

CENTRO INTERNACIONAL DE ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES

WASHINGTON, D.C.

En el procedimiento de arbitraje entre

**CASINOS AUSTRIA INTERNATIONAL GMBH Y CASINOS AUSTRIA
AKTIENGESELLSCHAFT**

Demandantes

Y

REPÚBLICA ARGENTINA

Demandada

Caso CIADI No. ARB/14/32

DECISIÓN SOBRE JURISDICCIÓN

Miembros del Tribunal

Prof. Dr. Hans van Houtte, Presidente

Prof. Dr. Stephan W. Schill, Árbitro

Dr. Santiago Torres Bernárdez, Árbitro

Secretaria del Tribunal

Sra. Alicia Martín Blanco

Fecha de despacho a las Partes: 29 de junio de 2018

REPRESENTACIÓN DE LAS PARTES

*En representación de Casinos Austria
International GmbH y Casinos Austria
Aktiengesellschaft:*

Atn. Sr. Florian Haugeneder
Sr. Emmanuel Kaufman

**Knoetzl Haugeneder Netal
Rechtsanwälte GmbH**
Herrengasse 1
1010 Vienna
República de Austria

En representación de la República Argentina:

Atn. Dr. Bernardo Saravia Frías
Procurador del Tesoro de la Nación

Dr. Ernesto Lucchelli
Subprocurador del Tesoro de la Nación

Dr. Juan Pablo Lahitou
Subprocurador del Tesoro de la Nación

Procuración del Tesoro de la Nación
Posadas 1641
C1112ADC Buenos Aires
República Argentina

ÍNDICE DE CONTENIDOS

I.	INTRODUCCIÓN	5
II.	ANTECEDENTES PROCESALES	10
III.	PETITORIO.....	15
	1. Demandada	15
	2. Demandantes.....	16
IV.	HECHOS DEL CASO	17
	1. La Privatización del sector de juegos de azar en la Provincia de Salta	17
	2. La participación de las Demandantes en ENJASA.....	20
	3. La revocación de la licencia exclusiva de ENJASA.....	25
	4. Acontecimientos posteriores a la revocación de la licencia de ENJASA.....	26
V.	ARGUMENTOS DE LAS PARTES	30
	1. Demandada	30
	A. No existe reclamo por una violación prima facie del TBI.....	30
	(i) El Tribunal carece de jurisdicción sobre reclamos que prima facie no se basan objetivamente en el TBI	31
	(ii) Ninguno de los reclamos se basa prima facie en el TBI	31
	(iii) El arbitraje CIADI no constituye el foro adecuado para la presente controversia	32
	B. No existe consentimiento al arbitraje porque las Demandantes no aceptaron la oferta a arbitraje dada por Argentina en el TBI	33
	(i) El Artículo 8 del TBI contiene requisitos jurisdiccionales obligatorios y forma parte de la oferta a recurrir al arbitraje de la Demandada	33
	(ii) Las Demandantes no aceptaron la oferta en los términos en que fuera realizada	34
	(iii) Las Demandantes no pueden ampararse en la cláusula de la nación más favorecida (NMF) para perfeccionar el consentimiento.....	39
	C. El Tribunal carece de jurisdicción ratione materiae	42

(i)	La licencia no es una inversión protegida por el TBI y las Demandantes no son sus titulares	42
(ii)	Las Demandantes no tienen legitimación para reclamar por los activos de ENJASA	44
2.	Demandantes	46
A.	Reclamo prima facie por la violación del TBI	46
(i)	Los reclamos presentados son reclamos en virtud del tratado	48
(ii)	Las cláusulas de selección de foro no constituyen un obstáculo para la jurisdicción	51
B.	La Demandada prestó su consentimiento válidamente al presente procedimiento en virtud del Artículo 8 del TBI	52
(i)	Cumplimiento del requisito de consultas amistosas (Artículo 8(1) del TBI)....	53
(ii)	Cumplimiento del requisito de someter la controversia a la jurisdicción local (Artículo 8(2) y (3) del TBI)	54
(iii)	Las Demandantes respetaron la secuencia de pasos procesales en virtud del Artículo 8 del TBI	56
(iv)	El recurso a los tribunales locales tal como sugiere la Demandada es imposible o inútil	58
(v)	El Artículo 8(4) del TBI no precluye la jurisdicción	59
(vi)	Primera alternativa: Una controversia lleva pendiente en los tribunales internos 18 meses sin que haya una decisión sobre el fondo	59
(vii)	Segunda alternativa: Jurisdicción basada en la cláusula NMF del Artículo 3 del TBI	60
C.	Jurisdicción <i>ratione materiae</i>	62
(i)	La inversión de las Demandantes en la Provincia de Salta	62
(ii)	Las actividades de las Demandantes califican como inversión en virtud del Artículo 25(1) del Convenio CIADI y en virtud del Artículo 1 del TBI.....	63
(iii)	El Artículo 4(3) del TBI confirma el amplio alcance de la protección	65
(iv)	La diferencia surge directamente de una inversión	66
VI.	EL ANÁLISIS DEL TRIBUNAL	66

1. Existencia de una inversión protegida	68
A. Existencia de una “inversión” en virtud del Artículo 1 del TBI Argentina-Austria...	70
B. Existencia de una “inversión” en virtud del Artículo 25(1) del Convenio CIADI.....	74
C. Existencia de una “diferencia que surja directamente de una inversión” en virtud del artículo 25(1) del Convenio CIADI.....	77
D. Conclusión	77
2. Existencia de un reclamo prima facie	78
A. Test aplicable para determinar la existencia de un reclamo prima facie	80
B. Caracterización de los reclamos presentados por las Demandantes como reclamos en virtud de tratados	85
C. Violaciones prima facie del TBI.....	89
(i) Violación prima facie del Artículo 4 del TBI	90
(ii) Violación prima facie del Artículo 2(1) del TBI.....	97
(iii) Violación prima facie del Artículo 3(1) del TBI.....	99
D. El efecto de las cláusulas de selección de foro	103
(i) Artículo 8.3 del Pliego de Bases y Condiciones	103
(ii) Artículo 13.1 del Contrato de Transferencia.....	104
E. Conclusión	105
3. Consentimiento de la Demandada al arbitraje	106
A. Origen y existencia del consentimiento de la Demandada y naturaleza de los requisitos anteriores al arbitraje en el Artículo 8 del TBI.....	109
B. Consultas amistosas de conformidad con el Artículo 8(1) del TBI.....	114
C. Cumplimiento del Artículo 8(2) y (3) del TBI	118
(i) La noción de controversia establecida en el Artículo 8 del TBI	119
(ii) Recurso interno relevante en el sentido del Artículo 8(2) del TBI	124
(iii) Cumplimiento del requisito de 18 meses establecido en el Artículo 8(3)(a) del TBI	127
D. Efecto del Artículo 8(4) del TBI.....	134
E. Conclusión	137

VII. COSTAS	138
VIII.DECISIÓN	139

I. INTRODUCCIÓN

1. La presente controversia surge de la revocación, en el año 2013, de una licencia exclusiva por un plazo de 30 años otorgada en el año 1999, a la compañía argentina Entretenimientos y Juegos de Azar S.A. (“**ENJASA**”) para la operación de instalaciones de juegos de azar y actividades de lotería en la Provincia argentina de Salta. ENJASA fue constituida por el Gobierno de la Provincia de Salta en el año 1999 como parte de un proceso de privatización del sector de juegos de azar y loterías de la Provincia y de desarrollo del turismo en la región. Luego de una licitación pública y diversos cambios en la estructura de titularidad, ENJASA se convirtió en una sociedad bajo la titularidad y control mayoritarios de las Demandantes, Casinos Austria International GmbH (“**CAI**”), sociedad de responsabilidad limitada constituida en virtud de la legislación de Austria, y Casinos Austria Aktiengesellschaft (“**CASAG**”), sociedad por acciones constituida en virtud de la legislación de Austria (conjuntamente “**Casinos**” o “**Demandantes**”).
2. Las Demandantes sostienen que la revocación de licencia de ENJASA, seguida de la transferencia de sus operaciones de juegos de azar y lotería y personal a una serie de operadores de juegos de azar nuevos destruyó efectivamente su inversión en Argentina. Invocan la violación de sus derechos en calidad de inversores extranjeros en virtud del TBI Argentina-Austria, esto es, no ser expropiados sin compensación, recibir un tratamiento justo y equitativo, y gozar de tratamiento nacional¹, y procurar la obtención de una indemnización por daños de la República Argentina (“**Argentina**” o “**Demandada**”) por dicha violación.
3. El fundamento jurisdiccional del presente procedimiento se apoya en el Artículo 25(1) del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (Convenio CIADI), que se encuentra en vigor entre la República

¹ Véase Memorial sobre el Fondo, Sección III, apartados 3-5. El Tribunal observa que las alegaciones de las Demandantes de tratamiento discriminatorio fueron presentadas a modo de reclamo por violación del tratamiento nacional (véase Memorial sobre el Fondo, párrs. 437-441). Además, la violación de la cláusula de la nación más favorecida (véase Solicitud de Arbitraje, párr. 65) no se reiteró en el Memorial sobre el Fondo, sino que se la invocó con respecto a la jurisdicción del Tribunal de Arbitraje. Las Demandantes habían invocado también una violación del estándar de protección y seguridad plenas en virtud del TBI Argentina-Austria (véase Solicitud de Arbitraje, párr. 56), pero no han continuado impulsando ese reclamo.

Argentina y la República de Austria. De conformidad con el Artículo 25(1) del Convenio CIADI,

[I]a jurisdicción del Centro se extenderá a las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión entre un Estado Contratante (o cualquiera subdivisión política u organismo público de un Estado Contratante acreditados ante el Centro por dicho Estado) y el nacional de otro Estado Contratante y que las partes hayan consentido por escrito en someter al Centro. El consentimiento dado por las partes no podrá ser unilateralmente retirado.

4. Las Demandantes afirman que se cumplen las condiciones del Artículo 25(1) del Convenio CIADI. Afirman, asimismo, que, al iniciar el presente procedimiento, han aceptado, el consentimiento de la Demandada al presente arbitraje contenido en el Artículo 8 del TBI Argentina-Austria. El Artículo 8 prevé, en sus dos idiomas auténticos, español y alemán, lo siguiente²:

ARTIKEL 8

Beilegung von Investitionsstreitigkeiten

(1) Jede Meinungsverschiedenheit aus Investitionen zwischen einem Investor der einen Vertragspartei und der anderen Vertragspartei betreffend die von diesem Abkommen geregelten Angelegenheiten wird, soweit wie möglich, durch freundschaftliche Konsultationen zwischen den Streitparteien beigelegt.

(2) Führen diese Konsultationen innerhalb von sechs Monaten zu keiner Regelung, kann die Meinungsverschiedenheit dem zuständigen Verwaltungs- oder Gerichtsverfahren der Vertragspartei, in deren Hoheitsgebiet die Investition getätigt wurde, unterbreitet werden.

(3) Die Meinungsverschiedenheit kann einem Schiedsgericht in folgenden Fällen unterbreitet werden:

a) falls nach Ablauf einer Frist von 18 Monaten ab Mitteilung über die Einleitung des Verfahrens bei den vorgenannten Behörden keine meritorische Entscheidung getroffen wurde;

b) falls eine solche Entscheidung getroffen wurde, aber die Meinungsverschiedenheit weiterbesteht. In

ARTÍCULO 8

Solución de controversias relativas a las inversiones

(1) Toda controversia relativa a las inversiones entre un inversor de una de las Partes Contratantes y la otra Parte Contratante sobre las materias regidas por el presente Convenio será, en la medida de lo posible, solucionada por consultas amistosas entre las partes en la controversia.

(2) Si estas consultas no aportaran una solución en un plazo de seis meses, la controversia podrá ser sometida a la jurisdicción administrativa o judicial competente de la Parte Contratante en cuyo territorio se realizó la inversión.

(3) La controversia podrá ser sometida a un tribunal arbitral en los casos siguientes:

a) cuando no haya una decisión sobre el fondo, luego de la expiración de un plazo de dieciocho meses contados a partir de la notificación de la iniciación del procedimiento ante la jurisdicción arriba citada;

b) cuando tal decisión haya sido emitida pero la controversia subsista. En tal caso, el recurso al tribunal de arbitraje privará de efectos a las

² Anexo C-002.

diesem Fall werden die betreffenden vorher auf nationaler Ebene gefällten Entscheidungen durch die Anrufung des Schiedsgerichtes wirkungslos;

c) falls die beiden Streitparteien sich in diesem Sinne geeinigt haben.

(4) Zu diesem Zweck gibt jede Vertragspartei nach den Bestimmungen dieses Abkommens ihre vorherige und unwiderrufliche Zustimmung, wonach jede Meinungsverschiedenheit diesem Schiedsverfahren unterbreitet wird. Ab Einleitung eines Schiedsverfahrens ergreift jede Streitpartei alle gebotenen Maßnahmen, um sich von dem laufenden Gerichtsverfahren zurückzuziehen.

(5) Im Falle der Beantragung eines internationalen Schiedsverfahrens kann die Meinungsverschiedenheit nach Wahl des Investors vor eines der nächstehend genannten Schiedsorgane getragen werden:

- vor das Internationale Zentrum für die Beilegung von Investitionsstreitigkeiten (ICSID), welches durch die Konvention über die Beilegung von Investitionsstreitigkeiten zwischen Staaten und Staatsangehörigen anderer Staaten, die am 18. März 1965 in Washington zur Unterzeichnung aufgelegt wurde, geschaffen wurde, wenn jeder der Vertragsparteien dieser beigetreten sein wird. Solange diese Bedingung nicht erfüllt ist, stimmt jede Vertragspartei zu, daß die Meinungsverschiedenheit dem Schiedsverfahren nach der ergänzenden ICSID-Schiedsordnung unterbreitet wird;

- vor ein ad-hoc-Schiedsgericht, das nach der UNCITRAL-Schiedsordnung eingerichtet wird.

(6) Das Schiedsorgan entscheidet auf der Grundlage der Rechtsordnung jener Vertragspartei, die Streitpartei ist, einschließlich der Regeln des internationalen Privatrechts, der Bestimmungen dieses Abkommens, der Bestimmungen allfälliger besonderer über die Investition geschlossener Abkommen, sowie der einschlägigen Grundsätze des Völkerrechts.

(7) Der Schiedsspruch ist endgültig und bindend; er wird nach innerstaatlichem Recht vollstreckt; jede Vertragspartei stellt die Anerkennung und Durchsetzung des Schiedsspruches in Übereinstimmung mit ihren einschlägigen Rechtsvorschriften sicher.

(8) Die Vertragspartei, die Streitpartei ist, macht in keinem Stadium des Vergleichs- oder Schiedsverfahrens oder der Durchsetzung eines Schiedsspruches als Einwand geltend, daß der Investor, der die andere Streitpartei bildet, auf

decisiones correspondientes adoptadas con anterioridad en el ámbito nacional;

c) cuando las dos partes en la controversia lo hayan así convenido.

(4) Con este fin, cada Parte Contratante otorga, en las condiciones del presente Convenio, su consentimiento anticipado e irrevocable para que cada controversia sea sometida a este arbitraje. A partir del comienzo de un procedimiento de arbitraje, cada parte en la controversia tomará todas las medidas requeridas para su desistimiento de la instancia judicial en curso.

(5) En caso de recurso al arbitraje internacional, la controversia podrá ser llevada ante uno de los órganos de arbitraje designados a continuación, a elección del inversor:

- al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (C.I.A.D.I.), creado por el “Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a las inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados”, abierto a la firma en Washington, el 18 de marzo de 1965, cuando cada Estado parte en el presente Convenio haya adherido a aquél. Mientras esta condición no se cumpla, cada Parte Contratante da su consentimiento para que la controversia sea sometida al arbitraje conforme con el reglamento del mecanismo complementario del C.I.A.D.I.;

- a un tribunal de arbitraje “ad hoc”, establecido de acuerdo con las reglas de arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (C.N.U.D.M.I.).

(6) El órgano arbitral decidirá en base al derecho de la Parte Contratante que sea parte en la controversia – incluidas las normas de derecho internacional privado –, en base a las disposiciones del presente Convenio y a los términos de eventuales acuerdos específicos concluidos con relación a la inversión, como así también según los principios del derecho internacional en la materia.

(7) La sentencia será definitiva y obligatoria y será ejecutada de conformidad con la legislación nacional; cada Parte Contratante garantiza el reconocimiento y ejecución de la sentencia arbitral de conformidad con sus respectivas disposiciones legales.

(8) En ninguna etapa del procedimiento de conciliación o de arbitraje o de la ejecución de una sentencia arbitral, la Parte Contratante, que sea parte en una controversia, planteará excepciones, por el hecho de que el inversor que sea parte contraria en la controversia haya percibido, en virtud de una garantía, una indemnización que

Grund einer Garantie bezüglich aller oder Teile seiner Verluste eine Entschädigung erhalten habe. cubra total o parcialmente sus pérdidas.

5. Las Partes no lograron consensuar una traducción al idioma inglés del original en alemán y español del Artículo 8 del TBI, como tampoco pudieron acordar la traducción de otras disposiciones del TBI³, o de documentos clave para el presente caso. Sin embargo, al menos en lo que se refiere al Artículo 8 del TBI, según la opinión del Tribunal, las diferencias entre las respectivas traducciones de las Partes son menores y no hacen ninguna diferencia en la interpretación y aplicación de esa disposición en el caso que nos ocupa. Por lo tanto, el Tribunal no considera necesario decidirse por una versión de la traducción al idioma inglés. En cambio, utilizará la traducción al idioma inglés en la medida de lo acordado por las Partes y observará cualquier diferencia, cuando correspondiere, imputando la traducción a la Parte respectiva entre paréntesis. La traducción del Artículo 8 del TBI al idioma inglés con las respectivas diferencias de las Partes es la siguiente:

ARTICLE 8

Settlement of Investment Disputes

(1) Any dispute with regard to investments between an investor of one of the Contracting Parties and the other Contracting Party concerning any subject matter governed by this Agreement shall, as far as possible, be settled through amicable consultations between the parties to the dispute.

(2) If the dispute cannot be settled through consultations within a term of six months, the dispute may be submitted to the competent administrative or judicial jurisdiction of the Contracting Party in whose territory the investment was made.

(3) The dispute may be submitted to an arbitral tribunal in any of the following cases:

a) where, after a period of eighteen months has elapsed from the date of notification of the initiation of the proceeding before the afore-mentioned jurisdiction [Demandada]/authorities [Demandantes], no decision was rendered on the merits;

b) where such decision has been rendered, but the parties are still in dispute [Demandada]/the dispute persists [Demandantes]. In such case, recourse to the

³ Versión revisada de las traducciones de los Anexos C-001 y A RA 01.

arbitral tribunal shall render ineffective any decision previously adopted at the national level;

c) where the parties to the dispute have so agreed.

(4) To such effect, under the terms of this Agreement, each Contracting Party irrevocably consents in advance to the submission of any dispute to arbitration. From the commencement of an arbitration proceeding, each party to the dispute shall take all the required measures to withdraw any [Demandada]/the [Demandantes] pending judicial proceedings.

(5) Whenever the dispute is referred to international arbitration, it may be submitted, at the investor's choice, either to:

- the International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID) established under the "Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States," opened for signature in Washington, on March 18, 1965, when both Contracting Parties have acceded to said Convention. Until such time as this requirement is met, each Contracting Party agrees to submit the dispute to arbitration in accordance with the ICSID Additional Facility Rules;

- to an "ad hoc" arbitral tribunal established under the Arbitration Rules of the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL).

(6) The arbitral tribunal shall decide the dispute in accordance with the laws of the Contracting Party involved in the dispute, including its rules on conflict of laws [Demandada]/private international law rules [Demandantes], the provisions of this Agreement, and the terms of any specific agreements concluded in relation to such an investment, if any, as well as the applicable principles of international law.

(7) The award shall be final and binding and shall be enforced in accordance with the national legislation; each Contracting Party undertakes to recognize and enforce the award in accordance with its respective legal provisions.

(8) A Contracting Party which is a party to a dispute shall not, at any stage of a conciliation or arbitration proceeding or enforcement of an award, raise objections

grounded on the fact that the investor who is the other party to the dispute has received indemnity by virtue of a guarantee in respect of all or some of its losses.

6. La Demandada objeta la jurisdicción del presente tribunal. En su opinión, no se cumplen los requisitos jurisdiccionales en virtud del Artículo 25(1) del Convenio CIADI y en virtud del TBI Argentina-Austria. En la opinión de la Demandada, las Demandantes no han demostrado una violación *prima facie* del TBI Argentina-Austria, no han cumplido con las condiciones del consentimiento de la Demandada en virtud del Artículo 8 del TBI, y no han demostrado que el Tribunal goce de jurisdicción *ratione materiae* en virtud tanto del TBI como del Convenio CIADI.

II. ANTECEDENTES PROCESALES

7. El 4 de diciembre de 2014, el CIADI recibió una solicitud de arbitraje de Casinos Austria International GmbH y Casinos Austria Aktiengesellschaft contra la República Argentina (la “**Solicitud**”).
8. El 18 de diciembre de 2014, la Secretaria General del CIADI registró la Solicitud de conformidad con el Artículo 36 del Convenio CIADI y notificó a las Partes del acto de registro. En la Notificación del Acto de Registro, la Secretaria General invitó a las Partes a que procedieran, en cuanto fuera posible, a constituir un tribunal de arbitraje conforme a la Regla 7(c) de las Reglas Procesales Aplicables a la Iniciación de los Procedimientos de Conciliación y Arbitraje del CIADI (las “**Reglas de Iniciación**”).
9. Mediante correspondencia de fechas 3 de diciembre de 2014, 29 de diciembre de 2014, 13 de enero de 2015, y 15 de enero de 2015, las Partes acordaron que el Tribunal estaría conformado por tres árbitros; uno nombrado por cada Parte y el tercero, el árbitro presidente, que será nombrado por acuerdo de las Partes.
10. Mediante carta de fecha 13 de enero de 2015, las Demandantes nombraron al Prof. Dr. Stephan Schill, nacional de Alemania, en calidad de árbitro en el presente caso. El Prof. Schill aceptó su nombramiento el 26 de enero de 2015.
11. Mediante carta de fecha 13 de febrero de 2015, la Demandada nombró al Dr. Santiago Torres Bernárdez, nacional de España, en calidad de árbitro en el presente caso. El Dr. Torres Bernárdez aceptó su nombramiento el 23 de febrero de 2015.

12. El 31 de marzo de 2015, las Demandantes le informaron a la Secretaria General que las Partes habían arribado a un acuerdo para nombrar al Prof. Dr. Hans van Houtte como Presidente del Tribunal. La Demandada confirmó el acuerdo en esa misma fecha. El Prof. van Houtte aceptó su nombramiento el 3 de abril de 2015.
13. El 6 de abril de 2015, la Secretaria General, de conformidad con la Regla 6 de las Reglas Procesales Aplicables a los Procedimientos de Arbitraje del CIADI (las “**Reglas de Arbitraje**”), notificó a las Partes que los tres árbitros habían aceptado sus nombramientos y que, por lo tanto, se consideraba que el Tribunal se había constituido en esa fecha. La Sra. Giuliana Canè, Consejera Jurídica del CIADI, fue designada para actuar como Secretaria del Tribunal. Luego de que la Sra. Canè se desvinculara del Centro el 15 de enero de 2016, de conformidad con la Regla 25 del Reglamento Administrativo y Financiero del CIADI, la Secretaria General nombró a la Sra. Alicia Martín Blanco, Consejera Jurídica del CIADI, como Secretaria del Tribunal.
14. De conformidad con las Reglas 13(1) y 20(1) de las Reglas de Arbitraje del CIADI, el Tribunal celebró una primera sesión y consulta procesal preliminar con las Partes el 5 de junio de 2015 mediante conferencia telefónica. Durante la sesión estuvieron presentes las siguientes personas:

Miembros del Tribunal:

Prof. Dr. Hans van Houtte	Presidente
Prof. Dr. Stephan W. Schill	Árbitro
Dr. Santiago Torres Bernárdez	Árbitro

Secretariado del CIADI:

Sra. Giuliana Canè	Secretaria del Tribunal, CIADI
--------------------	--------------------------------

Participaron en representación de las Demandantes:

Sra. Claudia Dotter	Casinos Austria AG
Sr. Andreas Schreiner	Casinos Austria International GmbH
Sr. Florian Haugeneder	Abogado
Sr. Emmanuel Kaufman	Abogado

Participaron en representación de la Demandada:

Sr. Horacio P. Diez	Subprocurador del Tesoro de la Nación
Sr. Carlos Mihanovich	Procuración del Tesoro de la Nación
Sr. Sebastián Green Martínez	Procuración del Tesoro de la Nación

15. Con posterioridad a la primera sesión, el 23 de junio de 2015, el Tribunal emitió la Resolución Procesal No. 1 que registrara los acuerdos de las Partes y las decisiones del Tribunal sobre cuestiones procesales. La Resolución Procesal No. 1 dispuso, *inter alia*, que las Reglas de Arbitraje aplicables serían aquellas en vigor desde el día 10 de abril de 2006, que los idiomas del procedimiento serían inglés y español, y que el lugar del procedimiento sería París, Francia. La Resolución Procesal No. 1 estableció asimismo el calendario del procedimiento incluido como Anexo A de esa resolución.
16. El 2 de octubre de 2015, las Demandantes presentaron su Memorial sobre el Fondo.
17. Mediante comunicación de fecha 29 de enero de 2016, la Demandada le solicitó al Tribunal que les ordenara a las Demandantes la exhibición de determinados documentos. El 4 de febrero de 2016, las Demandantes presentaron observaciones a la solicitud de exhibición de documentos de la Demandada, y el 5 de febrero de 2016, la Demandada presentó una respuesta a las observaciones de las Demandantes. Tras haber considerado las comunicaciones de las Partes, el 11 de febrero de 2016, el Tribunal emitió la Resolución Procesal No. 2 sobre exhibición de documentos.
18. El 15 de marzo de 2016, la Demandada presentó su Memorial de Excepciones a la Jurisdicción y de Contestación sobre el Fondo. Incluyó una solicitud de que se traten como cuestión preliminar las excepciones a la jurisdicción del Centro y/o a la competencia del Tribunal. El 8 de abril de 2016, las Demandantes presentaron observaciones oponiéndose a la solicitud de la Demandada de que se bifurque el procedimiento.
19. Tras haber considerado las observaciones de las Partes, el 25 de abril de 2016, el Tribunal emitió la Resolución Procesal No. 3 que determinara que las excepciones de la Demandada se dirimirían como una cuestión preliminar. El Tribunal observó que “las objeciones a la jurisdicción según fueran presentadas por la Demandada se encuentran en gran medida disociadas del fondo de la controversia y, en el supuesto de que prosperasen, resolverían el caso en su totalidad”. Además, el Tribunal observó que había arribado a su decisión sobre bifurcación luego de haber considerado “todos los argumentos de la Demandada en materia de jurisdicción aunque sin haber visto la respuesta de las Demandantes a estos argumentos”, y, por consiguiente, se reservaba la posibilidad de “sumar cualquier excepción a la jurisdicción del Centro y/o a la competencia del Tribunal a la fase del fondo

una vez que haya recibido los contraargumentos en materia de jurisdicción de las Demandantes”. [Traducción del Tribunal]

20. El 26 de julio de 2016, las Demandantes presentaron su Memorial de Contestación al Memorial de Excepciones a la Jurisdicción.
21. El 11 de octubre de 2016, la Demandada presentó su Memorial de Réplica de Excepciones a la Jurisdicción.
22. El 23 de diciembre de 2016, las Demandantes presentaron su Memorial de Dúplica de Excepciones a la Jurisdicción.
23. El 23 de febrero de 2017, el Presidente del Tribunal celebró una reunión preparatoria de la audiencia con las partes mediante conferencia telefónica. Durante la conferencia estuvieron presentes las siguientes personas:

En representación del Tribunal:

Prof. Dr. Hans van Houtte	Presidente del Tribunal
---------------------------	-------------------------

Secretariado del CIADI:

Sra. Alicia Martín Blanco	Secretaria del Tribunal
---------------------------	-------------------------

En representación de las Demandantes:

Sr. Florian Haugeneder	Abogado
Sr. Emmanuel Kaufman	Abogado
Sra. Selma Tiric	Abogada

En representación de la Demandada:

Dra. Silvina Sandra González Napolitano	Procuración del Tesoro de la Nación
Sra. Mariana Mabel Lozza	Procuración del Tesoro de la Nación
Sr. Tomás Braceras	Procuración del Tesoro de la Nación

24. Luego de la conferencia preparatoria de la audiencia, el 13 de marzo de 2017, el Tribunal dictó la Resolución Procesal No. 4 relativa a la organización de la audiencia.
25. Se celebró una audiencia sobre jurisdicción en París, Francia, entre los días 23 y 25 de marzo de 2017 (la “**Audiencia**”). Durante la Audiencia estuvieron presentes las siguientes personas:

Tribunal:

Prof. Dr. Hans van Houtte	Presidente
Prof. Dr. Stephan W. Schill	Árbitro
Dr. Santiago Torres Bernárdez	Árbitro

Secretariado del CIADI:
Sra. Alicia Martín Blanco

Secretaria del Tribunal

En representación de las Demandantes:

Sr. Florian Haugeneder	Abogado
Sr. Emmanuel Kaufman	Abogado
Sra. Selma Tiric	Abogada
Sr. Tobias Schaffner	Abogado
Sra. Jovana Lakic	Abogada
Sra. Claudia Dotter	Casinos Austria AG
Sr. Dietmar Hoscher	Casinos Austria AG
Sr. Alexander Tucek	Casinos Austria International GmbH
Sr. Andreas Schreiner	Testigo
Prof. Fernando García Pullés	Perito
Prof. Alberto B. Bianchi	Perito

En representación de la Demandada:

Dr. Carlos Francisco Balbín	Procuración del Tesoro de la Nación
Dra. Silvina Sandra González Napolitano	Procuración del Tesoro de la Nación
Sra. Mariana Mabel Lozza	Procuración del Tesoro de la Nación
Sr. Tomás Braceras	Procuración del Tesoro de la Nación
Sra. María Soledad Romero Caporale	Procuración del Tesoro de la Nación
Sra. Alejandra Mackluf	Procuración del Tesoro de la Nación
Sra. Valeria Etchechoury	Procuración del Tesoro de la Nación
Sra. Belén Ibáñez	Procuración del Tesoro de la Nación
Sr. Nicolás Duhalde	Procuración del Tesoro de la Nación
Sr. Javier Hernán Wajntraub	Testigo
Prof. Ismael Mata	Perito

26. Durante la Audiencia las siguientes personas fueron sometidas a interrogatorio:

Declaración testimonial y pericial presentada por las Demandantes:

Sr. Andreas Schreiner	Testigo
Sr. Alexander Tucek	Testigo
Prof. Fernando García Pullés	Perito
Prof. Alberto B. Bianchi	Perito

Declaración testimonial y pericial presentada por la Demandada:

Sr. Javier Hernán Wajntraub	Testigo
Prof. Ismael Mata	Perito

27. El 7 de abril de 2017, las Demandantes presentaron una solicitud de autorización para presentar documentos nuevos. La Demandada se opuso a la solicitud de las Demandantes el 21 de abril de 2017 y, en caso de que fuera concedida, solicitó y se reservó a su vez, su

derecho a solicitar autorización para presentar documentos de respuesta. Luego de haber considerado las comunicaciones de las Partes, el 5 de mayo de 2017, el Tribunal emitió una decisión aprobando la solicitud de las Demandantes de presentar nuevos documentos, aprobando la solicitud de la Demandada de presentar un documento adicional e invitando a la Demandada a identificar cualquier otro documento de respuesta, lo que la Demandada hizo el 23 de mayo de 2017. El 26 de mayo de 2017, las Demandantes confirmaron que no se oponían a la presentación de los documentos nuevos identificados por la Demandada, que ulteriormente admitiera el Tribunal el 16 de junio de 2017.

28. Los días 23 y 24 de mayo de 2017, las Partes presentaron sus correcciones acordadas a la Transcripción de la Audiencia.
29. El 23 de junio de 2017, las Partes presentaron Escritos Posteriores a la Audiencia simultáneos. En la misma fecha, las Demandantes indicaron que las Partes habían acordado presentar traducciones revisadas de determinados anexos documentales el 10 de julio de 2017. En esa fecha, las Demandantes presentaron traducciones revisadas de cortesía. El 12 de julio de 2017, la Demandada afirmó que, aunque las Partes habían acordado la fecha en la que habrían de presentarse las traducciones de determinados anexos documentales, no habían podido ponerse de acuerdo sobre el contenido de esas traducciones. Por lo tanto, en sus respectivos Escritos Posteriores a la Audiencia, las Partes se basaron en sus propias traducciones o correcciones a las traducciones de la otra Parte. El 14 de julio de 2017, las Demandantes confirmaron que no tenían comentarios adicionales a las traducciones de determinados anexos documentales elaboradas por la Demandada y observaron que las Demandantes se apoyaban en sus propias traducciones en relación con algunos otros anexos documentales para los que ambas Partes habían realizados sus propias traducciones.

III. PETITORIO

1. Demandada

30. La Demandada objeta la jurisdicción del presente Tribunal con fundamento en tres causales. Ellos incluyen, tal como se describirá en mayor detalle *infra*: primero, la ausencia de una violación *prima facie* del TBI Argentina-Austria; segundo, la falta de cumplimiento por parte de las Demandantes de las condiciones al consentimiento de la Demandada en

virtud del Artículo 8 del TBI; y tercero, la falta de jurisdicción *ratione materiae* del Tribunal. Por consiguiente, en lo que respecta a esta fase del procedimiento, la Demandada le solicita al Tribunal que⁴:

- i. declare que la presente controversia se encuentra fuera de la jurisdicción del Centro y la competencia del Tribunal y es inadmisibile;
- ii. rechace todas y cada una de las pretensiones de las Demandantes; y
- iii. ordene a las Demandantes pagar todos los gastos y las costas que surjan de este procedimiento arbitral.

2. Demandantes

31. Las Demandantes, a su vez, se oponen a estas excepciones, alegando, tal como se describe en mayor detalle *infra*, que, primero, han establecido una pretensión *prima facie* por violación del TBI Argentina-Austria; segundo, la Demandada ha prestado su consentimiento válido al presente procedimiento en virtud del Artículo 8 del TBI; y tercero, que el Tribunal tiene jurisdicción *ratione materiae* y debería proceder a analizar las pretensiones sobre el fondo. En lo que respecta a esta fase del procedimiento, las Demandantes realizan, por lo tanto, la siguiente solicitud⁵:

- i. que el CIADI tiene jurisdicción y el Tribunal Arbitral competencia sobre la controversia.
- ii. que las pretensiones de las Demandantes son admisibles y las objeciones de la República Argentina son rechazadas.
- iii. que se ordene a la República Argentina al pago a las Demandantes de todos los costos, gastos y honorarios (incluidos los gastos internos) relacionados con la etapa

⁴ Memorial Réplica de Excepciones a la Jurisdicción, párr. 215; Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandada, párr. 134.

⁵ Memorial de Dúplica de Excepciones a la Jurisdicción, párr. 230; Memorial Posterior a la Audiencia de las Demandantes, párr. 443.

jurisdiccional del arbitraje y los correspondientes intereses devengados.

IV. HECHOS DEL CASO

32. Los hechos del caso, en la medida que son relevantes para las cuestiones de admisibilidad y jurisdicción, en su mayor parte no son objeto de impugnaciones. Se sintetizan en esta sección al fin limitado de la presente Decisión. Esta síntesis no constituye una reseña exhaustiva de los hechos, ni debiera considerarse que prejuzga cuestiones de hecho o de derecho consideradas por el Tribunal sobre el fondo de la controversia.

1. La Privatización del sector de juegos de azar en la Provincia de Salta

33. Desde la década de 1970, las instalaciones de juegos de azar y las actividades lotéricas en la Provincia de Salta, ubicada en el noroeste de Argentina, eran operadas directamente por el Banco de Préstamos y Asistencia Social (“**BPAS**”), entidad autárquica 100% de titularidad de la Provincia de Salta, o se encontraba bajo el control de este⁶.

34. En el mes de diciembre de 1995, la Provincia de Salta promulgó los “Principios para la Reestructuración del BPAS” como parte de su Ley No. 6836. Esta Ley previó la reestructuración del BPAS, incluida la posible privatización de las operaciones de juegos de azar y lotería de BPAS⁷.

35. El 7 de septiembre de 1998, el Poder Ejecutivo de la Provincia de Salta dictó el Decreto No. 2126/98⁸. Este Decreto creó ENJASA, una sociedad de responsabilidad limitada en virtud de la legislación argentina. El único objeto de ENJASA era la gestión, comercialización y explotación de juegos de azar en la Provincia de Salta, que anteriormente se encontrara dentro de la competencia del BPAS. ENJASA tendría una duración de 30 años. El 90% de sus acciones de capital social (denominado acciones Clase

⁶ Memorial sobre el Fondo, párrs. 10-14; Memorial de Excepciones a la Jurisdicción y de Contestación sobre el Fondo, párrs. 134-135.

⁷ Véase Anexo C-045.

⁸ Memorial sobre el Fondo, párrs. 19-24; Memorial de Excepciones a la Jurisdicción y de Contestación sobre el Fondo, párrs. 137-139.

A) sería ofertado al público en general a través de una oferta pública; el 10% restante sería reservado para un Programa de Propiedad Participada para empleados del BPAS.

36. El 30 de diciembre de 1998, entró en vigor la Ley No. 7020 de la Provincia de Salta. Prevé el marco regulatorio para el sector de juegos de azar y lotería en la Provincia⁹. La Ley crea el ente regulador que supervisa el sector de juegos de azar y lotería en la Provincia de Salta, denominado “Ente Regulador del Juego de Azar” (“**ENREJA**”) (véase Artículo 31). El ente es el encargado, *inter alia*, de la regulación de la conducta de los operadores de juegos de azar, incluido mediante el dictado de normas operativas y la supervisión del cumplimiento de las leyes y regulaciones en vigor (véanse Artículos 3, 32 y 33). Las obligaciones abarcan, entre otras, la prohibición de contratar operadoras sin la autorización del ENREJA, la obligación de garantizar que la operación y mantenimiento de las instalaciones de juegos de azar cumplen con la legislación, y el requisito de designar un individuo responsable del antiblanqueo de dinero (véase Artículo 5). El ENREJA ostenta también facultades disciplinarias y sancionatorias, que incluyen la emisión de apercibimientos, imposición de multas, inhabilitación, y suspensión y revocación de licencias operativas (Artículo 13). Sin embargo, las licencias para la operación de juegos de azar no fueron otorgadas por el propio ENREJA, sino que permanecieron bajo la responsabilidad del Poder Ejecutivo de la Provincia de Salta (Artículo 4).
37. El 1 de septiembre de 1999, el Poder Ejecutivo de la Provincia de Salta dictó el Decreto No. 3616/99¹⁰. Este Decreto le confirió a ENJASA una licencia exclusiva para la operación de juegos de azar durante un plazo de 30 años. Los términos de la licencia disponían que cualquier incumplimiento de las condiciones de la licencia, de la Ley No. 7020, y de cualquier regulación dictada por el ENREJA sería sancionado con las multas y condenas previstas en la Ley No. 7020 (véase Artículo 5.1 de la Licencia). Además, la licencia especificaba las causas de extinción y confiscación (véase Artículo 6 de la Licencia). Estas incluían la caducidad del plazo de la licencia, el incumplimiento del pago del canon, incumplimiento de las obligaciones impuestas en virtud del Artículo 5 la Ley No. 7020, la

⁹ Memorial sobre el Fondo, párrs. 25-27; Memorial de Excepciones a la Jurisdicción y de Contestación sobre el Fondo, párrs. 140-147.

¹⁰ Memorial sobre el Fondo, párrs. 28-30; Memorial de Excepciones a la Jurisdicción y de Contestación sobre el Fondo, párrs. 148-157.

explotación de cualquier juego de azar sin previa autorización del ENREJA, la cesión o transferencia, en todo o en parte, de las operaciones cubiertas por la licencia sin previa autorización del Poder Ejecutivo, y la quiebra de la licenciataria.

38. De igual manera, el 1 de septiembre de 1999, mediante Resolución No. 411/99, el Ministerio de la Producción y el Empleo de la Provincia de Salta aprobó las Bases y Condiciones para el Llamado a Licitación Pública Nacional e Internacional al efecto de poner en venta la totalidad de las acciones Clase A de ENJASA¹¹. Era necesario que quienes participaran de la licitación contaran con al menos diez años de experiencia en la operación de casinos y juegos de azar. Además, debían presentar un plan de inversión de desarrollo turístico que incluyera la cantidad de empleados que se contratarían y el monto de la inversión que se realizaría, y debían estipular un canon anual que se le pagaría a la Provincia durante el plazo de la licencia.
39. El Artículo 8.3 de los Términos y Condiciones comprendía la siguiente cláusula¹²:

8.3. JURISDICCIÓN

8.3.1. Todos los interesados se someten a la jurisdicción de los Tribunales ordinarios competentes de la Ciudad de Salta con renuncia a cualquier otra Jurisdicción.

¹¹ Memorial sobre el Fondo, párrs. 31-34; Memorial de Excepciones a la Jurisdicción y de Contestación sobre el Fondo, párrs. 158-162.

