera legítima de proteger su sistema económico y social.

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

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

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

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

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

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

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

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

247. Así, la Organización de las Naciones Unidas ha entendido que la procedencia del estado de necesidad depende, en todo caso, de la existencia concurrente de tres circunstancias, a saber: es necesario un peligro para la supervivencia misma del Estado y no para sus intereses específicos; ese peligro no debe haber sido creado por el Estado que actúa; finalmente, se exige que el peligro sea grave e inminente, de manera que no sea posible evitarlo por otros medios.

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

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

250. Examinando cada uno de los elementos del Artículo 25, lo primero que se requiere es que sea el único medio a disposición del Estado para salvaguardar un interés. De acuerdo con S. P. Jagota, miembro de la Comisión, tal requisito implica que el daño a sus intereses esenciales no haya podido “evitarse por ningún otro medio, incluso mucho más oneroso, que hubiera podido adoptarse manteniendo el respeto de las obligaciones internacionales... El Estado debe haber agotado todos los medios jurídicos posibles antes de verse obligado a obrar como lo hace”⁶⁷. Mas, debe considerarse que todo lo que rebasa los límites de lo estrictamente necesario “no puede dejar de constituir en sí mismo un hecho ilícito, aún cuando, por lo demás, la justificación de la necesidad haya sido admitida”⁶⁸.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(iv) Consecuencias del estado de necesidad

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

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

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

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

(v) Conclusión del Tribunal

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

VII. Decisión del Tribunal Sobre la Responsabilidad

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

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

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

(firmado) (firmado)

Profesor Albert Jan van den Berg Juez Francisco Rezek

Arbitro Arbitro

Fecha: 19 sept. 2006 Fecha: 21 sept. 2006

(firmado)

Dra. Tatiana B. de Maekelt

Presidente

Fecha: 26 sept. 2006

Footnotes

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

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

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

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

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

⁶ Convention CIRDI, Art. 42: “(1) *Le Tribunal statue sur le différend conformément aux règles de droit adoptées par les parties. Faute d'accord entre les parties, le Tribunal applique le droit de l'Etat contractant partie au différend—y compris les règles relatives aux conflits de lois—ainsi que les principes de droit international en la matière*” (resaltado nuestro). En: <http://www.worldbank.org/icsid/basicdoc-fra/partAchap04.htm#s03>.

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

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

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

¹⁰ *Ibidem*.

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

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

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

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

¹⁵ Gaillard, Emmanuel y Banifetami, Yas, *The meaning of “and” in Article 42(1), second sentence, of the Washington Convention: The role of International Law in the ICSID choice of law process*, *ICSID Review, Foreign Investment Law*

Journal, 2003, Vol. 12, N° 2, pp. 375 ss., especialmente pp. 381–382. Ver también Schreuer, Christoph, *op. cit.*, p. 263.

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

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

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

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

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

²¹ Ver *Genin*, nota No. 19 *supra*.

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

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

²⁴ Art. 41(1): “En la adecuación normal y periódica de las tarifas que autorice, el Ente se ajustará a los siguientes lineamientos: Las tarifas de Transporte y Distribución se calcularán en dólares. El Cuadro Tarifario resultante será expresado en pesos convertibles según la Ley N° 23.928, teniendo en cuenta para su conversión a pesos la paridad establecida en el Artículo 3° del Decreto N° 2.128/91.”

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

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

²⁷ Art. 38: “Los servicios prestados por los transportistas distribuidores serán ofrecidos a tarifas que se ajustarán a los siguientes principios:

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

²⁸ Art. 9.8: “No se aplicará al régimen de tarifas de la Licenciataria congelamientos, administraciones y/o controles de precios. Si a pesar de esta estipulación se obligara a la Licenciataria a adecuarse a un régimen de control de precios que estableciere un nivel menor al que resulte de la tarifa, la Licenciataria tendrá derecho a una compensación pagadera por el Otorgantante.”