¹² Anexo C-030; Anexo A RA 02. Las Partes no pudieron llegar a un acuerdo respecto de la traducción al idioma inglés de esta cláusula. Sus traducciones respectivas son las siguientes:

Traducción de las Demandantes

8.3. JURISDICTION

8.3.1. All interested parties shall submit themselves to the jurisdiction of the competent ordinary Tribunals of the City of Salta, waiving any other Jurisdiction.

8.3.2. The acquisition of these Bidding Terms and Conditions entails the acceptance of this Jurisdiction in all the documentation related to this Bidding Process and the Transfer Agreement.

Traducción de la Demandada

8.3. JURISDICTION

8.3.1. All interested parties shall submit to the jurisdiction of the competent ordinary courts of the City of Salta, waiving any other Jurisdiction.

8.3.2. The acquisition of these Bidding Terms and Conditions implies the acceptance of this Jurisdiction with respect to any and all the documentation related to this Bidding Process and the Stock Purchase Agreement.

8.3.2. La adquisición del presente importa la aceptación de esta Jurisdicción en toda la documentación relacionada con esta Licitación y el Contrato de Transferencia.

40. La única participante en la licitación pública fue la Unión Transitoria de Empresas (“UTE”), empresa conjunta en virtud de la legislación argentina conformada por Casinos Austria International Holding GmbH (“CAIH”) con una participación del 5%, Boldt Sociedad Anónima (“**Boldt S.A.**”) con una participación del 5%, e Iberlux International Sociedad Anónima (“**Iberlux Int. S.A.**”) con una participación del 90%. La oferta de la UTE incluyó una oferta sobre el canon que se pagaría durante el período de 30 años (que estaba constituida inicialmente por pagos anuales de USD 2.200.000 durante los primeros tres años y de USD 3.500.000 durante los 27 años siguientes) y un plan de inversión de USD 20.770.000 en desarrollo turístico en la Provincia de Salta¹³. Este incluyó el compromiso de construcción de un hotel de cinco estrellas, así como escuelas de hotelería y gastronomía en la Ciudad de Salta y de creación de un fondo de promoción turística y cultural en la Provincia. Luego de un requerimiento del Ministerio de la Producción y el Empleo, la oferta fuerevisada, lo que resultó en una oferta con pagos anuales más elevados por la licencia de USD 2.500.000 al año durante los primeros tres años, y USD 4.100.000 al año durante los siguientes 27 años.
41. El 31 de enero de 2000, la licitación fue adjudicada a la UTE mediante Resolución 20/00 sobre la base de las condiciones de la oferta revisada¹⁴.

2. La participación de las Demandantes en ENJASA

42. El 15 de febrero de 2000, mediante Decreto No. 419/00 del Poder Ejecutivo de la Provincia de Salta¹⁵ aprobó el Contrato de Transferencia que transfiriera las acciones en ENJASA a la UTE. El Contrato de Transferencia extendió asimismo las sanciones de la Ley No. 7020 a los incumplimientos por parte de la compradora del Contrato de Transferencia, de la

¹³ Memorial sobre el Fondo, párrs. 35-39. Memorial de Excepciones a la Jurisdicción y de Contestación sobre el Fondo párrs. 163-167.

¹⁴ Memorial sobre el Fondo, párr. 40; Memorial de Excepciones a la Jurisdicción y de Contestación sobre el Fondo, párr. 168.

¹⁵ Memorial sobre el Fondo, párr. 40; Memorial de Excepciones a la Jurisdicción y de Contestación sobre el Fondo, párrs. 169-175.

oferta, o de cualquier otra documentación que formara parte de la licitación (véase Artículo 7.1.2 del Contrato de Transferencia). Además, el Artículo 13 del Contrato de Transferencia dispuso lo siguiente¹⁶:

ARTÍCULO DÉCIMO TERCERO: LEY APLICABLE Y JURISDICCIÓN

13.1. Este contrato será interpretado de conformidad con la Ley Argentina y regulado por ella. A todos los efectos derivados del mismo las partes aceptan la jurisdicción exclusiva de los Tribunales Ordinarios de la Provincia de Salta, con renuncia a todo otro fuero o jurisdicción.

43. Posteriormente, la UTE solicitó que se transfirieran las acciones a Leisure & Entertainment S.A. (“**L&E**”), sociedad por acciones en virtud de la legislación argentina, creada por los miembros de la UTE de conformidad con su respectiva participación en la UTE (esto es, CAIH con 5%, Boldt S.A. con 5%, e Iberlux Int. S.A. con 90%). El ENREJA autorizó esta transferencia, y en consecuencia se registró la titularidad de las acciones Clase A de ENJASA en el nombre de L&E en el registro de la sociedad¹⁷.
44. El 10% restante de las acciones en ENJASA continuaron en posesión de la Provincia de Salta al efecto de implementar el programa de propiedad participada previsto para ex empleados del BPAS. Sin embargo, el 19 de octubre de 2009, la mayoría de los beneficiarios del programa de propiedad participada autorizaron al Gobierno de Salta a vender estas acciones. El 4 de noviembre de 2009, L&E y la Provincia de Salta celebraron un acuerdo para la compra de estas acciones. En virtud de este contrato y sus enmiendas sucesivas, L&E compró casi la totalidad de las acciones restantes en ENJASA, con la excepción de una participación minoritaria de 0,06% que mantuvo la Provincia de Salta en virtud del programa de propiedad participada porque algunos de los ex empleados del BPAS no habían estado de acuerdo con la venta de sus acciones a L&E¹⁸.

¹⁶ Anexo A RA 11. Las Partes acordaron la siguiente traducción de esta cláusula. “*ARTICLE XIII: GOVERNING LAW AND JURISDICTION 13.1 This Agreement shall be construed and governed by the laws of Argentina. To any effect derived therefrom, the parties submit themselves to the exclusive jurisdiction of the Ordinary Courts of the province of Salta, waiving any other forum or jurisdiction.*”

¹⁷ Memorial sobre el Fondo, párr. 50; Memorial de Excepciones a la Jurisdicción y de Contestación sobre el Fondo, párr. 176.

¹⁸ Anexo C-080. Memorial sobre el Fondo, párrs. 57-62; Memorial de Excepciones a la Jurisdicción y de

45. A fines del año 2009, L&E transfirió una participación minoritaria en ENJASA al “Complejo Monumento Güemes Sociedad Anónima” (“**CMG**”), sociedad por acciones con sede en Argentina de titularidad de L&E (94,79%) y ENJASA (5,21 %). En la actualidad, CMG detenta la titularidad del 0,51 de participación accionaria en ENJASA¹⁹.
46. Como consecuencia de las transacciones descritas *supra*, en la actualidad L&E es titular del 99,94% de las acciones en ENJASA. El 0,06% restante de las acciones en ENJASA se encuentra aún sujeto al programa de propiedad participada.
47. La estructura de titularidad de L&E también cambió con el transcurso de los años²⁰. Aunque las Demandantes, o más bien sus predecesores dentro del Grupo Casinos fueran titulares del 5% de las acciones en L&E desde el mes de febrero de 2000 al mes de febrero de 2007, su participación aumentó a 60% en el mes de febrero de 2007 como consecuencia de la compra del 55% de las acciones de L&E a Iberlux Int. S.A.
48. El 15 de noviembre de 2013, CAI compró el 40% restante de las acciones en L&E a Iberlux Int. S.A.; posteriormente, CAI transfirió 2% de las acciones en L&E a CAIH, cuyo único accionista es CASAG. Por consiguiente, en la actualidad, CAI detenta la titularidad directa del 98% de L&E. A su vez, CASAG es titular de manera indirecta de 2% de L&E a través de su participación en CAIH y el 98% restante a través de su participación en CAI. En consecuencia, CASAG controla de manera indirecta el 100% de L&E. A través de L&E, CAI y CASAG, a su vez, detentan la titularidad indirecta de 99,94% de las acciones de ENJASA.
49. Por lo tanto, la estructura de titularidad actual de ENJASA se ve de la siguiente manera²¹:

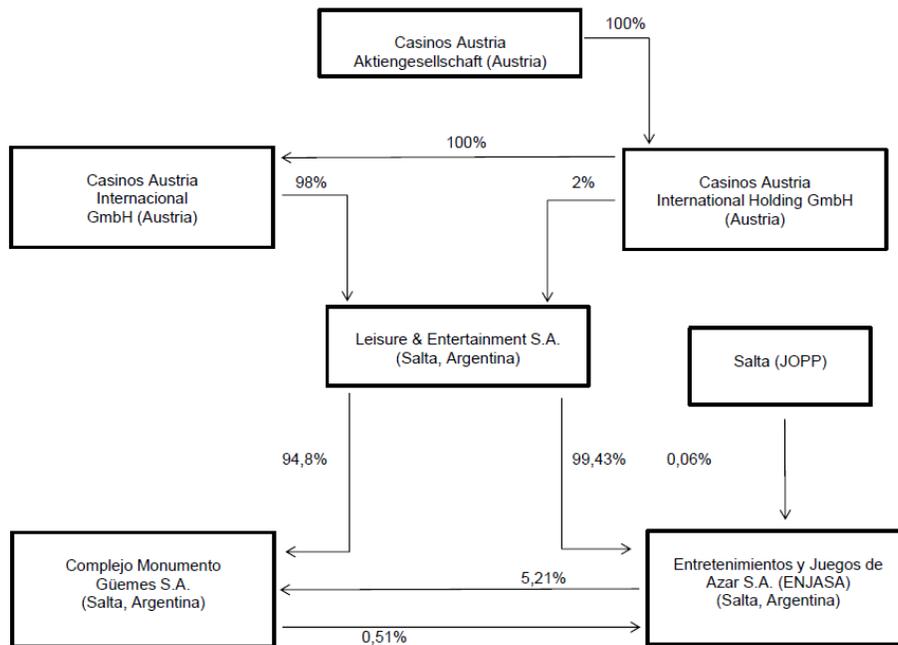
Contestación sobre el Fondo, párr. 177.

¹⁹ Memorial sobre el Fondo, párr. 60 nota al pie 85.

²⁰ Memorial sobre el Fondo, párrs. 50-56.

²¹ Véase Anexo C-017.

ENJASA's ownership structure (2014)



50. A través de esta estructura, se realizaron inversiones significativas en el sector de juegos de azar, lotería y turismo en la Provincia de Salta. Las Demandantes las sintetizan de la siguiente manera:

El negocio de juegos de azar y lotería en la provincia de Salta se incrementó significativamente como consecuencia de la privatización y la afluencia de capital proporcionado por las Demandantes. Ello es posible de demostrar comparando la situación antes de la privatización y al momento de la revocación. En febrero de 2000, antes de que tuviera lugar la privatización, existían dos casinos habilitados para operar en Salta y 27 salas tragamonedas con 316 máquinas. Ninguno de ellos era operado por ENJASA. Asimismo, según consta en el artículo 1.1.1. del Pliego de Bases y Condiciones, en 1999, ENJASA contaba con 239 empleados. Al momento de la revocación de la licencia en agosto de 2013, ENJASA operaba cuatro casinos, 15 salas tragamonedas y 14 juegos lotéricos, y en total 1376 máquinas tragamonedas y 46 mesas de juego. ENJASA era también uno de los empleadores más importantes en la Provincia, que fundamentalmente carece de inversión local como extranjera. Cuando

la licencia fue revocada, ENJASA tenía 750 empleados, de los cuales 600 fueron transferidos por decreto gubernamental a otros operadores²².

51. Además, en el mes de agosto de 2005, ENJASA abrió el Sheraton Hotel Salta, el primer hotel de cinco estrellas en la región. Las Demandantes afirman que ENJASA invirtió más de USD 20.000.000 en la construcción del hotel. Aunque el hotel supuestamente nunca generó beneficio alguno, formó parte del programa de inversiones que se prometió emprender como parte del proceso de privatización. Además, ENJASA patrocinó dos escuelas, una de comercialización hotelera y una de gastronomía, y creó la “Fundación ENJASA” para la promoción e investigación de actividades culturales, turísticas, hoteleras y gourmet en la Provincia de Salta, también en cumplimiento de las promesas realizadas en el curso de la privatización de ENJASA²³. La Demandada coincide en que se habían cumplido todas las obligaciones de inversión en turismo asumidas en virtud del Contrato de Transferencia²⁴.
52. ENJASA cumplió también con sus obligaciones de pago del canon acordado con la Provincia de Salta²⁵. Este canon, que originalmente se acordó como un canon fijo en USD para la totalidad del plazo de la licencia, se renegotió en el año 2008 a petición de la Provincia de Salta mediante una entidad creada específicamente para la revisión y renegociación de contratos y licencias públicas, denominada Unidad de Revisión y Renegociación de Contratos y Licencias otorgadas por la Administración (“UNIREN”). El acuerdo resultante entre ENJASA y UNIREN de fecha 7 de mayo de 2008 fue ratificado por el Gobierno de Salta mediante el Decreto No. 3428/08²⁶. En consecuencia, el canon fue modificado de canon fijo a canon dinámico, el cual fue calculado como porcentaje de los ingresos anuales de ENJASA.

²² Memorial Posterior a la Audiencia de las Demandantes, párr. 13. Para para mayor detalle en lo que se refiere a las operaciones de jugos de azar y lotería de ENJASA; véase Memorial sobre el Fondo, párrs. 80-120.

²³ Memorial sobre el Fondo, párrs. 121-133.

²⁴ Véase Memorial de Excepciones a la Jurisdicción y de Contestación sobre el Fondo, párr. 182.

²⁵ Memorial sobre el Fondo, párrs. 134-137.

²⁶ Memorial sobre el Fondo, párrs. 157-186; Memorial de Excepciones a la Jurisdicción y de Contestación sobre el Fondo, párrs. 178-184.

3. La revocación de la licencia exclusiva de ENJASA

53. El 11 de diciembre de 2012, el ENREJA inició tres investigaciones separadas de presuntas violaciones por parte de ENJASA de sus obligaciones en virtud del marco regulatorio que regía las operaciones de juegos de azar²⁷. Una investigación relacionada con el cumplimiento por parte de ENJASA de sus obligaciones relativas al antiblanqueo de dinero en la administración de un juego lotérico (Resolución No. 380/12 del ENREJA), una relacionada con el cumplimiento de normas de antiblanqueo de dinero en la operación de uno de los casinos de ENJASA (Resolución No. 381/12 del ENREJA), y una relacionada con el cumplimiento de la obligación de ENJASA de no contratar operadores sin la autorización del ENREJA (Resolución No. 384/12 del ENREJA).
54. ENJASA respondió a las investigaciones iniciadas mediante las Resoluciones No. 380/12 y No. 381/12 el 2 de enero de 2013²⁸. Su respuesta a la investigación en virtud de la Resolución No. 384/12 tuvo lugar el 28 de junio de 2013²⁹.
55. El 13 de agosto de 2013, en la Resolución No. 240/13, el ENREJA tomó una determinación conjunta sobre las tres investigaciones³⁰. En todas las instancias, el ENREJA concluyó que ENJASA había violado sus obligaciones en virtud del marco regulatorio vigente. ENJASA había violado las disposiciones antiblanqueo de dinero y había incumplido la obligación de no contratar operadores sin la autorización del ENREJA. A la luz de instancias anteriores de incumplimiento del marco regulatorio, el ENREJA concluyó que la sanción adecuada era la revocación de la licencia de ENJASA.
56. De igual manera, el 13 de agosto de 2013, mediante Decreto No. 2348/13, el Gobernador de Salta le ordenó al ENREJA que elaborara un plan de transición para la transferencia de las operaciones de ENJASA, con inclusión de sus empleados, a operadores nuevos³¹.

²⁷ Memorial sobre el Fondo, párrs. 228-236; Memorial de Excepciones a la Jurisdicción y de Contestación sobre el Fondo, párrs. 382-448.

²⁸ Memorial sobre el Fondo, párrs. 242-287;

²⁹ Memorial sobre el Fondo, párrs. 288-317;

³⁰ Véase Anexo C-031; véase Memorial sobre el Fondo, párr. 31.

³¹ Véase anexo C-222; véase Memorial sobre el Fondo, párrs. 318-319; Memorial de Excepciones a la Jurisdicción y de Contestación sobre el Fondo, párrs. 478-480.

4. Acontecimientos posteriores a la revocación de la licencia de ENJASA

57. El 27 de agosto de 2013, se celebró una reunión entre el Sr. Tucek, *CEO* de CAI, y representantes del Gobierno de la Provincia de Salta. Durante esta reunión, afirman las Demandantes:

[...] se le informó al Sr. Tucek que el gobierno de Salta consideraba que el involucramiento de CAI y CASAG en ENJASA no era suficiente y que la participación de Iberlux Int. S.A. en L&E no era considerado como un aspecto positivo.

El gobierno de Salta era de la opinión que el socio de CAI y CASAG en L&E era un testaferro del Sr. Romero, el ex Gobernador de Salta, y rival político del Sr. Juan Manuel Urtubey.

En base a dicha información, el Sr. Tucek recomendó al directorio de CAI aumentar la participación de CAI en L&E y, en consecuencia, su participación accionaria indirecta en ENJASA³².

58. Luego de esta reunión, la compra por parte de las Demandantes del 40% restante de las acciones en L&E a Iberlux Int. S.A. se concretó el 15 de noviembre de 2013³³.
59. El 28 de agosto de 2013, ENJASA presentó un Recurso de Reconsideración contra la Resolución No. 240/13³⁴. En este Recurso, ENJASA argumentó que la Resolución No. 240/13 era ilícita y debería revocarse. ENJASA, *inter alia*, afirmó que muchas de las instancias investigadas, que se determinó que eran violatorias del marco regulatorio, habían prescripto en virtud de la prescripción; que ENJASA no había contratado “operadores” en el sentido de la Ley No. 7020, sino que simplemente contrató determinados servicios a terceros, o había empleado a personas que estaban autorizadas a operar juegos de azar en virtud de autorizaciones preexistentes emitidas por el BPAS; y que ENJASA no había incumplido normas de antiblanqueo de dinero. ENJASA afirmó además que la Resolución No. 240/13 fue promulgada en violación de su derecho a ser escuchada, que la motivación

³² Memorial sobre el Fondo, párrs. 334-336.

³³ Véase párr. 48 *supra*.

³⁴ Anexo C-213. Véase Memorial sobre el Fondo, párrs. 329-330; Memorial de Excepciones a la Jurisdicción y de Contestación sobre el Fondo, párrs. 466-470.

de la Resolución era insuficiente, que se basaba en la aplicación retroactiva de determinadas normas regulatorias, y que constituía una reacción desproporcionada a incumplimientos menores o simples errores humanos. El recurso de ENJASA mencionaba también la reserva de cualquier derecho surgido en virtud del TBI Argentina-Austria.

60. El 5 de septiembre de 2013, ENJASA solicitó una medida cautelar transitoria ante el Juzgado de Primera Instancia de Salta, solicitando la suspensión de la implementación de la Resolución No. 240/13 durante la tramitación de su Recurso de Reconsideración³⁵. Se dio lugar a esta solicitud el 4 de octubre de 2013³⁶.
61. El 19 de noviembre de 2013, ENREJA dictó la Resolución No. 315/13, que desestimara el Recurso de Reconsideración de ENJASA³⁷. En ella, el ENREJA abordó los argumentos planteados por ENJASA en su Recurso de Reconsideración y los rechazó sobre la base de que eran infundados.
62. El 20 de noviembre de 2013, se celebró una reunión entre el Sr. Tucek y el Sr. Schreiner de Casinos y representantes del ENREJA y de la Provincia de Salta. Durante esta reunión se trataron las modalidades de transición de las operaciones de ENJASA a los nuevos operadores. Las Demandantes sostienen que el Sr. De Angelis, el Ministro de Ambiente y Producción Sustentable de Salta, les ofreció a las Demandantes continuar operando uno de los casinos, el “Casino Salta”, una oferta que las Demandantes dicen haber rechazado debido a que no era factible en términos económicos³⁸. Ulteriormente, la Provincia de Salta presuntamente extendió una oferta de continuar operando un casino adicional, oferta que las Demandantes también aducen haber rechazado.
63. El 20 de noviembre de 2013, Mediante Decreto No. 3330/13, el Gobierno de la Provincia de Salta aprobó el Plan Transitorio de explotación de juegos de azar elaborado por el

³⁵ Anexo C-214; Anexo A RA 77. Véase Memorial sobre el Fondo, párr. 331; Memorial de Excepciones a la Jurisdicción y de Contestación sobre el Fondo, párrs. 481.

³⁶ Anexo C-215, Anexo A RA 78. Véase Memorial sobre el Fondo, párr. 332; Memorial de Excepciones a la Jurisdicción y de Contestación sobre el Fondo, párrs. 481.

³⁷ Anexo C-032. Véase Memorial sobre el Fondo, párrs. 342-346; Memorial de Excepciones a la Jurisdicción y de Contestación sobre el Fondo, párr. 471.

³⁸ Memorial sobre el Fondo, párrs. 356-357.

ENREJA³⁹. El Plan estableció las condiciones para la emisión de licencias para nuevos operadores. Contení una lista de 11 particulares y entidades que recibirían estas licencias, muchos de los cuales habían sido contratados anteriormente por ENJASA al efecto de operar sus actividades de juegos de azar y que el ENREJA consideró que ENJASA había contratado sin su autorización.

64. El 26 de noviembre de 2013, ENJASA solicitó la prórroga de la medida cautelar transitoria otorgada por el Juzgado de Primera Instancia de Salta, hasta tanto se resolviera una Acción de Nulidad de las Resoluciones No. 240/13 y No. 315/13 que ENJASA incoara en el mismo juzgado⁴⁰. La solicitud de la medida cautelar transitoria fue rechazada el 23 de diciembre de 2013⁴¹.
65. Los días 28 y 29 de noviembre de 2013, mediante Resoluciones No. 332-339/13, el ENREJA implementó el Plan Transitorio con relación a muchos de los nuevos operadores y aprobó la transferencia de empleados de ENJASA a esos nuevos operadores⁴².
66. El 3 de diciembre de 2013, ENJASA interpuso un Recurso de Revocación del Decreto No. 3330/13. Este recurso fue rechazado sobre la base de que era inadmisibile mediante Decreto No. 1002/16 el 12 de julio de 2016⁴³.
67. El 12 de diciembre de 2013, ENJASA interpuso Recursos de Revocación de las Resoluciones del ENREJA No. 332-339/13. Estos recursos parecieran estar aún pendientes de resolución⁴⁴.
68. El 30 de diciembre de 2013, el ENREJA dictó la Resolución No. 364/13, con la que implementó el Plan Transitorio para el Casino Salta, y aprobó la transferencia de los empleados de ENJASA al nuevo operador⁴⁵.

³⁹ Anexo C-033. Véase Memorial sobre el Fondo, párrs. 347-350; Memorial de Excepciones a la Jurisdicción y de Contestación sobre el Fondo, párrs. 490-492.

⁴⁰ Véase Anexo A RA 153. No se halló ninguno.

⁴¹ Anexo C-288.

⁴² Anexos C-034 a C-041. Véase Memorial sobre el Fondo, párrs. 351-353; Memorial de Excepciones a la Jurisdicción y de Contestación sobre el Fondo, párr. 495.

⁴³ Véase Anexo C-289.

⁴⁴ Véase Memorial Posterior a la Audiencia de las Demandantes, párr. 326.

⁴⁵ Memorial sobre el Fondo, párr. 358; Memorial de Excepciones a la Jurisdicción y de Contestación sobre el Fondo,

69. El 5 de febrero de 2014, ENJASA presentó un Pedido de Nulidad de las Resoluciones No. 240/13 y No. 315/13 y de los Decretos No. 2348/13 y No. 330/13 ante el Juzgado de Primera Instancia de Salta⁴⁶. En este recurso, ENJASA no solo afirmó que la revocación de su licencia operativa era incompatible con el derecho interno; sino que invocó también la violación del TBI Argentina-Austria⁴⁷. En particular, ENJASA alegó que era aplicable el TBI Argentina-Austria porque las acciones de ENJASA eran de titularidad indirecta de CAI, que era de propiedad de un inversor cubierto en el sentido del Artículo 1(2)(b) del TBI, y, por lo tanto, estas acciones calificaban como inversión en el sentido del Artículo 1(1) del TBI. Además, ENJASA argumentó que la conducta del ENREJA y de la Provincia de Salta, en virtud del derecho internacional público era imputable a la República Argentina y redundaba en una expropiación sin que medie compensación en contrario al Artículo 4 del TBI y en una violación del tratamiento justo y equitativo, contraria al Artículo 2(1) del TBI. Esta acción se encuentra aún pendiente de resolución.
70. El 30 de abril de 2014, CAI le envió una carta a la Demandada, notificando a esta última de manera oficial de la controversia en virtud del TBI Argentina-Austria, invitándola a llevar adelante consultas amistosas, y aceptando su oferta de someter la controversia a arbitraje en virtud del Artículo 8 del TBI Argentina-Austria⁴⁸.
71. El 29 de mayo de 2014, la Provincia de Salta dictó el Decreto No. 1502/14, que otorgara licencias de diez años de duración a los nuevos operadores, tal como se determinara en el Decreto No. 3330/13⁴⁹.
72. El 24 de junio de 2014, ENJASA interpuso un Recurso de Revocación del Decreto No. 1502/14. Este recurso fue desestimado el 12 de julio de 2016⁵⁰.

párr. 497.

⁴⁶ Véase Anexo C-221. Véase Memorial sobre el Fondo, párr. 361; Memorial de Excepciones a la Jurisdicción y de Contestación sobre el Fondo, párr. 472.

⁴⁷ Véase Anexo C-221, págs. 130-131.

⁴⁸ Véase Anexo C-008.

⁴⁹ Véase Anexo C-176. Véase Memorial sobre el Fondo, párr. 362; Memorial de Excepciones a la Jurisdicción y de Contestación sobre el Fondo, párr. 504.

⁵⁰ Véase Anexo C-289.

73. El 7 de agosto de 2014, CASAG le solicitó a la Demandada que se incorporara a las consultas amistosas iniciadas por CAI y aceptó la oferta de arbitraje de la Demandada en virtud del Artículo 8 del TBI Argentina-Austria⁵¹.
74. Hasta el 21 de octubre de 2014, las Demandantes enviaron, además de sus cartas de fechas 30 de abril y 7 de agosto de 2014, cinco cartas adicionales a la Demandada y al Gobernador de la Provincia de Salta en relación con la presente controversia.
75. En paralelo a las cartas enviadas a la Demandada, el Sr. Wajntraub, abogado en representación de la Provincia de Salta, se puso en contacto con las Demandantes el 22 de octubre de 2014 al efecto de tratar la controversia relacionada con la revocación de la licencia de ENJASA. Luego de diversos intercambios de correos electrónicos, el 13 de marzo de 2015, se celebró en Viena una reunión entre el Sr. Wajntraub y el abogado de las Demandantes, sin que se arribara a conclusión alguna respecto de la controversia.

V. ARGUMENTOS DE LAS PARTES

1. Demandada

76. La Demandada sostiene que el Tribunal carece de jurisdicción por los siguientes motivos:
- no existe *prima facie* un reclamo por violación de TBI Argentina-Austria, que las Demandantes no han aceptado la oferta de la República Argentina a someter una controversia a arbitraje, y que ellas no son las titulares del bien que alegan como inversión sobre la que recayó la medida de revocación, eso es la Licencia de ENJASA⁵².

A. *No existe reclamo por una violación prima facie del TBI*

77. La Demandada alega que no existe jurisdicción *prima facie* porque ninguno de los reclamos es objetivamente capaz de constituir violaciones del TBI. En cambio, a criterio de la Demandada, la esencia de la controversia versa sobre la revocación de la licencia de ENJASA, lo que la convierte en un reclamo contractual, en lugar de en un reclamo en

⁵¹ Véase Anexo C-012.

⁵² Memorial de Réplica de Excepciones a la Jurisdicción, párr. 1.

virtud del tratado, para el cual ha de recurrirse al fuero contractual en lugar de a aquel previsto en virtud del TBI Argentina-Austria⁵³.

(i) El Tribunal carece de jurisdicción sobre reclamos que prima facie no se basan objetivamente en el TBI

78. La Demandada sostiene que los reclamos de las Demandantes se basan exclusivamente en la revocación de la Licencia para operar juegos de azar en la Provincia de Salta otorgada a ENJASA⁵⁴. Para la Demandada, estos reclamos, tal como se alegaran, no constituyen reclamos en virtud del TBI, sino que se trata, en esencia, de reclamos contractuales que solo están caracterizados por las Demandantes como reclamos en virtud del TBI⁵⁵. Argentina controvierte la afirmación de las Demandantes de que el análisis del Tribunal en esta etapa debiera circunscribirse a considerar si los hechos tal como fueron presentados son capaces de constituir una violación de los estándares del TBI. Por el contrario, al efecto de establecer una vinculación *prima facie* con el Tratado, la Demandada considera que la caracterización jurídica que las Demandantes hacen de sus reclamos no debiera aceptarse como tal sin análisis, sino que es necesario vincular de manera objetiva los reclamos a las violaciones concretas de los estándares sustantivos de tratamiento establecidos en el TBI⁵⁶.

(ii) Ninguno de los reclamos se basa prima facie en el TBI

79. Según la Demandada, los reclamos de expropiación directa e indirecta, así como los reclamos relacionados con el tratamiento justo y equitativo y el tratamiento nacional, se basan en su totalidad en una violación de la Licencia y en sus consecuencias, y, por lo tanto, constituyen reclamos contractuales (o reclamos relacionados con la aplicación del marco regulatorio que rige la Licencia). Esto queda confirmado por los términos de la propia Licencia que rige, conjuntamente con la legislación interna, las consecuencias de una violación de modo tal que:

⁵³ Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandada, párr. 1.

⁵⁴ Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandada, párrs. 2-23.

⁵⁵ Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandada, párrs. 24-26.

⁵⁶ Memorial de Excepciones a la Jurisdicción y de Contestación sobre el Fondo, párr. 38; Memorial de Réplica de Excepciones a la Jurisdicción, párrs. 17-20.

todo reclamo por actos del ENREJA, que fueron adoptados de conformidad con el marco jurídico de la Licencia, constituye un reclamo bajo el ordenamiento conformado por el Pliego de Bases y Condiciones (en tanto regula el ejercicio de la Licencia) y la propia Licencia (que establece obligaciones del licenciatario y potenciales sanciones a ser dictadas por el ENREJA)⁵⁷.

Estos reclamos, a criterio de la Demandada, no constituyen reclamos en virtud del tratado. La distinción entre reclamos contractuales y reclamos en virtud de un tratado ha sido reconocida desde hace mucho tiempo por los tribunales de arbitraje con la conclusión de que los reclamos contractuales por sí mismos no sustentan un reclamo por violación de un tratado internacional⁵⁸.

(iii) El arbitraje CIADI no constituye el foro adecuado para la presente controversia

80. Asimismo, la Demandada sostiene que ya que no existe una violación *prima facie* del TBI los tribunales de la Provincia de Salta son el foro competente para la presente controversia, tal como se prevé en la cláusula de selección del foro del Pliego de Bases y Condiciones y el Contrato de Transferencia. Debido a que el Pliego de Bases y Condiciones contiene reglas respecto del ejercicio de la Licencia, y el reclamo se refiere al ejercicio de la Licencia, el foro competente es la jurisdicción que cubre el ejercicio de la Licencia⁵⁹.
81. La Demandada aclara también que no argumenta que una cláusula de selección de foro en un contrato precluya necesariamente el ejercicio de jurisdicción por parte de un tribunal arbitral en relación con un reclamo en virtud del TBI. En cambio, lo que argumenta la Demandada es que, en tanto no existen reclamos por violaciones del TBI, es el foro contractual, esto es, los tribunales de la Provincia de Salta, el que es competente para entender en la presente controversia⁶⁰.

⁵⁷ Memorial de Réplica de Excepciones a la Jurisdicción, párrs. 29-34.

⁵⁸ Memorial de Excepciones a la Jurisdicción y de Contestación sobre el Fondo, párrs. 40-44; Memorial de Réplica de Excepciones a la Jurisdicción, párrs. 21-28.

⁵⁹ Memorial de Excepciones a la Jurisdicción y de Contestación sobre el Fondo, párrs. 45-50; Memorial de Réplica de Excepciones a la Jurisdicción, párrs. 35-37, Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandada, párrs. 27-34.

⁶⁰ Memorial de Réplica de Excepciones a la Jurisdicción, párrs. 38-40.

82. Según la Demandada, el hecho de que los tribunales provinciales tienen jurisdicción sobre la presente controversia queda confirmado además por la presentación de las Demandantes de un reclamo judicial ante estos mismos tribunales al efecto de cumplir con el Artículo 8 del TBI. Para la Demandada, las Demandantes no pueden “por un lado, [presentar] ante la justicia provincial un reclamo judicial en el que invocaron el TBI y que, por otro lado, [argumentar] que el foro provincial no es el adecuado para entender en su alegado reclamo bajo el TBI”. En el mismo sentido, la Demandada argumenta que, las Demandantes no pueden pretender apoyarse en el marco jurídico aplicable a la Licencia para ratificar la existencia de una inversión, y a la vez desestimar la cláusula de selección de foro incluida en las mismas disposiciones⁶¹.
83. Por último, la Demandada rechaza el argumento de las Demandantes de que la controversia excede el ámbito de aplicación *ratione personae* de la cláusula de selección de foro del Pliego de Bases y Condiciones y el Contrato de Transferencia. Según la Demandada, la cláusula es aplicable a las Demandantes, sostener lo contrario resulta contrario al derecho argentino⁶².

B. No existe consentimiento al arbitraje porque las Demandantes no aceptaron la oferta a arbitraje dada por Argentina en el TBI

84. La Demandada sostiene además que el consentimiento al arbitraje en virtud del TBI nunca fue perfeccionado ya que las Demandantes no cumplieron con las condiciones del consentimiento enumeradas en el Artículo 8 del TBI⁶³.

(i) El Artículo 8 del TBI contiene requisitos jurisdiccionales obligatorios y forma parte de la oferta a recurrir al arbitraje de la Demandada

85. Según la opinión de la Demandada, el consentimiento unilateral dado en el TBI constituye una oferta a recurrir al arbitraje supeditada a varias condiciones. Un inversor debe aceptar

⁶¹ Memorial de Excepciones a la Jurisdicción y de Contestación sobre el Fondo, párr. 49; Memorial de Réplica de Excepciones a la Jurisdicción, párrs. 41-44 (cita en el párr. 42).

⁶² Memorial de Réplica de Excepciones a la Jurisdicción, párrs. 45-48.

⁶³ Memorial de Excepciones a la Jurisdicción y de Contestación sobre el Fondo, párr. 51; Memorial de Réplica de Excepciones a la Jurisdicción, párr. 49; Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandada, párr. 36.

esta oferta en los términos en que fue realizada. Esto significa que un inversor debe cumplir con estas condiciones al efecto de perfeccionar el consentimiento. La aceptación supuestamente dada en virtud de términos diferentes o modificados no es capaz de perfeccionar el consentimiento⁶⁴.

86. Conforme la opinión de la Demandada, la naturaleza obligatoria de las condiciones es “independientemente de que el inversor crea que son útiles o convenientes”⁶⁵. Además de ser obligatorias, estas condiciones son cumulativas y deben cumplirse en un orden determinado: (en primer lugar) debe haber un intento de resolver la controversia a través de negociaciones con el Estado durante un período de seis meses; (en segundo lugar) si no se resuelve la controversia a través de negociaciones, debe someterse la controversia a los tribunales locales del Estado receptor; (en tercer lugar) si la controversia persiste luego de transcurridos 18 meses, sea porque no se ha dictado una decisión sobre el fondo o porque persiste la controversia entre las partes a pesar de que se haya dictado esta decisión, el inversor debe desistir de la acción local antes de someter un reclamo al arbitraje internacional⁶⁶.

(ii) Las Demandantes no aceptaron la oferta en los términos en que fuera realizada

87. La Demandada sostiene que las Demandantes no solo no cumplieron con las condiciones de manera individual, sino que tampoco siguieron la secuencia de las disposiciones al someter la controversia a los tribunales locales antes de participar en negociaciones amistosas con el Estado.

a) Las Demandantes no siguieron el orden de los requisitos jurisdiccionales

88. Según la Demandada, aunque las Demandantes afirman haber sometido la controversia a los tribunales locales meses después de haber comenzado las negociaciones amistosas, los hechos demuestran que las Demandantes interpusieron una demanda ante los tribunales de

⁶⁴ Memorial de Excepciones a la Jurisdicción y de Contestación sobre el Fondo, párrs. 55-63; Memorial de Réplica de Excepciones a la Jurisdicción, párrs. 50-54 y 57-59.

⁶⁵ Memorial de Réplica de Excepciones a la Jurisdicción, párrs. 55-56.

⁶⁶ Memorial de Réplica de Excepciones a la Jurisdicción, párrs. 60 y 62-67.

la Provincia de Salta el 5 de febrero de 2014 – casi tres meses antes de notificar la controversia y comenzar las negociaciones el 30 de abril de 2014⁶⁷. Sin embargo, en virtud del Artículo 8 del TBI, el recurso a los tribunales locales debe estar precedido por negociaciones de resolución de la controversia durante un período de seis meses.

b) Las Demandantes incumplieron el requisito de negociar amistosamente durante seis meses

89. La Demandada sostiene además que el período de seis meses no constituye solamente un período de reflexión (*cooling-off period*), sino un período durante el cual las partes deben procurar resolver la controversia de manera amistosa como condición previa al sometimiento de la controversia a los tribunales argentinos.

90. La Demandada controvierte la afirmación de las Demandantes de que deben intentarse las negociaciones solo en la medida de lo posible y sostiene que la aseveración de las Demandantes de que las negociaciones habrían sido infructuosas es especulativa y tendiente a justificar el incumplimiento del requisito de negociación por parte de las Demandantes⁶⁸.

91. En cambio, según la opinión de la Demandada, lo que surge de declaraciones testimoniales de testigos es que las autoridades argentinas estaban dispuestas a participar en consultas y que fueron las Demandantes quienes no tenían intención de resolver la controversia a través de negociaciones⁶⁹.

c) Las Demandantes incumplieron el requisito de sometimiento de la controversia a la jurisdicción administrativa o judicial competente durante dieciocho meses

92. La Demandada controvierte además las alegaciones de las Demandantes de que en virtud del Artículo 8 del TBI, el recurso a la jurisdicción nacional no es completamente incondicional; que no existe un requisito de someterse a la jurisdicción nacional cuando no haya autoridades administrativas o tribunales competentes; y que el término “controversia” ha de entenderse en sentido amplio, de modo tal que la acción interpuesta por las

⁶⁷ Memorial de Excepciones a la Jurisdicción y de Contestación sobre el Fondo, párrs. 72-77; Memorial de Réplica de Excepciones a la Jurisdicción, párrs. 68-73, Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandada, párr. 49.

⁶⁸ Memorial de Réplica de Excepciones a la Jurisdicción, párr. 79.

⁶⁹ Memorial de Réplica de Excepciones a la Jurisdicción, párrs. 80-84; Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandada, párr. 66.

Demandantes el 28 de agosto de 2013 cumplió con los requisitos del Artículo 8(2) del TBI. Por el contrario, la Demandada sostiene que el sometimiento a la jurisdicción local es obligatorio y que la invocación de las Demandantes del término “podrá” en el Artículo 8(2) del TBI está tomada fuera de contexto de manera deliberada, que existían tribunales y autoridades administrativas competentes para abordar la reclamación de las Demandantes, y que el término “controversia” sometida a los tribunales locales no podía ser distinta a aquella sometida al arbitraje internacional. En consecuencia, según la opinión de la Demandada, el Artículo 8 del TBI no permite el acceso irrestricto a la jurisdicción del CIADI⁷⁰.

93. En primer lugar, la Demandada invoca el caso *Wintershall* en sustento de su argumento de que una oferta a recurrir al arbitraje dada por un Estado solo puede ser aceptada por un inversor de una manera que cumpla con todas las condiciones de la oferta⁷¹. La Demandada sostiene que el término “podrá” no significa que el recurso a los tribunales nacionales tenga carácter discrecional. Por el contrario, una lectura contextual del Artículo 8(2) del TBI indica que no contiene opciones, sino que exige un recurso secuencial obligatorio a los tribunales nacionales, como segundo paso ulterior a las consultas amistosas, previo al sometimiento de la controversia al arbitraje internacional. La única circunstancia en la que no se exigiría el sometimiento a la instancia judicial local es si las Partes hubieran acordado desestimar este paso, lo que no ocurrió en la presente controversia. La Demandada hace hincapié en que, en ausencia de acuerdo, el recurso a los tribunales nacionales constituye un requisito jurisdiccional. Además, la Demandada señala que los tribunales internacionales han determinado que la ausencia de un lenguaje imperativo no equivale a la ausencia de un requisito de cumplimiento obligatorio ni significa que pueda ignorarse el lenguaje del tratado⁷².
94. En segundo lugar, la Demandada sostiene que “las Demandantes cuentan con numerosos medios jurisdiccionales disponibles para someter la presente controversia” a nivel local en

⁷⁰ Memorial de Excepciones a la Jurisdicción y de Contestación sobre el Fondo, párrs. 70-89; Memorial de Réplica de Excepciones a la Jurisdicción, párrs. 85-87.

⁷¹ Memorial de Réplica de Excepciones a la Jurisdicción, párrs. 88-89 (que invoca *Wintershall Aktiengesellschaft c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/04/14, Laudo (8 de diciembre de 2008), párrs. 116-117 (AL RA 38)).

⁷² Memorial de Réplica de Excepciones a la Jurisdicción, párrs. 90-100.

Argentina. En particular, “es claro que la jurisdicción ‘competente’ de acuerdo con el artículo 8(2) del TBI es la del Poder Judicial de la Provincia de Salta”, tal como queda demostrado por el hecho de que “el Pliego, el Contrato y la Licencia establecían explícitamente que cualquier controversia relativa a la Licencia debía tramitar ante los tribunales de la Provincia de Salta” y por el hecho de que las propias Demandantes hicieron uso de esos tribunales. Según Argentina, los tribunales de la Provincia de Salta no solo eran competentes para entender en las controversias relativas a la Licencia, sino que, además, tienen competencia “para aplicar el TBI”. La Demandada controvierte además el argumento de que habría sido necesario el agotamiento de los recursos administrativos para incoar la acción pertinente ante los tribunales argentinos. Señala que no es necesario agotar la vía administrativa cuando la acción judicial tiene por finalidad impugnar un acto de alcance individual de carácter definitivo que “proviene del Poder Ejecutivo o de la autoridad superior de un ente descentralizado”⁷³.

95. La Demandada se opone asimismo al argumento de las Demandantes de que el Recurso de Reconsideración que ENJASA había interpuesto en contra de la Resolución del ENREJA No. 240/13 calificara como sometimiento de la controversia a la jurisdicción administrativa en el sentido del Artículo 8(2) del TBI, y que la desestimación ulterior de ese recurso mediante la Resolución del ENREJA No. 315/13 constituyera una decisión sobre el fondo⁷⁴, que permitía el recurso al arbitraje internacional en virtud del Artículo 8(3)(b) del TBI. En este sentido, la Demandada alega que lo que las Demandantes presentaron no se trató de un reclamo por incumplimiento del TBI por parte del Estado sino un Recurso de Reconsideración relativo a un reclamo independiente entre distintas partes y que eventualmente no habría podido resolver la controversia en virtud del TBI. En consecuencia, los recursos administrativos de ENJASA no fueron suficientes para satisfacer el requisito de haber recurrido a la jurisdicción local. El recurso de ENJASA contra las Resoluciones No. 240/13 y No. 315/13 en los tribunales de Salta, a su vez, no cumplió con los requisitos en virtud del TBI de sometimiento previo a los tribunales

⁷³ Memorial de Réplica de Excepciones a la Jurisdicción, párrs. 101-113. Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandada, párrs. 80, 82-86.

⁷⁴ Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandada, párr. 88.

locales, ya que dicho recurso se presentó el 5 de febrero de 2014, que son solo 10 meses antes de que se sometiera la controversia al arbitraje del CIADI – en contraposición a los 18 meses exigidos por el Artículo 8(3)(a) del TBI⁷⁵.

96. La Demandada rechaza además el argumento de las Demandantes de que no era necesario el sometimiento previo de la controversia a los tribunales argentinos, por motivos de futilidad, porque los tribunales argentinos presuntamente no podían resolver esa controversia dentro del marco temporal de 18 meses establecido en el TBI. Según la Demandada, este argumento es refutado por las “numerosas decisiones adoptadas por la justicia argentina en menos de dieciocho meses, tanto definitivas como provisionales, y en juicios sumarísimos como así también ordinarios”. Además, la Demandada alega que las Demandantes tenían a su disposición “numerosas vías abreviadas para tramitar la controversia” en los tribunales locales. Además, no existe una “garantía” aplicable en el TBI ni en ninguna otra norma de que la controversia deba resolverse dentro de un período de 18 meses⁷⁶.
97. En tercer lugar, la Demandada arguye que la controversia presentada ante los tribunales nacionales no puede ser distinta a aquella sometida a arbitraje internacional, en tanto esto frustraría el propósito de proporcionarles a los tribunales locales la oportunidad de resolver la controversia. La Demandada sostiene que los hechos, el objeto y las partes en el presente procedimiento y aquellos ante los tribunales nacionales debían ser los mismos; el término “controversia”, a criterio de la Demandada, no podía interpretarse de manera amplia, tal como sugirieran las Demandantes, al efecto de incluir cualquier controversia relacionada con la inversión en cuestión sin identidad de objeto y de partes. La Demandada considera que la controversia sometida por ENJASA a los tribunales locales era distinta de aquella sometida al presente procedimiento de arbitraje, y, por consiguiente, no cumplió con los requisitos del TBI⁷⁷.

⁷⁵ Memorial de Réplica de Excepciones a la Jurisdicción, párrs. 114-119.

⁷⁶ Memorial de Réplica de Excepciones a la Jurisdicción, párrs. 120-124; Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandada, párrs. 97-99.

⁷⁷ Memorial de Excepciones a la Jurisdicción y de Contestación sobre el Fondo, párrs. 82-86; Memorial de Réplica de Excepciones a la Jurisdicción, párrs. 126-133; Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandada, párrs. 69-79.

d) En subsidio, si se considera que el recurso interpuesto ante los tribunales locales cumple con los términos del Artículo 8, las Demandantes no han desistido de la instancia judicial en curso

98. Por último, la Demandada hace referencia al Artículo 8(4) del TBI, que exige que las partes contendientes adopten todas las medidas necesarias para desistir de toda instancia judicial en curso. La Demandada sostiene que se trata de un requisito del consentimiento del Estado receptor en el TBI. Para la Demandada, es significativo que se incluya este requisito en pocos de sus TBI y en solo uno de los TBI de Austria, lo que denota que su naturaleza es esencial. La Demandada observa que ENJASA continúa impulsando procedimientos en los tribunales nacionales en lugar de haber adoptado todas las medidas necesarias para desistir de esa instancia judicial. En la opinión de la Demandada, no se trata solo de una contradicción de los términos expresos del Artículo 8(4), sino que también es “contrario a lo dispuesto por el Artículo 26 del Convenio CIADI”. Por lo tanto, las Demandantes no han aceptado los términos de la oferta a arbitraje de Argentina receptada en el Artículo 8 del TBI⁷⁸.

(iii) Las Demandantes no pueden ampararse en la cláusula de la nación más favorecida (NMF) para perfeccionar el consentimiento

99. Según la Demandada, al no haber aceptado las Demandantes los términos de la oferta al arbitraje prevista en el Artículo 8 del TBI, su invocación tardía de la cláusula NMF es extemporánea; además, la cláusula no es aplicable en materia de jurisdicción⁷⁹.

e) La invocación de la cláusula NMF es inadmisibles en razón de que es extemporánea

100. La Demandada sostiene que las Demandantes invocaron por primera vez la cláusula NMF del TBI en su Memorial de Contestación al Memorial de Excepciones a la Jurisdicción. Según la Demandada, la presentación tardía de las Demandantes “va en contra [sic] un principio general de derecho que establece que nadie puede ir contra sus propios actos (*non concedit venire contra factum proprium, [estoppel]*)” que forma parte del ordenamiento

⁷⁸ Memorial de Réplica de Excepciones a la Jurisdicción, párrs. 138-144; Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandada, párrs. 101-105 (cita en *íd.* párr. 104).

⁷⁹ Memorial de Réplica de Excepciones a la Jurisdicción, párr. 145; Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandada, párrs. 107-115

jurídico argentino, o es reconocido en este, y va también en contra “del principio de la buena fe, el cual se encuentra firmemente establecido en el derecho internacional”⁸⁰. Por lo tanto, la invocación que hacen las Demandantes de la cláusula NMF es inadmisibile.

101. La Demandada sostiene asimismo que la invocación extemporánea de las Demandantes “afecta gravemente el derecho de defensa de la República Argentina” en tanto convierte a la jurisdicción del Centro en “un objetivo en movimiento” a tratar por la Demandada⁸¹.

f) La cláusula NMF no es aplicable a la jurisdicción

102. Según la Demandada, una cláusula NMF no es aplicable a cuestiones jurisdiccionales ya que no se trata de un acuerdo de arbitraje y no es parte de la oferta a arbitraje. Para que una cláusula NMF sea aplicable a cuestiones jurisdiccionales es necesario que el tratado relevante registre “la intención clara e inequívoca de los Estados partes” de dar consentimiento a la utilización de la cláusula NMF de esta manera, un aspecto que no se muestra en el presente tratado⁸².

103. Tratados anteriores celebrados de manera separada por Argentina y Austria no incluyeron el requisito de que se sometiera la controversia a los tribunales nacionales durante un período de 18 meses. Por lo tanto, en la opinión de la Demandada, “una interpretación de la CNMF en el sentido que prevén las Demandantes no podría haber sido prevista jamás al momento de la firma de este TBI, en cuanto hubiese privado de efecto la disposición de resolución de controversias desde el momento mismo de la entrada en vigor del Tratado”⁸³. Además, los mecanismos de resolución de controversia de los tratados relevantes son incompatibles, ya que el TBI Argentina-Austria incluye un requisito jurisdiccional de someter la controversia a los tribunales nacionales, en tanto el TBI Argentina-Dinamarca contiene una disposición de bifurcación (*fork-in-the-road*). Tampoco hay prueba que

⁸⁰ Memorial de Réplica de Excepciones a la Jurisdicción, párrs. 146-150; Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandada, párr. 107.

⁸¹ Memorial de Réplica de Excepciones a la Jurisdicción, párr. 151; Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandada, párr. 108.

⁸² Memorial de Réplica de Excepciones a la Jurisdicción, párr. 152; Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandada, párr. 109.

⁸³ Memorial de Réplica de Excepciones a la Jurisdicción, párr. 153; Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandada, párrs. 110-112.

indique que el tratamiento invocado mediante la cláusula NMF redundaría en beneficio de las Demandantes⁸⁴.

104. Asimismo, la Demandada objeta la invocación que hacen las Demandantes del caso *Maffezini*⁸⁵, alegando que esta decisión no debiera tenerse en cuenta como un buen precedente, ya que tanto España como Argentina han confirmado su postura, que resulta en una “interpretación auténtica”, de que la cláusula NMF en cuestión, en contraposición a la conclusión del tribunal en ese caso, no era aplicable a las disposiciones sobre resolución de controversias⁸⁶. De manera similar, otros Estados habían establecido expresamente en tratados ulteriores la inaplicabilidad de las cláusulas NMF a los mecanismos de resolución de controversias “como consecuencia de aquellas decisiones que en forma equivocada interpretaron la CNMF a partir del *Maffezini*”⁸⁷.
105. Enumerando casos de inversión que han rechazado este enfoque, la Demandada sostiene que los casos del CIADI que han aceptado la aplicabilidad de la cláusula NMF a las disposiciones sobre resolución de controversias constituyen una minoría. La Demandada hace además alusión al caso *Wintershall*⁸⁸, donde el tribunal analizó esta disparidad de enfoques y determinó que el tribunal en *Maffezini*, procediendo sobre presunción derivada de manera incorrecta del caso *Ambatielos*⁸⁹, decidió de manera incorrecta que las disposiciones sobre resolución de controversias se encontraban dentro del ámbito de las disposiciones NMF a menos que existiera evidencia clara en contrario⁹⁰. Por último, la Demandada observa que su enfoque se encuentra también en consonancia con la opinión de la Corte Internacional de Justicia (CIJ) sobre esta cuestión⁹¹.

⁸⁴ Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandada, párrs. 113-115.

⁸⁵ *Maffezini c. Reino de España*, Caso CIADI No. ARB/97/7, Decisión sobre Jurisdicción (25 de enero de 2000) (AL RA 44).

⁸⁶ Memorial de Réplica de Excepciones a la Jurisdicción, párrs. 154-156.

⁸⁷ Memorial de Réplica de Excepciones a la Jurisdicción, párr. 157.

⁸⁸ *Wintershall Aktiengesellschaft c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/04/14, Laudo (8 de diciembre de 2008) (AL RA 38).

⁸⁹ *Ambatielos* (Grecia c. Reino Unido), Sentencia (19 de mayo de 1953), Informes de la CIJ de 1953, pág. 10 (AL RA 235).

⁹⁰ Memorial de Réplica de Excepciones a la Jurisdicción, párrs. 158-166.

⁹¹ Memorial de Réplica de Excepciones a la Jurisdicción, párr. 167.

C. *El Tribunal carece de jurisdicción ratione materiae*

106. La Demandada no niega que una participación accionaria pueda constituir una inversión en virtud del TBI, pero sostiene que las Demandantes no han presentado un reclamo relativo a sus derechos en carácter de accionistas indirectos⁹². En cualquier caso, el reclamo perteneciente a la participación accionaria de 40% adquirida en L&E tras la revocación de la Licencia, que es el hecho identificado por las Demandantes como punto de partida de la controversia, es inadmisibles ya que constituiría un abuso del proceso⁹³. La Demandada sostiene además que la participación accionaria indirecta de las Demandantes no las convierte en titulares de los activos de ENJASA – en particular, de la Licencia⁹⁴. Para la Demandada, las Demandantes alegan de manera errónea que la licencia operativa de ENJASA constituía su inversión (aunque en sus diversas presentaciones, las Demandantes han presentado versiones distintas de lo que constituía su supuesta inversión). Sin embargo, en tanto la Licencia era de titularidad de ENJASA y no de las Demandantes, la Demandada alega que las Demandantes no eran propietarias de una inversión protegida en virtud del Convenio CIADI y del TBI⁹⁵. La Demandada concluye que la revocación de la Licencia no puede presentarse como una violación en virtud del TBI.

(i) La licencia no es una inversión protegida por el TBI y las Demandantes no son sus titulares

107. En primer lugar, la Demandada sostiene que la Licencia no constituye una inversión protegida en virtud del TBI, dado que la definición de inversión en el TBI solo incluye concesiones de derecho público “para la prospección y la explotación de los recursos naturales”, algo que la Licencia no es. En cualquier caso, la Demandada arguye que la cuestión “no se trata de si una licencia es en sí misma una inversión según la definición del artículo 1(1) del TBI Argentina-Austria, sino si la Licencia objeto de este reclamo es una

⁹² Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandada, párr. 123.

⁹³ Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandada, párr. 122, Transcripción de la Audiencia del 23 de marzo de 2017, págs. 134-136.

⁹⁴ Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandada, párr. 123.

⁹⁵ Memorial de Réplica de Excepciones a la Jurisdicción, párrs. 169-173.

inversión de titularidad de las Demandantes”. Según la Demandada, las Demandantes no han establecido un nexo de titularidad entre una inversión protegida y un inversor protegido en virtud del Tratado. Esto es así para todos los activos de ENJASA que se afirma constituyen inversiones⁹⁶. En virtud del TBI y del Convenio CIADI, para gozar de protección es necesario que esta titularidad sea por parte de la demandante, quien debe ser nacional de un Estado parte de los tratados en cuestión.

108. La Demandada señala que, para los peritos de las Demandantes, la inversión consistía en la participación accionaria indirecta de ENJASA, no en la Licencia de titularidad de ENJASA⁹⁷. En virtud del derecho argentino, los derechos económicos de los accionistas no implican la titularidad de los activos societarios: “[u]n accionista es titular o propietario de sus acciones pero esa calidad de accionista no lo convierte en propietario del patrimonio de la sociedad”. Debido a que el TBI exigía que “el contenido y el alcance de los derechos correspondientes a las diversas categorías de los activos [sean] determinados por las leyes (...) de la Parte Contratante”, la Demandada concluye que surge de las limitaciones establecidas por la Ley de Sociedades Comerciales No. 19550 a los derechos económicos de los accionistas que las Demandantes, en carácter de accionistas de ENJASA, no eran propietarias de la Licencia otorgada a ENJASA y, por lo tanto, que la Licencia no podía constituir la inversión de las Demandantes en virtud del TBI⁹⁸.
109. La Demandada sostiene además que la conclusión esgrimida *supra* queda confirmada por la definición de inversor en el TBI, por su disposición sobre resolución de controversias, y por los estándares de protección del TBI. Todas estas disposiciones dejan en claro que “sólo están protegidas las inversiones cuya titularidad es del inversor y que son objeto de las medidas que se alegan como violatorias del TBI Argentina-Austria”, mientras que

⁹⁶ Memorial de Réplica de Excepciones a la Jurisdicción, párrs. 174-177, Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandada, párrs. 120-121.

⁹⁷ Según Argentina, lo mismo se desprende del hecho de que las Demandantes abordan la cuestión de la legalidad de la inversión simplemente con respecto a la tenencia accionaria en L&E, aunque no con respecto a la Licencia. Véase Memorial de Réplica de Excepciones a la Jurisdicción, párr. 185.

⁹⁸ Memorial de Réplica de Excepciones a la Jurisdicción, párrs. 178-181.

excluyen a las controversias “en relación con medidas que afectaron activos que no son de su titularidad o que no constituyen una inversión”⁹⁹.

110. De lo que antecede, la Demandada concluye que el reclamo de las Demandantes ante el presente Tribunal es “inválido” porque la controversia no surge directamente de una inversión protegida en virtud del Convenio CIADI y del TBI cuya titularidad recaiga en las Demandantes¹⁰⁰.

(ii) Las Demandantes no tienen legitimación para reclamar por los activos de ENJASA

111. La Demandada sostiene además que el principio de que los accionistas no pueden incoar un reclamo por derechos de las sociedades en las que son accionistas constituye un principio reconocido por el derecho internacional.
112. En este contexto, la Demandada invoca laudos arbitrales y sentencias de la CIJ dictados en el sentido de que los accionistas no pueden reclamar por los derechos de las sociedades en las que detentan la titularidad de las acciones, independientemente de si la participación accionaria es directa o indirecta. Además, la Demandada observa que la distinción entre una sociedad y sus accionistas es ampliamente reconocida por los ordenamientos jurídicos, y es reconocida también por las Demandantes¹⁰¹.
113. La Demandada infiere de la terminología utilizada por las Demandantes, esto es, que es titular de “activos directos e indirectos”, que las Demandantes no son las titulares de la Licencia, de los casinos, de las salas tragamonedas, o de las operaciones de lotería, ni tampoco son empleadores de los empleados relevantes. En consecuencia, las Demandantes no pueden reclamar con respecto a medidas que puedan haber afectado supuestas inversiones relacionadas con estos, pero de las que no eran titulares directas¹⁰². Según la opinión de la Demandada, el argumento de las Demandantes de que la Licencia forma parte

⁹⁹ Memorial de Réplica de Excepciones a la Jurisdicción, párrs. 182-185.

¹⁰⁰ Memorial de Réplica de Excepciones a la Jurisdicción, párr. 186.

¹⁰¹ Memorial de Réplica de Excepciones a la Jurisdicción, párrs. 188-192, Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandada, párr. 123 (*Phoenix Action, Ltd. c. República Checa*, Caso CIADI No. ARB/06/5, Laudo (15 de abril de 2009), párrs. 142-144 (AL RA 152)).

¹⁰² Memorial de Réplica de Excepciones a la Jurisdicción, párrs. 193-195.

de sus operaciones, así como la invocación de *CSOB c. República Eslovaca*, son en vano ya que CSOB era titular directa de la operación respecto de la cual presentó su reclamación¹⁰³.

114. La Demandada señala también el Artículo 4(3) del TBI, que dispone que un accionista puede reclamar por ciertos activos de la sociedad en la que tiene participación. Sin embargo, según la Demandada, este artículo establece dos requisitos: (a) que los activos de la sociedad que se vieran afectados constituyan un “activo financiero”, y (b) que la medida cuestionada califique como una expropiación¹⁰⁴.
115. Con respecto al primer requisito, la Demandada se refiere a la discrepancia entre las versiones en idioma español y alemán del TBI, que son los idiomas auténticos del Tratado. En tanto la versión en idioma español hace alusión a “*activos financieros*”, la versión en idioma alemán utiliza el término “*Vermögenswerte*”. La traducción al idioma inglés de las Demandantes de la parte relevante del TBI se refiere solamente a “activos” (*assets*) y no a “activos financieros” (*financial assets*), cuyo alcance es más limitado. Si las Demandantes sostuvieran que el término “activos” (*assets*) es traducción fiel del texto en idioma alemán, a criterio de la Demandada, una interpretación en virtud de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados confirmaría que la noción más acotada de “activos financieros” (*financial assets*) concilia mejor los textos. La Demandada agrega también que esta limitación “en nada obsta a la consecución del objeto y fin del TBI” establecido en el Preámbulo del tratado¹⁰⁵. En consecuencia, en la opinión de la Demandada, la protección de los accionistas en virtud del TBI se circunscribe a situaciones en las que se expropiaron “activos financieros” de su sociedad. Sin embargo, la licencia de ENJASA no califica como tal “activo financiero”.
116. Con respecto al segundo requisito, la Demandada alega que aun si se considerara que los accionistas pueden iniciar acciones reclamando por activos de la sociedad en virtud del

¹⁰³ Memorial de Réplica de Excepciones a la Jurisdicción, párrs. 196-197 (que hace referencia a *Ceskoslovenska Obchodni Banka, A.S. c. La República Eslovaca*, Caso CIADI No. ARB/97/4, Decisión del Tribunal sobre Excepciones a la Jurisdicción (24 de mayo de 1999), párr. 75 (AL RA 153)).

¹⁰⁴ Memorial de Réplica de Excepciones a la Jurisdicción, párr. 198. Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandada, párrs. 125-132.

¹⁰⁵ Memorial de Réplica de Excepciones a la Jurisdicción, párrs. 199-211.

Artículo 4(3) del TBI, esta disposición circunscribiría esas acciones a reclamos por expropiación, y excluiría reclamos relativos a los estándares de tratamiento justo y equitativo y tratamiento nacional de la jurisdicción del Tribunal¹⁰⁶.

2. Demandantes

117. Las Demandantes refutan todas las excepciones de la Demandada a la jurisdicción del Tribunal. Alegan que han presentado un reclamo *prima facie* por la violación del TBI, que la Demandada ha prestado su consentimiento válido al presente procedimiento de arbitraje en el Artículo 8 del TBI, y que el Tribunal tiene jurisdicción *ratione materiae*.

A. Reclamo *prima facie* por la violación del TBI

118. Las Demandantes afirman que la revocación de su licencia exclusiva solo se basó superficialmente en supuestas violaciones de normas antiblanqueo de dinero y la contratación de operadores sin la autorización del ENREJA. En cambio, alegan que el motivo de la revocación fue desplazar a las Demandantes de la operación de las instalaciones de juegos de azar y actividades de lotería en Salta al efecto de distribuir su negocio a operadores nuevos en condiciones más favorables para la Provincia.

119. En sustento de su argumento, las Demandantes alegan que la Resolución No. 240/13 se dictó de manera arbitraria luego de una carta enviada a ENREJA por Videodrome S.A., sociedad que había alquilado máquinas tragamonedas a ENJASA y que había formado parte de una unión de empresas con ENJASA para la instalación y explotación de máquinas tragamonedas en un casino de Salta desde el año 2001. Las Demandantes sostienen que Videodrome S.A. le sugirió al ENREJA que podría operar las instalaciones de juegos de azar en Salta en condiciones más favorables que ENJASA. Las Demandantes sostienen que esta carta contribuyó a la decisión de desplazar a ENJASA de su posición en el sector de juegos de azar en la Provincia.

120. Además, las Demandantes alegan que rivalidades políticas en la Provincia de Salta desempeñaron un papel en la revocación de la licencia de ENJASA. A este fin, afirman que, durante una reunión con representantes de la Provincia de Salta el 27 de agosto de

¹⁰⁶ Memorial de Réplica de Excepciones a la Jurisdicción, párrs. 212-213.

2013, se le informó al Sr. Tucek que el verdadero motivo detrás de la revocación de la licencia de ENJASA era la participación en L&E de la sociedad uruguaya Iberlux Int. S.A., que era supuestamente de titularidad de un testaferro del ex gobernador de la Provincia de Salta, contrincante político del actual Gobernador. Para las Demandantes, la compra del 40% restante de las acciones en L&E a Iberlux Int. S.A. en el mes de noviembre de 2013 constituyó un paso hacia la reinstalación de la licencia exclusiva de ENJASA.

121. Por lo tanto, las Demandantes afirman que la revocación de la Licencia no se trató de una aplicación de buena fe de las leyes vigentes en Salta, sino “una acción coordinada de ENREJA y el gobierno de Salta para crear la impresión de que la revocación era justificada y urgente”¹⁰⁷.

122. En síntesis, las Demandantes describen su reclamo en los siguientes términos:

En el año 2013, el gobierno de Salta adoptó una serie de medidas administrativas orquestadas tendientes a la revocación de la licencia de juegos de azar de [ENJASA]. La revocación de la licencia se basó en violaciones fabricadas del marco regulatorio y de las disposiciones de antiblanqueo de dinero, en total desconocimiento de los hechos reales y de los derechos de debido proceso de ENJASA. Tras la revocación de la licencia, se les adjudicaron a algunos de los anteriores socios comerciales de ENJASA los derechos a operar los negocios de juegos de azar que anteriormente fueran de titularidad de ENJASA en virtud de su licencia exclusiva. La mayoría de los empleados de ENJASA fueron asignados a los nuevos operadores. El procedimiento administrativo iniciado en contra de ENJASA por las autoridades provinciales formó parte de un plan concertado para adueñarse de la inversión de las Demandantes sin que medie el pago de indemnización.

Como consecuencia de la revocación arbitraria e ilícita de la licencia, ENJASA ya no pudo llevar adelante su negocio. Se cerraron las operaciones de ENJASA y su administración se vio forzada a liquidar los activos restantes. Las Demandantes perdieron efectivamente su inversión¹⁰⁸.

¹⁰⁷ Memorial sobre el Fondo, párr. 320.

¹⁰⁸ Solicitud de Arbitraje, párrs. 9-10.

123. En este contexto, las Demandantes alegan que el reclamo incoado en el presente procedimiento cumple con la prueba *prima facie* para un reclamo. En virtud de ese test, las Demandantes alegan que sus reclamos califican como reclamos en virtud del tratado que se encuentran sujetos a la jurisdicción del presente Tribunal. Aunque toman la revocación de la licencia de ENJASA como punto de partida, las Demandantes consideran que sus reclamos califican como reclamos en virtud del tratado, no reclamos contractuales. Asimismo, las Demandantes alegan que la jurisdicción del presente Tribunal no está vedada por las cláusulas de selección de foro contenidas en el Pliego de Bases y Condiciones y el Contrato de Transferencia celebrado con la Provincia de Salta durante la privatización de ENJASA.

(i) *Los reclamos presentados son reclamos en virtud del tratado*

124. Las Demandantes alegan que en virtud del test *prima facie* aplicado en la resolución de controversias internacionales, incluido en el arbitraje de tratados de inversión, el Tribunal solo debe establecer, tal como se afirmara en *SGS c. Filipinas*, si “los hechos conforme fueran alegados por la Demandante y según surgen de los escritos iniciales, razonablemente plantean cuestiones de violación de una o más disposiciones del TBI”¹⁰⁹. Este test, continúan las Demandantes, “tiene dos vertientes”. En primer lugar, requiere que los tribunales fundamenten su decisión en cuanto a lo jurisdiccional en los hechos ‘*tal como son alegados*’ o ‘*tal como son planteados*’ por el demandante. [...] En segundo lugar, luego requiere del tribunal que establezca si los hechos alegados por el demandante ‘*plantean razonablemente cuestiones de violación*’ o ‘*pueden constituir posibles violaciones de una o más normas sustanciales del tratado*’¹¹⁰. Por lo tanto, le corresponde a las Demandantes caracterizar su caso y demostrar que la violación del TBI basada en los hechos alegados en cuestión es “razonablemente discutible a simple vista” o “suficientemente graves como

¹⁰⁹ Memorial de Dúplica de Excepciones a la Jurisdicción, párr. 68; Memorial Posterior a la Audiencia de las Demandantes, párr. 66 (ambas citan *SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. República de Filipinas*, Caso CIADI No. ARB/02/6, Decisión del Tribunal sobre Excepciones a la Jurisdicción (29 de enero de 2004), párr. 157 (AL RA 25)). Véase también Memorial de Contestación al Memorial de Excepciones a la Jurisdicción, párrs. 62-65.

¹¹⁰ Memorial Posterior a la Audiencia de las Demandantes, párr. 68 (énfasis en el original).

para proceder a entender en el fondo de la cuestión” o tienen “una posibilidad razonable tal como se alegan”¹¹¹.

125. En virtud del test así planteado, las Demandantes opinan que los hechos que alegan pueden resultar en una violación del TBI, esto es la prohibición de expropiaciones directas e indirectas sin que medie el pago de indemnización prevista en el Artículo 4 del TBI, el tratamiento justo y equitativo del Artículo 2(1) del TBI, y el estándar de tratamiento nacional en el Artículo 3(1) del TBI¹¹². Por lo tanto, a criterio de las Demandantes, sus reclamos cumplen a test *prima facie*¹¹³.
126. Las Demandantes rechazan también la calificación de la Demandada de los supuestos hechos como reclamos contractuales. En primer lugar, rechazarán la calificación de la Demandada de la Licencia otorgada a ENJASA como un contrato; en cambio, alegan que la Licencia fue otorgada unilateralmente mediante acto administrativo del Poder Ejecutivo de la Provincia de Salta en virtud del derecho público¹¹⁴. En segundo lugar, en lugar de constituir el ejercicio de un derecho contractual por parte de la Provincia, la revocación de la Licencia, afirman las Demandantes, importó un ejercicio de autoridad pública por parte del ENREJA en el ejercicio de sus facultades derivadas de la Ley No. 7020¹¹⁵.
127. En tercer lugar, las Demandantes señalan que no procuran obtener una reparación en virtud de la Licencia o cualquier (otro) acuerdo contractual, sino que consideran que los hechos alegados califican como una violación del TBI. En particular, alegan que la Licencia no fue revocada por un propósito público legítimo, sino que fue el resultado de “una acción coordinada de ENREJA y el Gobierno de Salta” mediante el uso de “procedimientos

¹¹¹ Memorial de Contestación al Memorial de Excepciones a la Jurisdicción, párr. 64 (que cita *Saipem S.p.A. c. La República Popular de Bangladesh*, Caso CIADI No. ARB/05/07, Decisión sobre Jurisdicción y Recomendación sobre Medidas Provisionales (21 de marzo de 2007), párr. 91 (CL-050), y *Chevron Corporation y Texaco Petroleum Co. c. La República del Ecuador*, Caso CPA No. 2009-23, CNUDMI, Tercer Laudo Provisional sobre Jurisdicción y Admisibilidad (27 de febrero de 2012) Parte IV, pág. 2, párrs. 4.7, 4.8 (CL -052)).

¹¹² Memorial de Contestación al Memorial de Excepciones a la Jurisdicción, párrs. 66-88; Memorial de Dúplica de Excepciones a la Jurisdicción, párrs. 74-78; Memorial Posterior a la Audiencia de las Demandantes, párr. 124-157.

¹¹³ Memorial Posterior a la Audiencia de las Demandantes, párrs. 137, 145, 157 y 174.

¹¹⁴ Memorial Posterior a la Audiencia de las Demandantes, párrs. 99-103.

¹¹⁵ Memorial Posterior a la Audiencia de las Demandantes, párrs. 104-119; 158-173.

administrativos orquestados”¹¹⁶. Para las Demandantes, estos procedimientos administrativos tuvieron el exclusivo propósito de desplazar a ENJASA de la operación de las instalaciones de juegos de azar y actividades de lotería bajo su licencia exclusiva y de redistribuir las operaciones de ENJASA a otros operadores en condiciones más favorables para la Provincia de Salta. A criterio de las Demandantes, la revocación de la licencia de ENJASA mediante la Resolución No. 240/13 fue solo un pretexto; no se basó en fundamentos legítimos¹¹⁷. Se adoptó en violación de la legislación nacional y en violación del debido proceso, del principio de proporcionalidad, y de la prohibición de aplicar requisitos regulatorios en forma retroactiva¹¹⁸.

128. Las Demandantes alegan que como consecuencia de la revocación de la licencia de ENJASA y la ulterior transferencia de sus operaciones a operadores nuevos se destruyó su inversión en Argentina y sus bienes fueron transferidos a otros operadores¹¹⁹. Además, no se sometió a ninguno de los nuevos operadores a las mismas condiciones que se le habían aplicado a ENJASA; los nuevos operadores tampoco tuvieron que participar en una licitación pública comparable, tampoco se sometió a sus operaciones al hostigamiento y revisiones similares de su cumplimiento con las regulaciones antiblanqueo de dinero. Por último, se les otorgaron a los nuevos operadores nuevas licencias operativas, aunque algunos de ellos habían sido participantes en lo que ENREJA había considerado una contratación ilícita de operadores por parte de ENJASA¹²⁰.
129. Las Demandantes alegan que estos hechos constituyen (1) una expropiación (directa e indirecta) de su inversión sin que medie el pago de indemnización en violación del Artículo 4 del TBI¹²¹, (2) una violación del estándar de tratamiento justo y equitativo, en particular sus requisitos de transparencia, estabilidad y protección de las expectativas legítimas,

¹¹⁶ Memorial sobre el Fondo, párrs. 320 y 322.

¹¹⁷ Véase Memorial Posterior a la Audiencia de las Demandantes, párrs. 85-95.

¹¹⁸ Véase Memorial Posterior a la Audiencia de las Demandantes, párr. 123.

¹¹⁹ Memorial Posterior a la Audiencia de las Demandantes, párrs. 120-122.

¹²⁰ Véase Memorial de Contestación al Memorial de Excepciones a la Jurisdicción, párrs. 86-88.

¹²¹ Memorial de Contestación al Memorial de Excepciones a la Jurisdicción, párrs. 68-83; Memorial Posterior a la Audiencia de las Demandantes, párrs. 124-137.

idoneidad procesal y debido proceso, buena fe y ausencia de coerción y hostigamiento¹²², y (3) una violación del tratamiento nacional a la luz del tratamiento más favorable que los nuevos operadores habían recibido en comparación con ENJASA¹²³.

(ii) *Las cláusulas de selección de foro no constituyen un obstáculo para la jurisdicción*

130. Las Demandantes también se oponen al argumento de la Demandada de que las cláusulas de selección de foro en favor de la jurisdicción exclusiva de los tribunales de la Provincia de Salta, contenidas en el Artículo 8.3 del Pliego de Bases y Condiciones y en el Artículo 13.1 del Contrato de Transferencia, constituyen un obstáculo a la jurisdicción del presente Tribunal. Las Demandantes plantean dos argumentos en este sentido¹²⁴.
131. En primer lugar, las Demandantes señalan que estas cláusulas de selección de foro no son aplicables *ratione personae* a las partes del presente procedimiento. Solo son aplicables a controversias entre la Provincia de Salta y la UTE, esto es, CAIH, Boldt S.A, e Iberlux Int. S.A., y las Demandantes como sus sucesoras¹²⁵.
132. En segundo lugar, las Demandantes alegan que las cláusulas de selección de foro no son aplicables *ratione materiae* a la controversia que nos ocupa ya que la controversia ante el Tribunal “no se relaciona con el Pliego de Bases y Condiciones del Llamado a Licitación, el cumplimiento de la licencia y la transferencia de las acciones de ENJASA. Más bien, se refiere a las violaciones por parte de la República Argentina de las obligaciones en virtud del derecho internacional y, en particular, del TBI”¹²⁶. A este fin, las Demandantes señalan que la revocación de la Licencia se trató de un acto regulatorio que tuvo lugar en el ejercicio de los poderes de policía de ENREJA¹²⁷. Por lo tanto, a criterio de las Demandantes, la

¹²² Memorial de Contestación al Memorial de Excepciones a la Jurisdicción, párrs. 84-85; Memorial Posterior a la Audiencia de las Demandantes, párrs. 138-145.

¹²³ Memorial de Contestación al Memorial de Excepciones a la Jurisdicción, párrs. 86-88; Memorial Posterior a la Audiencia de las Demandantes, párrs. 146-157.

¹²⁴ Memorial de Contestación al Memorial de Excepciones a la Jurisdicción, párrs. 89-98; Memorial de Dúplica de Excepciones a la Jurisdicción, párrs. 79-89; Memorial Posterior a la Audiencia de las Demandantes, párr. 189.

¹²⁵ Memorial de Contestación al Memorial de Excepciones a la Jurisdicción, párr. 90; Memorial de Dúplica de Excepciones a la Jurisdicción, párr. 86.

¹²⁶ Memorial de Contestación al Memorial de Excepciones a la Jurisdicción, párr. 91.

¹²⁷ Memorial de Dúplica de Excepciones a la Jurisdicción, párrs. 80-81.

revocación de la Licencia claramente no fue de naturaleza contractual. Además, la referencia en el Pliego de Bases y Condiciones y en el Contrato de Transferencia a la necesidad de que la licenciataria cumpliera con las obligaciones estipuladas en la Ley No. 7020 no convirtieron a la revocación de la Licencia en una cuestión contractual.

133. Además, las Demandantes señalan que la práctica de los tribunales arbitrales en el contexto de arbitrajes de tratados de inversión confirma que “[c]omo norma general, una cláusula de elección de foro en un contrato con el Estado receptor no impide la presentación de reclamos en el marco de una cláusula de resolución de conflictos de un tratado internacional de protección de inversiones”¹²⁸. En este contexto, las Demandantes hacen referencia a decisiones de tribunales de arbitraje dictadas tanto en contra de la Demandada como de otros Estados¹²⁹.

B. *La Demandada prestó su consentimiento válidamente al presente procedimiento en virtud del Artículo 8 del TBI*

134. Las Demandantes sostienen asimismo que aceptaron de manera válida la oferta a arbitraje de la Demandada en virtud del Artículo 8 del TBI. Con este propósito, arguyen que el cumplimiento estricto de los diversos requisitos procesales del Artículo 8 “no es una condición para la validez del consentimiento de las Partes a arbitraje”¹³⁰. En cambio, para las Demandantes, el cumplimiento del Artículo 8 del TBI plantea simplemente cuestiones de admisibilidad¹³¹.

¹²⁸ Memorial de Contestación al Memorial de Excepciones a la Jurisdicción, párrs. 94-97.

¹²⁹ Las Demandantes hacen referencia a *CMS Gas Transmission Company c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/01/8, Decisión del Tribunal sobre Excepciones a la Jurisdicción (17 de julio de 2003), párr. 76 (AL RA 13); *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal S.A. c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/97/3, Decisión sobre la Anulación (3 de julio de 2002), párr. 101 (AL RA 22); y *Camuzzi International S.A. c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/03/2, Decisión sobre Excepciones a la Jurisdicción (11 de mayo de 2005), párr. 112 (CL-082), así como a un gran número de decisiones de tribunales en casos contra otras demandadas.

¹³⁰ Memorial de Dúplica de Excepciones a la Jurisdicción, párr. 91.

¹³¹ Memorial Posterior a la Audiencia de las Demandantes, párr. 194 (que invoca *Urbaser S.A. y otros c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/07/26, Decisión sobre Jurisdicción (19 de diciembre de 2012), párr. 192 (AL RA 41); *Abaclat y otros c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/07/5, Decisión sobre Jurisdicción y Admisibilidad (4 de agosto de 2011), párrs. 582-583 (CL-131); *Teinver S.A. y otros c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/09/1, Decisión sobre Jurisdicción (21 de diciembre de 2012), párr. 135 (CL-137); *TSA Spectrum de Argentina S.A. c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/05/5, Laudo (19 de diciembre de 2008), párr. 112 (AL RA 158); *Giovanni Alemanni y otros c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/07/8, Decisión

135. Para las Demandantes, la controversia surgió con el dictado de la Resolución No. 240/13, no con la Resolución No. 315/13. A la luz de esto, las Demandantes alegan que cumplieron con el requisito de participar en consultas amistosas en virtud del Artículo 8(1) del TBI antes de someter la controversia a las autoridades administrativas nacionales en virtud del Artículo 8(2) del TBI, y que obtuvieron en ese procedimiento administrativo una decisión sobre el fondo que les permitió acceder al arbitraje internacional de conformidad con el Artículo 8(3) del TBI. Por lo tanto, las Demandantes sostienen que no violaron la secuencia de etapas procesales exigida en virtud del Artículo 8(1) a (3) del TBI. Las Demandantes alegan que el recurso a cualquier otro recurso local, tal como sugiriera la Demandada, no fue posible o fue inútil. Las Demandantes alegan también que el Artículo 8(4) del TBI, que exige el desistimiento de la instancia judicial local una vez que se instala el arbitraje internacional, no constituye un obstáculo a la jurisdicción del Tribunal.
136. En subsidio, las Demandantes señalan que en este momento el reclamo judicial de ENJASA contra la Resolución No. 315/13 se encuentra en trámite a la espera de una decisión ante los tribunales de Salta desde hace más de 18 meses. Asimismo, la cláusula NMF en el Artículo 3 del TBI de todos modos les otorgaría jurisdicción.

(i) Cumplimiento del requisito de consultas amistosas (Artículo 8(1) del TBI)

137. Las Demandantes señalan en primer lugar que el Artículo 8(1) del TBI solamente exige que se participe en consultas amistosas “en la medida de lo posible”. Esto indica que el TBI no exige consultas incondicionales¹³².

sobre Jurisdicción y Admisibilidad (17 de noviembre de 2014), párr. 317 (CL-149); *Société Générale de Surveillance S.A. c. República Islámica de Paquistán*, Caso CIADI No. ARB/01/13, Decisión del Tribunal sobre Excepciones a la Jurisdicción (6 de agosto de 2003), párr. 184 (CL-009); *Bayindir Insaat Turizm Ticaret ve Sanayi A.Ş. c. República Islámica de Paquistán*, Caso CIADI No. ARB/03/29, Decisión sobre Jurisdicción (14 de noviembre de 2005), párrs. 99-100 (CL-013); *Ethyl Corporation c. Canadá*, CNUDMI, Laudo sobre Jurisdicción (24 de junio de 1998), pág. 42, párr. 84 (CL-132)).