²⁹ La noción de estándar apareció por primera vez en un tratado en 1948, en el Havana Charter for an International Trade Organization y se le consideraba como un salvavidas contra las acciones estatales que violaran las normas internacionalmente aceptadas. En los años 60's se le relacionó con la protección de la propiedad de los extranjeros. En jurisprudencia el estándar apareció antes, a través de una interpretación que se dio en la década de los 20's para el emblemático caso *Neer*, de acuerdo con el cual para que se perfeccionara el supuesto de hecho del estándar debía haber una conducta del Estado anfitrión que fuese grosera, que implicara mala conducta, injusticia manifiesta,

una atrocidad, mala fe o voluntaria negligencia del deber; sin embargo, siendo coherentes con la posición expresada hasta el momento, la interpretación que se le dio en aquella época, no es la misma que la de hoy día. Por ejemplo, lo que era considerado como “atroz” en 1926 puede no serlo hoy, al contrario, lo que no se consideraba violento entonces, puede serlo ahora. Ver: *Fair an Equitable Treatment Standard in International Investment Law*, OECD, Working Paper on International Investment, November 2003/4.

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

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

³² *MTD*, § 113.

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

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

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

³⁶ *Genin*, § 367.

³⁷ *Ibidem*.

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

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

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

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

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

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

⁴⁴ *Genin*, § 370.

⁴⁵ *Ibidem*.

⁴⁶ *Lauder*, §§ 222–232.

⁴⁷ *Lauder*, §§ 229, 232.

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

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

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

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

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

⁵³ *Pope & Talbot*, §§ 101–102.

⁵⁴ *Tecmed*, § 115.

⁵⁵ *Ibidem*.

⁵⁶ *Ibidem*.

⁵⁷ *Tecmed*, § 122.

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

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

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

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

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

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

- a) Sea el único modo para el Estado de salvaguardar un interés esencial contra un peligro grave e inminente; y
- b) No afecte gravemente a un interés esencial del Estado o de los Estados con relación a los cuales existe la obligación, o de la comunidad internacional en su conjunto.

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

- a) La obligación internacional de que se trate excluye la posibilidad de invocar el estado de necesidad; o
- b) El Estado ha contribuido a que se produzca el estado de necesidad”.

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

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

⁶⁴ Strupp, K., *Les règles générales du Droit de la paix*, en: Recueil des Cours, 1934 I, T. 47, pp. 259–595 ss., especialmente p. 568. En sentido similar, la Comisión de Derecho Internacional ha definido el estado de necesidad como la situación en que se encuentra un Estado que no tiene ningún otro medio para preservar un interés esencial, amenazado por un peligro grave e inminente, que el de adoptar un comportamiento no conforme con lo que de él exige una obligación internacional para con otro Estado. En la elaboración del concepto de estado de necesidad, ha de hacerse una referencia obligada al *affaire* de la caza de focas en Rusia. En tal supuesto, el Gobierno ruso prohibió la caza de focas cerca de las costas rusas, incluyendo aguas internacionales y fundamentó tal decisión en la necesidad absoluta de tomar medidas provisionales inmediatas. En una comunicación que, con ocasión de este incidente dirigiese el Canciller ruso, Chickline, al embajador británico, Morier, se establecieron los principales elementos del estado de necesidad, esto es, la naturaleza absolutamente excepcional de la situación alegada; el carácter inminente del peligro que pesa sobre un interés importante del Estado, está sujeta, por tanto, a los requisitos del Artículo 25 del Proyecto de Estado; la imposibilidad de evitar el peligro con otros medios, y el carácter necesariamente temporal de esa justificación, ligada a la persistencia del peligro debido. (Ver Naciones Unidas, Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su trigésimo segundo período de sesiones, p. 87).

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

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

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

⁶⁸ *Ibidem*.

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

⁷⁰ *Ibidem*.

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

⁷² *Ibidem*.

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

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

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

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

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