¹³² Memorial de Contestación al Memorial de Excepciones a la Jurisdicción, párrs. 107-123; (aun invocando una traducción ligeramente diferente del Artículo 8(1) del TBI Argentina-Austria al idioma inglés que establecía “*whenever possible*” (en la medida de lo posible); Memorial de Dúplica de Excepciones a la Jurisdicción, párrs. 95-108; Memorial Posterior a la Audiencia de las Demandantes, párrs. 196-252.

138. Las Demandantes también consideran que cumplieron con el requisito de las consultas de acuerdo con perspectivas diferentes. Las Demandantes sostienen que la reunión del 27 de agosto de 2013 entre el Sr. Tucek de CAI y representantes de la Provincia de Salta, durante la cual se intentó lograr una solución de la controversia, ya calificaba como un comienzo de consultas amistosas; a esta reunión le siguieron otras reuniones entre estas partes¹³³. Las Demandantes alegan que, dado que la conducta de la Provincia de Salta fue imputable a la Demandada en virtud del derecho internacional, las negociaciones llevadas adelante con la Provincia deberían considerarse negociaciones entre las Demandantes y la Demandada¹³⁴.
139. Las Demandantes afirman además que la carta de CAI a la República Argentina de fecha 30 de abril de 2014, a la que le siguieron siete cartas adicionales enviadas a la República Argentina y al Gobernador de la Provincia de Salta, también continuaron las consultas¹³⁵.
140. Las Demandantes alegan asimismo que sus esfuerzos para hallar una solución negociada de la controversia fueron genuinos¹³⁶. Los argumentos de la Demandada en contrario, en particular en relación con la correspondencia y el contacto con el Sr. Wajntraub, a criterio de las Demandantes, no demostró lo contrario, ya que el Sr. Wajntraub presuntamente no había participado en debates constructivos.

(ii) Cumplimiento del requisito de someter la controversia a la jurisdicción local (Artículo 8(2) y (3) del TBI)

141. Las Demandantes sostienen además que cumplieron con su obligación en virtud del Artículo 8(2) del TBI de someter la controversia a la jurisdicción administrativa o judicial competente¹³⁷. Afirman que el Recurso de Reconsideración de la Resolución No. 240/13 presentado por ENJASA constituyó un recurso a la jurisdicción administrativa

¹³³ Memorial Posterior a la Audiencia de las Demandantes, párrs. 223-233.

¹³⁴ Memorial Posterior a la Audiencia de las Demandantes, párrs. 239-242.

¹³⁵ Memorial Posterior a la Audiencia de las Demandantes, párr. 235.

¹³⁶ Memorial Posterior a la Audiencia de las Demandantes, párr. 238.

¹³⁷ Memorial de Contestación al Memorial de Excepciones a la Jurisdicción, párrs. 132-136; Memorial de Dúplica de Excepciones a la Jurisdicción, párrs. 109-126; Memorial Posterior a la Audiencia de las Demandantes, párrs. 253-288.

competente¹³⁸. En este contexto, las Demandantes señalan que “jurisdicción administrativa competente” es un término que el TBI – a diferencia de la mayoría de los otros TBI de los que son parte Argentina o Austria – menciona específicamente. Además, las Demandantes afirman que las consultas amistosas comenzaron antes de que se presentara la controversia. Sin embargo, en tanto en virtud del Artículo 8(2) del TBI solo se les exigía participar en consultas amistosas “en la medida de lo posible” antes de no darles ... durante el periodo supuesto de 6 meses durante seis meses antes de someter la controversia a las autoridades nacionales ya que el Recurso de Reconsideración debía interponerse en virtud de la legislación nacional dentro del período de 15 días posteriores al dictado de la Resolución No. 240/13. Las Demandantes arguyen que, en estas circunstancias, el período de consultas de seis meses no podría considerarse un período de espera de carácter obligatorio¹³⁹.

142. Las Demandantes señalan además que en el Recurso de Reconsideración de ENJASA se plantearon las mismas cuestiones que en el presente arbitraje¹⁴⁰. Para las Demandantes, la controversia planteada en el recurso administrativo de ENJASA fue, a los fines del cumplimiento del Artículo 8(2) y (3) del TBI, la misma controversia que la que está pendiente en el presente arbitraje. Por el contrario, en opinión de las Demandantes, si se interpretara el alcance de una controversia de un modo “tan limitado como el propuesto por la República Argentina, [esto] implicaría que recurrir a la jurisdicción administrativa local nunca podría, o solo en circunstancias excepcionales, resolver un conflicto de inversión. Este resultado sería contrario al texto, contexto, objeto y fin del Artículo 8 del TBI”¹⁴¹. Las Demandantes sostienen que, en otras palabras, el Artículo 8 del TBI no exige que se someta a las autoridades administrativas o judiciales locales una controversia completamente idéntica, que cubra a las mismas partes y a los mismos objetos que la controversia que tramita ante el presente Tribunal. Todo lo que exige el Artículo 8 del TBI es que “los hechos alegados sean sustancialmente similares y se refieran a la misma

¹³⁸ Memorial de Dúplica de Excepciones a la Jurisdicción, párr. 113; Memorial Posterior a la Audiencia de las Demandantes, párrs. 264-272.

¹³⁹ Memorial de Contestación al Memorial de Excepciones a la Jurisdicción, párr. 114.

¹⁴⁰ Memorial de Dúplica de Excepciones a la Jurisdicción, párrs. 114-118; Memorial Posterior a la Audiencia de las Demandantes, párrs. 256-263.

¹⁴¹ Memorial de Dúplica de Excepciones a la Jurisdicción, párr. 115.

inversión protegida”¹⁴². En este contexto, las Demandantes hacen referencia a jurisprudencia arbitral, con inclusión, en particular, de las decisiones sobre jurisdicción en *Philip Morris c. Uruguay* y *Teinver c. Argentina*, para confirmar su postura¹⁴³.

143. Las Demandantes señalan asimismo que el Recurso de Reconsideración de ENJASA ya se había referido al TBI Argentina-Austria¹⁴⁴.
144. Las Demandantes arguyen además que cumplieron con el Artículo 8(3) del TBI, que permite proceder al arbitraje internacional en el supuesto de no haberse arribado a una decisión sobre el fondo dentro de los 18 meses, tal como lo estipula el Artículo 8(3)(a) del TBI, o una vez que se dicte una decisión sobre el fondo, pero la controversia subsista, tal como lo estipula el Artículo 8(3)(b) del TBI. En la opinión de las Demandantes, esto último ocurrió con la Resolución No. 315/13¹⁴⁵, a la que consideran como una “decisión sobre el fondo” sobre el Recurso de Reconsideración de ENJASA contra la Resolución No. 240/13. El hecho de que aún pudiera apelarse la Resolución No; 315/13, a su vez, no modifica esta situación. En este contexto, en la opinión de las Demandantes, la Demandada confunde la noción de una “decisión sobre el fondo”, según lo exige el Artículo 8(3) del TBI, y la noción de decisión “definitiva”, esto es, una decisión inapelable¹⁴⁶.

(iii) Las Demandantes respetaron la secuencia de pasos procesales en virtud del Artículo 8 del TBI

145. En respuesta al argumento de la Demandada de que el Artículo 8 del TBI exigía que se siguieran los diferentes requisitos procesales en secuencia (esto es, consulta, sometimiento a las autoridades locales, y, por último, el arbitraje internacional), las Demandantes afirman

¹⁴² Memorial Posterior a la Audiencia de las Demandantes, párr. 258.

¹⁴³ Memorial de Dúplica de Excepciones a la Jurisdicción, párrs. 118, que cita *Philip Morris Brands SARL y otros c. República Oriental del Uruguay*, Caso CIADI No. ARB/10/7, Decisión sobre Jurisdicción (2 de julio de 2013), párrs. 105, 106, 110, 113 (CL-134); *Teinver S.A. y otros c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/09/1, Decisión sobre Jurisdicción (21 de diciembre de 2012), párr. 132 (CL-137); Memorial Posterior a la Audiencia de las Demandantes, párrs. 260-262.

¹⁴⁴ Memorial de Contestación al Memorial de Excepciones a la Jurisdicción, párr. 136.

¹⁴⁵ Memorial de Contestación al Memorial de Excepciones a la Jurisdicción, párrs. 137-138; Memorial de Dúplica de Excepciones a la Jurisdicción, párrs. 130-139; Memorial Posterior a la Audiencia de las Demandantes, párrs. 289-294.

¹⁴⁶ Memorial de Dúplica de Excepciones a la Jurisdicción, párrs. 130-132.

que debieran tenerse en cuenta los plazos en virtud del derecho interno argentino. Por lo tanto, si el Artículo 8(2) del TBI exigía recursos internos, debe interpretarse que se debe disponer de estos recursos “de conformidad con los plazos y procedimientos aplicables en el derecho interno: si la legislación y los procedimientos internos no se respetan, cualquier recurso interno es inútil”¹⁴⁷. De manera similar, si el derecho interno exigiera la iniciación de recursos dentro de determinados límites de tiempo, no tendría sentido exigir que las consultas en virtud del Artículo 8(1) se realizaran por anticipado durante seis meses, tal como se establece en el Artículo 8(2) del TBI.

146. Las Demandantes presentan el dilema que crea la interpretación de la Demandada del Artículo 8 del TBI de la siguiente manera:

En el caso de aceptar, los argumentos de la República Argentina, las Demandantes nunca habrían podido cumplir ni con el requisito de participar en consultas amistosas ni con el de recurrir a las autoridades administrativas o judiciales locales. Si las Demandantes no hubiesen interpuesto un recurso dentro del plazo de 15 días a partir de la revocación de la licencia, todos los demás recursos locales hubieran quedado excluidos. Por otra parte, el cumplimiento del plazo de 15 días hubiera, desde el punto de vista de la República Argentina, “contaminado” las negociaciones amistosas. La República Argentina interpretó una paradoja¹⁴⁸.

147. En resumen, las Demandantes alegan haber adoptado todas las medidas procesales exigidas en virtud de la legislación argentina para impugnar la revocación de la licencia de ENJASA y hacer cumplir sus derechos en virtud del TBI. Desde el punto de vista de las Demandantes, si el cumplimiento del requisito de los recursos internos encuadra perfectamente en una interpretación estricta del Artículo 8 del TBI, exigir el cumplimiento de este último constituiría mala fe¹⁴⁹.

¹⁴⁷ Memorial Posterior a la Audiencia de las Demandantes, párr. 297.

¹⁴⁸ Memorial de Contestación al Memorial de Excepciones a la Jurisdicción, párr. 141.

¹⁴⁹ Memorial de Contestación al Memorial de Excepciones a la Jurisdicción, párrs. 139-142.

(iv) *El recurso a los tribunales locales tal como sugiere la Demandada es imposible o inútil*

148. Además, y suponiendo que la controversia sometida al presente Tribunal debiera ser completamente idéntica en cuanto a las partes, el objeto y las causas a la controversia sometida ante una jurisdicción administrativa o judicial interna, las Demandantes alegan que el ordenamiento jurídico interno de Argentina no prevé este recurso¹⁵⁰. En cambio, las Demandantes alegan que cada una de las opciones procesales internas que la Demandada enumeró a tal efecto no podría otorgar la indemnización que las Demandantes pretenden obtener por violación del TBI mediante el presente arbitraje.
149. Además, aun en el supuesto de que un tribunal argentino fuera competente para dirimir un reclamo por daños y perjuicios como consecuencia de violaciones del TBI Argentina-Austria, las Demandantes señalan que para ellas sería inútil impulsar este reclamo. Invocando las decisiones sobre jurisdicción en *Urbaser c. Argentina* y *Abaclat c. Argentina*, así como un estudio elaborado por el Procurador General de la Nación de la República Argentina, las Demandantes alegan que “no existe una posibilidad realista de obtener una resolución judicial para reclamos por daños y perjuicios dentro del plazo de 18 meses en la [República Argentina]”¹⁵¹. No obstante, exigirles a las Demandantes que interpongan estos recursos no cumpliría el verdadero propósito del requisito en cuestión, que es idéntico a la *raison d’être* del requisito de agotar los recursos internos, esto es, brindarles a los tribunales nacionales la ocasión de proporcionar una reparación¹⁵².

¹⁵⁰ Memorial de Contestación al Memorial de Excepciones a la Jurisdicción, párrs. 143-165; Memorial de Dúplica de Excepciones a la Jurisdicción, párrs. 159-195; Memorial Posterior a la Audiencia de las Demandantes, párrs. 330-386.

¹⁵¹ Memorial de Dúplica de Excepciones a la Jurisdicción, párrs. 196-205 (cita en el párr. 196) que cita *Urbaser S.A. y otros c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/07/26, Decisión sobre Jurisdicción (19 de diciembre de 2012), párr. 192 (AL RA 41); y *Abaclat y otros c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/07/5, Decisión sobre Jurisdicción y Admisibilidad (4 de agosto de 2011), párrs. 582-583 (CL-131); Memorial Posterior a la Audiencia de las Demandantes, párrs. 387-394; Memorial de Contestación al Memorial de Excepciones a la Jurisdicción, párrs. 166-175.

¹⁵² Memorial Posterior a la Audiencia de las Demandantes, párrs. 387-389.

(v) El Artículo 8(4) del TBI no precluye la jurisdicción

150. Las Demandantes rechazan también el argumento de la Demandada de que el Artículo 8(4) del TBI, que exige el desistimiento de los procedimientos locales en caso de recurso al arbitraje internacional, opera como un impedimento para la jurisdicción del presente Tribunal¹⁵³. A criterio de las Demandantes, la obligación de desistir no existe antes de comenzar el procedimiento de arbitraje internacional; por el contrario, el “inicio del arbitraje es un requisito previo para la obligación de tomar todas las medidas para desistir la instancia judicial en curso”¹⁵⁴. Además, esta obligación solo podría surgir una vez que se haya confirmado la jurisdicción del tribunal de arbitraje. De lo contrario, dado que un desistimiento de los procedimientos locales de ENJASA sería con pérdida de derecho a nuevo juicio, las Demandantes correrían el riesgo de perder tanto su recurso interno como su recurso al arbitraje internacional si el tribunal de arbitraje rechazara su jurisdicción¹⁵⁵. Esto sería contrario al objeto establecido del TBI Argentina-Austria de proteger a los inversores extranjeros¹⁵⁶.

(vi) Primera alternativa: Una controversia lleva pendiente en los tribunales internos 18 meses sin que haya una decisión sobre el fondo

151. En la primera variante, las Demandantes señalan que aun si el Tribunal determinara que el Recurso de Reconsideración de ENJASA contra la Resolución No. 240/13 no cumplió con el Artículo 8(2) del TBI, ENJASA ulteriormente presentó, el 5 de febrero de 2014, una Acción de Nulidad contra las Resoluciones No. 240/13 y No. 315/13 en los tribunales locales de Salta¹⁵⁷. Las Demandantes señalan que esta Acción se encuentra en trámite pendiente de resolución desde hace ahora más de 18 meses. Invocando diversas decisiones

¹⁵³ Memorial de Dúplica de Excepciones a la Jurisdicción, párrs. 144-158; Memorial Posterior a la Audiencia de las Demandantes, párrs. 401-408.

¹⁵⁴ Memorial de Dúplica de Excepciones a la Jurisdicción, párr. 150; Memorial Posterior a la Audiencia de las Demandantes, párr. 402.

¹⁵⁵ Memorial de Dúplica de Excepciones a la Jurisdicción, párrs. 151-157; Memorial Posterior a la Audiencia de las Demandantes, párrs. 403-406.

¹⁵⁶ Memorial de Dúplica de Excepciones a la Jurisdicción, párr. 152.

¹⁵⁷ Memorial de Dúplica de Excepciones a la Jurisdicción, párr. 140; Memorial Posterior a la Audiencia de las Demandantes, párrs. 395-400.

arbitrales, para las Demandantes es en el momento en el que Tribunal dicta una decisión sobre jurisdicción que debiera cumplirse todo requisito procesal previo al arbitraje; el incumplimiento de cualquiera de estos requisitos en el momento del comienzo del procedimiento de arbitraje, por el contrario, no constituya un obstáculo para una determinación positiva de jurisdicción¹⁵⁸. Los casos invocados por la Demandada, que rechazaron la jurisdicción por incumplimiento del requisito de litigar en los tribunales locales durante 18 meses, tales como *Wintershall c. Argentina*, *Impregilo c. Argentina*, *Daimler c. Argentina*, e *ICS c. Argentina*, a su vez, deberían diferenciarse del presente caso dado que las demandantes, o sus subsidiarias locales, en ninguno de esos casos habían iniciado realmente procedimiento alguno en el fuero local¹⁵⁹. A criterio de las Demandantes, después de todo, tendría poco sentido y sería ineficiente para el Tribunal rechazar la jurisdicción por este motivo ya que las Demandantes podrían someter nuevamente su caso al arbitraje de manera inmediata ya que en este momento ha vencido el plazo de 18 meses de litigio en los tribunales locales.

(vii) *Segunda alternativa: Jurisdicción basada en la cláusula NMF del Artículo 3 del TBI*

152. En el supuesto de que el Tribunal determine que cualquier incumplimiento del Artículo 8 del TBI impide la jurisdicción, las Demandantes invocan, como depender de..., la cláusula NMF en el Artículo 3 del TBI Argentina-Austria como base para la jurisdicción. En virtud de esta cláusula, las Demandantes consideran que tienen derecho al mismo tratamiento favorable en materia de resolución de controversias que los inversores daneses

¹⁵⁸ Memorial de Dúplica de Excepciones a la Jurisdicción, párr. 141 (que invoca *Sergei Paushok, CJSC Golden East Company* y *CJSC Vostokneftegaz Company c. El Gobierno de Mongolia*, CNUDMI, Laudo sobre Jurisdicción y Responsabilidad (28 de abril de 2011), párr. 220 (CL-151); *Philip Morris Brands SARL y otros c. República Oriental del Uruguay*, Caso CIADI No. ARB/10/7, Decisión sobre Jurisdicción (2 de julio de 2013), párr. 144 (CL-134); *Teinver S.A. y otros c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/09/1, Decisión sobre Jurisdicción (21 de diciembre de 2012), párr. 135 (CL-137); y *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. c. República Unida de Tanzania*, Caso CIADI No. ARB/05/22, Laudo (24 de julio de 2008), párr. 343 (CL-031)).

¹⁵⁹ Memorial de Dúplica de Excepciones a la Jurisdicción, párr. 141 (que distingue a *Wintershall Aktiengesellschaft c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/04/14, Laudo (8 de diciembre de 2008), párrs. 8, 18.3, y 156 (AL RA 38); *Impregilo S.p.A. c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/07/17, Laudo (21 de junio de 2011), párrs. 13-48, 94 (AL RA 46); *Daimler Financial Services AG c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/05/1, Laudo (22 de agosto de 2012), párrs. 190-191 (AL RA 96); e *ICS Inspection and Control Services Limited (Reino Unido) c. República Argentina*, Caso CPA No. 2010-9, CNUDMI, Laudo sobre Jurisdicción (10 de febrero de 2012), párr. 269 (AL RA 40)).

en virtud del TBI celebrado entre Argentina y Dinamarca. En virtud del Artículo 9(2) de ese tratado, no era necesario el recurso a los tribunales locales o autoridades administrativas durante un período de 18 meses¹⁶⁰.

153. En respuesta a la primera excepción de la Demandada respecto del tratamiento de NMF, las Demandantes alegan que su invocación de la cláusula NMF en el TBI Argentina-Austria fue oportuna. Señalan que tuvo lugar en su primera presentación luego de las excepciones a la jurisdicción planteadas por la Demandada (es decir, el Memorial de Contestación al Memorial de Excepciones a la Jurisdicción de las Demandantes), tal como exige la Regla 31(3) de las Reglas de Arbitraje del CIADI¹⁶¹.
154. Las Demandantes alegan, además, en respuesta a la segunda excepción de la Demandada respecto del tratamiento de NMF, que el término “tratamiento” en el Artículo 3 del TBI Argentina-Austria era suficientemente amplio para “comprende[r] toda conducta del Estado receptor que afecte a la inversión del inversor, lo que incluye su acceso a los mecanismos de solución de diferencias”¹⁶². Para las Demandantes, esta interpretación queda confirmada por el hecho de que el Artículo 3(2) del TBI excluyó de manera explícita del tratamiento de NMF a los beneficios que surgen en virtud de beneficios en materia fiscal, regulaciones diseñadas a facilitar el tráfico transfronterizo, y beneficios específicos para el financiamiento preferencial en virtud de los TBI de Argentina con Italia y España¹⁶³.
155. Por último, las Demandantes señalan la “práctica predominante” en el marco de los arbitrajes de tratados de inversión en virtud de la cual “el tratamiento más favorable también se aplica a la resolución de controversias y, en particular, a los obstáculos

¹⁶⁰ Memorial de Contestación al Memorial de Excepciones a la Jurisdicción, párrs. 176-185; Memorial de Dúplica de Excepciones a la Jurisdicción, párrs. 206-229; Memorial Posterior a la Audiencia de las Demandantes, párrs. 412-442.

¹⁶¹ Memorial de Dúplica de Excepciones a la Jurisdicción, párrs. 216-221; Memorial Posterior a la Audiencia de las Demandantes, párrs. 414-421 (que invoca *RosInvestCo UK Ltd. c. La Federación Rusa*, Caso CCE No. V 079/2005, Laudo sobre Jurisdicción (octubre de 2007), párr. 53 (CL-156)).

¹⁶² Memorial de Dúplica de Excepciones a la Jurisdicción, párr. 224; Memorial de Contestación al Memorial de Excepciones a la Jurisdicción, párr. 183; Memorial Posterior a la Audiencia de las Demandantes, párr. 429.

¹⁶³ Memorial de Contestación al Memorial de Excepciones a la Jurisdicción, párr. 183; Memorial Posterior a la Audiencia de las Demandantes, párrs. 433-434.

procesales (por ejemplo, el requisito de recurrir a las autoridades administrativas o judiciales locales por un período determinado)”¹⁶⁴. En opinión de las Demandantes, las decisiones en contrario fueron “motivada[s] por las particularidades del caso”¹⁶⁵ o se basaron en TBI con una redacción diferente¹⁶⁶.

C. *Jurisdicción racione materiae*

156. Las Demandantes se oponen también a la tercera excepción de la Demandada en lo que respecta a la jurisdicción del Tribunal *racione materiae*. Sostienen que habían realizado una inversión en Argentina tanto en el sentido del Artículo 25(1) del Convenio CIADI como en virtud del Artículo 1 del TBI. Las Demandantes alegan que el TBI no se circunscribe a la protección de sus derechos en carácter de accionistas en L&E o en ENJASA, sino que la protección del TBI se extiende a los bienes de ENJASA, con la inclusión más importante de su licencia exclusiva. Además, las Demandantes consideran que la presente controversia surge directamente de su inversión en Argentina.

(i) *La inversión de las Demandantes en la Provincia de Salta*

157. Las Demandantes señalan que “se encontraban comprometidas en una operación de inversión compleja” en Argentina¹⁶⁷. Esta operación consistía en una variedad de activos de titularidad directa e indirecta en Argentina, con inclusión de las acciones de las Demandantes en L&E, su titularidad indirecta de ENJASA (a través de L&E), así como la titularidad de los derechos y las operaciones realizadas por ENJASA. Las últimas incluían, sobre todo, la licencia exclusiva de ENJASA de operar juegos de azar en la Provincia de Salta, que fue la base para operar cuatro casinos, quince salas tragamonedas, y catorce juegos de lotería, con un total de aproximadamente 750 empleados¹⁶⁸.

¹⁶⁴ Memorial de Contestación al Memorial de Excepciones a la Jurisdicción, párr. 181.

¹⁶⁵ Memorial Posterior a la Audiencia de las Demandantes, párr. 436.

¹⁶⁶ Memorial Posterior a la Audiencia de las Demandantes, párrs. 430-431 (que tratan *Daimler Financial Services AG c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/05/1, Laudo (22 de agosto de 2012), párr. 224 (AL RA 96)).

¹⁶⁷ Memorial Posterior a la Audiencia de las Demandantes, párr. 6; de manera similar, Memorial de Dúplica de Excepciones a la Jurisdicción, párr. 17.

¹⁶⁸ Memorial de Contestación al Memorial de Excepciones a la Jurisdicción, párr. 30.

158. Además, las Demandantes señalan que, en consonancia con el plan de inversiones que formara parte de la licitación pública para la adquisición de ENJASA, habían invertido más de USD 20 millones en la construcción de un hotel de cinco estrellas en Salta, habían patrocinado dos escuelas de hotelería y gastronomía, y habían establecido la Fundación ENJASA¹⁶⁹. La última tenía como objeto, *inter alia*, “la promoción e investigación de las actividades culturales, turísticas, hoteleras, y gastronómicas de la Provincia de Salta y de la región para obtener su expansión nacional e internacional”¹⁷⁰.

159. Son estas actividades en su conjunto las que las Demandantes presentan como su inversión en términos legales y económicos. Por consiguiente:

El intento de la República Argentina de separar la licencia de los demás activos pertenecientes a la inversión de las Demandantes carece de cualquier fundamento. La licencia de ENJASA era una parte esencial de las operaciones de inversión de las Demandantes, conformando una unidad orgánica. La operación de la inversión era solo posible en base a la licencia de juegos de azar y de lotería otorgada a ENJASA de forma exclusiva por la provincia de Salta de conformidad con el Decreto N° 2126/1999. La licencia era la condición *sine qua non* de la inversión¹⁷¹.

(ii) *Las actividades de las Demandantes califican como inversión en virtud del Artículo 25(1) del Convenio CIADI y en virtud del Artículo 1 del TBI*

160. Las Demandantes alegan que su participación en Argentina constituye una inversión en el sentido del Artículo 25(1) del Convenio CIADI. Las Demandantes explican que cumple con todas las denominadas características de *Salini*, con inclusión de la necesidad de una

¹⁶⁹ Memorial sobre el Fondo, párrs. 121-133; Memorial de Contestación al Memorial de Excepciones a la Jurisdicción, párr. 30.

¹⁷⁰ Memorial sobre el Fondo, párr. 132.

¹⁷¹ Memorial de Contestación al Memorial de Excepciones a la Jurisdicción, párr. 34 (citas internas omitidas). De manera similar, Memorial Posterior a la Audiencia de las Demandantes, párr. 16 (“La totalidad de la operación de inversión de las Demandantes en la República Argentina estaba inseparablemente ligada a la licencia exclusiva ENJASA. Sin la licencia de ENJASA, la explotación del negocio de juegos de azar y loterías no era posible. La licencia era la condición *sine qua non* de la existencia y operaciones de ENJASA”).

cierta duración, regularidad en las ganancias y en el rendimiento, una asunción de riesgo, un compromiso sustancial, y una contribución al desarrollo del Estado receptor¹⁷².

161. Las Demandantes alegan además que varios de los activos que formaban parte de su operación compleja califican como inversiones en virtud del Artículo 1 del TBI, como por ejemplo su tenencia accionaria y sus participaciones en ENJASA y L&E¹⁷³.
162. Además, las Demandantes consideran que la licencia de ENJASA y “todos los activos que constituyen el valor económico de las acciones de [ENJASA y L&E]” califican como inversiones en el sentido del Artículo 1(1) del TBI¹⁷⁴. Las Demandantes arguyen que la licencia de ENJASA califica como inversión de conformidad con el Artículo 1(1)(e) dado que el TBI protegía los activos “en cualquier sector de la actividad económica”¹⁷⁵. Las Demandantes sostienen que otros activos de ENJASA y de L&E también se encontraban protegidos en virtud del TBI ya que “se desprende que el tratado no solo protege los derechos de participación y cualquier forma de participación, sino todos los activos que constituyen el valor económico de las acciones”¹⁷⁶.
163. Según la opinión de las Demandantes, la distinción que pretende trazar la Demandada en este sentido entre los derechos de la sociedad y los derechos de sus accionistas es relevante exclusivamente en lo atinente a la protección de los accionistas en virtud del derecho internacional consuetudinario, pero había sido sustituida por los TBI¹⁷⁷. Tal como sostuvieran sistemáticamente los tribunales de tratados de inversión, en virtud de los TBI, “[l]a protección de los accionistas se extiende desde la titularidad de las acciones hasta un acto que afecte el valor económico de las acciones dado que afecta los activos de titularidad de la sociedad”¹⁷⁸. En consecuencia, las Demandantes sostienen que su legitimación no se

¹⁷² Memorial de Contestación al Memorial de Excepciones a la Jurisdicción, párr. 37; Memorial Posterior a la Audiencia de las Demandantes, párrs. 17-26.

¹⁷³ Memorial de Dúplica de Excepciones a la Jurisdicción, párrs. 24-27; Memorial Posterior a la Audiencia de las Demandantes, párrs. 34-41.

¹⁷⁴ Memorial Posterior a la Audiencia de las Demandantes, párr. 30.

¹⁷⁵ Memorial Posterior a la Audiencia de las Demandantes, párrs. 31-32.

¹⁷⁶ Memorial Posterior a la Audiencia de las Demandantes, párr. 42.

¹⁷⁷ Memorial de Dúplica de Excepciones a la Jurisdicción, párrs. 30-41; Memorial Posterior a la Audiencia de las Demandantes, párrs. 44-45.

¹⁷⁸ Memorial de Dúplica de Excepciones a la Jurisdicción, párr. 30.

circunscribe a incoar reclamos por violaciones a los derechos que les asisten en calidad de accionistas.

(iii) El Artículo 4(3) del TBI confirma el amplio alcance de la protección

164. Las Demandantes señalan asimismo que el Artículo 4(3) del TBI confirmaba específicamente que la protección de los accionistas en sociedades localmente constituidas se extendía más allá de su participación accionaria, e incluía los activos de titularidad de la sociedad. Las Demandantes arguyen que, conforme a dicha disposición, los accionistas estaban protegidos contra la expropiación directa e indirecta de los activos de una sociedad localmente constituida.
165. En cuanto a la diferencia en la redacción de las versiones en idiomas español y alemán del TBI Argentina-Austria, las Demandantes alegan que la utilización del término “activos financieros” fue “con toda probabilidad, un error de traducción y las dos versiones en idiomas auténticos, si bien utilizan un término diferente, significan proteger todos los activos y no simplemente los activos financieros”¹⁷⁹. Según la opinión de las Demandantes: el término ‘*activos financieros*’ no significa activos utilizados en actividades financieras (tales como actividades bancarias), sino más bien activos que tienen un valor financiero y que son de ese modo parte de una inversión. Esta interpretación es corroborada por el contexto inmediato del término, una disposición que brinda compensación (financiera) por la expropiación así como por el contexto más amplio de un tratado que brinda protección para cualquier activo invertido en cualquier sector de la economía¹⁸⁰.
166. También la finalidad y el propósito del TBI, continúan las Demandantes, no brindaron ningún motivo para circunscribir el Artículo 4(3) del TBI a la protección de una categoría limitada de activos¹⁸¹, en particular teniendo en cuenta que la versión en idioma alemán

¹⁷⁹ Memorial Posterior a la Audiencia de las Demandantes, párr. 52. Véase también en detalle Memorial de Dúplica de Excepciones a la Jurisdicción, párrs. 46-60.

¹⁸⁰ Memorial Posterior a la Audiencia de las Demandantes, párr. 53.

¹⁸¹ Memorial Posterior a la Audiencia de las Demandantes, párr. 54.

del TBI utilizó el mismo término (“*Vermögenswerte*”) en el Artículo 1 del TBI para hacer referencia a los activos que califican como “inversiones” protegidas en general.

167. A parte de eso, señalan las Demandantes, cualquier cuestión respecto del alcance preciso de protección de los accionistas en virtud del TBI se refería al fondo de la controversia, no a la jurisdicción¹⁸².

(iv) La diferencia surge directamente de una inversión

168. Por último, las Demandantes alegan que la controversia surge directamente de su inversión en Argentina. El Artículo 25 del Convenio CIADI exigía una relación entre la controversia y la inversión, no una titularidad directa de la inversión¹⁸³. Las Demandantes señalan que se satisfizo la relación entre la controversia y la inversión: la revocación de la Licencia destruyó efectivamente la totalidad de la inversión de las Demandantes en el sector de juegos de azar y de lotería en la Provincia de Salta.

VI. EL ANÁLISIS DEL TRIBUNAL

169. Tal como prevé el Artículo 41(1) del Convenio CIADI, “[e]l Tribunal resolverá sobre su propia competencia”. Por lo tanto, le corresponde al Tribunal analizar la cuestión que consiste en determinar si la presente controversia cae dentro de la jurisdicción del Centro conforme a lo establecido en el Artículo 25(1) del Convenio CIADI y si se cumplen los requisitos jurisdiccionales en virtud del TBI Argentina-Austria. Además, el Tribunal considerará si las cuestiones relacionadas con la admisibilidad sugieren el rechazo de los reclamos de las Demandantes, en todo o en parte, en la presente etapa del procedimiento.
170. El Tribunal procederá a analizar, en primer lugar, si la participación de las Demandantes en el sector de juegos de azar y de lotería en Salta califica como “inversión” tanto en el sentido del Artículo 1 del TBI como del Artículo 25(1) del Convenio CIADI (es decir, parte de la tercera excepción planteada por la Demandada de que el Tribunal carece de jurisdicción *ratione materiae*). Posteriormente analizará, como una cuestión de admisibilidad del procedimiento, si las Demandantes han podido demostrar la existencia

¹⁸² Memorial de Dúplica de Excepciones a la Jurisdicción, párrs. 27 y 29; Memorial Posterior a la Audiencia de las Demandantes, párr. 57.

¹⁸³ Memorial de Contestación al Memorial de Excepciones a la Jurisdicción, párr. 57.

de un reclamo *prima facie* (es decir, la primera excepción planteada por la Demandada y las cuestiones restantes de la tercera excepción). Por último, el Tribunal determinará si las Partes han prestado su consentimiento válidamente al presente arbitraje en virtud del Artículo 8 del TBI Argentina-Austria (*i.e.*, segunda excepción planteada por la Demandada).

171. Como debiese ser casi innecesario decir, para interpretar el Convenio CIADI y el TBI Argentina-Austria, el Tribunal aplica las reglas sobre interpretación de tratados establecidas en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, que es vinculante tanto para la República Argentina como para la República de Austria¹⁸⁴. Estas reglas – y los cánones interpretativos que surgen de ellas – son muy conocidas y no es necesario que se expliquen en abstracto. Implican que el contenido de los derechos y obligaciones en virtud de tratados queda confirmado por todos los miembros de un tribunal internacional con total independencia y neutralidad judicial. Específicamente para los tratados de inversión, esto significa que la interpretación no ha de regirse por presunciones interpretativas en favor de los inversores y sus Estados de origen o de los Estados receptores, ni tampoco por preferencias teleológicas respecto de las relaciones inversor-Estado que son extrínsecas a los compromisos asumidos en el marco del tratado en el presente caso¹⁸⁵.

¹⁸⁴ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969) (CL-001).

¹⁸⁵ Aunque la Convención de Viena vincule la interpretación de los tratados internacionales a criterios objetivos, esto es, el principio de buena fe y el recurso al texto, al contexto, al objeto y fin del tratado y, en determinadas circunstancias, a sus *travaux préparatoires*, sus reglas sobre interpretación de los tratados distan de conducir en todo momento al intérprete a una única solución posible y concluyente. En cambio, las reglas de la Convención de Viena sobre interpretación de los tratados con suficiente frecuencia tienen el efecto de que árbitros razonables puedan disentir de manera razonable de la interpretación de las disposiciones de los tratados. Estos desacuerdos son el resultado de imprevisiones e indeterminaciones inherentes a la utilización del lenguaje para establecer derechos y obligaciones en los tratados internacionales; pueden relacionarse con diferencias en el entendimiento previo o la ponderación de los cánones interpretativos respectivos. En consecuencia, la mayoría del Tribunal respeta que el árbitro disidente haya arribado a conclusiones diferentes sobre la interpretación del TBI Argentina-Austria con base en su interpretación del ejercicio hermenéutico en cuestión. Sin embargo, adscribir diferencias interpretativas a “malinterpretar los textos de manera evidente e imprudente, [y] aplicar erróneamente las disposiciones relevantes”, criticar que “los motivos de la Decisión se asemejan a un alegato de parte”, o señalar razones esgrimidas como “habladurías” o “galimatías”, como lo hace la Opinión Disidente (*véase* Opinión Disidente, párrs. 191, 151, 163 y 143 respectivamente), en la opinión de la mayoría del Tribunal, no aprecia los matices y dificultades que implica una iniciativa hermenéutica, tal como la interpretación de tratados internacionales.

172. Además, el Tribunal observa que, en su análisis del derecho aplicable, no se encuentra circunscripto a los argumentos o fuentes invocados por las Partes, sino que se le exige, en virtud de la máxima *iura novit curia* o, mejor, *iura novit arbitre*, aplicar el derecho por iniciativa propia. Este enfoque se corresponde con la función pública del Tribunal como órgano de arbitraje que forma parte de la administración de justicia internacional. Justifica la invocación de argumentos y autoridades sobre el derecho aplicable no planteados por las Partes, siempre y cuando se les brinde a estas últimas la oportunidad de efectuar comentarios sobre los argumentos o teorías jurídicas que no fueron sometidos a análisis o que no pudieron anticiparse de manera razonable¹⁸⁶. Justifica también que el Tribunal trate las excepciones de la Demandada en un orden distinto al que fueran planteadas y que el Tribunal recalifique las excepciones relacionadas con el alcance de la protección de accionistas-inversores en virtud del TBI, de conformidad con su evaluación de los requisitos en materia de jurisdicción y admisibilidad en virtud del Artículo 25(1) del Convenio CIADI y el TBI Argentina-Austria.

1. Existencia de una inversión protegida

173. Un aspecto de la excepción planteada por la Demandada de que el Tribunal carece de jurisdicción *ratione materiae* se refiere a la cuestión que consiste en determinar si las

¹⁸⁶ Véase *Lighthouse Corporation Pty Ltd y Lighthouse Corporation Ltd, IBC c. República Democrática de Timor-Leste*, Caso CIADI No. ARB/15/2, Laudo (22 de diciembre de 2017), párr. 109 (“Al aplicar el derecho aplicable, el Tribunal no se encuentra obligado por los argumentos o fuentes invocados por las Partes. En virtud de la máxima *iura novit curia* – o, mejor, *iura novit arbitre* – al Tribunal se le exige aplicar el derecho por iniciativa propia, siempre y cuando les dé a las Partes una oportunidad de formular comentarios si pretende fundar su decisión en una teoría jurídica que no fuera abordada y que las Partes no pudieron anticipar de manera razonable”). [Traducción del Tribunal], (que cita *Daimler Financial Services A.G. c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/05/1, Decisión sobre Anulación (7 de enero de 2015), párr. 295 (“[...] un tribunal arbitral no se limita a referirse o basarse únicamente en las autoridades citadas por las partes. Puede, por iniciativa propia, basarse en otras autoridades públicamente disponibles, aun si no han sido citadas por las partes, siempre que la cuestión haya sido planteada ante el tribunal y que se haya conferido a las partes la oportunidad de tratarlas”); *Caso Relativo a la Jurisdicción en Materia de Pesquerías (República Federal de Alemania c. Islandia)*, Fondo, Sentencia (25 de julio de 1974), párr. 18 (“[s]iendo la obligación de la propia Corte establecer y aplicar el derecho relevante en las circunstancias del caso, no se les puede imponer a las Partes la carga de establecer o demostrar normas de derecho internacional, ya que el derecho se encuentra dentro del conocimiento de la Corte”) [Traducción del Tribunal]; *Albert Jan Oostergetel y Theodora Laurentius c. La República Eslovaca*, CNUDMI, Laudo (23 de abril de 2012), párr. 141; *Metal-Tech Ltd. c. República de Uzbekistán*, Caso CIADI No. ARB/10/3, Laudo (4 de octubre de 2013), párr. 287); de manera similar *Sr. Jürgen Wirtgen, Sr. Stefan Wirtgen, Sra. Gisela Wirtgen, JSW Solar (zwei) GmbH & Co. KG c. La República Checa*, Caso CPA No. 2014-03, Laudo Definitivo (11 de octubre de 2017), párr. 179.

Demandantes han realizado una inversión en Argentina que esté protegida tanto por el Convenio CIADI como por el TBI Argentina-Austria¹⁸⁷. Dicho aspecto de la excepción planteada por la Demandada se ha modificado en el curso de los argumentos escritos y orales, lo que plantea ciertas dificultades para comprender qué características de estas excepciones aún se mantienen - o se han descartado - durante la Audiencia sobre Jurisdicción y/o en el Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandada. A la luz de tales dificultades, y debido a que el Tribunal debe determinar su propia jurisdicción, objetiva e independientemente de la excepción presentada por una Parte, a continuación, se abordan todos los aspectos posibles de las excepciones de la Demandada relacionadas con la ausencia de una inversión protegida.

174. La excepción planteada por la Demandada de que las Demandantes no han realizado una inversión protegida puede entenderse: primero, como una excepción relativa a que las Demandantes no han llevado a cabo una “inversión” en Argentina en el sentido del Artículo 1 del TBI Argentina-Austria; segundo, que las Demandantes no han realizado una “inversión” en el sentido del Artículo 25(1) del Convenio CIADI¹⁸⁸; y tercero, como un

¹⁸⁷ El otro aspecto de la tercera excepción planteada por la Demandada de que el Tribunal carece de jurisdicción *ratione materiae* en razón de los límites que impone el TBI para la protección de los accionistas-inversores, en opinión del Tribunal, correctamente entendida, no se refiere a una cuestión de jurisdicción *ratione materiae*, sino que se refiere al alcance de las protecciones sustantivas que otorga el TBI a los accionistas-inversores. Se trata de una cuestión que pertenece al fondo del reclamo. En la presente etapa del procedimiento, cualquier limitación al alcance sustantivo de la protección solo es relevante en la medida que redunde en la ausencia de un reclamo *prima facie*. Véase *infra* Sección VI.2.

¹⁸⁸ Si las Demandantes han realizado una “inversión” en el sentido del Artículo 25(1) del Convenio CIADI y si su participación en Argentina califica como “inversión” según el Artículo 1 del TBI Argentina-Austria son cuestiones conceptualmente separadas, aunque en esencia, las nociones de “inversión” presentes en ambos instrumentos se superpondrán en gran medida. Asimismo, ambos conceptos se relacionan con dos cuestiones jurisdiccionales diferentes. El concepto de “inversión” del Artículo 25(1) del Convenio CIADI constituye uno de los elementos jurisdiccionales expresos del Artículo 25(1) del Convenio CIADI. El concepto de “inversión” en el sentido del Artículo 1 del TBI Argentina-Austria es relevante en aras de determinar el alcance del consentimiento de la Demandada en virtud del Artículo 8 del TBI Argentina-Austria *ratione materiae*. Véase *Saba Fakes c. República de Turquía*, Caso CIADI No. ARB/07/20, Laudo (14 de julio de 2010), párr. 108 (estableciendo que “el Tribunal considera que la noción de inversión, que es una de las condiciones para que el Centro posea jurisdicción, no puede definirse simplemente mediante una referencia al consentimiento de las partes, que es una condición distintiva para la jurisdicción del Centro. El Tribunal considera que se contempló una definición objetiva de la noción de inversión en el marco del Convenio CIADI, dado que, por el contrario, ciertos términos del Artículo 25 carecerían de significado” [Traducción del Tribunal]). A pesar de dichas diferencias, ambos aspectos de la jurisdicción del Tribunal se tratan conjuntamente en el análisis del Tribunal a los fines de la eficiencia, debido a que las Partes no siempre distinguieron entre ambos conceptos de “inversión” con la claridad conceptual necesaria.

cuestionamiento respecto de si la controversia planteada ante el Tribunal surge directamente de una inversión, tal como lo requiere el Artículo 25(1) del Convenio CIADI.

175. Las Demandantes, a su vez, han identificado una serie de activos diferentes que, en su opinión, sugieren que han realizado una inversión en Argentina que califica como tal en virtud tanto del Artículo 1 del TBI Argentina-Austria como del Artículo 25(1) del Convenio CIADI. Estos activos abarcan:

- i. El 60% de participación de las Demandantes en L&E y (a través de L&E) su participación en ENJASA¹⁸⁹;
- ii. los activos de titularidad de ENJASA y las operaciones realizadas por ésta con la ayuda de aproximadamente 750 empleados, que incluían 4 casinos, 15 salas de máquinas tragamonedas y 14 juegos lotéricos; y
- iii. la licencia de operación exclusiva de ENJASA.

176. En este contexto, el Tribunal primero analizará en qué medida las Demandantes han realizado una “inversión” en el sentido del Artículo 1 del TBI Argentina-Austria. A continuación, analizará en qué medida las Demandantes han realizado una “inversión” en el sentido del Artículo 25(1) del Convenio CIADI y, finalmente, considerará si la presente controversia “surge directamente de esa inversión”.

A. Existencia de una “inversión” en virtud del Artículo 1 del TBI Argentina-Austria

177. En opinión del Tribunal, la participación (directa) del 60% las Demandantes en L&E y su participación (indirecta) en ENJASA (a través de L&E) califican como una inversión en el sentido del Artículo 1(1)(b) del TBI Argentina-Austria. Esta disposición establece, si bien

¹⁸⁹ Las Demandantes, por el contrario, no reclaman protección para la participación del 40% en L&E que adquirieron el 18 de noviembre de 2013, es decir, con posterioridad a la revocación de la licencia de ENJASA a través de la Resolución No. 240/13. No se ha presentado ante este Tribunal ningún reclamo por daños y perjuicios u otro incumplimiento de las obligaciones de la Demandada relacionadas con esta participación del 40%. Véase Memorial de Réplica de Excepciones a la Jurisdicción, párr. 189; Transcripción de la Audiencia del 23 de marzo de 2017, págs. 137, 139, 140; Memorial Posterior a la Audiencia de las Demandantes, párrs. 25-39. En consecuencia, tampoco resulta necesario abordar el argumento de la Demandada de que el reclamo de las Demandantes a este respecto es abusivo (véase *supra* párr. 106)).

se indican nuevamente las diferencias entre las Partes con respecto a la traducción, lo siguiente:

The term “investment” means any kind of asset invested or reinvested in any sector of the economic activity, provided the investment has been made in accordance with the laws and regulations of the Contracting Party in whose territory the investment is made, and, in particular, though not exclusively: [...] shares [Demandada]/any shareholding [Demandantes] and any other form of participation in companies [...].

178. Tal como lo aclara la redacción de esta disposición, la participación (directa) de las Demandantes en L&E califica como una “inversión” en virtud del TBI Argentina-Austria.
179. De manera similar, la participación indirecta de las Demandantes en ENJASA a través de L&E califica como una “inversión” en virtud del TBI Argentina-Austria. Esto se desprende del desarrollo histórico de la estructura de la participación de las Demandantes en ENJASA.
180. Para recordar: La participación de las Demandantes en el sector de juegos de azar y de lotería de Salta y en las dos empresas argentinas, L&E y ENJASA, se debió a la privatización del sector de juegos de azar y de lotería en la Provincia de Salta. Al comienzo de ese proceso, el predecesor en derecho de las Demandantes (la UTE entre CAIH, Boldt SA e Iberlux Int. SA) recibió, en el año 1999, una participación de control en ENJASA, sociedad que era totalmente propiedad de la Provincia de Salta, pero cuyo único activo (significativo) en ese momento era la licencia de operación exclusiva de 30 años para actividades de juego de azar y de loterías en Salta. Esta participación controlante fue recibida en contraprestación por el compromiso de pagar un canon anual, invertir en un hotel de cinco estrellas en Salta, patrocinar escuelas de hotelería y gastronomía y crear de un fondo de promoción turística y cultural en la Provincia de Salta. En la implementación de su inversión dentro del sector de juegos de azar y de lotería en Salta, los miembros de la UTE decidieron constituir L&E como holding de sociedades para ser tenedora de las acciones de ENJASA. La estructura accionaria de L&E correspondía a la participación respectiva de los miembros de la UTE. Sin la interposición de L&E, los miembros de la UTE, y luego las Demandantes en su carácter de sucesoras, habrían sido accionistas directos en ENJASA.

181. En dicho contexto, la participación en ENJASA no era principalmente uno de los activos de L&E; más bien, L&E era un vehículo para la tenencia de las acciones de ENJASA, que a su vez eran la principal inversión en Argentina. En consecuencia, queda claro que la participación indirecta en ENJASA constituía una inversión de las Demandantes en Argentina, una inversión que había sido de titularidad de sus predecesoras en derecho primero, a través de la estructura de una UTE y, posteriormente, a través de la sociedad *holding* L&E, constituida en Argentina. Por tal motivo, no existe fundamento para considerar que la participación indirecta de las Demandantes en ENJASA no se encuentra dentro del concepto de “derechos de participación [...] en las empresas”, los cuales califican como una inversión protegida en Argentina en el sentido del Artículo 1(1)(b) del TBI.
182. Por ende, como también acepta la Demandada¹⁹⁰, tanto la participación directa de las Demandantes en L&E como su participación indirecta en ENJASA califican como “inversiones” en virtud del Artículo 1(1)(b) del TBI Argentina-Austria.
183. Lo que se debate entre las partes, en cambio, es hasta qué punto los activos de ENJASA, en particular su licencia operativa, califican como “inversión” de las Demandantes en virtud del TBI Argentina-Austria independientemente de la participación de las Demandantes en L&E y en ENJASA. El problema aquí no es si una licencia de operación como concepto abstracto podría calificar como un activo, y por lo tanto como una inversión, en el sentido del Artículo 1(1) del TBI, ya que no es suficiente, a los fines de determinar la jurisdicción, que la Licencia pueda caracterizarse como un activo y encontrarse dentro de la definición de inversión del TBI. En cambio, como fuera señalado de manera acertada por la Demandada, para que el Tribunal tenga jurisdicción, la Licencia debe calificar como “inversión” que es propiedad de un “inversor” austriaco, ya que solo las inversiones de los inversores de la otra Parte Contratante se encuentran protegidas en virtud del TBI Argentina-Austria, mientras que las inversiones de nacionales del Estado receptor, o de nacionales de un tercer Estado, no lo son. Por consiguiente, la cuestión consiste en determinar si la licencia operativa de ENJASA puede considerarse como una “inversión” de las Demandantes en el sentido del Artículo 1(1) del TBI.

¹⁹⁰ Véase Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandada, párr. 123 (que establece que “la República Argentina no niega que la participación accionaria pueda constituir una inversión en los términos del TBI”).

184. En opinión del Tribunal, éste no es el caso. Si bien la licencia operativa de ENJASA era el único activo significativo que ENJASA poseía al momento de la privatización en los años 1999/2000, y aunque era, desde una perspectiva económica, la razón por la cual los oferentes en la licitación pública estaban dispuestos a hacer promesas económicamente significativas en contraprestación a convertirse en accionistas de ENJASA, la licencia operativa como tal era un activo que pertenecía, ya en el momento de la licitación pública, a ENJASA. A diferencia del rol de L&E, que se creó posteriormente como vehículo para la tenencia de las acciones de ENJASA, los participantes en el proceso de privatización no presentaron una oferta por la licencia operativa de 30 años y luego crearon ENJASA para ser titulares de esa licencia. Participaron en la oferta para convertirse en accionistas de ENJASA. A diferencia de la participación de las Demandantes en ENJASA, que es tenida indirectamente a través de L&E, la licencia de ENJASA, por lo tanto, no puede considerarse como una “inversión” de tenencia indirecta por parte de las Demandantes a través de su participación (indirecta) en ENJASA. Lo mismo se aplica a otros activos propiedad de ENJASA; éstos tampoco califican como “inversiones” que son de tenencia indirecta de las Demandantes a través de su participación en ENJASA. En consecuencia, para el Tribunal, la licencia de operación de ENJASA y sus demás activos no califican como una “inversión” protegida en el sentido del Artículo 1(1) del TBI Argentina-Austria.
185. Sin embargo, esto no significa que las interferencias con los activos de ENJASA sean irrelevantes para los derechos de las Demandantes en su carácter de accionistas-inversores protegidos bajo el TBI. No obstante, la cuestión de hasta qué punto las Demandantes disfrutaban de protección en calidad de accionistas (indirectos) respecto de las interferencias con los activos de ENJASA, tales como la revocación de su licencia operativa y eventos subsiguientes, es, en principio, una cuestión de fondo del caso. En la etapa jurisdiccional actual, y a pesar de las formulaciones de la Demandada como parte de su excepción de que el Tribunal carece de jurisdicción *ratione materiae*, la cuestión (es decir, el alcance de la protección de las Demandantes como accionistas-inversores) solo resulta relevante para evaluar si las Demandantes han presentado con éxito un reclamo *prima facie*. Este tema se

analiza en relación con la excepción planteada por la Demandada de que las Demandantes no han presentado un reclamo *prima facie*¹⁹¹.

B. Existencia de una “inversión” en virtud del Artículo 25(1) del Convenio CIADI

186. En visión del Tribunal, la participación de las Demandantes en la operación de juegos de azar y de lotería en Salta mediante su participación en L&E e, indirectamente, en ENJASA también califica como una “inversión” en el sentido del Artículo 25(1) del Convenio CIADI. Ante la ausencia de una definición de esta noción en el Convenio CIADI, los límites precisos de tal concepto son discutidos, tanto en la jurisprudencia de los tribunales de inversión como en los escritos de doctrina. Existe un debate en particular sobre los elementos o criterios precisos que deberían utilizarse con el fin de diferenciar las actividades económicas emprendidas por ciudadanos extranjeros o los activos de titularidad de éstos que califican como una “inversión” en el sentido del Artículo 25(1) del Convenio CIADI de aquellos que no lo son¹⁹².
187. El punto de partida del análisis es regularmente el denominado test del caso *Salini*¹⁹³. Según este test, una “inversión” en el sentido del Artículo 25(1) del Convenio CIADI se caracteriza por los siguientes elementos: (1) la existencia de una contribución sustancial del nacional extranjero, (2) una cierta duración de la actividad económica en cuestión, (3) la asunción de riesgo por parte del nacional extranjero, y (4) la contribución de la actividad al desarrollo del Estado receptor¹⁹⁴.
188. En líneas generales, los primeros tres criterios del test de *Salini* son aceptados en la práctica y la doctrina del CIADI. Asisten a la hora de circunscribir el tipo de actividad económica o el activo protegido como una “inversión” y de delinearlo respecto de actividades o activos no protegidos en relación con el riesgo que conllevan ciertas formas de participación

¹⁹¹ Véase Sección VI.2 *infra*.

¹⁹² Véase Christoph Schreuer, Loretta Malintoppi, August Reinisch y Anthony Sinclair, *The ICSID Convention: A Commentary* (2da Edición., Cambridge University Press 2009), Artículo 25, párrs. 113-174.

¹⁹³ El test recibe su nombre a partir del caso *Salini Costruttori SpA e Italstrade SpA c. Reino de Marruecos*, Caso CIADI No. ARB/00/4, Decisión sobre Jurisdicción (23 de julio de 2001), párrs. 50-58(CL-075).

¹⁹⁴ A veces, la regularidad de las ganancias y los rendimientos se enumera como un elemento adicional. Véase *Fedax N.V. c. la República de Venezuela*, Caso CIADI No. ARB/96/3, Decisión del Tribunal sobre Excepciones a la Jurisdicción (11 de julio de 1997), párr. 43(CL-076).

económica en el extranjero. El riesgo específico en cuestión surge del hecho de que ciertas formas de participación económica a largo plazo en un Estado receptor (que se denominan “inversión extranjera”) requieren que los nacionales extranjeros coloquen sus actividades económicas y activos por adelantado bajo la autoridad soberana del Estado receptor en aras de recuperar una rentabilidad económica a lo largo del tiempo. Es el riesgo específico de la inversión derivado de la naturaleza no sinalagmática de las relaciones entre el inversor y el Estado lo que el Convenio CIADI pretende, si no minimizar, al menos hacer más manejable, al brindar un mecanismo de resolución de controversias entre los inversores y los Estados receptores.

189. En este contexto, los primeros tres criterios de *Salini* ayudan a circunscribir las actividades y los activos de los nacionales extranjeros en los Estados receptores que, según el Convenio CIADI, no solo necesitan protección contra el riesgo político, sino que también ameritan el acceso a su mecanismo específico de resolución de controversias. Por lo tanto, estos tres criterios del test de *Salini* excluyen la actividad no económica y el uso no comercial de activos de nacionales extranjeros del concepto de “inversión”. También excluyen del acceso a la resolución de controversias conforme al Convenio CIADI la actividad económica a corto plazo, o los activos utilizados en ese contexto, como las transacciones de venta de una única vez que no enfrentan riesgos específicos de inversión. Y, por último, estos tres criterios del test de *Salini* pueden excluir actividades y activos totalmente insignificantes que, si bien tienen un valor comercial, no equivalen a una contribución significativa a la vida económica del Estado receptor.
190. Resulta bastante controvertido, sin embargo, determinar si la actividad emprendida por el nacional extranjero, o el activo de titularidad de ésta, también deben cumplir con el cuarto criterio, a saber, contribuir positivamente al desarrollo del Estado receptor. Este criterio es presentado por algunos tribunales y comités de anulación del CIADI como un componente necesario a la luz del objeto y fin del Convenio CIADI de contribuir al desarrollo económico, tal como se expresa en su Preámbulo¹⁹⁵. Otros tribunales y comités de

¹⁹⁵ Véase, por ejemplo, *Patrick Mitchell c. República Democrática del Congo*, Caso CIADI No. ARB/99/7, Decisión sobre la Solicitud de Anulación del Laudo (1 de noviembre de 2006), párrs. 27-41 (AL RA 151); *Malaysian Historical Salvors, SDN, BHD c. Malasia*, Caso CIADI No. ARB/05/10, Laudo sobre Jurisdicción (17 de mayo de 2007), párrs. 123 y ss.

anulación del CIADI objetan a la inclusión de este criterio, *inter alia*, debido a que lo consideran superfluo, porque otorga demasiada discrecionalidad a los tribunales arbitrales y crea así inseguridad jurídica o porque limita el acceso de los nacionales extranjeros al arbitraje CIADI con motivo de aspectos que deben evaluarse como parte del fondo, en lugar de formar parte del análisis de jurisdicción, tales como si las inversiones que son perjudiciales para el desarrollo del Estado receptor reciben protección sustantiva¹⁹⁶. No obstante, otros tribunales del CIADI consideran que la contribución al desarrollo del Estado receptor, si bien es un elemento necesario de la definición de “inversión”, debería, en general, presumirse¹⁹⁷.

191. A los efectos de establecer la jurisdicción en el presente caso, el Tribunal no necesita abordar esta controversia, ya que no tiene impacto en el resultado del presente caso. En cambio, en el presente caso, se cumplen todos los criterios de *Salini*, incluido el de la contribución al desarrollo del Estado receptor. Por lo tanto, las participaciones de las Demandantes en L&E e, indirectamente, en ENJASA, junto con los compromisos asumidos como parte del proceso de privatización para invertir en el sector de juegos de azar, lotería y turismo en Salta, constituyen un compromiso sustancial de recursos por parte de las Demandantes; dicho compromiso se ha realizado con el fin de obtener ganancias y rendimientos durante un plazo sustancial; y también implica la asunción de riesgo.
192. Además, la operación de las actividades de juegos de azar y de lotería en Salta también contribuyó al desarrollo de la Provincia de Salta. No solo empleaba ENJASA, al momento en que se revocó su licencia operativa, aproximadamente 750 empleados; sino que también la privatización de la industria operativa y de juegos de azar de la Provincia incluyó el compromiso de construir dos escuelas, una de hotelería y otra de gastronomía, así como un hotel de cinco estrellas, y crear una fundación con el fin de potenciar y promover la

¹⁹⁶ *Malaysian Historical Salvors, SDN, BHD c. Malasia*, Caso CIADI No. ARB/05/10, Decisión sobre la Solicitud de Anulación (16 de abril de 2009), párrs. 56 y ss. (CL-072); *Saba Fakes c. República de Turquía*, Caso CIADI No. ARB/07/20, Laudo (14 de julio de 2010), párr. 111; *SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. La República del Paraguay*, Caso CIADI No. ARB/07/29, Laudo (10 de febrero de 2012), párrs. 106-108; *Deutsche Bank AG c. República Socialista Democrática de Sri Lanka*, Caso CIADI No. ARB/09/2, Laudo (31 de octubre de 2012), párr. 295; *Electrabel S.A. c. República de Hungría*, Caso CIADI No. ARB/07/19, Decisión sobre Jurisdicción, Derecho Aplicable y Responsabilidad (30 de noviembre de 2012), párr. 5.43 (CL-020).

¹⁹⁷ *Phoenix Action, Ltd. c. La República Checa*, Caso CIADI No. ARB/06/5, Laudo (15 de abril de 2009), párrs. 84-85 (AL RA 152).

educación e investigación en los sectores de turismo y gastronomía de Salta. A la luz de estos aspectos, la participación de las Demandantes en el sector de juegos de azar y de lotería en Salta a través de su participación en L&E e, indirectamente, en ENJASA también contribuyó positivamente al desarrollo de la Provincia de Salta y, por extensión, de la República Argentina.

193. En consecuencia, el accionariado de las Demandantes en L&E y ENJASA también califica como una “inversión” en el sentido del Artículo 25(1) del Convenio CIADI.

C. Existencia de una “diferencia que surja directamente de una inversión” en virtud del artículo 25(1) del Convenio CIADI

194. Por último, no cabe duda, según la opinión del Tribunal, de que la presente controversia, tal como lo requiere el Artículo 25(1) del Convenio CIADI, surge directamente de la inversión de las Demandantes en Argentina. El requisito de relación directa presente en el Artículo 25(1) del Convenio CIADI se relaciona con el tipo de conexión que la controversia debe tener con la inversión; no restringe la jurisdicción a reclamos que surgen de inversiones directas¹⁹⁸. En el presente caso, el requisito se cumple porque las Demandantes alegan que la revocación de la licencia de ENJASA, junto con la posterior transferencia de la operación y de los empleados de ENJASA a nuevos operadores, es la causa de la supuesta destrucción de la inversión de las Demandantes en el sector de juegos de azar y de lotería de Salta, es decir, su participación (directa) en L&E y (su participación indirecta) en ENJASA.

D. Conclusión

195. Como resultado de las consideraciones *supra*, el Tribunal considera que las Demandantes han realizado, en la forma de su participación en L&E e, indirectamente, en ENJASA, una inversión en Argentina en el sentido del Artículo 1(1) del TBI Argentina-Austria y del

¹⁹⁸ Véase *Fedax N.V. c. la República de Venezuela*, Caso CIADI No. ARB/96/3, Decisión del Tribunal sobre Excepciones a la Jurisdicción (11 de julio de 1997), párr. 24 (CL-076) (“Es evidente que el término ‘directamente’ se refiere en este artículo a la ‘controversia’ y no a la ‘inversión’. De ello se deduce que la jurisdicción puede existir incluso con respecto a inversiones que no son directas, siempre que la controversia surja directamente de dicha transacción.”) [Traducción del Tribunal]; véase también *CMS Gas Transmission Company c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/01/8, Decisión del Tribunal sobre Excepciones a la Jurisdicción (17 de julio de 2003), párrs. 26-27 (AL RA 13); *Continental Casualty Company c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/03/9, Decisión sobre Jurisdicción (22 de febrero de 2006), párr. 73 (AL RA 32).

Artículo 25(1) del Convenio CIADI. Asimismo, la presente controversia surge directamente de la inversión de las Demandantes en Argentina, tal como lo requiere el Artículo 25(1) del Convenio CIADI. Por el contrario, los activos de ENJASA, que incluyen, a título enunciativo, su licencia operativa, no califican como inversión de las Demandantes a los fines de determinar la jurisdicción del Tribunal.

196. En consecuencia, se desestima la tercera excepción a la jurisdicción planteada por la Demandada de que el Tribunal carece de jurisdicción *ratione materiae* en tanto se relaciona con el argumento de que las Demandantes no han realizado una inversión en Argentina que esté protegida en virtud del Artículo 25(1) del Convenio CIADI y por el Artículo 1 del TBI Argentina-Austria. El otro aspecto de la tercera excepción planteada por la Demandada relacionada con las limitaciones en la protección de accionistas-inversores en virtud del TBI Argentina-Austria, se trata conjuntamente con la primera excepción planteada por la Demandada en la sección siguiente.

2. Existencia de un reclamo *prima facie*

197. El Tribunal se abocará ahora a la excepción planteada por la Demandada de que las Demandantes no han presentado un reclamo *prima facie* por incumplimiento del TBI sobre la base de los hechos que alegan. Esto abarca tanto la primera excepción planteada por la Demandada como la parte de la tercera excepción de la Demandada relativa al alcance de la protección de los accionistas-inversores en virtud del TBI. En la opinión del Tribunal, estos dos temas plantean cuestiones relativas al alcance de las protecciones sustantivas ofrecidas en virtud del TBI Argentina-Austria a los inversores extranjeros y a sus inversiones¹⁹⁹.
198. Tal como fuera presentada por la Demandada, la excepción subyacente no se relaciona estrictamente con la jurisdicción del Tribunal²⁰⁰, sino que se refiere a la admisibilidad del

¹⁹⁹ Véase también nota al pie 187.

²⁰⁰ La excepción planteada por la Demandada podría interpretarse como relacionada con las limitaciones en razón de la materia relativas al consentimiento de la Demandada presentes en el Artículo 8(1) del TBI respecto de “controversia[s] [...] sobre las materias regidas por el presente Convenio”, cuestión que resulta relevante como criterio jurisdiccional en virtud del Artículo 25(1) del Convenio CIADI. Sin embargo, la excepción planteada por la Demandada es más amplia. La Demandada no está meramente argumentando que el Tribunal se encuentra limitado a evaluar la legalidad del accionar de la Demandada en virtud del TBI, según lo dispuesto en el Artículo

reclamo o reclamos presentados. Independientemente de ello, dicha excepción es una razón válida para que un tribunal de inversión desestime un caso, en todo o en parte, en la etapa jurisdiccional. Tal desestimación sería justificada tanto por el principio de economía procesal como por la necesidad de respetar los derechos e intereses de ambas partes, lo cual es inherente a la idea de una administración justa de justicia internacional. Después de todo, sería ineficiente (para el Tribunal y las Partes) y perjudicial en el derecho y en los costos (tanto para la Demandada como para las Demandantes) proceder con un reclamo de fondo que claramente no posee fundamento legal, a pesar de que el Tribunal pueda, por lo demás, poseer jurisdicción sobre tal reclamo.

199. La primera excepción planteada por la Demandada por la falta de un reclamo *prima facie* tiene dos partes: primero, que los reclamos de las Demandantes que surgen en relación con la revocación de la licencia de ENJASA deben calificarse como “reclamos contractuales” en lugar de “reclamos en virtud de tratados”; y, segundo, que las cláusulas de selección de foro a favor del Juzgado de Primera Instancia de Salta, tanto en el Pliego de Bases y Condiciones como en el Contrato de Transferencia, impiden el recurso al presente Tribunal para dichos reclamos. Tal como se afirmara, la parte restante de la tercera excepción de la Demandada plantea igualmente la cuestión que consiste en determinar en qué medida las Demandantes han presentado un reclamo *prima facie* de que la revocación de la licencia de ENJASA y eventos subsiguientes han redundado en una violación de los derechos de las Demandantes en su carácter de accionistas-inversores en L&E y ENJASA en virtud del TBI Argentina-Austria.
200. Luego de abordar el test aplicable para determinar la existencia de un reclamo *prima facie*, el Tribunal se dedicará a la caracterización de los reclamos presentados por las Demandantes como reclamos en virtud de tratados. A continuación, evaluará en qué medida las Demandantes han cumplido con el umbral para presentar reclamos *prima facie* por incumplimiento del TBI Argentina-Austria dados los hechos que se alegan y el estatus de las Demandantes como accionistas-inversores. Por último, se analizará el efecto de las cláusulas de selección de foro sobre la jurisdicción del Tribunal.

8(1) del TBI. El argumento de la Demandada es que el caso presentado por las Demandantes no da lugar *prima facie* a un reclamo exitoso por incumplimiento del TBI.

A. *Test aplicable para determinar la existencia de un reclamo prima facie*

201. El test para determinar la existencia de un reclamo *prima facie* en la etapa jurisdiccional se encuentra bien establecido en la práctica de los tribunales de tratados de inversión. Sigue el test aplicado por cortes y tribunales internacionales en general, en particular la CIJ. Con base en esta jurisprudencia, el Tribunal debe estar convencido de que los hechos alegados por las Demandantes son plausiblemente capaces de constituir un incumplimiento del derecho aplicable a la controversia, esto es, en el presente caso, el TBI Argentina-Austria.
202. La CIJ elaboró el test para determinar la existencia de un reclamo *prima facie* en el caso *Ambatielos* de la siguiente manera:

[...] no es necesario que ese Gobierno [es decir, el Gobierno Helénico en su carácter de demandante] demuestre, a los efectos del presente, que una presunta violación de un tratado tiene una base jurídica inexpugnable. [...] Si la interpretación dada por el Gobierno Helénico a cualquiera de las disposiciones en que se basa pareciera ser una de las posibles interpretaciones que pueden realizarse, aunque no necesariamente sea la correcta, entonces debe considerarse que el reclamo de *Ambatielos*, a los efectos del presente procedimiento, constituye un reclamo basado en el Tratado de 1886.

En otras palabras, si pareciera que el Gobierno Helénico se apoya en una interpretación argumentable del Tratado, es decir, una interpretación que puede defenderse, prevalezca o no en última instancia, existirán motivos razonables para concluir que su reclamo se basa en el Tratado²⁰¹. [Traducción del Tribunal]

203. De manera similar, en el caso relativo a las *Plataformas Petrolíferas*, la CIJ sostuvo que para cumplir con los requisitos del reclamo *prima facie*,

debe determinar si las violaciones del Tratado de 1955 reclamadas por Irán se encuentran o no dentro de las disposiciones del Tratado y si, en consecuencia, la Corte

²⁰¹ *Ambatielos (Grecia c. Reino Unido)*, CIJ, Sentencia (19 de mayo de 1953), Informes de la CIJ de 1953, pág. 18 (AL RA 235).

- posee jurisdicción *ratione materiae* respecto de dicha controversia, de conformidad [con ese Tratado]²⁰². [Traducción del Tribunal]
204. Rosalyn Higgins, en su Opinión Separada respecto del caso relativo a las *Plataformas Petrolíferas*, formuló el famoso test *prima facie* incluso de manera incluso más plástica, conforme al cual se requería que la Corte analizase “si, con base en los hechos alegados por [la Solicitante], las acciones [de la Demandada] que son objeto de la demanda podrían violar los artículos del Tratado”²⁰³. [Traducción del Tribunal]
205. El mismo test se ha aplicado consistentemente en la jurisprudencia relativa a tratados de inversión. En uno de los primeros casos que debió abordarlo, el Tribunal en *SGS c. Filipinas* sostuvo:
- No es suficiente que la Demandante plantee una cuestión en virtud de una o más disposiciones del TBI a la que la Demandada objeta. Adaptando las palabras de la Corte Internacional en el caso relativo a las *Plataformas Petrolíferas*, el Tribunal “debe determinar si las violaciones del [TBI] alegadas por [SGS] se encuentran o no dentro de las disposiciones del Tratado y si, en consecuencia, se trata de una controversia sobre la que el [Tribunal] tiene jurisdicción *ratione materiae* que ejercer” de conformidad con el Artículo VIII(2) del TBI²⁰⁴. [Traducción del Tribunal]
206. Se pueden encontrar declaraciones similares en muchas otras decisiones de tribunales de tratados de inversión²⁰⁵.

²⁰² *Plataformas Petrolíferas (República Islámica de Irán c. Estados Unidos de América)*, Excepción Preliminar, Sentencia (12 de diciembre de 1996), Informes de la CIJ de 1996, págs. 803 y 810, párr. 16 (AL RA 6).

²⁰³ *Plataformas Petrolíferas (República Islámica de Irán c. Estados Unidos de América)*, Excepción Preliminar, Sentencia (12 de diciembre de 1996), Opinión Separada de la Magistrada Higgins, Informes de la CIJ de 1996, págs. 847 y 856, párr. 33 (AL RA 8).

²⁰⁴ *SGS Société Générale de Surveillance SA c. Filipinas*, Caso CIADI No. ARB/02/6, Decisión sobre Excepciones a la Jurisdicción (29 de enero de 2004), párr. 26 (AL RA 25). (que cita el Caso Relativo a Plataformas Petrolíferas (Irán c. EE. UU.), CIJ, Sentencia sobre Excepciones Preliminares (12 de diciembre de 1996), párr. 16 (AL RA 6)).

²⁰⁵ Véase *Salini Costruttori S.p.A. e Italstrade S.p.A. c. Jordania*, Caso CIADI No. ARB/02/13, Decisión sobre Jurisdicción (9 de noviembre de 2004), párr. 151 (AL RA 9); *Plama Consortium Limited c. República de Bulgaria*, Caso CIADI No. ARB/03/24, Decisión sobre Jurisdicción (8 de febrero de 2005), párrs. 118-119 (AL RA 36); *Jan de Nul N.V. y Dredging International N.V. c. República Árabe de Egipto*, Caso CIADI No. ARB/04/13, Decisión sobre Jurisdicción (16 de junio de 2006), párrs. 69-71 (AL RA 10); *Waguïh Elie George Siag y Clorinda Vecchi c. la República Árabe de Egipto*, Caso CIADI No. ARB/05/15, Decisión sobre Jurisdicción (11 de abril

207. La tarea del Tribunal de conformidad con dicho test es, por lo tanto, determinar si los hechos invocados por las Demandantes, en el caso de que se establecieran como ciertos, podrían resultar en una violación del TBI Argentina-Austria. Este test tiene implicaciones tanto para el tratamiento de cuestiones de hecho como para cuestiones de interpretación y aplicación del derecho aplicable en la etapa jurisdiccional.
208. En cuanto al tratamiento de los hechos, el Tribunal no debe, como parte de su análisis conforme al test *prima facie* en la etapa jurisdiccional, determinar la veracidad de los hechos alegados por las Demandantes o cuestionarlos a la luz de los alegatos fácticos de la Demandada que, si se establecieran como ciertos, invalidarían la versión de las Demandantes de lo que realmente sucedió. Este ejercicio de determinación de los hechos

de 2007), párrs. 139-141 (AL RA 11); *Saipem c. República Popular de Bangladesh*, Caso CIADI No. ARB/05/07, Decisión sobre Jurisdicción y Recomendación sobre Medidas Provisionales (21 de marzo de 2007), párrs. 85-86 (AL RA 12); *Encana Corporation c. República del Ecuador*, Caso CNUDMI, Laudo Parcial sobre Jurisdicción (27 de febrero de 2004), párr. 36 (AL RA 33); *CMS Gas Transmission Company c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/01/8, Decisión sobre Jurisdicción (17 de julio de 2003), párr. 69 (AL RA 13); *Azurix Corp. c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/01/12, Decisión sobre Jurisdicción (8 de diciembre de 2003), párr. 76 (AL RA 14); *Joy Mining Machinery Ltd. c. República Árabe de Egipto*, Caso CIADI No. ARB/03/11, Decisión sobre Jurisdicción (30 de julio de 2004), párr. 30 (AL RA 26); *Impregilo S.p.A. c. República Islámica de Pakistán*, Caso CIADI No. ARB/03/3, Decisión sobre Jurisdicción (22 de abril de 2005), párr. 254 (AL RA 15); *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. c. República Islámica de Pakistán*, Caso CIADI No. ARB/03/29, Decisión sobre Jurisdicción (14 de noviembre de 2005), párr. 185 (AL RA 16); *Mytilineos Holdings SA c. La Unión Estatal de Serbia y Montenegro y la República de Serbia*, Caso CNUDMI, Laudo Parcial sobre Jurisdicción (8 de septiembre de 2006), párr. 184 (AL RA 17); *Continental Casualty Company c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/03/9, Decisión sobre Jurisdicción (22 de febrero de 2006), párr. 63 (AL RA 32); *Total S.A. c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/04/01, Decisión sobre Jurisdicción (25 de agosto de 2006), párr. 55 (AL RA 18); *Telenor Mobile Communications c. República de Hungría*, Caso CIADI No. ARB/04/15, Laudo (13 de septiembre de 2006), párr. 34 (AL RA 43); *Jan Oostergetel y Theodora Laurentius c. La República Eslovaca*, Caso CNUDMI, Decisión sobre Jurisdicción (30 de abril de 2010), párr. 185 (AL RA 19); *KT Asia Investment Group B.V. c. República de Kazajistán*, Caso CIADI No. ARB/09/8, Laudo (17 de octubre de 2013), párr. 91 (AL RA 20); *Achmea c. La República Eslovaca (II)*, Caso CPA No 2013/12, Laudo sobre Jurisdicción y Admisibilidad (20 de mayo de 2014), párrs. 206-218 (AL RA 21); *Urbaser S.A. y Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/07/26, Decisión sobre Jurisdicción (19 de diciembre de 2012), párr. 56 (AL RA 41); *SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. República Islámica de Pakistán*, Caso CIADI No. ARB/01/13, Decisión del Tribunal sobre Excepciones a la Jurisdicción (6 de agosto de 2003), párrs. 144-145 (CL-009); *Wena Hotels Limited c. La República Árabe de Egipto*, Caso CIADI No. ARB/98/4, Decisión sobre Jurisdicción, en los Informes CIADI, Tomo 6, pág. 86 (CL-109); *Siemens A. G. c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/02/8, Decisión sobre Jurisdicción (3 de agosto de 2004), párr. 180 (CL-081); *Telefónica S.A. c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/03/20, Decisión del Tribunal sobre Excepciones a la Jurisdicción (25 de mayo de 2006), párr. 53 (CL-098); *Quiborax S.A. y Non-Metallic Minerals S.A. c. Estado Plurinacional de Bolivia*, Caso CIADI No. ARB/06/2, Decisión sobre Jurisdicción (27 de septiembre de 2012), párr. 54 (CL-074); *Chevron Corporation y Texaco Petroleum Co. c. La República del Ecuador*, Caso CPA No. 2009-23, CNUDMI, Tercer Laudo Provisional sobre Jurisdicción y Admisibilidad (27 de febrero de 2012), párrs. 4.7-4.8 (CL-052); *Saipem S.p.A. c. La República Popular de Bangladesh*, Caso CIADI No. ARB/05/07, Decisión sobre Jurisdicción y Recomendación sobre Medidas Provisionales (21 de marzo de 2007), párr. 141 (CL-050).

es una cuestión de fondo del procedimiento y requiere no solo la presentación de escritos completos por ambas partes, sino también posiblemente la obtención de pruebas por parte del Tribunal. En cambio, lo que debe realizar el Tribunal durante la etapa jurisdiccional en virtud del test *prima facie* es evaluar si los hechos alegados por las Demandantes pueden dar lugar de forma plausible a una determinación de incumplimiento del TBI Argentina-Austria, a saber, de su prohibición de expropiaciones sin indemnización, de sus obligaciones de conceder un tratamiento justo y equitativo, y de su obligación de otorgar un tratamiento nacional, según lo invocado por las Demandantes.

209. Esto hace surgir la pregunta sobre qué implica para la tarea del Tribunal el test *prima facie* al lidiar con las proposiciones contrapuestas de las Partes en lo relativo a la interpretación adecuada del derecho aplicable y su aplicación a los hechos alegados. Esta cuestión es especialmente relevante frente a las indeterminaciones legales y las teorías jurídicas o líneas de jurisprudencia contrapuestas en relación con el derecho aplicable, un fenómeno que se produce regularmente en el arbitraje relativo a inversiones. En tal situación, el Tribunal de inversión debe mantener un rumbo cauteloso. Por un lado, debe tener en cuenta el derecho de ambas partes a plantear plenamente su caso y sus argumentos legales ante el Tribunal, incluidos los argumentos novedosos o que van en contra de los puntos de vista predominantes y que, por lo tanto, contribuirían a un mayor desarrollo del derecho. Por otro lado, el Tribunal debe evitar que procedan los argumentos frívolos, espurios y claramente infundados desde el punto de vista legal, los cuales impondrían una carga ilegítima sobre el tiempo y los recursos tanto de la Demandada como del Tribunal para avanzar al fondo de la cuestión.

210. En pos de encontrar el equilibrio adecuado, un tribunal de inversiones no debe simplemente aceptar la calificación legal de las Demandantes de su caso sobre el fondo sin analizarla, sino que debe llevar a cabo una determinación independiente basada en la interpretación del derecho aplicable, en el presente caso, el TBI Argentina-Austria²⁰⁶. Al mismo tiempo, la determinación independiente del Tribunal no debe, como se sugiere en el caso *SGS c.*

²⁰⁶ De manera similar, véase *Joy Mining Machinery Limited c. la República Árabe de Egipto*, Caso CIADI No. ARB/03/11, Laudo sobre Jurisdicción (6 de agosto de 2014), párr. 30.

Filipinas, “exigir la interpretación definitiva de la disposición del tratado en la que se basa”²⁰⁷ [Traducción del Tribunal], ya que esto puede acotar la posibilidad de las Partes de realizar el planteamiento completo de sus casos. En cambio, la determinación del Tribunal de si existe un reclamo *prima facie* debe limitarse a definir si el caso de las Demandantes se basa en una interpretación plausible del derecho aplicable.

211. Al determinar la plausibilidad del caso de las Demandantes, el Tribunal debe tener en cuenta las indeterminaciones y ambigüedades jurídicas existentes, así como las teorías jurídicas o las líneas de jurisprudencia arbitral contrastantes. Del mismo modo, como parte del establecimiento de la verosimilitud del caso de las Demandantes en relación con el derecho, debe admitirse la presentación de argumentos que son novedosos o que van en contra de la visión predominante sobre el derecho aplicable. Esto es necesario debido a la imposibilidad de plantear una apelación en el arbitraje de inversión, la cual podría revisar las conclusiones de derecho, resolver las indeterminaciones legales de manera autoritaria, y permitir el ulterior desarrollo del derecho.
212. Por lo tanto, el Tribunal debería limitar su evaluación del derecho aplicable en lo que se refiere al fondo, en las palabras del caso *Ambatielos*, a determinar si el caso de las Demandantes “se basa en una interpretación argumentable del Tratado, es decir, una interpretación que puede defenderse, prevalezca o no en último término”²⁰⁸ [Traducción del Tribunal]. Solo si, como se afirma en el caso *Mytilineos c. Serbia*, “los hechos tal como fueran alegados son evidentemente incapaces de sustentar la determinación de una violación del tratado, todo o parte [del] reclamo podría quedar fuera de la jurisdicción del tribunal”²⁰⁹ [Traducción del Tribunal]. En tal caso, no habrá ningún interés, por parte de las Demandantes o de la comunidad internacional, en proceder con el caso a la etapa de fondo. Por el contrario, mientras el caso plantee cuestiones relacionadas con la interpretación y la aplicación del derecho sustantivo en cuestión, los reclamos deben

²⁰⁷ *SGS Société Générale de Surveillance SA c. Filipinas*, Caso CIADI No. ARB/02/6, Decisión sobre Excepciones a la Jurisdicción (29 de enero de 2004), párr. 157 (AL RA 25).

²⁰⁸ *Ambatielos (Grecia c. Reino Unido)*, CIJ, Sentencia (19 de mayo de 1953), Informes de la CIJ de 1953, pág. 18(AL RA 235).

²⁰⁹ *Mytilineos Holdings SA c. la Unión Estatal de Serbia y Montenegro y la República de Serbia*, Caso CNUDMI, Laudo Parcial sobre Jurisdicción (8 de septiembre de 2006), párr. 184 (AL RA 17).

proceder en cuanto al fondo y permitir a las Partes defender plenamente sus respectivos argumentos sobre la interpretación y la aplicación del derecho aplicable.

213. En consecuencia, el ejercicio del Tribunal en la etapa actual del procedimiento no implica una determinación concluyente sobre la interpretación de la violación de las disposiciones del tratado que se invoca, ni requiere una calificación jurídica concluyente de los hechos alegados. En cambio, resulta suficiente que se pueda presentar un argumento plausible de que se produjo una violación del TBI Argentina-Austria a la luz de los hechos alegados, incluso si el Tribunal finalmente adoptara, en su decisión sobre el fondo, una interpretación legal diferente del derecho aplicable, o aplicara el derecho de manera diferente a los hechos entonces determinados del caso. En otras palabras, según el test *prima facie*, la calificación jurídica final del caso que nos ocupa sigue siendo una cuestión reservada al fondo y se determinará de manera concluyente solo después de la presentación completa de escritos de ambas Partes sobre las cuestiones de hecho y de derecho en cuestión.

B. Caracterización de los reclamos presentados por las Demandantes como reclamos en virtud de tratados

214. Las Partes del presente caso no difieren sustancialmente en el test jurídico abstracto que debe aplicarse para determinar la existencia de un reclamo *prima facie*; más bien, sus diferencias radican en la caracterización concreta de los reclamos planteados. Para la Demandada, las Demandantes meramente etiquetan sus reclamaciones como reclamos en virtud de tratados, mientras que la “base esencial” de tales reclamos, a saber, la revocación de la licencia de ENJASA, en opinión de la Demandada, se relaciona con un incumplimiento de contrato²¹⁰. A tal fin, la Demandada argumenta que la Licencia conferida a ENJASA debía verse como un acuerdo contractual²¹¹ y que, a su vez, la revocación de la Licencia era de igual modo un asunto contractual que quedaba fuera de la jurisdicción del Tribunal para los reclamos en virtud de tratados²¹². Las Demandantes, en cambio, enfatizan que sus reclamos debían calificarse como reclamos en virtud de tratados.

²¹⁰ Véase Memorial de Excepciones a la Jurisdicción y de Contestación sobre el Fondo, párrs. 28-39.

²¹¹ Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandada, párrs. 5-19.

²¹² Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandada, párrs. 20-26.

215. En opinión del Tribunal, la primera excepción planteada por la Demandada en relación con la falta de un reclamo *prima facie* caracteriza erróneamente la naturaleza del reclamo de las Demandantes ante el presente Tribunal. En el procedimiento que nos ocupa, las Demandantes no presentan reclamos por el incumplimiento de un contrato respecto del cual son parte junto con la Provincia de Salta, tal como el Contrato de Transferencia o los acuerdos contractuales o cuasicontractuales para implementar la privatización del sector de juegos de azar y de lotería en Salta. Las Demandantes tampoco presentan reclamos por el incumplimiento de la licencia de ENJASA en virtud de la legislación nacional aplicable a esa Licencia como tal.
216. Por el contrario, para las Demandantes, la revocación de la licencia de ENJASA y sus consecuencias sobre la inversión de las Demandantes en Argentina es el detonante que resulta en la supuesta violación de sus derechos como inversores extranjeros en virtud del TBI Argentina-Austria. El argumento de las Demandantes es que la revocación de la Licencia no ocurrió en el marco del ejercicio normal de las facultades regulatorias del ENREJA, sino que formó parte de un plan mayor, una “acción orquestada” para eliminar la presencia de ENJASA y, por extensión, de L&E y sus accionistas, respecto de su monopolio de 30 años en el sector de juegos de azar y de lotería de Salta y para redistribuir sus operaciones a otros operadores. El reclamo de las Demandantes, en otras palabras, no se limita a la cuestión de si la revocación de la licencia de ENJASA fue legal, conforme a la legislación nacional o de otro modo. Las Demandantes tampoco presentan un reclamo en representación de ENJASA. En cambio, afirman que la revocación de la licencia de ENJASA y eventos subsiguientes violaron sus propios derechos como inversores (indirectos) en ENJASA en virtud del TBI Argentina-Austria. De esta forma, las Demandantes enmarcan su caso como un reclamo en virtud de un tratado, no como un reclamo contractual²¹³.

²¹³ Para la mayoría del Tribunal, ni la necesidad de que se haya realizado una “inversión” “conforme con las leyes y reglamentaciones de la Parte Contratante en cuyo territorio ha sido efectuada”, (Artículo 1(1) del TBI), ni el requisito de que “[e]l contenido y el alcance de los derechos correspondientes a las diversas categorías de los activos, serán determinados por las leyes y reglamentaciones de la Parte Contratante en cuyo territorio la inversión está situada”, (Artículo 1(1) *in fine* del TBI) ni la disposición de que el “[e]l órgano arbitral decidirá en base al derecho de la Parte Contratante que sea parte en la controversia”, (Artículo 8(6) del TBI) excluye la evaluación de si los actos de una autoridad regulatoria, como el ENREJA, que afectan a un inversor extranjero o a su inversión

217. A la luz de cómo los Demandantes enmarcan su reclamación, resulta irrelevante para los presentes propósitos si la licencia de ENJASA debe ser calificada de conformidad con la ley argentina como un arreglo contractual o cuasi contractual. Después de todo, incluso si fuera cierto que la Licencia debe calificarse como un arreglo contractual o cuasi contractual, el reclamo de las Demandantes no se enmarca como un incumplimiento de dicha Licencia, sino como parte de la matriz de hechos más amplia que se acaba de describir.

218. Además, incluso si el reclamo de las Demandantes se limitara a la cuestión de si la revocación de la licencia de ENJASA – considerada en forma aislada – resultó en una violación del TBI Argentina-Austria, existiría un reclamo plausible de que esta revocación no constituyó el ejercicio de un derecho contractual. Por el contrario, existiría un reclamo plausible de que, por los propios términos de la Resolución No. 240/13, la revocación se basó en la facultad conferida al ENREJA en virtud de la Ley No. 7020. Como se indica en la Resolución No. 240/13, se refería a

*una actividad policial de la administración, entendida esta como la función “administrativa” que tiene por finalidad la protección de la seguridad, moralidad o salubridad pública [...], en el caso examinado, persiguiendo la correcta prestación de una actividad concesionada*²¹⁴.

219. Asimismo, las Demandantes presentan un argumento plausible de que la revocación de la licencia de ENJASA no se basó en la operación de la cláusula de rescisión contractual presente en el Artículo 6 del Contrato de Transferencia. Como se establece en la Resolución No. 240/13:

[L]a Revocación de la Licencia como sanción no debe confundirse con la potestad de declarar en forma automática y de pleno derecho la extinción y/o caducidad de la licencia, establecida en el artículo 6° del Decreto No. 3616/99, facultad que se ha reservado el Poder Ejecutivo en seis causales: vencimiento de la licencia,

y que se adoptan al efecto de implementar leyes y reglamentaciones nacionales, están en consonancia con los estándares sustantivos de tratamiento en el TBI Argentina-Austria (*contra* Opinión Disidente, párr. 218).

²¹⁴ Anexo C-031, pág. 21 (énfasis en el original).

incumplimiento del pago del canon, incumplimiento a las obligaciones impuestas por el artículo 5° de la ley 7020, explotación de cualquier juego de azar sin la autorización previa del ENREJA y la cesión o transferencia total o parcial de las facultades otorgadas en la licencia sin autorización previa del Poder Ejecutivo²¹⁵.

220. En este marco, existe un reclamo plausible mediante el que el propio ENREJA calificó la revocación de la licencia de ENJASA como una sanción en el sentido del Artículo 13 de la Ley No. 7020 por presuntos incumplimientos de las obligaciones jurídicas de ENJASA en virtud del Artículo 5 de la Ley No. 7020 sobre disposiciones anti lavado de activos y la contratación de operadores sin la autorización del ENREJA. Dicha sanción, en las propias palabras del ENREJA, podría plausiblemente considerarse que se impuso en el ejercicio de la autoridad pública, no como una cuestión de autorización contractual.
221. En consecuencia, incluso si el presente caso se limitara a la cuestión de si la revocación de la licencia de ENJASA constituía en sí misma una violación del TBI Argentina-Austria, e incluso si en virtud del derecho argentino la Licencia pudiera calificarse como instrumento contractual o cuasicontractual, todavía existiría un reclamo plausible de que la revocación de esa Licencia era un acto de poder público o *puissance publique*. Esto, a su vez, permitiría plausiblemente calificar un reclamo sobre la legalidad de la revocación de la licencia de ENJASA de conformidad con el TBI como un reclamo en virtud del tratado, en lugar de un reclamo contractual debido a que una línea de jurisprudencia bien establecida de los tribunales relativos a tratados de inversión distingue entre reclamos contractuales y reclamos en virtud de tratados en casos relacionados con la extinción de contratos celebrados entre un inversor y el Estado con base en si la extinción constituía un acto comercial que cualquiera de las partes de un contrato, incluido un actor privado, podía realizar, o si el acto en cuestión constituía el ejercicio de la autoridad pública que debiera medirse frente a los estándares de tratamiento del TBI²¹⁶.

²¹⁵ *Íd.*, en pág. 33.

²¹⁶ Véase, por ejemplo, *CMS Gas Transmission Company c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/01/8, Laudo (12 de mayo de 2005), párr. 299 (AL RA 101 / CL-014); *Impregilo S.p.A. c. República Islámica de Pakistán*, Caso CIADI No. ARB/03/3, Decisión sobre Jurisdicción (22 de abril de 2005), párr. 281 (AL RA 15); *Consortium RFCC c. Reino de Marruecos*, Caso CIADI No. ARB/00/6, Laudo Arbitral (22 de diciembre de 2003), párr. 65 (AL RA 15); *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. c. República Islámica de Pakistán*,

222. Por lo tanto, en este contexto, en lo que se refiere al primer elemento de la primera excepción planteada por la Demandada, el Tribunal concluye que los reclamos originados por la revocación de la licencia de ENJASA, según fueran presentados por las Demandantes en el presente procedimiento, no constituyen reclamos contractuales, sino que se relacionan con la violación de estándares sustantivos otorgados en virtud del TBI Argentina-Austria y constituyen reclamos en virtud del tratado.

C. *Violaciones prima facie del TBI*

223. El Tribunal se dedicará ahora a determinar si la matriz fáctica presentada por las Demandantes puede dar lugar *prima facie* a una violación de los derechos sustantivos en virtud del TBI Argentina-Austria, en particular de sus disposiciones sobre expropiación presentes en el Artículo 4 del TBI, el tratamiento justo y equitativo contemplado en el Artículo 2(1) del TBI, y el tratamiento nacional mencionado en el Artículo 3(1) del TBI. Es dentro de este marco que la tercera excepción planteada por la Demandada se torna relevante, en tanto se relaciona con el alcance de protección de accionistas-inversores; es por ello que el Tribunal debe determinar en qué medida las Demandantes, en su carácter de accionistas directas de L&E y accionistas indirectas de ENJASA, disfrutaban de una protección de conformidad con los estándares sustantivos del tratado contenidos en el TBI Argentina-Austria y tienen un reclamo *prima facie* relativo a que sus derechos como accionistas-inversores en virtud del tratado han sido violados por la revocación de la licencia de ENJASA a través de la Resolución No. 240/13 y otros eventos subsiguientes.
224. Por lo tanto, al llevar a cabo tal determinación, el Tribunal aborda no solo aspectos que forman parte de la primera excepción planteada por la Demandada de que las Demandantes no han demostrado la existencia de un reclamo *prima facie* propiamente dicho, sino también aquellos aspectos de la tercera excepción planteada por la Demandada de que el

Caso CIADI No. ARB/03/29, Decisión sobre Jurisdicción (14 de noviembre de 2005), párr. 183 (AL RA 16 / CL-013); *Salini Costruttori S.p.A. e Italstrade S.p.A. c. Reino Hachemita de Jordania*, Caso CIADI No. ARB/02/13, Decisión sobre Jurisdicción (9 de noviembre de 2004), párr. 155 (AL RA 9); *Parkerings-Compagniet AS c. República de Lituania*, Caso CIADI No. ARB/05/8, Laudo (11 de septiembre de 2007), párr. 443 (AL RA 237 / CL-080); *Azurix Corp. c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/01/12, Laudo (14 de julio de 2006), párr. 315 (AL RA 141); cf. también *SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. República de Filipinas*, Caso CIADI No. ARB/02/6, Decisión del Tribunal sobre Excepciones a la Jurisdicción (29 de enero de 2004), párr. 161 (AL RA 25); *Waste Management Inc. c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/00/3, Laudo (30 de abril de 2004), párr. 174 (AL RA 119).

Tribunal carece de jurisdicción *ratione materiae* que se refieren a la afirmación de la Demandada de que, a la luz de la interpretación que realiza la Demandada del Artículo 4(3) del TBI, las Demandantes, en su carácter de accionistas indirectos de ENJASA, no pueden plantear reclamos relacionados con los activos en poder de ENJASA, en particular reclamos derivados de la revocación de la licencia operativa de ENJASA salvo que la revocación de la licencia resultase en una expropiación de los “activos”/“activos financieros” de ENJASA.

225. En primer lugar, el Tribunal procederá a tratar la cuestión que consiste en determinar si las Demandantes han podido demostrar una violación *prima facie* del Artículo 4 del TBI. En este contexto, el Tribunal abordará también el argumento de la Demandada respecto del impacto del Artículo 4(3) del TBI en los reclamos de accionistas-inversores, tanto con respecto a la expropiación como a otros derechos de acción en virtud del TBI Argentina-Austria. Posteriormente, el Tribunal analizará si las Demandantes han presentado un reclamo *prima facie* por incumplimiento del Artículo 2(1) del TBI (tratamiento justo y equitativo). Por último, evaluará si las Demandantes han presentado un reclamo *prima facie* por incumplimiento del Artículo 3(1) del TBI (tratamiento nacional).

(i) *Violación prima facie del Artículo 4 del TBI*

226. El Artículo 4 del TBI protege las inversiones contra expropiaciones no indemnizadas y “toda otra medida que tenga un efecto equivalente”. El Artículo 4(1) y (2) del TBI establece, según la traducción acordada por las Partes, lo siguiente:

ARTICLE 4

(1) *The term “expropriation” includes both nationalization as well as any other measure having an equivalent effect.*

(2) *The investments of investors of a Contracting Party shall not be expropriated in the territory of the other Contracting Party except for a public purpose, in accordance with due process of law and against compensation. Such compensation shall amount to the value of the investment expropriated immediately before the expropriation or the impending expropriation became public knowledge. Compensation shall be paid without undue delay and shall bear interest until the date of payment, at the customary*

bank rate of the State in whose territory the investment has been made; shall be effectively realizable and freely transferable. Assessment and payment of compensation shall be adequately provided for no later than at the time of expropriation.)

227. Por lo tanto, la pregunta en el presente contexto es si puede entenderse, de manera plausible *prima facie*, que la revocación de la licencia de ENJASA y eventos subsiguientes resultan en una expropiación en el sentido del Artículo 4(1) del TBI de la inversión de las Demandantes, es decir, su participación accionaria directa en L&E, así como su participación indirecta en ENJASA.
228. Claramente, la revocación de la licencia de ENJASA y eventos subsiguientes no constituyen una expropiación directa, la cual requiere la toma y transferencia de la titularidad, de la inversión de las Demandantes. Sin que medie disputa al respecto entre las Partes, las Demandantes continúan siendo titulares de sus acciones en L&E y ENJASA. Sin embargo, la noción de expropiación en el Artículo 4(1) del TBI también abarca “toda otra medida que tenga un efecto equivalente”, es decir, las llamadas expropiaciones indirectas o *de facto*. En la jurisprudencia de los tribunales de tratados de inversión, se ha sostenido que tales expropiaciones indirectas pueden ocurrir, *inter alia*, cuando las medidas de un Estado receptor, que afectan directamente los activos de la sociedad, privan sustancial y permanentemente al accionista-inversor de su inversión en la participación de la sociedad y destruyen efectivamente el valor de esas acciones. En tales casos, los accionistas pueden presentar reclamos basados en la expropiación (indirecta) de su participación accionaria en el Estado receptor²¹⁷.

²¹⁷ Por ejemplo, véanse únicamente los casos invocados por las Demandantes para respaldar su reclamo *prima facie* de que se ha producido una expropiación indirecta de su inversión como accionistas mediante la interferencia con los activos de la empresa presentes en el Memorial de Dúplica de Excepciones a la Jurisdicción, párrs. 32-36: *CMS Gas Transmission Company c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/01/8, Decisión del Tribunal sobre Excepciones a la Jurisdicción (17 de julio de 2003), párrs. 59, 66-69) (AL RA 13); *Azurix Corp c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/01/12, Decisión sobre Jurisdicción (8 de diciembre de 2003), párrs. 69), 73 (AL RA 14); *Azurix Corp c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/01/12, Decisión sobre la Solicitud de Anulación de la República Argentina (1 de septiembre de 2009), párrs. 57-62, 76-80, 86-130 (CL-095); *Enron Corporation y Ponderosa Assets, L.P. c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/01/3, Decisión sobre Jurisdicción (14 de enero de 2004), párrs. 35, 43 - 49, 58 - 60 (CL - 051); *Enron Corporation y Ponderosa Assets, L.P. C. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/01/3, Decisión sobre Jurisdicción (Demanda Adicional) (2 de agosto de 2004), párrs. 17, 34 - 35 (CL - 096); *Siemens A. G. c. República Argentina*, Caso CIADI No.

229. En este contexto, en la visión del Tribunal, las Demandantes han presentado un reclamo *prima facie* de que la revocación de la licencia operativa de ENJASA y eventos subsiguientes califican como una expropiación indirecta, una “medida que t[iene] un efecto equivalente”, con respecto a su participación en L&E y ENJASA. Después de todo, las Demandantes afirman que, sin la licencia operativa exclusiva de ENJASA, y teniendo en cuenta la transferencia de operaciones de ENJASA a nuevos operadores, su inversión en el sector de juegos de azar y de lotería de Salta, así como el valor de sus acciones en L&E y ENJASA, fueron efectivamente destruidos²¹⁸. Esto satisface, en opinión del Tribunal, el umbral para presentar el reclamo *prima facie* de que las Demandantes han sufrido una expropiación indirecta de su inversión en Argentina que infringe el Artículo 4(1) y (2) del TBI.
230. Sin prejuzgar el test que deba aplicarse por ende al fondo, parecería, sin embargo, que ciertos factores jugarán un papel durante la fase de fondo a la hora de determinar si se ha

ARB/02/8, Decisión sobre Jurisdicción (3 de agosto de 2004), párrs. 25, 136-150 (CL-081); *GAMI Investments, Inc. c. El Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos*, CNUDMI, Laudo Definitivo (15 de noviembre de 2004), párrs. 26-33 (CL-099); *Camuzzi International S.A. c. La República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/03/2, Decisión sobre Excepciones a la Jurisdicción (11 de mayo de 2005), párrs. 54-67 (CL-082); *Sempra Energy International c. La República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/02/16, Decisión sobre Excepciones a la Jurisdicción (11 de mayo de 2005), párrs. 73-79 (CL-097); *Continental Casualty Company c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/03/9, Decisión sobre Jurisdicción (22 de febrero de 2006), párr. 79 (AL RA 32); *Iurii Bogdanov y otros c. República de Moldavia*, CCE, Laudo (22 de septiembre de 2005), párr. 5.1 (CL-102); *Telefónica S.A. c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/03/20, Decisión del Tribunal sobre Excepciones a la Jurisdicción (25 de mayo de 2006), párrs. 68-83 (CL-098); *Total S.A. c. la República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/04/1, Decisión sobre las Excepciones a la Jurisdicción (25 de agosto de 2006), párr. 74 (AL RA 18); *RosInvestCo UK Ltd c. la Federación Rusa*, Arbitraje CCE No. V (079/2005), Laudo Definitivo (12 de septiembre de 2010), párrs. 605-609, 625 (CL-103); *Daimler Financial Services AG c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/05/1, Laudo (22 de agosto de 2012), párrs. 82-93 (AL RA 96); *Sr. Franck Charles Arif c. La República de Moldavia*, Caso CIADI No. ARB/11/23, Laudo (8 de abril de 2013), párr. 380 (CL-100); *Yuri Bogdanov y Yulia Bogdanova c. La República de Moldavia*, Arbitraje CCE No. V (091/2012), Laudo Definitivo (16 de abril de 2013), párrs. 167-168 (CL-101); *ST-AD GmbH c. La República de Bulgaria*, Caso CPA No. 2011-06, CNUDMI, Laudo sobre Jurisdicción (18 de julio de 2013), párrs. 278-285 (CL-104); *Hochtief AG c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/07/31, Decisión sobre Responsabilidad (29 de diciembre de 2014), párrs. 150-181, 302-307 (AL RA 145).

²¹⁸ Véase Memorial sobre el Fondo, párr. 397 (“La revocación de la licencia de ENJASA sin el pago de ninguna indemnización en sí misma destruyó la totalidad de la inversión de las Demandantes en la Argentina. La posterior transferencia de los contratos de locación y los contratos laborales a la competencia de ENJASA confirma el apoderamiento definitivo de la inversión, dejando a las Demandantes sin ninguna base económica para continuar con su inversión.”) De modo similar, Memorial de Contestación al Memorial de Excepciones a la Jurisdicción, párr. 80 (“[...] al revocar la licencia de ENJASA, la República Argentina impidió que las Demandantes operaran 46 mesas de juego en cuatro casinos, 1376 máquinas tragamonedas en 15 salas tragamonedas y que operaran y/o comercializaran 14 juegos de lotería. Por lo tanto, la revocación aprobada mediante la Resolución No. 240/13 destruyó el valor comercial de la inversión de las Demandantes. Fue así que se produjo una expropiación indirecta de la inversión de las Demandantes”. - (nota al pie omitida)).

producido una violación del Artículo 4(1) y (2) del TBI. En primer lugar, parecería relevante analizar si la revocación de la Licencia y actos subsiguientes han privado sustancial y permanentemente a las Demandantes de los beneficios económicos asociados a su participación accionaria en L&E y en ENJASA. En tal contexto, una de las cuestiones aparentes sería establecer si la circunstancia de que el Sheraton Hotel Salta se mantuviera operativo y bajo el control de ENJASA luego de la revocación de la licencia operativa de ENJASA fue un factor de influencia a la hora de determinar si se llevó a cabo una expropiación indirecta de la participación de las Demandantes en L&E y ENJASA. Análogamente, el hecho de que supuestamente se ofreciera a las Demandantes continuar explotando ciertas partes de sus operaciones, hasta ese momento exclusivas, de lotería y juegos de azar pareciera ser un factor a tener en cuenta al determinar la existencia de una expropiación indirecta, esto es, si efectivamente se ha destruido la inversión de las Demandantes.

231. En segundo lugar, parecería relevante considerar en qué medida la revocación de la licencia de ENJASA constituyó un ejercicio ordinario del poder regulador del Estado receptor. Durante la etapa de fondo, parecería necesario determinar si la revocación de la licencia de ENJASA constituía un ejercicio regular de las facultades de supervisión del ENREJA en virtud de la Ley No. 7020, como argumentó la Demandada, o si la revocación constituyó un abuso de las facultades regulatorias del ENREJA.
232. Además de la violación *prima facie* de los artículos 4(1) y (2) del TBI, las Partes también han debatido sobre la función y la interpretación del artículo 4(3) del tratado. En sus versiones auténticas en alemán y español, el artículo reza lo siguiente:

ARTIKEL 4

[...]

(3) Enteignet eine Vertragspartei die Vermögenswerte einer Gesellschaft, die in Anwendung von Artikel 1 Absatz 2 dieses Abkommens als ihre eigene Gesellschaft anzusehen ist, und an welcher der Investor der anderen Vertragspartei Anteilsrechte besitzt, so wendet sie die Bestimmungen des Absatzes 2 dieses Artikels dergestalt an, daß die angemessene Entschädigung dieses Investors sichergestellt wird.

[...]

ARTICULO 4

[...]

(3) Cuando una Parte Contratante expropie los activos financieros de una sociedad que, conforme con las disposiciones del Artículo 1, apartado 2 del presente Convenio, sea considerada como sociedad perteneciente a esa Parte Contratante y en la cual el inversor de la otra Parte Contratante tuviera derechos de participación, aquella aplicará las disposiciones del apartado 2 de este Artículo de manera tal que la indemnización apropiada del inversor resulte asegurada.

[...]

233. Tal como se detallara *supra*, las Partes debatieron sobre la aplicación de esta disposición a la licencia operativa de ENJASA en vista de los significados potencialmente diferentes del término alemán “*Vermögenswerte*” y el término español “*activos financieros*” en las dos versiones auténticas del TBI. Mientras que el término alemán “*Vermögenswerte*” parecería cubrir la licencia de ENJASA como un activo, como argumentaron las Demandantes²¹⁹, el término español “*activos financieros*” podría no hacerlo, tal como argumentara la Demandada²²⁰. Además, según la Demandada, el Artículo 4(3) del TBI limita a los accionistas-inversores, como las Demandantes, a realizar reclamos por expropiación y excluye reclamos de accionistas-inversores por incumplimiento de otras obligaciones que surjan del tratado, tales como el tratamiento justo y equitativo o el tratamiento nacional²²¹.
234. Como resultado de las diferencias en las versiones auténticas en idioma alemán y en idioma español del Artículo 4(3) del TBI, las Partes han proporcionado traducciones divergentes de esta disposición al inglés. Con indicación de las diferencias en las traducciones de las Partes, el texto en inglés del Artículo 4(3) del TBI es el siguiente:

Where a Contracting Party expropriates the financial [Demandada] assets of a company that, in accordance with the provisions of Article 1, paragraph 2 hereof, is deemed to be a company belonging to that Contracting Party, and in which the investor of the other Contracting Party owns [Demandada]/has [Demandantes] shares, the provisions set forth in paragraph 2 of this Article shall be applied by the former so as to guarantee the appropriate compensation of the investor.

235. No es necesario que el Tribunal arribe a una conclusión definitiva respecto de la interpretación del Artículo 4(3) del TBI en la etapa actual del procedimiento. En cambio, es suficiente que las Demandantes hayan presentado una interpretación plausible *prima facie* del Artículo 4(3) del TBI. Haciendo una paráfrasis del caso *Ambatielos*, “[s]i la interpretación [...] en que se basa pareciera ser una de las posibles interpretaciones que

²¹⁹ Memorial de Dúplica de Excepciones a la Jurisdicción, párrs. 46-60.

²²⁰ Memorial de Réplica de Excepciones a la Jurisdicción, párrs. 199-211.

²²¹ Memorial de Réplica de Excepciones a la Jurisdicción, párrs. 212-213.

pueden realizarse, aunque no necesariamente sea la correcta, el reclamo debe” proceder en cuanto al fondo²²². [Traducción del Tribunal]

236. En la visión del Tribunal, las Demandantes han planteado un reclamo *prima facie* de que la revocación de la licencia de ENJASA resultó en una expropiación de uno de los activos de ENJASA, lo cual concede a las Demandantes el derecho a recibir una indemnización en su carácter de accionistas indirectos de ENJASA en virtud del Artículo 4(3) del TBI. Para empezar, ENJASA califica, según los requisitos del Artículo 4(3), como una sociedad argentina, de conformidad con la definición del Artículo 1(2) del TBI.
237. Además, las Demandantes han presentado una interpretación plausible del Artículo 4(3) del TBI según la cual la licencia de operación de ENJASA se encuentra protegida como un “activo”. En este contexto, el Tribunal considera que aún no debe resolver la controversia de las Partes sobre la interpretación adecuada de la noción de “activo” presente en el Artículo 4(3) del TBI a la luz del diferente lenguaje utilizado por las versiones alemana y española del TBI (“*Vermögenswerte*” versus “*activos financieros*”) en virtud del test *prima facie* aplicable. Lo que es suficiente, en la etapa actual del procedimiento, es que la interpretación de las Demandantes cubre plausiblemente la licencia de operación de ENJASA como un “activo” protegido en el sentido del Artículo 4(3) del TBI y que puede interpretarse de manera plausible que la revocación de esa Licencia y eventos subsiguientes han redundado en una expropiación de ENJASA. Las Demandantes han presentado dicha interpretación plausible del Artículo 4(3) del TBI al argumentar que, de conformidad con el Artículo 33(4) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, debería adoptarse el significado de la versión alemana del Artículo 4(3) del TBI debido a que es la que mejor reconcilia los textos divergentes.
238. Además, las Demandantes alegaron que la revocación de la licencia de operación de ENJASA y la posterior transferencia de las operaciones a nuevos operadores destruyeron la operación comercial de ENJASA en el sector de juegos de azar y de lotería de la provincia de Salta. Tal como fuera alegado, es plausible *prima facie* considerar la revocación de la Licencia, y la posterior transferencia de operaciones a nuevos operadores,

²²² *Caso Ambatielos (Grecia c. Reino Unido)*, Sentencia (19 de mayo de 1953), Informes de la CIJ de 1953, pág. 18 (AL RA 235).

como un acto que resulta en una expropiación de determinados activos de ENJASA o de la totalidad de ENJASA en el sentido del Artículo 4(1) del TBI. También en este contexto, como lo ha señalado el Tribunal, parecería necesario analizar durante la etapa de fondo del procedimiento en qué medida la revocación de la Licencia y eventos subsiguientes han, de hecho, privado sustancial y permanentemente a ENJASA de sus activos dadas las circunstancias y si la revocación de la Licencia comprendió, o no, un ejercicio ordinario de las facultades regulatorias del ENREJA de conformidad con la Ley No. 7020. No obstante, a los fines de la presente etapa del procedimiento, las Demandantes han presentado un reclamo *prima facie* de que ENJASA se enfrentó a una expropiación, lo que a su vez podría otorgar a las Demandantes el derecho a una indemnización en virtud del Artículo 4(3) del TBI.

239. En general, con respecto al Artículo 4 del TBI, según la opinión del Tribunal, las Demandantes han planteado un reclamo *prima facie* de que la revocación de la Licencia de ENJASA y eventos subsiguientes constituyeron una expropiación indirecta de la participación de las Demandantes en L&E y ENJASA contraria al Artículo 4(1) y (2) del TBI. Asimismo, las Demandantes han presentado un reclamo *prima facie* de que la revocación de la Licencia de ENJASA y eventos subsiguientes constituyeron una expropiación de determinados activos de ENJASA o de la totalidad de ENJASA que podría dar derecho a las Demandantes a recibir una indemnización de conformidad con el Artículo 4(3) del TBI.
240. Como cuestión final, el Tribunal debe abordar el argumento de la Demandada de que el Artículo 4(3) del TBI limita la protección de accionistas-inversores en virtud del TBI en los casos en lo que se hayan expropiado activos de la sociedad, con exclusión de otros estándares de protección, como el tratamiento justo y equitativo en virtud del Artículo 2(1) del TBI, o el tratamiento nacional en virtud del Artículo 3(1) del TBI. En este sentido, hay que observar que nada en el texto del Artículo 4(3) del TBI sustenta tal argumento, a la luz de una lectura *prima facie* de dicha disposición. En cambio, la formulación del Artículo 4(3) del TBI sugiere *prima facie* que esa disposición fue concebida para otorgarles a los accionistas-inversores un derecho de acción adicional cuando se expropie una sociedad local en la que el inversor protegido sea titular de acciones.

241. Este derecho de acción adicional difiere de un reclamo de accionistas-inversores en virtud del Artículo 4(2) del TBI por expropiación (indirecta) de su participación accionaria. En virtud del Artículo 4(3) del TBI, la demandante solo debería demostrar que los activos/activos financieros de la sociedad estuvieron sujetos a una expropiación, sin que sea necesario demostrar efecto perjudicial alguno en el valor de la participación accionaria. En cambio, para un reclamo en virtud del Artículo 4(2) del TBI, el accionista-inversor necesitaría demostrar que la interferencia del Estado receptor con los activos de la sociedad tuvo un efecto de tal gravedad en la participación accionaria que califica como “medida que tenga un efecto equivalente” en esa participación accionaria.

(ii) *Violación prima facie del Artículo 2(1) del TBI*

242. El Tribunal procede a determinar si las Demandantes han presentado un reclamo *prima facie* por incumplimiento del Artículo 2(1) del TBI. Dadas las circunstancias de la revocación de la licencia de ENJASA, pareciera que la violación del Artículo 2(1) del TBI que, según la traducción al inglés acordada entre las Partes, requiere que los Estados Contratantes “*accor[d] at all times fair and equitable treatment*” (“otorg[uen] en todo caso un tratamiento justo y equitativo”) es plausible *prima facie*. Se ha interpretado que el tratamiento justo y equitativo es aplicable para, *inter alia*, proteger a los inversores cubiertos y a sus inversiones contra el ejercicio arbitrario de los poderes públicos, así como contra el hostigamiento por parte de las autoridades públicas, para exigir a las autoridades públicas que administren el derecho aplicable de buena fe, para que los inversores extranjeros y sus inversiones puedan acceder al debido proceso, y para proteger las expectativas legítimas de un inversor²²³.

²²³ Para obtener ejemplos, véanse únicamente los casos invocados por las Demandantes con el fin de sustentar su reclamo *prima facie* de que no se les concedió un tratamiento justo y equitativo presentes en el Memorial de Contestación al Memorial de Excepciones a la Jurisdicción, párrs. 84-85: *El Paso Energy International Company c. la República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/03/15, Laudo (31 de octubre de 2011), párr. 348(CL-016); *Electrabel S.A. c. República de Hungría*, Caso CIADI No. ARB/07/19, Decisión sobre Jurisdicción, Derecho Aplicable y Responsabilidad (30 de noviembre de 2012), parte VII, párr. 7.75 (CL-020); *CME Czech Republic B.V. (Países Bajos) c. La República Checa*, CNUDMI, Laudo Parcial (13 de septiembre de 2001), párr. 611 (CL-021); *Saluka Investments B.V. (Países Bajos) c. La República Checa*, CNUDMI, Laudo Parcial (17 de marzo de 2006), párr. 309 (CL-018); *Plama Consortium Limited c. República de Bulgaria*, Caso CIADI No. ARB/03/24, Laudo (27 de agosto de 2008), párrs. 175, 176 (CL-118); *Metalclad Corporation c. Los Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/97/1, Laudo (30 de agosto de 2000), párr. 99 (CL-011); *Técnicas Medioambientales Tecmed S.A. c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/00/2, Laudo (29 de

243. Se ha considerado que estos elementos del estado de derecho que se derivan de un tratamiento justo y equitativo se aplican no solo a las medidas adoptadas directamente frente al demandante-inversor, sino también a las medidas adoptadas por el Estado receptor en relación con una sociedad en la que el inversor es un accionista. En tales situaciones, se ha considerado que el accionista-inversor tiene derecho y, por lo tanto, legitimación conforme al estándar de tratamiento justo y equitativo relativa a que la sociedad en la que ha invertido sea tratada de conformidad con los elementos del estado de derecho mencionados *supra*²²⁴.

mayo de 2003), párr. 153 (CL-008); *Waguih Elie George Siag y Clorinda Vecchi c. La República Árabe de Egipto*, Caso CIADI No. ARB/05/15, Laudo (1 de junio de 2009), párr. 450 (CL-024); *Frontier Petroleum Services Ltd. c. La República Checa*, CNUDMI, Laudo Final (12 de noviembre de 2010), párr. 300 (CL-025); *Siemens A. G. c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/02/8, Laudo (6 de febrero de 2007), párr. 308 (CL-034); *Waste Management Inc. c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/00/3, Laudo Arbitral (30 de abril de 2004), párr. 98 (AL RA 119); *Eureko B.V. c. República de Polonia*, Laudo Parcial (19 de agosto de 2005), párrs. 231 - 233 (AL RA 30); *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. c. República Unida de Tanzania*, Caso CIADI No. ARB/05/22, Laudo (24 de julio de 2008), párrs. 597-599 (CL-031); *Joseph Charles Lemire c. Ucrania*, Caso CIADI No. ARB/06/18, Laudo (28 de marzo de 2011), párrs. 158, 159 (CL-090).

²²⁴ *CMS Gas Transmission Company c. La República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/01/8, Decisión del Tribunal sobre Excepciones a la Jurisdicción (17 de julio de 2003), párrs. 59, 66-69 (AL RA 13); *Azurix Corp. c. La República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/01/12, Decisión sobre Jurisdicción (8 de diciembre de 2003), párrs. 69, 73 (AL RA 14); *Telefónica S.A. c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/03/20, Decisión del Tribunal sobre Excepciones a la Jurisdicción (25 de mayo de 2006), párr. 81 (CL-098); *Continental Casualty Company c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/03/9, Decisión sobre Jurisdicción (22 de febrero de 2006), párr. 79 (AL RA 32); *Azurix Corp c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/01/12, Decisión sobre la solicitud de anulación de la República Argentina (1 de septiembre de 2009), párrs. 57-62, 76-80, 86-130 (CL-095); *Enron Corporation y Ponderosa Assets, L.P. c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/01/3, Decisión sobre Jurisdicción (14 de enero de 2004), párrs. 35, 43-49, 58-60 (CL - 051); *Enron Corporation y Ponderosa Assets, L.P. C. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/01/3, Decisión sobre Jurisdicción (Demanda Adicional) (2 de agosto de 2004), párrs. 17, 34-35 (CL-096); *Siemens A. G. c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/02/8, Decisión sobre Jurisdicción (3 de agosto de 2004), párrs. 25, 136-150 (CL-081); *GAMI Investments, Inc. c. el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos*, CNUDMI, Laudo Definitivo (15 de noviembre de 2004), párrs. 26-33 (CL-099); *Camuzzi International S.A. c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/03/2, Decisión sobre Excepciones a la Jurisdicción (11 de mayo de 2005), párrs. 54-67 (CL-082); *Sempra Energy International c. La República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/02/16, Decisión sobre Excepciones a la Jurisdicción (11 de mayo de 2005), párrs. 73-79 (CL-097); *Iurii Bogdanov y otros c. República de Moldavia*, CCE, Laudo (22 de septiembre de 2005), párr. 5.1 (CL-102); *Total S.A. c. La República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/04/01, Decisión sobre Excepciones a la Jurisdicción (25 de agosto de 2006), párr. 74 (AL RA 18); *RosInvestCo UK Ltd c. la Federación Rusa*, Arbitraje CCE No. V (079/2005), Laudo Definitivo (12 de septiembre de 2010), párrs. 605-609, 625 (CL-103); *Daimler Financial Services AG c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/05/1, Laudo (22 de agosto de 2012), párrs. 82-93 (AL RA 96); *Sr. Franck Charles Arif c. República de Moldavia*, Caso CIADI No. ARB/11/23, Laudo (8 de abril de 2013), párr. 380 (CL-100); *Yuri Bogdanov y Yulia Bogdanova c. la República de Moldavia*, Arbitraje CCE No. V (091/2012), Laudo Definitivo (16 de abril de 2013), párrs. 167-168 (CL-101); *ST-AD GmbH c. La República de Bulgaria*, Caso CPA No. 2011-06, CNUDMI, Laudo sobre Jurisdicción (18 de julio de 2013), párrs. 278-285 (CL-104); *Hochtief AG c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/07/31, Decisión sobre Responsabilidad (29 de diciembre de 2014), párrs. 150-181, 302-307 (AL RA 145); *Bernhard von Pezold y otros c. República de Zimbabue*, Caso CIADI No. ARB/10/15, Laudo (28 de julio

244. A la luz de las circunstancias de hecho alegadas por las Demandantes, las cuales incluyen que la Resolución ENREJA No. 240/13 fue dictada en violación del derecho de ENJASA a ser escuchada, que su motivación fue insuficiente, que fue desproporcionada, que se basaba en la aplicación retroactiva de ciertas normas regulatorias y que constituyó un procedimiento simulado motivado no por políticas legítimas sino por favoritismo local²²⁵, existe *prima facie* un reclamo plausible de que algunos o todos los elementos del estado de derecho del estándar de tratamiento justo y equitativo mencionados *supra* fueron violados en relación con la inversión de las Demandantes en el sector de juegos de azar y de lotería de Salta a través de la revocación de la licencia de operación de ENJASA y eventos subsiguientes. Sin embargo, sin prejuzgar el test aplicable en última instancia en cuanto al fondo, parecería relevante considerar, y que las Demandantes demostrasen, en qué medida existieron deficiencias en la revocación por parte del ENREJA de la licencia de ENJASA como alegan las Demandantes, o si en cambio la acción del ENREJA representó el ejercicio ordinario de su facultad reguladora en virtud de la Ley No. 7020 que se ajustó a los requisitos del tratamiento justo y equitativo.

(iii) *Violación prima facie del Artículo 3(1) del TBI*

245. Si bien se ha demostrado *prima facie* que los reclamos por expropiación (directa e indirecta) y violación del tratamiento justo y equitativo de conformidad con el TBI son plausibles, el Tribunal considera que la invocación por parte de las Demandantes de una violación de la disposición de tratamiento nacional en el Artículo 3(1) del TBI no ha sido sustanciada de manera plausible, por lo que no se cumple con el test *prima facie*.

246. El Artículo 3(1) del TBI establece lo siguiente en sus versiones auténticas en alemán y español:

ARTIKEL 3

ARTICULO 3

de 2015), párrs. 326 (CL-146); *Técnicas Medioambientales Tecmed S.A. c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/00/2, Laudo (29 de mayo de 2003), párr. 152 y ss (CL-008); *Metalclad Corporation c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/97/1, Laudo (30 de agosto de 2000), párrs. 74 y ss (CL-011); *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. y LG&E International Inc. c. República Argentina*, Caso CIADI N.º ARB/02/1, Decisión sobre Responsabilidad (3 de octubre de 2006), párrs. 100-139 (CL-003); *BG Group Plc. c. La República Argentina*, CNUDMI, Laudo Final (24 de diciembre de 2007), párrs. 289-310 (AL RA-75).

²²⁵ Véase Memorial sobre el Fondo, párrs. 423-432; Memorial de Contestación al Memorial de Excepciones a la Jurisdicción, párr. 84.

Behandlung von Investitionen

(1) Jede Vertragspartei behandelt Investoren der anderen Vertragspartei und deren Investitionen nicht weniger günstig als ihre eigenen Investoren und deren Investitionen oder Investoren dritter Staaten und deren Investitionen.

[...]

Tratamiento de las inversiones

(1) Cada Parte Contratante otorgará a los inversores de la otra Parte Contratante y a sus inversiones, un tratamiento no menos favorable que el otorgado a sus propios inversores y a sus inversiones o a los inversores de terceros Estados y a sus inversiones.

[...]

247. Las Partes han proporcionado traducciones al inglés ligeramente divergentes de esta disposición. En opinión del Tribunal, estas diferencias, sin embargo, resultan irrelevantes para interpretar el Artículo 3(1) del TBI. No obstante, las respectivas traducciones de las Partes se reproducen aquí de la siguiente manera:

Traducción de las Demandantes

ARTICLE 3

Treatment of Investments

(1) Each Contracting Party shall treat investors of the respective other Contracting Party and their investments no less favourable than its own investors and their investments or investors from third countries and their investments.

[...]

Traducción de la Demandada

ARTICLE 3

Treatment of Investments

(1) Each Contracting Party shall accord to investors of the other Contracting Party and to their investments treatment no less favourable than the treatment it accords to its own investors and to their investments or to the investors of any third State and to their investments.

[...]

248. Las Demandantes alegan que, luego de la revocación de su Licencia, las operaciones de ENJASA han sido transferidas a operadores locales sin los mismos requisitos estrictos que ENJASA tenía que cumplir en el momento en que se privatizó la industria del juego y la lotería de Salta en el período 1999/2000²²⁶. Asimismo, las Demandantes señalan que las licencias de operación para las actividades de juego fueron concedidas, al menos en parte, a aquellos operadores cuya supuesta contratación por parte de ENJASA fue utilizada por el ENREJA como causal para la revocación de la licencia de ENJASA²²⁷. Las Demandantes consideran que estos dos factores resultan en una violación del Artículo 3(1) del TBI.

249. El Tribunal, sin embargo, no logra entender cómo alguno de estos aspectos, o ambos aspectos juntos, podrían dar como resultado una violación del Artículo 3(1) del TBI. El

²²⁶ Véase Memorial sobre el Fondo, párr. 208; Memorial de Contestación al Memorial de Excepciones a la Jurisdicción, párrs. 87-88.

²²⁷ Véase Memorial sobre el Fondo, párr. 349.

Artículo 3 (1) prohíbe las discriminaciones basadas en la nacionalidad entre los inversores extranjeros y sus inversiones, por una parte, y los inversores nacionales y sus inversiones, por otra. Tal discriminación, sin embargo, presupone que los inversores extranjeros y nacionales y sus inversiones se vean afectados de manera diferente, *de iure* o *de facto*, ya sea por la misma medida gubernamental o por medidas que están lo suficientemente conectadas como para dar lugar a un tratamiento discriminatorio²²⁸.

250. Sin embargo, en el escenario presentado por las Demandantes, el Tribunal no logra detectar ninguna discriminación *prima facie* del tipo al que se dirige el Artículo 3(1) del TBI. En primer lugar, a la luz de las consideraciones *supra*, el Artículo 3(1) del TBI no permite plausiblemente, a efectos de establecer discriminación o tratamiento diferenciado, una comparación de las condiciones entre el proceso de licitación en el período 1999/2000 y la adjudicación de nuevas licencias de operación en el período 2013/2014. Por el contrario, los gobiernos son libres de cambiar las condiciones para licitar concesiones o licencias públicas relativas a la explotación de actividades económicas en diferentes momentos como parte de sus facultades regulatorias y su derecho a regular. El propósito de las disposiciones de no discriminación es garantizar la igualdad de tratamiento como condición previa para la competencia leal en un momento dado en el tiempo, no para congelar la regulación del mercado a lo largo del tiempo. Sin embargo, ese sería el caso si en el período 2013/2014, en circunstancias económicas, sociales y políticas completamente diferentes, las licencias de operación debieran adjudicarse en las mismas condiciones que en el período 1999/2000. Por la misma razón, es decir, la necesidad de asegurar flexibilidad en la regulación gubernamental a lo largo del tiempo, el Tribunal no considera que pueda interpretarse la existencia plausible de una violación del Artículo 3(1) del TBI derivada de la decisión de la Provincia de Salta de cambiar de un monopolio de una empresa en el sector de juegos de azar y de lotería en el período 1999/2000 a un sistema con múltiples operadores en el período 2013/2014.
251. En segundo lugar, a los efectos del análisis del Artículo 3(1) del TBI, es irrelevante que los nuevos operadores a los que se otorgó una licencia en el período 2013/2014 hayan estado

²²⁸ Véase Andrew Newcombe y Lluís Paradell, *Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Protection* (WoltersKluwer 2009) 182-83 (CL-027).

en relaciones comerciales con ENJASA, las cuales fueron declaradas ilegales por el ENREJA, que era uno de los motivos invocados por el ENREJA para justificar la revocación de la licencia exclusiva de ENJASA. Una vez más, la revocación de la licencia exclusiva de ENJASA y la concesión de nuevas licencias no exclusivas a los nuevos operadores constituyen escenarios separados. La revocación de la licencia exclusiva de ENJASA en sí misma no puede plausiblemente considerarse discriminatoria ya que las Demandantes no alegan que una licencia que beneficiaba a un inversor de otra nacionalidad, en circunstancias similares, no fue revocada. Asimismo, la adjudicación de las nuevas licencias a otros operadores no puede considerarse plausiblemente como discriminatoria para las Demandantes, ya que las Demandantes no han presentado ofertas para estas licencias.

252. Con respecto a esto último, podría haber sido una alegación plausible *prima facie* que la Demandada violó el Artículo 3(1) del TBI si supuestamente se hubiera impedido a ENJASA participar, en igualdad de condiciones con los nuevos operadores, en la adjudicación de nuevas licencias, o si, debido a la titularidad extranjera, se la hubiera tratado de manera diferente en ese proceso. Sin embargo, esto no es uno de los reclamos de las Demandantes. No argumentan que no podrían haber participado en el período 2013/2014 en la adjudicación de nuevas licencias en igualdad de condiciones con los operadores nacionales; en su lugar, alegan que la concesión de licencias a los nuevos operadores en el período 2013/2014 como tal resultó en una discriminación basada en la nacionalidad de las Demandantes en contravención del Artículo 3(1) del TBI. Tal reclamo, sin embargo, no puede ser considerado plausible en el derecho. En consecuencia, el Tribunal determina que las Demandantes no han realizado un reclamo *prima facie* por incumplimiento del Artículo 3(1) del TBI.
253. En síntesis, el Tribunal ha determinado que las Demandantes han presentado reclamos plausibles de que *prima facie* se han violado sus derechos en su carácter de accionistas-inversores extranjeros con arreglo a los Artículos 4 y 2(1) del TBI Argentina-Austria. En cambio, el Tribunal ha determinado que las Demandantes no han presentado un reclamo *prima facie* por incumplimiento del Artículo 3(1) del TBI. Esta conclusión responde tanto a aspectos de la primera excepción planteada por la Demandada como a la tercera

excepción planteada por la Demandada en tanto se relaciona con el alcance de protección de accionistas-inversores.

D. El efecto de las cláusulas de selección de foro

254. Por último, el Tribunal considera el argumento de la Demandada – el segundo elemento de la primera excepción planteada por la Demandada –de que las cláusulas de selección del foro tanto en el Pliego de Bases y Condiciones como en el Contrato de Transferencia afectan la jurisdicción del Tribunal. Sin embargo, en opinión del Tribunal, las cláusulas de selección del foro en estos dos instrumentos no excluyen la jurisdicción del Tribunal.
255. En primer lugar, ambas cláusulas no se extienden *ratione personae* a la presente controversia con la Demandada, que no es parte del Contrato de Transferencia ni estuvo involucrada en la privatización de ENJASA a través de la licitación pública en el período 1999/2000. Más importante aún, sin embargo, es que ambas cláusulas de selección de foro no abarcan *ratione materiae* los reclamos de las Demandantes por violación del TBI. Esto es cierto con respecto al Artículo 8.3 del Pliego de Bases y Condiciones y al Artículo 13.1 del Contrato de Transferencia.

(i) Artículo 8.3 del Pliego de Bases y Condiciones

256. El Artículo 8.3 del Pliego de Bases y Condiciones, cuya redacción, incluidas las traducciones divergentes de las Partes, se reproduce *supra*²²⁹, establece que todos los participantes del proceso de licitación pública para la venta de acciones Clase A de ENJASA por parte de la Provincia de Salta se someten a la exclusiva jurisdicción de los tribunales ordinarios de la Provincia de Salta. Se aplica a todos los documentos e instrumentos relacionados con la oferta pública y el Contrato de Transferencia.
257. No obstante, la redacción y el contexto del Artículo 8.3 también dejan en claro que la cláusula de selección de foro solo se aplica a controversias derivadas de la licitación pública y su implementación, es decir, controversias de oferentes exitosos y no exitosos que participaron en el procedimiento de licitación y que desean reclamar, por ejemplo, sobre la realización de tales procedimientos. Trata el sometimiento de los participantes del proceso

²²⁹ Véase *supra* párr. 39.

de licitación a la jurisdicción de los tribunales de la Provincia de Salta con respecto a la licitación pública. Por el contrario, no puede interpretarse que el Artículo 8.3 del Pliego de Bases y Condiciones aborde las controversias por incumplimiento del TBI que surjan en relación con la revocación de la licencia de ENJASA en 2013 y eventos subsiguientes, que no está relacionada en absoluto con la privatización de ENJASA en el período 1999/2000. Tales controversias que surgen de tratados están más allá de la jurisdicción *ratione materiae* del Artículo 8.3 del Pliego de Bases y Condiciones.

(ii) Artículo 13.1 del Contrato de Transferencia

258. El Artículo 13.1 del Contrato, cuya redacción se reproduce *supra*²³⁰, contiene una cláusula de selección de foro que establece la jurisdicción exclusiva de los tribunales de la Provincia de Salta. Sin embargo, esta disposición no aplica *ratione materiae* a controversias en virtud del TBI relacionadas con la revocación de la licencia de operación de ENJASA y eventos subsiguientes.
259. En cambio, como se desprende de su redacción, el Artículo 13.1 se limita a las controversias que surjan de los derechos y obligaciones en virtud del Contrato de Transferencia, y que estén relacionadas con ellos. La segunda oración del Artículo 13.1 del Contrato de Transferencia estipula que la jurisdicción exclusiva de los tribunales de la Provincia de Salta se aplica a todos los efectos derivados del dicho contrato ("[...] a todos los efectos derivados del mismo [es decir, este contrato]"). A partir de la redacción de esta cláusula de selección de foro, queda claro que las controversias en virtud del TBI no están cubiertas *ratione materiae*.
260. Además, ni la revocación de la licencia de ENJASA en el año 2013, ni los eventos subsiguientes, son efectos derivados del Contrato de Transferencia. Esto se ve confirmado por el Artículo 7.1.2 del Contrato de Transferencia, el cual aborda las consecuencias derivadas de un incumplimiento de las obligaciones del comprador en virtud del Contrato después de que se haya efectuado la transferencia. Establece que las consecuencias contractuales que pueden derivarse del incumplimiento de las obligaciones del comprador

²³⁰ Véase *supra* párr. 42.

se producirán “sin perjuicio de las [secciones] determinadas en la ley 7020, su Decreto Reglamentario y la Licencia”²³¹. Por lo tanto, esta disposición clarifica que las consecuencias de una violación del Contrato de Transferencia, y las controversias que surjan por extensión de allí, son independientes de las sanciones tanto en virtud el régimen regulatorio que regula los juegos de azar en Salta como en virtud de la Licencia, y por extensión las controversias que surjan en ese contexto. En consecuencia, las controversias que surjan en relación con las sanciones de derecho público no pueden considerarse como controversias derivadas del Contrato de Transferencia y, por lo tanto, no están sujetas a la cláusula de jurisdicción exclusiva del Artículo 13.1 del Contrato de Transferencia.

261. Dado el alcance limitado *ratione materiae* del Artículo 8.3 del Pliego de Bases y Condiciones y el Artículo 13.1 del Contrato de Transferencia, tampoco es necesario abordar la cuestión que consiste en determinar hasta qué punto las cláusulas contractuales de selección de foro son capaces de hacer renunciar a los reclamos o recursos que surgen de tratados en virtud del TBI Argentina-Austria. Ninguna de las cláusulas de selección de foro es aplicable *ratione materiae* a la presente controversia y, por esta razón, no puede tener efecto alguno sobre la jurisdicción del presente Tribunal.

E. Conclusión

262. En vista de las consideraciones que anteceden, el Tribunal considera que las Demandantes han cumplido con el umbral requerido para presentar reclamos *prima facie* por incumplimiento del Artículo 4 del TBI relativo a la expropiación, y por incumplimiento del Artículo 2(1) del TBI relativo al tratamiento justo y equitativo. Sus reclamos tal como se presentan califican como reclamos en virtud de tratados, no como reclamos contractuales. También han presentado reclamos *prima facie* de que se han violado estas disposiciones en relación con las Demandantes en su carácter de accionistas-inversores en

²³¹ Anexo A RA 11: “Si realizada la transferencia de las acciones el Comprador incumpliere con alguna de las obligaciones impuestas por este Contrato y/o el Pliego y/o demás documentación integrante de la licitación, se aplicarán las siguientes sanciones sin perjuicio de las determinadas en la ley 7020, su Decreto Reglamentario y la Licencia”. Las Partes acordaron la siguiente traducción en inglés de esta cláusula: “7.1.2. *If once the transfer of shares has been performed, the Purchaser failed to comply with any of the obligations arising from this Agreement and/or from the Bidding Terms and Conditions and/or any other documents that form part of the Bidding Process, the following penalties shall apply, notwithstanding those penalties set forth in Law No. 7020, its Regulatory Decree and the License*”.

L&E y ENJASA. En particular, el Tribunal determinó que no puede interpretarse *prima facie* que el Artículo 4(3) del TBI Argentina-Austria limite los reclamos de accionistas-inversores a violaciones del Artículo 4 del TBI por expropiación. Asimismo, tal como se indicara *supra*, las cláusulas de selección de foro presentes en el Pliego de Bases y Condiciones, así como el Contrato de Transferencia tienen un alcance limitado, que no cubre reclamos por incumplimiento del TBI Argentina-Austria que surjan de la revocación de la licencia de ENJASA y eventos subsiguientes. Por el contrario, las Demandantes, en opinión del Tribunal, no han sido capaces de presentar un reclamo *prima facie* por incumplimiento del Artículo 3 (1) del TBI relativo al tratamiento nacional. Por lo tanto, el Tribunal rechaza la excepción planteada por la Demandada relativa a la falta de un reclamo *prima facie* en cuanto se refiere a reclamos por incumplimiento de los Artículos 2(1) y 4 del TBI, pero la acepta con respecto al reclamo de las Demandantes por incumplimiento del Artículo 3(1) del tratado.

3. Consentimiento de la Demandada al arbitraje

263. Por último, la Demandada objeta que no ha prestado su consentimiento válido para someter la presente controversia a arbitraje en virtud del Artículo 8 del TBI. Su excepción se basa, en esencia, en la opinión de que las Demandantes no han cumplido con los diversos requisitos secuenciales que el Artículo 8 del TBI establece para el cumplimiento por parte de los inversores austríacos antes de someter su reclamo al arbitraje del CIADI. A criterio de la Demandada, las Demandantes, en violación del Artículo 8(2) del TBI, no han sometido la controversia que ahora está pendiente ante este Tribunal a los tribunales nacionales luego de las consultas amistosas que iniciaron el 30 de abril de 2014 (para CAI), respectivamente, 7 de agosto de 2014 (para CASAG) y, en violación del Artículo 8(3) del TBI, tampoco han esperado a que transcurra el lapso de 18 meses mientras esa controversia estaba pendiente ante los tribunales nacionales ni al dictado de una decisión sobre el fondo de dicha controversia.
264. Además, la Demandada argumenta que cualquier controversia presentada por ENJASA ante los tribunales nacionales para revisar la legalidad de la revocación de su licencia de operación no pudo cumplir con los requisitos establecidos en el Artículo 8(2) y (3) del TBI ya que tal controversia no era idéntica, en términos de partes y pretensiones, a la

controversia pendiente ante el presente Tribunal. Asimismo, la Demandada alega que estos reclamos, aun si calificaran como recursos internos en virtud del Artículo 8(2) y (3) del TBI, no estuvieron precedidos de consultas amistosas durante un período de seis meses, tal como lo exige el Artículo 8(1) y (2) del TBI.

265. En cambio, lo que las Demandantes deberían haber hecho, según la Demandada, al efecto de que el presente Tribunal goce de jurisdicción, es presentar un reclamo por incumplimiento del TBI en los tribunales argentinos luego de iniciar consultas amistosas y esperar seis meses, y solo proceder al arbitraje internacional una vez que dicho reclamo se encontrara pendiente a nivel nacional durante un plazo de 18 meses o si no hubiera tenido éxito sobre el fondo. La Demandada también sostiene que existen los recursos necesarios por incumplimiento del TBI en virtud del derecho argentino y que son capaces de conducir a una resolución de dicha controversia dentro de un plazo de 18 meses.
266. Asimismo, para la Demandada, el presunto incumplimiento del TBI -y, por lo tanto, también la controversia a la que conllevó- surgió solo con la emisión por parte de ENREJA de la Resolución No. 315/13, no con la emisión de la Resolución No. 240/13. Esta última Resolución, según la Demandada, no constituía una decisión final y, por lo tanto, aún no podría haber existido controversia alguna en virtud del TBI. En consecuencia, el Recurso de Reconsideración de ENJASA interpuesto contra la Resolución No. 240/13 no puede considerarse como una presentación de la controversia a “la jurisdicción administrativa o judicial competente” en el sentido del Artículo 8(2) del TBI. Para la Demandada, la Resolución No. 315/13 tampoco constituía una “decisión definitiva” en el sentido del Artículo 8(3)(b) del TBI.
267. Como argumento subsidiario, la Demandada señala además que, aun si se considera que los recursos planteados por ENJASA contra las Resoluciones No. 240/13 y No. 315/13, en particular su Acción de Nulidad iniciada ante el Juzgado de Primera Instancia de Salta el 5 de febrero de 2014, cumplen el requisito de constituir recursos nacionales establecido en el Artículo 8(2) del TBI, el inicio por parte de las Demandantes del presente arbitraje el 4 de diciembre de 2014 hubiera sido prematuro, ya que el recurso interno planteado por ENJASA no había estado pendiente durante 18 meses, ni había dado lugar a una decisión sobre el fondo. Por último, la Demandada considera que, en cualquier caso, el Artículo 8(4)

del TBI impide la jurisdicción de este Tribunal ya que no se han retirado los reclamos de ENJASA contra la revocación de su licencia de operación en los tribunales nacionales.

268. Las Demandantes ven la aplicación del Artículo 8 del TBI de manera diferente, tanto en lo que respecta a la interpretación abstracta de esta disposición como a su aplicación concreta a los hechos del caso. A juicio de las Demandantes, el Artículo 8 del TBI, con su deber de entablar consultas amistosas y de someter la controversia a los tribunales nacionales o una jurisdicción administrativa, únicamente establece requisitos que afectan a la admisibilidad de los reclamos; por el contrario, no establece condiciones jurisdiccionales, o condiciones suspensivas, respecto del consentimiento de la Demandada, que deban cumplirse con anterioridad a la presentación de sus reclamos ante el Tribunal.
269. Asimismo, las Demandantes consideran que el Recurso de Reconsideración de ENJASA contra la Resolución No. 240/13, que resultó en la Resolución No. 315/13, cumplió con el requisito del Artículo 8(2) del TBI de recurrir a una jurisdicción administrativa nacional. La emisión de la Resolución No. 315/13, a su vez, constituyó, a juicio de las Demandantes, una decisión sobre el fondo en el sentido del Artículo 8(3)(b) del TBI, que les permitió someter la controversia al arbitraje internacional. Las Demandantes señalan además que estos pasos procesales estuvieron acompañados de diferentes reuniones con representantes de la Provincia de Salta al efecto de debatir de qué manera podía rehabilitarse la licencia de ENJASA. Según las Demandantes, los recursos internos que ENJASA había presentado en este caso eran los únicos recursos disponibles y pertinentes dentro del ordenamiento jurídico nacional de Argentina para abordar el agravio que las Demandantes alegan haber sufrido. Plantear reclamos por violación del TBI contra la Demandada en sus tribunales nacionales, tal como sugiere la Demandada, en opinión de las Demandantes, no fue posible y, en cualquier caso, era fútil dentro del marco temporal de 18 meses establecido en el Artículo 8(3)(a) del TBI.
270. Al abordar la presente excepción, el Tribunal, en primer lugar, analizará la fuente y la existencia del consentimiento de la Demandada y la naturaleza de los requisitos previos al arbitraje receptados en el Artículo 8 del TBI. Luego se referirá a la cuestión del cumplimiento por parte de las Demandantes del requisito del Artículo 8(1) y (2) del TBI de realizar consultas amistosas durante un tiempo determinado, analizará el cumplimiento

por parte de las Demandantes del Artículo 8(2) y (3) del TBI y, por último, revisará los argumentos relacionados con el Artículo 8(4) del TBI.

A. Origen y existencia del consentimiento de la Demandada y naturaleza de los requisitos anteriores al arbitraje en el Artículo 8 del TBI

271. En los procedimientos de resolución de controversias en virtud del derecho internacional público, el consentimiento es la piedra angular y la condición *sine qua non* para la jurisdicción de una corte o un tribunal internacional. Esto se ha mantenido sistemáticamente en la jurisprudencia de la CIJ²³². Similarmente, como un elemento clave para la jurisdicción de los tribunales del CIADI en virtud del Artículo 25(1) del Convenio CIADI, se necesita el consentimiento de ambas partes para someter una controversia a arbitraje²³³. Determinar, en la presente instancia, si la Demandada ha prestado su consentimiento, y si, conjuntamente con el consentimiento de las Demandantes, el Tribunal puede sustentarse en él para fundamentar su jurisdicción, es una cuestión de interpretación del Artículo 8 del TBI de conformidad con las normas sobre interpretación de tratados establecidas en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.
272. En este contexto, es importante observar que el Artículo 25(1) del Convenio CIADI no exige que el consentimiento de las Partes se plasme en la forma de un “acuerdo de arbitraje” o “acuerdo de sumisión a arbitraje” contractual o de tipo contractual²³⁴. Es igualmente posible que las partes expresen su consentimiento en ausencia de una relación contractual,

²³² Véase *Caso del Oro Amonedado Sacado de Roma en 1943* [*Monetary Gold Removed from Rome in 1943*] (Italia c. Francia, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y Estados Unidos de América), Excepciones Preliminares, Sentencia (15 de junio de 1954), Informes de la CIJ de 1954, pág. 32 (AL RA 199); *Timor Oriental* (Portugal c. Australia), Sentencia (30 de junio de 1995), Informe CIJ de 1995, párr. 34 (AL RA 200); *Actividades Armadas en el Territorio del Congo (Nueva Demanda: (La República Democrática del Congo c. Ruanda)*, Competencia de la Corte y Admisibilidad de la Demanda, Sentencia (3 de febrero de 2006), Informes de la CIJ de 2006, págs. 6, 39-40 2006, párr. 88 (AL RA 39).

²³³ *Daimler Chrysler Financial Services AG c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/05/1, Laudo (22 de agosto de 2012), párr. 168 (AL RA 96); *Wintershall Aktiengesellschaft c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/04/14, Laudo (8 de diciembre de 2008), párr. 116 (AL RA 38). Véase también Informe de los Directores Ejecutivos del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento Acerca del Convenio sobre el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, 18 de marzo de 1965, párr. 23 (AL RA 154) (que dispone que el consentimiento “es la piedra angular en que descansa la jurisdicción del Centro”).

²³⁴ Para una línea contraria de análisis, véase la Opinión Disidente, párrs. 4, 10, 19, 39, 43-56, 61, 65, 80, 188, 189, 191, 202-205.

por ejemplo, cuando el Estado receptor presta su consentimiento por adelantado y en relación con una clase de posibles demandantes definida en términos generales en un tratado de inversión internacional y el demandante inversor presta su consentimiento al incoar un reclamo concreto por incumplimiento de ese Tratado.

273. En este último escenario, debieran tratarse con cautela las analogías con los arbitrajes basados en contratos y los arbitrajes interestatales sobre la base de cláusulas compromisorias en los tratados internacionales. El arbitraje en virtud de un tratado de inversión es muy distinto al arbitraje basado en un contrato, aun cuando ambos se desarrollen conforme al marco del CIADI. No implica la evaluación de si ha existido el incumplimiento de un acuerdo celebrado entre las partes contendientes, sino si el Estado receptor cumplió los compromisos asumidos en un tratado internacional celebrado con el Estado de origen del inversor demandante. Pero el arbitraje en virtud de un tratado de inversión también difiere del arbitraje interestatal porque sus controversias, aunque regidas por el derecho internacional público, se resuelven entre inversores y Estados receptores. El arbitraje en virtud de un tratado de inversión conlleva el análisis de legalidad en virtud del derecho internacional público de la conducta del Estado receptor, que se inicia por un inversor extranjero afectado. En lo que respecta a su función, se ha asimilado a los mecanismos de revisión judicial que se encuentran a nivel nacional en los tribunales administrativos o constitucionales o a nivel internacional en los tribunales de derechos humanos.
274. Estas especificidades del arbitraje en virtud de un tratado de inversión afectan también la manera en la que los tribunales en materia de tratados de inversión debieran analizar los requisitos previos al arbitraje contenidos en las disposiciones de resolución de controversias inversor-Estado de los TBI. En primer lugar, en tanto su base jurisdiccional no es un contrato, un tribunal en materia de tratados de inversión no debiera preguntar si la oferta a arbitraje de la Demandada en el TBI se corresponde con la aceptación de las Demandantes, incluido el cumplimiento de cualquier requisito estricto previo al arbitraje, de modo tal que redunde en un “acuerdo de arbitraje” de carácter contractual. En cambio, al igual que en el contexto de resolución de controversias con arreglo al derecho internacional público, el cumplimiento de los requisitos previos al arbitraje receptados en

un TBI debiera analizarse como una cuestión que se refiere a la validez de la solicitud de intervención del Tribunal²³⁵.

275. No obstante, a diferencia de la resolución de controversias interestatales, donde la CIJ ha insistido, en determinados casos²³⁶, en el cumplimiento riguroso de las condiciones para solicitar su intervención en virtud de cláusulas compromisorias, el Tribunal considera que, salvo que los requisitos previos al arbitraje se formulen de manera clara e inequívoca como condiciones rigurosas para la validez de solicitar la intervención del tribunal, en el arbitraje en materia de tratados de inversión se justifica un enfoque más flexible y menos formalista. Este enfoque menos formalista es más acorde al objeto y fin de los tratados de inversión de promover y proteger la inversión extranjera para el desarrollo de la cooperación económica entre Estados. Además, no se puede esperar que los inversores – quienes, a diferencia de los Estados, no son sujetos de derecho internacional público – estén acostumbrados a las formalidades de la comunicación interestatal y de la resolución de controversias interestatales. En consecuencia, salvo que exista una formulación clara e inequívoca en contrario, no debiera someterse a los inversores a las formalidades de la resolución de controversias del derecho internacional público con el mismo rigor que a los Estados.
276. Estas consideraciones afectan asimismo la interpretación del Artículo 8 del TBI Argentina-Austria. El Artículo 8 del TBI es la disposición de resolución de controversias de un tratado, cuyo objeto y fin es promover y proteger la inversión extranjera. No puede considerarse en un contexto exclusivamente interestatal, sino que, de hecho, está dirigido a inversores, que tienen derecho a protección, y, por consiguiente, debe interpretarse a la luz de ello²³⁷. Esto no significa que los requisitos previos al arbitraje sean opcionales. Por

²³⁵ Para este enfoque conceptual véase *Causa Relativa a la Aplicación de la Convención Internacional sobre Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (Georgia c. la Federación de Rusia)*, Excepciones Preliminares, Sentencia (1 de abril de 2011), Informes de la CIJ de 2011, págs. 70, 121 y ss., párrs. 122 y ss.

²³⁶ Véase *Actividades Armadas en el Territorio del Congo (Nueva Demanda: 2002) (La República Democrática del Congo c. Rwanda)*, Jurisdicción y Admisibilidad, Sentencia (3 de febrero de 2006), Informes de la CIJ de 2006, págs. 6, 39-40, párr. 88 (AL RA 39); *Causa Relativa a la Aplicación de la Convención Internacional sobre Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (Georgia c. la Federación de Rusia)*, Excepciones Preliminares, Sentencia (1 de abril de 2011), Informes de la CIJ de 2011, págs. 70, 125 y ss., párrs. 132 y ss. Para la supuesta relevancia de estos casos, véase, Opinión Disidente, párrs. 6, 33-37, 92-93, 186.

²³⁷ De manera similar, el Artículo 36(2) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, que dispone

el contrario, siguen siendo, en principio, requisitos obligatorios. Aunque – nuevamente, salvo que los requisitos previos al arbitraje se formulen de manera clara e inequívoca para exigir el mismo enfoque formalista al evaluar su cumplimiento – un tribunal en materia de tratados de inversión debería otorgar mayor flexibilidad a las partes contendientes que la que la CIJ les otorga a las condiciones para solicitar su intervención en virtud de cláusulas compromisorias. Es en este contexto que el Tribunal procede a analizar el Artículo 8 del TBI Argentina-Austria.

277. En opinión del Tribunal, el consentimiento de la Demandada al arbitraje de controversias en virtud del TBI se encuentra en la primera oración del Artículo 8(4) del TBI, que establece, según la traducción al inglés acordada por las Partes, que “*under the terms of this Agreement, each Contracting Party irrevocably consents in advance to the submission of any dispute to arbitration*” (“cada Parte Contratante otorga, en las condiciones del presente Convenio, su consentimiento anticipado e irrevocable para que toda controversia sea sometida a este arbitraje”). Esta disposición constituye una manifestación clara, cierta e inequívoca del consentimiento de Argentina y Austria a los arbitrajes iniciados por inversores del otro Estado Contratante. Tal como se establece en el Artículo 8(4) del TBI, este consentimiento es “irrevocable” y “anticipado” desde el momento en que el tratado entró en vigor.
278. En virtud de la redacción del Artículo 8(4) del TBI, el consentimiento de las dos Partes Contratantes del TBI, por lo tanto, no surge solo después de que el inversor haya cumplido con los requisitos pre arbitrales contenidos en el Artículo 8 del TBI y antes de someter la controversia al arbitraje del CIADI; por el contrario, el consentimiento de los dos Estados para arbitrar existe desde el momento en que entró en vigor el TBI Argentina-Austria. A la luz de la clara redacción del Artículo 8(4) del TBI, no puede plantearse aquí la conclusión que otros tribunales han alcanzado con base en TBIs que involucran a Argentina redactados de manera diferente, especialmente en el caso *ICS c. Argentina*, en el que se determinó que

que un tercer Estado beneficiario que no sea parte “deberá cumplir las condiciones que para su ejercicio estén prescritas en el tratado o se establezcan conforme a éste”, no puede cumplir función alguna en el contexto presente. Como los inversores no son Estados, las reglas para los terceros Estados beneficiarios en virtud del Artículo 36(2) de la Convención de Viena no son aplicables a las relaciones entre los Estados receptores y los inversores cubiertos en virtud del TBI.

antes del cumplimiento de los requisitos pre arbitrales contenidos en una cláusula del TBI de resolución de controversias inversor-Estado, “[e]l consentimiento sin embargo todavía no está presente”²³⁸.

279. El hecho de que el consentimiento para arbitrar controversias con un inversor se haya otorgado de manera anticipada e irrevocable en la relación entre los dos Estados Contratantes del TBI Argentina-Austria al momento en que el TBI entró en vigor también afecta la naturaleza jurídica de los requisitos contenidos en el Artículo 8 del TBI. Dado que el consentimiento de la Demandada ya existía claramente desde el momento en que el TBI entró en vigor, los requisitos previos al arbitraje establecidos en el Artículo 8 del TBI, tales como la necesidad de realizar consultas amistosas del Artículo 8(1) o la necesidad de recurrir previamente a los recursos internos planteada en el Artículo 8(3), no pueden considerarse como condiciones suspensivas del consentimiento de la Demandada, cuyo incumplimiento antes de iniciar el presente arbitraje, excluiría automática y necesariamente la jurisdicción del Tribunal, como lo sostienen otros tribunales sobre la base de TBIs argentinos redactados de manera diferente²³⁹. En cambio, en lugar de afectar a la existencia del consentimiento de la Demandada para el arbitraje, los requisitos previos al arbitraje establecidos en el Artículo 8 del TBI establecen un procedimiento que las Demandantes deben cumplir antes de que el Tribunal pueda ejercer la jurisdicción sobre el fondo. Este procedimiento se refiere al “cómo” y al “cuándo” del ejercicio de la jurisdicción del Tribunal, no a su existencia.
280. En tal sentido, los requisitos previos al arbitraje planteados en el Artículo 8 del TBI se refieren a la validez de la solicitud de intervención del tribunal por parte de las Demandantes y no abarcan, como condiciones suspensivas del consentimiento de la Demandada, la cuestión de la jurisdicción. Tal como se estableciera *supra*, esto no significa que los requisitos previos al arbitraje del Artículo 8 del TBI sean opcionales; no pueden modificarse ni puede alterarse su secuencia. Por el contrario, deben cumplirse antes de que

²³⁸ *ICS Inspection and Control Services Limited c. República Argentina*, Caso CPA No. 2010-9, Laudo sobre Jurisdicción (10 de febrero de 2012), párr. 262 (AL RA 40).

²³⁹ Véase *Daimler Financial Services AG c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/05/1, Laudo (22 de agosto de 2012), párr. 183 (AL RA 96); *Impregilo S.p.A. c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/07/17, Laudo (21 de junio de 2011), párr. 94 (AL RA 46); *Wintershall Aktiengesellschaft c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/04/14, Laudo (8 de diciembre de 2008), párr. 160(2) (AL RA 38).

el Tribunal pueda proceder a analizar el caso en cuanto al fondo. Sin embargo, salvo que los requisitos previos al arbitraje se formulen de manera clara como condiciones suspensivas del consentimiento del Estado receptor, no necesariamente deben cumplirse en su totalidad con anticipación al inicio del presente arbitraje, sino que también pueden cumplirse, como se detalla a continuación, con posterioridad a ese momento y hasta tanto se adopte una decisión en materia de jurisdicción. Ésta es una manera en la que el formalismo excesivo, que es improcedente en el marco de los arbitrajes de tratados de inversión, debe evitarse.

281. También se desprende de la redacción del propio Artículo 8(4) que los requisitos previos al arbitraje establecidos en los Artículos 8(1)-(3) del TBI no constituyen condiciones suspensivas del consentimiento de la Demandada. Si bien la versión en español de dicha disposición utiliza la palabra “*condiciones*”, término que podría conllevar a la interpretación de que los requisitos del Artículo 8 condicionan el consentimiento de la Demandada, la versión alemana simplemente habla de “*Bestimmungen*” (es decir, disposiciones), no “*Bedingungen*” (es decir, condiciones), en virtud de las cuales la Demandada ha prestado su consentimiento. Resulta claro del uso más diferenciado de palabras en la versión alemana que los Estados contratantes del TBI no establecieron los requisitos pre-arbitrales en el Artículo 8 del TBI como condiciones suspensivas para la existencia del consentimiento del Estado receptor al arbitraje inversor-Estado, sino más bien como pasos procesales obligatorios que los inversores deben dar antes de que un reclamo pueda ser resuelto en cuanto al fondo por un tribunal de arbitraje internacional.
282. En este contexto general, el Tribunal pasa ahora a analizar lo que los requisitos previos al arbitraje contenidos en el Artículo 8(1), (2) y (3) del TBI Argentina-Austria exigen de las Demandantes y si estas últimas los han cumplido.

B. Consultas amistosas de conformidad con el Artículo 8(1) del TBI

283. El Artículo 8(1) del TBI establece, según la traducción en inglés acordada entre las Partes, lo siguiente:

Any dispute with regard to investments between an investor of one of the Contracting Parties and the other Contracting Party concerning any subject matter governed by

this Agreement shall, as far as possible, be settled through amicable consultations between the parties to the dispute.

284. Esta disposición establece la obligación de que las controversias entre inversor y Estado en virtud del TBI Argentina-Austria se resuelvan amistosamente. Sin embargo, el Artículo 8(1) del TBI no contiene más que una obligación blanda o “de mejores esfuerzos” que incumbe a ambas partes para tratar de resolver la controversia mediante consultas amistosas. Surge inequívocamente de la redacción del Artículo 8(1) del TBI que esta obligación solo existe, según la traducción acordada de las Partes al inglés, “*as far as possible*” (“en la medida de lo posible”). En consecuencia, si existen razones por las cuales es imposible llevar a cabo consultas (por ejemplo, porque no hay voluntad de alcanzar una resolución negociada entre las Partes o porque los plazos en el derecho interno para iniciar los recursos nacionales previstos en virtud del Artículo 8(2) del TBI no permiten que se lleven a cabo las negociaciones) o hay razones por las cuales no se puede llevar a cabo consultas durante seis meses completos tal como prevé el Artículo 8(2) del TBI (por ejemplo, porque los plazos en el derecho interno para iniciar los recursos nacionales previstos en virtud del Artículo 8(2) son menores a seis meses), el Artículo 8(1) del TBI no obliga a las Partes a proseguir con las negociaciones, según las circunstancias, ya sea en absoluto o más allá del punto en el tiempo en el que deban iniciarse los recursos nacionales mencionados en el Artículo 8(2) del TBI.
285. En este contexto, el Tribunal opina que las Demandantes han cumplido con el requisito de realizar consultas amistosas a fin de resolver la controversia planteada ante el Tribunal. Ya para el 27 de agosto de 2013 y, por ende, antes de que ENJASA adoptara medidas formales para impugnar la validez de la Resolución No. 240/13 de ENREJA, el Sr. Tucek, CEO de CASAG, se reunió con representantes de la Provincia de Salta y del ENREJA para analizar qué pasos debían emprenderse para restablecer la licencia exclusiva de ENJASA. Después de que ENJASA presentara su Recurso de Reconsideración en contra de la Resolución No. 240/13, se celebraron nuevas reuniones entre los representantes de las Demandantes y de la Provincia de Salta sobre las consecuencias de la revocación de la licencia de ENJASA.
286. Aunque el punto principal en cuestión durante dichas reuniones fue el restablecimiento de la licencia de ENJASA, el acuerdo sobre este tema habría resuelto cualquier controversia

entre las Demandantes y la Demandada en virtud del TBI y evitado que se iniciara el procedimiento que nos ocupa. Asimismo, representantes de las Demandantes ya estaban participando en estas negociaciones, lo que indica que las cuestiones que eran objeto de debate no se limitaban a la relación entre ENJASA y ENREJA, o la Provincia de Salta, sino que ya se trataba de los derechos e intereses de los accionistas extranjeros en ENJASA. Por último, el Recurso de Reconsideración de ENJASA en contra de la Resolución No. 240/13, aun cuando solo se encontraba en forma de reserva de derechos, aludía expresamente al incumplimiento del TBI Argentina-Austria derivado de la revocación de la Licencia. Todo esto demuestra que la “controversia”, en ese momento, no se limitaba a reclamos de incumplimiento del derecho interno entre ENJASA y ENREJA, o la Provincia de Salta, sino que ya se trataba de los derechos de las Demandantes en calidad de inversores extranjeros en virtud del TBI Argentina-Austria.

287. En ese contexto, el Tribunal acepta que el Artículo 8(1) del TBI contiene una comprensión amplia de la “controversia” que debe ser objeto de consultas amistosas. A diferencia de lo establecido en las disposiciones de resolución de controversias inter-Estados en el Artículo 9 del TBI²⁴⁰, el Artículo 8(1) no requiere que la “controversia” tenga que relacionarse específicamente con la interpretación y aplicación del TBI en el presente caso. En cambio, de conformidad con el Artículo 8(1) del TBI, es suficiente que la controversia sea “relativa a las inversiones [...] sobre las materias regidas por el presente Convenio”. Esta forma de enmarcar la noción de “controversia”, en opinión del Tribunal, abarca no solo reclamos en virtud del tratado entre las partes en el procedimiento que nos ocupa, sino también cualquier controversia que se relacione con la manera en la que las inversiones protegidas en virtud del tratado son tratadas por las autoridades del Estado receptor. En las presentes circunstancias, la noción de “controversia” también comprende las negociaciones relativas a la restitución de la licencia de ENJASA, incluso si, en ese momento, el incumplimiento del TBI no se planteara como el argumento principal. Tal diferencia califica como controversia “relativa a” una inversión cubierta y versa “sobre las materias regidas por el presente Convenio”.

²⁴⁰ El Artículo 9(1) del TBI dispone que “[t]oda controversia relativa a la interpretación o aplicación del presente Convenio deberá solucionarse, en lo posible, por la vía diplomática”.

288. Asimismo, si bien las reuniones y las consultas tuvieron lugar entre representantes de las Demandantes y de la Provincia de Salta, ellas satisfacen, en opinión del Tribunal, la necesidad de que las Demandantes intentaran resolver la controversia con la Demandada, debido a que los actos de la Provincia de Salta son atribuibles de conformidad con el derecho internacional a la República Argentina de conformidad con el Artículo 4(1) de los Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos de la Comisión de Derecho Internacional.
289. El Tribunal tampoco tiene indicio de hecho alguno para concluir que las Demandantes emprendieron estas negociaciones, que ellas iniciaron, sin la intención genuina de intentar resolver en forma amistosa la controversia emergente de la revocación de la licencia de ENJASA. En opinión del Tribunal, no puede exigirse que las Demandantes ofrezcan pruebas afirmativas de la existencia de dichas intenciones genuinas ante la falta de indicios claros que sugieran su ausencia.
290. Por último, cabe destacar que lo que importa en este contexto no es que, en ese momento, las Demandantes denominaran sus acciones “consultas amistosas” o las calificaran de tales de manera deliberada e intencional en el sentido del Artículo 8(1) del TBI; lo único que importa es que, objetivamente, se haya hecho un intento de resolver la controversia antes de iniciar los recursos nacionales mencionados en el Artículo 8(2) y (3) del TBI. Tal como el Tribunal ha expresado *supra*²⁴¹, en este contexto la sustancia debería preferirse a la forma. Las consultas amistosas en virtud del Artículo 8(1) del TBI no requieren las mismas formalidades que el uso de la “vía diplomática” por los Estados parte contratantes en el TBI al amparo del Artículo 9(1) del TBI como primer paso en su arreglo de diferencias entre Estados en virtud del TBI.
291. En consecuencia, el hecho de que las Demandantes hayan iniciado nuevamente lo que, según ellas, en ese momento, eran “consultas amistosas” con la República Argentina a través de sus cartas de fecha 30 de abril de 2014 (en nombre de CAI) y 7 de agosto de 2014 (en nombre de CASAG) carece de importancia a efectos de determinar si las Demandantes han cumplido con los requisitos anteriores al arbitraje contenidos en el Artículo 8 del TBI

²⁴¹ Véanse párrs. 275-276 *supra*.

antes. El nuevo inicio de consultas desde el 30 de abril de 2014 en adelante no dejaría sin efecto ni invalidaría el hecho de que hubieran tenido lugar consultas amistosas previas que cumplieran con el Artículo 8(1) del TBI.

292. En este contexto, el Tribunal está satisfecho de que las Demandantes han cumplido el requisito de consultas amistosas previas dispuesto en el Artículo 8(1) del TBI mediante la reunión entre el Sr. Tucek y representantes de la Provincia de Salta de fecha 27 de agosto de 2013 y sus reuniones posteriores antes de que ENJASA iniciara su Acción de Nulidad en contra de las Resoluciones Nos. 240/13 y 315/13.

C. Cumplimiento del Artículo 8(2) y (3) del TBI

293. El Artículo 8(2) y (3) del TBI establece, indicando diferencias leves pero intrascendentes en las traducciones de las Partes, lo siguiente:

(2) If the dispute cannot be settled through consultations within a term of six months, the dispute may be submitted to the competent administrative or judicial jurisdiction of the Contracting Party in whose territory the investment was made.

(3) The dispute may be submitted to an arbitral tribunal in the following cases:

a) where, after a period of eighteen months has elapsed from the date of notification of the initiation of the proceeding before the afore-mentioned jurisdiction [Demandada]/authorities [Demandantes], no decision was rendered on the merits;

b) where such decision has been rendered, but the parties are still in dispute [Demandada]/the dispute persists [Demandantes]. In such case, recourse to the arbitral tribunal shall render ineffective any decision previously adopted at the national level;

c) where the parties to the dispute have so agreed.

294. Por lo tanto, además de la necesidad de entablar consultas amistosas con arreglo al Artículo 8(1) del TBI, el Artículo 8(3) establece las condiciones en virtud de las cuales la controversia puede someterse a un tribunal arbitral. Además del supuesto -que actualmente no es relevante- de acuerdo entre las partes (Artículo 8(3) (c)), esto puede ocurrir si la

controversia ha sido sometida, ya sea por 18 meses sin que se dicte una decisión sobre el fondo (Artículo 8(3)(a)) o hasta que dicha decisión sea emitida sin resolver la disputa (Artículo 8(3)(b)), a una de las juriscisiones o autoridades domésticas referidas en el Artículo 8(2) del TBI. Por lo tanto, antes de que las Demandantes puedan proceder al arbitraje del CIADI, deben haber obtenido una decisión sobre el fondo por parte de una jurisdicción judicial o administrativa nacional o haber esperado esa decisión durante un plazo de 18 meses. Además, el Artículo 8(2) del TBI establece que el sometimiento a las jurisdicciones o autoridades nacionales debe estar precedido de consultas amistosas infructuosas durante seis meses.

295. Para determinar si estos requisitos se han cumplido en el presente caso, el Tribunal primero abordará la naturaleza de la controversia que debe haber sido presentada ante una jurisdicción administrativa o judicial nacional. A continuación, analizará si alguno de los recursos internos iniciados por ENJASA cumple con el requisito del Artículo 8(2) del TBI de recurrir a la “jurisdicción administrativa o judicial competente”. Posteriormente, el Tribunal considerará si las Demandantes han cumplido con el requisito del Artículo 8(3)(a) del TBI de que la controversia debe haber estado pendiente durante 18 meses en una jurisdicción nacional.

(i) La noción de controversia establecida en el Artículo 8 del TBI

296. Una primera cuestión que el Tribunal debe abordar en este contexto es si el recurso a una jurisdicción nacional requerido en virtud del Artículo 8(3) del TBI debe incluir, como argumenta la Demandada, una controversia idéntica a aquella sometida al arbitraje del CIADI, es decir, una controversia entre partes idénticas y relacionada con una pretensión idéntica, a saber, una violación del TBI, o si es suficiente, como argumentan las Demandantes, que la controversia en el contexto nacional involucre hechos sustancialmente similares, sin la necesidad de que las partes y las pretensiones sean idénticas. Solo en el caso de que la postura de la Demandada fuera la correcta, sería necesario que el Tribunal determine la cuestión, que fue muy controvertida entre las Partes y sus peritos, sobre si los recursos de los accionistas-inversores aplicados para determinar la responsabilidad del Estado federal por incumplimiento de un TBI son posibles dentro del ordenamiento jurídico interno argentino, en el caso de que la conducta denunciada se

originara por el comportamiento de una de las provincias federadas, y si pueden tener como resultado una decisión sobre el fondo dentro del plazo de 18 meses.

297. En opinión del Tribunal, la noción de “controversia” para la cual debe recurrirse a los recursos nacionales de conformidad con el artículo 8(3) del TBI no puede entenderse en los términos estrictos presentados por la Demandada. En cambio, la noción de “controversia” de conformidad con el Artículo 8(3) del TBI debe entenderse, como ya se señaló anteriormente en el contexto del Artículo 8(1) del TBI²⁴², de manera amplia. Lo que resulta relevante, en opinión del Tribunal, no es que la causa específica de acción, es decir, la responsabilidad por daños surgidos de la violación del TBI, haya sido analizada nacionalmente en el marco de procedimientos entre partes idénticas a las del presente arbitraje, sino que una jurisdicción nacional haya tenido la oportunidad de corregir la medida denunciada, evitando así la necesidad de una resolución formal e internacional de controversias a través del arbitraje inversor-Estado. Esto es todo lo que se requiere para cumplir con el objeto y el propósito de una disposición que establece la necesidad de recurrir primero a los recursos internos, tal como el Artículo 8(3) del TBI, a saber, proporcionar a las instituciones nacionales una oportunidad de autocorrección²⁴³.
298. En el presente caso, tal oportunidad, que habría evitado la necesidad de recurrir formalmente al arbitraje entre inversor y Estado, fue concedida dentro del ordenamiento jurídico interno de Argentina cuando ENJASA impugnó la legalidad de la revocación de su licencia de operación, primero a través de su Recurso de Reconsideración contra la Resolución No. 240/13, y luego a través de su Acción de Nulidad contra la Resolución No. 315/13. A propósito, también en este aspecto, cabe destacar que la Acción de Nulidad de ENJASA argumentaba que la revocación de la Licencia constituyó un incumplimiento del TBI Argentina-Austria²⁴⁴. Por lo tanto, la Acción de Nulidad de ENJASA ya reivindicó los

²⁴² Véase párr. 287 *supra*.

²⁴³ Cf. *Teinver S.A., Transportes de Cercanías S.A. y Autobuses Urbanos del Sur S.A. c. La República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/09/1, Decisión sobre Jurisdicción (21 de diciembre de 2012), párr. 135 (CL-137); *Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. y Abal Hermanos S.A. c. La República Oriental del Uruguay*, Caso CIADI No. ARB/10/7, Decisión sobre Jurisdicción (2 de julio de 2013), párr. 148 (CL-134).

²⁴⁴ Véase Anexo C-221, págs. 130-131.

reclamos en virtud del tratado planteados ante el Tribunal, si bien el recurso interno era entre partes diferentes e involucraba una reparación diferente.

299. Que esta lectura de la noción de “controversia” incluida en el Artículo 8 del TBI es la correcta también surge de una mirada al texto del Artículo 8 del TBI *in totum*. Así, el Artículo 8(2) del TBI dispone que la “controversia” en cuestión “podrá ser sometida a la jurisdicción administrativa o judicial competente de la Parte Contratante en cuyo territorio se realizó la inversión”. En particular, el hecho de que el Artículo 8(2) del TBI se refiera a la posibilidad de que la “controversia” se someta a la “jurisdicción administrativa” competente es un indicio claro de que las partes contratantes en el TBI Argentina-Austria no entendían que la noción de “controversia” incluida en el Artículo 8(2) y (3) del TBI se limitaba a los reclamos en virtud del tratado entre las partes en el arbitraje internacional posterior.
300. En efecto, no es habitual que los reclamos de incumplimiento de un tratado internacional se asignen a una “jurisdicción administrativa”, esto es, recursos decisorios internos de la administración de los que conocen órganos o entes que forman parte del poder ejecutivo, en lugar del judicial²⁴⁵. De hecho, al Tribunal no se le ha señalado la existencia de un mecanismo semejante ni en la República de Austria ni en la República Argentina en el que los reclamos por el incumplimiento de un TBI entre inversores extranjeros y el Estado receptor pudieran ser resueltos por una “jurisdicción administrativa”.
301. La segunda oración del Artículo 8(4) del TBI, a su vez, confirma esta interpretación amplia del término “controversia”. Exige que “[a] partir del comienzo de un procedimiento de arbitraje, cada parte en la controversia tom[e] todas las medidas requeridas para su

²⁴⁵ La conclusión de que ésta es la interpretación que ha de atribuirse a la noción de “jurisdicción administrativa” se torna especialmente evidente a partir de la versión en alemán del Artículo 8(2) del TBI, que se refiere a “*Verwaltungsverfahren*” (es decir, procedimientos ante agencias u órganos administrativos), y no de “*Verwaltungsgerichtsverfahren*” (es decir, procedimientos ante tribunales administrativos). En ese sentido, la versión en alemán del Artículo 8(3)(a) del TBI alude a “*Behörden*” como el concepto superior que comprende “la jurisdicción administrativa o judicial competente”, y no a “*Gerichte*”. “*Gerichte*”, sin embargo, habría sido el término técnico correcto si lo que las partes contratantes hubieran pretendido al utilizar el término “la autoridad/jurisdicción administrativa competente” era hacer referencia a los procedimientos que se tramitan ante un tribunal administrativo, y no ante un ente u órgano administrativo que forma parte del poder ejecutivo, y no del judicial. La versión en español del TBI, a su vez, emplea el término genérico “jurisdicción”, que puede utilizarse del mismo modo para aludir a procedimientos ante tribunales administrativos y a recursos internos de la administración.

desistimiento de la instancia judicial en curso”. Tal como se explicará en detalle *infra*, esta obligación de las partes no se limita a retirar de los tribunales locales un reclamo en virtud de un tratado en curso entre partes idénticas a las del procedimiento que nos ocupa, sino que comprende el conjunto más amplio de procedimientos que se relaciona con la misma matriz fáctica que el procedimiento que nos ocupa, ya sea entre partes idénticas o entre la subsidiaria local de accionistas-inversores extranjeros y autoridades nacionales con personalidad jurídica separada al amparo del derecho interno del Estado demandado.

302. Por último, la interpretación acotada de la noción de “controversia” respaldada por la Demandada tendría el efecto de que los accionistas-inversores que desean reivindicar sus derechos como inversores protegidos en virtud del TBI solo podrían hacerlo en un arbitraje inversor-Estado después de que se hayan llevado a cabo dos tipos de procedimientos internos: primero, un recurso planteado por parte de la sociedad constituida localmente contra la conducta del propio gobierno (ya que de lo contrario los efectos de ese acto también serían vinculantes e inapelables para el accionista de conformidad con la legislación nacional); y, en segundo lugar, un recurso planteado por el accionista-inversor ante los tribunales nacionales por daños y perjuicios basado en una supuesta violación de sus derechos en virtud del TBI. El recurso a un arbitraje basado en un tratado, a su vez, solo sería posible después de que se hubiera entablado el segundo tipo de procedimientos durante al menos 18 meses, o hasta que se hubiera emitido una decisión sobre el fondo en dichos procedimientos. Tales ineficiencias en el sistema de recursos disponibles en virtud de un TBI no solo brindarían a las instituciones nacionales una oportunidad de autocorrección; aumentarían innecesariamente la duración y los costos de los procedimientos de resolución de diferencias entre los inversores extranjeros y los Estados receptores. Que esto sea lo que las partes contratantes en el TBI pretendieron hacer al acordar un requisito de recurrir primero a los tribunales nacionales en el Artículo 8(2) y (3) del TBI es difícil de imaginar y no redundaría en una lectura de buena fe del Artículo 8(2) y (3) del TBI conforme a las reglas sobre interpretación de los tratados de la Convención de Viena.
303. En este contexto, no sorprende que los tribunales de tratados de inversión a menudo hayan adoptado una noción más amplia de “controversia” en pos de determinar si se han cumplido los requisitos de recurrir primero a los recursos internos en los tratados de inversión en los

casos que involucraban disposiciones de arreglo de diferencias entre inversores y Estados similares al Artículo 8 del TBI Argentina-Austria. Por lo tanto, el tribunal del caso *Teinver c. La República Argentina* dictaminó que

los recursos del derecho internacional permiten aplicar “distintas leyes a distintas partes” no disponibles en el derecho interno, y ello no puede obstar al cumplimiento de los requisitos de procurar los recursos de derecho interno²⁴⁶.

304. Del mismo modo, el tribunal del caso *Philip Morris c. Uruguay* concluyó que el término “controversias”, como es utilizado en el artículo 10(2), debe interpretarse de manera amplia con respecto a la materia y los hechos en cuestión y no como limitado a reclamos legales específicos, lo que incluye los reclamos bajo el Tratado específicamente. La diferencia ante los tribunales nacionales en virtud del artículo 10(2) no necesita tener las mismas bases legales o pretensiones que la diferencia sometida al arbitraje posterior, siempre que ambas diferencias se refieran a hechos sustancialmente similares y sean relativas a inversiones con arreglo al TBI²⁴⁷.
305. Conforme a estas consideraciones, en opinión del Tribunal, los recursos internos entablados por ENJASA contra la revocación de su licencia de operación cumplen con el requisito de recurrir primero a los recursos internos contenido en el Artículo 8(3) del TBI, incluso si la controversia que está pendiente ante el presente Tribunal es entre partes diferentes, esto es, un accionista extranjero de ENJASA y la República Argentina, y si se relaciona con el incumplimiento del TBI Argentina-Austria, más que con el incumplimiento de la legislación nacional. No se requería el planteo de ningún otro recurso entre las Demandantes y la Demandada por incumplimiento del TBI ante una jurisdicción nacional en pos de cumplir con el requisito del Artículo 8(3) de recurrir primero a los recursos internos, dado que, según el Tribunal, el Artículo 8(2) y (3) del TBI no exige que el recurso interno sea entre las mismas partes ni que la causa de pedir y el remedio solicitado sean idénticos.

²⁴⁶ *Teinver S.A., Transportes de Cercanías S.A. y Autobuses Urbanos del Sur S.A. c. La República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/09/1, Decisión sobre Jurisdicción (21 de diciembre de 2012), párr. 133 (CL-137).

²⁴⁷ *Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. y Abal Hermanos S.A. c. La República Oriental del Uruguay*, Caso CIADI No. ARB/10/7, Decisión sobre Jurisdicción (2 de julio de 2013), párr. 113 (CL-134).

(ii) *Recurso interno relevante en el sentido del Artículo 8(2) del TBI*

306. La siguiente pregunta que el Tribunal debe abordar es cuál de los diversos recursos internos que ENJASA utilizó, de ser el caso, es el relevante para determinar si las Demandantes pueden recurrir al arbitraje internacional de conformidad con el Artículo 8(3) del TBI. En este contexto, el Artículo 8(3) del TBI se refiere a “la jurisdicción administrativa o judicial competente de la Parte Contratante en cuyo territorio se realizó la inversión” mencionada en el Artículo 8(2). Dos de los recursos internos aplicados por ENJASA han sido el foco principal de las discusiones de las Partes: (i) el Recurso de Reconsideración de ENJASA contra la Resolución No. 240/13 planteado ante el ENREJA, de fecha 28 de agosto de 2013, que resultó en la Resolución No. 315/13; y (ii) la Acción de Nulidad de ENJASA contra las Resoluciones No. 240/13 y No. 315/13 de fecha 5 de febrero de 2014 planteada ante el Juzgado de Primera Instancia de Salta.
307. Ambos recursos apuntaban a revertir la decisión de ENREJA de revocar la licencia de operación de ENJASA. En caso de éxito, habrían vuelto a colocar a ENJASA y a las Demandantes en el *statu quo ante* de operar en el sector de juegos de azar y de lotería de Salta sobre la base de una licencia exclusiva. Ambos recursos se referían, en los términos del tribunal del caso *Philip Morris c. Uruguay*, a “hechos sustancialmente similares”²⁴⁸ a la controversia que está pendiente ante el Tribunal en virtud del TBI y, por esta razón, en principio cumplen con el requisito de recurrir primero a los recursos internos establecido en el Artículo 8(3) del TBI.
308. Sin embargo, el Tribunal no considera que el Recurso de Reconsideración de ENJASA contra la Resolución No. 240/13 planteado ante el ENREJA de fecha 28 de agosto de 2013 fuera suficiente para cumplir con la necesidad de someter la controversia a una jurisdicción nacional en el sentido del Artículo 8(2) del TBI. En particular, el Artículo 8(2) del TBI no requiere recurrir a un tribunal nacional antes de que el presente Tribunal pueda ejercer su jurisdicción - basta el sometimiento a una “jurisdicción administrativa competente”. No obstante, el concepto de “jurisdicción administrativa” no se refiere a cualquier tipo de participación de una institución u organismo administrativo en la resolución de una

²⁴⁸ *Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. y Abal Hermanos S.A. c. República Oriental del Uruguay*, Caso CIADI No. ARB/10/7, Decisión sobre Jurisdicción (2 de julio de 2013), párr. 113 (CL-134).

controversia de inversión. En cambio, el uso del concepto de “jurisdicción” en el Artículo 8(2) del TBI aclara que el organismo administrativo en cuestión debe realizar un análisis independiente de la legalidad de la conducta del Estado receptor y decidir de forma vinculante sobre un recurso planteado por parte de la persona agraviada de una manera que sea comparable a un tribunal. Incluso si el resultado es vinculante, ante la ausencia de dicho análisis independiente relativo a la legalidad de la acción gubernamental no tiene sentido hablar de la existencia de una “jurisdicción” administrativa comparable a la de un tribunal.

309. Si bien el Tribunal se encuentra convencido por el testimonio pericial brindado durante la Audiencia por los Profesores García Pulles, Bianchi y Mata²⁴⁹ de que el Recurso de Reconsideración planteado por ENJASA era un recurso adecuado en virtud del derecho nacional en pos de objetar a la legalidad de la revocación de la Licencia, la decisión sobre dicho Recurso fue tomada por el mismo organismo que emitió la medida en cuestión, es decir, el ENREJA. Aunque puede ser posible que una jurisdicción administrativa en el sentido del Artículo 8(2) del TBI se constituya como una unidad independiente dentro del mismo organismo ejecutivo cuyos actos son objeto de revisión, el testimonio pericial sobre la ley vigente en la Provincia de Salta no estableció de manera positiva que la decisión emitida por el ENREJA sobre el Recurso de Reconsideración planteado por ENJASA implicara dicho análisis independiente sobre la legalidad de la Resolución ENREJA No. 240/13. Por el contrario, existían dudas respecto de la independencia de la revisión del ENREJA sobre la legalidad de la Resolución No. 240/13 en respuesta al Recurso de Reconsideración de ENJASA²⁵⁰. Por tal motivo, el Tribunal considera que el Recurso de Reconsideración de ENJASA no cumple con el requisito de que la controversia haya sido sometida a una “jurisdicción administrativa” en el sentido del Artículo 8(2) del TBI.

²⁴⁹ Anexo C-273, párr. 50, Anexo C-274, párr. 28, *véase también* Transcripción de la Audiencia del 25 de marzo de 2017, págs. 543-547, (Profesor Mata), págs. 619-620 (Profesor García Pulles).

²⁵⁰ Por el contrario, existía duda sobre la independencia de la revisión del Recurso de Reconsideración planteado por ENJASA dentro del ENREJA. El Profesor García Pulles declaró lo siguiente en respuesta a la pregunta de uno de los árbitros sobre si en la organización interna del ENREJA la decisión sobre un Recurso de Reconsideración era tomada por una persona diferente a la decisión original: “No, desde el punto de vista del órgano, el mismo órgano. No puedo decirle si estaban las mismas personas en el momento en que tomaron las dos decisiones. Podrían haber estado las mismas personas porque se trata del mismo órgano”. *Véase* la Transcripción de la Audiencia del 24 de marzo de 2017, pág. 448.

310. Si bien el Recurso de Reconsideración planteado por ENJASA en contra de la Resolución No. 240/13, en consecuencia, no califica como el sometimiento de la controversia a una jurisdicción administrativa competente, ENJASA también ha iniciado, el 5 de febrero de 2014, una Acción de Nulidad de las Resoluciones No. 240/13 y No. 315/13 ante el Juzgado de Primera Instancia de Salta. A diferencia del Recurso de Reconsideración planteado por ENJASA, esta acción califica, en opinión del Tribunal, como un recurso ante los tribunales nacionales en el sentido del Artículo 8(2) del TBI. La Acción de Nulidad de ENJASA, que implica la revisión de la legalidad de la revocación de la Licencia, involucra, en los términos del tribunal del caso *Philip Morris c. Uruguay*, “hechos sustancialmente similares” a los de la presente controversia y, en caso de resultar exitosa, habría eliminado, en principio, la necesidad de recurrir al arbitraje internacional ante este Tribunal.
311. Por último, pero no menos importante, existe una cuestión de oportunidad temporal, ya que el Artículo 8(2) del TBI establece que los recursos internos en cuestión pueden iniciarse en caso de que la controversia no pueda resolverse mediante consultas amistosas en un plazo de seis meses. Sin embargo, ENJASA presentó su Acción de Nulidad el 5 de febrero de 2014 y, por lo tanto, menos de seis meses después de haber entablado sus primeras consultas con el ENREJA y la Provincia de Salta el 27 de agosto de 2013.
312. En opinión del Tribunal, el período de seis meses mencionado en el Artículo 8(2) del TBI no puede leerse como un período de espera que debe agotarse completamente. Por el contrario, el período durante el cual deben proseguirse las negociaciones según lo dispuesto en el Artículo 8(2) del TBI no puede leerse en forma aislada. En cambio, debe leerse y aplicarse en relación con el requisito de utilizar los recursos internos antes de recurrir al arbitraje internacional, según lo dispuesto en el artículo 8(3) del TBI, y a la luz de los plazos que el derecho nacional estipule para los recursos nacionales en cuestión. En este contexto, solo puede esperarse y requerirse que los inversores extranjeros, o sus subsidiarias locales, según sea el caso, entablen consultas amistosas siempre que esto sea posible a la luz de los plazos vigentes en la legislación nacional para iniciar los recursos internos requeridos en virtud del Artículo 8(3) del TBI. Cualquier otra interpretación crearía una contradicción entre el período de consulta de seis meses establecido en el Artículo 8(2) del TBI y la necesidad de entablar recursos internos establecidos en el Artículo 8 (3) del TBI, que deben

respetar los requisitos de tiempo y forma en virtud del derecho interno a fin de ser interpuestos válidamente²⁵¹.

313. Dado que el Recurso de Reconsideración planteado contra la Resolución No. 240/13 debía ser presentado al ENREJA antes del 28 de agosto de 2013, es decir, 15 días después de la emisión de la Resolución No. 240/13, y que, con posterioridad a la emisión de la Resolución No. 315/13, debía entablarse una Acción de Nulidad dentro de una demora adicional prevista en virtud del derecho interno para poder impugnar la revocación ante los tribunales de Salta según lo requerido por el Artículo 8(3) del TBI, el Tribunal considera que no se ha producido ningún incumplimiento del período de consultas amistosas establecido en el Artículo 8(2) del TBI. Del mismo modo, las Demandantes han respetado y no han pasado por alto la secuencia de la interposición de los diversos requisitos pre-arbitrales, esto es, consultas amistosas y aplicación de los recursos internos.

(iii) Cumplimiento del requisito de 18 meses establecido en el Artículo 8(3)(a) del TBI

314. Habiendo determinado que la Acción de Nulidad de ENJASA planteada ante el Juzgado de Primera Instancia de Salta fue el recurso interno relevante en el sentido del Artículo 8(2) del TBI, y al considerar que no se ha adoptado una decisión sobre el fondo de esa Acción, el Tribunal debe proceder a abordar la cuestión que consiste en determinar si las Demandantes han cumplido con el requisito de que su recurso interno esté pendiente en el país durante un plazo de 18 meses de conformidad con el Artículo 8(3)(a) del TBI.
315. Aunque en la actualidad ya han transcurrido 18 meses desde el 5 de febrero de 2014, cuando ENJASA presentó su Acción de Nulidad respecto de las Resoluciones No. 240/13 y No. 315/13 al Juzgado de Primera Instancia de Salta, las Demandantes iniciaron el presente arbitraje el 4 de diciembre de 2014, es decir, menos de 18 meses después de que ENJASA recurriera al tribunal de Salta. Por lo tanto, se plantea la cuestión de si el incumplimiento de este requisito de 18 meses al momento de iniciar el arbitraje del CIADI

²⁵¹ Por esta razón, la mayoría del Tribunal también considera inapropiado cualquier paralelo con el razonamiento utilizado en el marco del caso *Murphy Exploration and Production Company International c. República del Ecuador*, Caso CIADI No. ARB/08/4, Laudo sobre Jurisdicción (15 de diciembre de 2010), párrs. 140 y ss. (AL RA 204), que se refería a un “período de espera” en virtud del Artículo VI(3)(a) del TBI Ecuador-Estados Unidos. *Pero véase Opinión Disidente*, párrs. 29, 188.

torna inadmisibles los reclamos de las Demandantes de conformidad con el Artículo 8(3) del TBI o si es suficiente que hayan transcurrido 18 meses al momento en el que el Tribunal decide sobre su jurisdicción y la admisibilidad del reclamo. La redacción del Artículo 8(3)(a) del TBI ciertamente no exige que los 18 meses necesariamente hayan transcurrido antes del recurso de las Demandantes al arbitraje internacional, dado que el Tribunal ha decidido que este requisito previo al arbitraje no es condición suspensiva del consentimiento de la Demandada. El Artículo 8(3) del TBI establece que la controversia podrá “ser sometida a un tribunal arbitral” en las tres circunstancias mencionadas. El término “sumisión”, sin embargo, no necesariamente tiene que referirse al momento de la intervención real del tribunal de arbitraje, sino que puede interpretarse del mismo modo que alude al momento en el que el tribunal puede efectivamente ejercer jurisdicción respecto del reclamo y proceder al fondo.

316. El que esto constituye la interpretación del Artículo 8(3) del TBI queda confirmado por el hecho de que, de conformidad con el Artículo 8(3)(c) del TBI, la controversia pueda someterse a un arbitraje internacional “cuando las dos partes en la controversia lo hayan así convenido”. En vista de la naturaleza, basada en el consentimiento, de la jurisdicción de un tribunal en virtud de un tratado de inversión, sería suficiente que el tribunal basara su jurisdicción en el acuerdo de las partes al amparo del Artículo 8(3)(c) del TBI, independientemente de si se llegó a ese acuerdo antes o después de la intervención del tribunal de arbitraje. Teniendo en cuenta que las cuestiones del momento de la intervención son irrelevantes a los fines del Artículo 8(3)(c) del TBI, también deben ser irrelevantes, *mutatis mutandi*, a los fines del momento de la intervención en virtud del Artículo 8(3)(a) del TBI.
317. Podría sugerirse una lectura estricta de los requisitos de litigios nacionales comparables en virtud de diferentes TBIs que involucran a Argentina en base a las decisiones de los tribunales en los casos *Wintershall c. Argentina*, *Daimler c. Argentina*, *Impregilo c. Argentina e ICS c. Argentina*²⁵². Sin embargo, en ninguno de estos casos el tribunal

²⁵² *Daimler Financial Services AG c. La República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/05/1, Laudo (22 de agosto de 2012), párr. 183 (AL RA 96); *Impregilo S.p.A. c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/07/17, Laudo (21 de junio de 2011), párr. 94(AL RA 46); *Wintershall Aktiengesellschaft c. República Argentina*, Caso CIADI No.

respectivo se enfrentó a la situación de que el demandante respectivo, o su subsidiaria local, hubiera iniciado realmente procedimientos internos, sino que iniciaron el arbitraje entre inversor y Estado conforme al TBI antes de que transcurriera el plazo de 18 meses relativo al foro nacional. En cambio, en todos estos casos, no se inició ningún recurso nacional²⁵³. En consecuencia, nunca se consideró la cuestión del cumplimiento posterior del requisito de recurrir primero a los recursos internos en estos casos. Sin perjuicio de ello, el tribunal del caso *Daimler Financial Services c. Argentina* sugirió que el posterior cumplimiento del requisito de 18 meses podría haber sido suficiente cuando respondió negativamente a la pregunta de “si la controversia, al menos en el ínterin, ha sido sometida a proceso judicial ante los tribunales nacionales argentinos durante 18 meses”²⁵⁴.

318. Sea como fuere, en opinión del Tribunal, exigir que hayan transcurrido 18 meses antes de que se inicie el arbitraje internacional es demasiado formalista y no se encuentra en consonancia con el objeto y el fin de un requisito de recurrir primero a los recursos internos, tal como el establecido en el Artículo 8(3) del TBI. Después de todo, el propósito de tal requisito es brindar a los tribunales del Estado receptor la oportunidad, por un tiempo determinado, de remediar el supuesto agravio antes de que un tribunal internacional asuma la jurisdicción, coordinando así la resolución de la controversia entre las jurisdicciones nacionales e internacionales. La redacción del Artículo 8 del TBI no sugiere nada diferente.
319. En consecuencia, si resulta evidente, al momento en que el tribunal de arbitraje internacional decide sobre su jurisdicción y sobre la admisibilidad de los reclamos, que ha transcurrido el período en que el TBI requiere la aplicación de recursos internos sin que la controversia se haya resuelto, el propósito del requisito de recurrir primero a los recursos internos ya no puede satisfacerse. Seguir insistiendo sobre el cumplimiento estricto de

ARB/04/14, Laudo (8 de diciembre de 2008), párr. 160 (2) (AL RA 38); *ICS Inspection and Control Services Limited c. La República Argentina*, Caso CPA No. 2010-9, Laudo sobre Jurisdicción (10 de febrero de 2012), párr. 262 (AL RA 40).

²⁵³ *Wintershall AG c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/04/14, Laudo (8 de diciembre de 2008), párrs. 7-11 (AL RA 38); *Impregilo S.p.A. c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/07/17, Laudo (21 de junio de 2011), párr. 90 (AL RA 46); *ICS Inspection and Control Services c. República Argentina*, Caso CPA No. 2010-9, Laudo sobre Jurisdicción (10 de febrero de 2012), párr. 246 (AL RA 40); *Daimler Financial Services AG c. La República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/05/1, Laudo (22 de agosto de 2012), párr. 191 (AL RA 96).

²⁵⁴ Véase *Daimler Financial Services AG c. La República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/05/1, Laudo (22 de agosto de 2012), párr. 190 (AL RA 96).

dicho requisito al desestimar la controversia en el marco del procedimiento que nos ocupa como inadmisibles sería un formalismo procesal exagerado que es incompatible con la administración justa de la justicia internacional en las diferencias en virtud de tratados de inversión y el principio de buena fe, los cuales rigen la resolución de controversias internacionales. Después de todo, la estricta insistencia por parte de este Tribunal respecto del plazo de 18 meses previo a la iniciación del presente arbitraje no evitaría que las Demandantes reiniciaran un arbitraje internacional idéntico sin enfrentar obstáculos relativos a la jurisdicción y la admisibilidad debido a su incumplimiento del requisito del plazo de 18 meses establecido en el Artículo 8(3)(a) del TBI.

320. Además, la opinión de que resulta suficiente que los requisitos de recurrir primero a los recursos internos, tales como aquel establecido en el Artículo 8(3) del TBI, se cumplan con posterioridad al inicio del arbitraje CIADI, pero antes de que se emita una decisión sobre la jurisdicción, incluso ha sido aceptada por varios tribunales de tratados de inversión que calificaron al requisito de recurrir primero a los recursos internos presente en el tratado aplicable como un factor determinante de la jurisdicción del tribunal. No obstante, si los requisitos de recurrir primero a los tribunales nacionales, considerados de naturaleza jurisdiccional, pueden cumplirse posteriormente al inicio del arbitraje pero antes de que se tome una decisión sobre la jurisdicción, esto debe ser cierto *a fortiori* para los requisitos de recurrir primero a los tribunales nacionales tales como los incluidos en el Artículo 8(3) del TBI Argentina-Austria.
321. Así, el tribunal del caso *TSA Spectrum c. Argentina* concluyó en un caso en el cual la demandante había iniciado el arbitraje CIADI antes de que transcurrieran 18 meses de su tramitación ante tribunales nacionales sin una decisión final, tal como lo exige el TBI Argentina-Países Bajos, que

[...] a pesar del hecho de que el procedimiento en el CIADI se inició prematuramente, el Tribunal de Arbitraje considera que ahora sería demasiado formal desestimar el caso sobre la base de que no se cumplieron las formalidades establecidas en el Artículo 10(3) del TBI, ya que un rechazo basado en esa causa no impediría, de ninguna manera, que

TSA inicie inmediatamente un nuevo proceso de arbitraje ante el CIADI sobre la misma cuestión²⁵⁵.

322. De manera similar, en el caso *Teinver c. Argentina*, el tribunal resolvió respecto del incumplimiento por parte de la demandante de una cláusula comparable relativa al requisito de recurrir primero a los tribunales nacionales establecida en el Artículo X(3) del TBI Argentina-España que:

[...] si bien las Demandantes admiten que el plazo de 18 meses no había transcurrido al momento de presentar la Solicitud de Arbitraje, acertadamente señalan que sí han transcurrido 18 meses desde entonces, y el procedimiento interno se encuentra aún pendiente de resolución. Por tanto, el objetivo último de este requisito, es decir, el darles a los tribunales locales la posibilidad de analizar las medidas controvertidas, se ha cumplido. Exigirles a las Demandantes que comiencen nuevamente y vuelvan a presentar este arbitraje hoy, habiéndose cumplido el plazo de 18 meses, sería sólo una pérdida de tiempo y recursos²⁵⁶.

323. Del mismo modo, el tribunal del caso *Philip Morris c. Uruguay* abordó una cuestión similar en virtud del Artículo X(2) del TBI Suiza-Uruguay. El tribunal decidió, basándose en un análisis de los casos resueltos por la Corte Permanente de Justicia Internacional y la CIJ, que estaba satisfecho procediendo con el caso, aunque ciertas condiciones procesales previas para la jurisdicción se hubieran cumplido únicamente con posterioridad al inicio del arbitraje²⁵⁷:

El Tribunal señala que las decisiones de la CIJ demuestran que la regla de que los hechos posteriores a la institución del proceso legal deben desestimarse por motivos jurisdiccionales no ha evitado que la Corte asuma su jurisdicción cuando los requisitos para la jurisdicción que no se habían cumplido al momento de instituir el procedimiento

²⁵⁵ *TSA Spectrum de Argentina S.A. c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/05/5, Laudo (19 de diciembre de 2008), párr. 112 (AL RA 158).

²⁵⁶ *Teinver S.A., Transportes de Cercanías S.A. y Autobuses Urbanos del Sur S.A. c. La República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/09/1, Decisión sobre Jurisdicción (21 de diciembre de 2012), párr. 135 (CL-137) (nota al pie omitida).

²⁵⁷ *Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. y Abal Hermanos S.A. c. La República Oriental del Uruguay*, Caso CIADI No. ARB/10/7, Decisión sobre Jurisdicción (2 de julio de 2013), párrs. 144-149 (CL-134).

- se cumplieron con posterioridad (al menos cuando tuvieron lugar antes de la fecha en la que se debe tomar una decisión sobre jurisdicción)²⁵⁸.
324. El tribunal del caso *Philip Morris c. Uruguay* concluyó que resultaría perfectamente posible para las Demandantes comenzar este mismo procedimiento un día después de que se emita la decisión del Tribunal, situación en la que la desestimación de los reclamos de las Demandantes simplemente provocaría un aumento de los costos y los procedimientos sin ninguna utilidad²⁵⁹.
325. Esta jurisprudencia también se ajusta al enfoque que tanto la Corte Permanente de Justicia Internacional como la CIJ han adoptado en una serie de casos con respecto a las condiciones para la jurisdicción correspondiente a la Corte que fueran satisfechas únicamente luego de iniciar el procedimiento. Así, en el caso *Mavrommatis*, la Corte Permanente sostuvo lo siguiente:
- Incluso si los fundamentos en los que se basa la institución del proceso fueran defectuosos por el motivo establecido, esto no constituiría una casual adecuada para la desestimación de la demanda de la solicitante. La Corte, cuya jurisdicción es internacional, no está obligada a otorgar a las cuestiones de forma la misma relevancia que podrían poseer en el derecho local. Por consiguiente, aún en el caso de que la solicitud fuera prematura dado que el Tratado de Lausana todavía no había sido ratificado, dicha circunstancia ahora estaría cubierta por el depósito subsiguiente de las ratificaciones necesarias²⁶⁰. [Traducción del Tribunal]
326. De manera similar, en el *Caso Relativo a la Aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (Croacia c. Serbia)*, la CIJ constató reiteradamente que el hecho de que Serbia solo hubiera pasado a ser parte del Estatuto de la Corte después del inicio del procedimiento no afectaba a la jurisdicción de la Corte por razones relacionadas con la economía procesal y la administración lógica de la justicia:

²⁵⁸ *Íd.*, en párr. 144 (nota al pie omitida).

²⁵⁹ *Íd.*, en párr. 147.

²⁶⁰ *Mavrommatis Palestine Concessions*, (Grecia c. Reino Unido), Excepción a la Jurisdicción de la Corte, Sentencia No. 2 (30 de agosto de 1924) CPJI., Serie A, No. 2. pág. 34 (AL RA 162).

El elemento importante radica en que, como muy tarde en la fecha en la que la Corte adopte una decisión sobre su jurisdicción, la parte solicitante debe tener derecho, en caso de que así lo desee, a iniciar un proceso nuevo en el que la condición que inicialmente no se cumplía pueda ser finalmente satisfecha. En dicha situación, no obra en interés de una administración correcta de la justicia obligar a la parte solicitante a instituir el proceso desde el principio —o a iniciar un nuevo proceso— y es preferible, salvo en circunstancias especiales, concluir que la condición ha sido satisfecha desde tal momento en adelante ²⁶¹.

327. Solo el caso relativo a la Aplicación de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (*Georgia c. Federación Rusa*)²⁶² se aparta de esta línea coherente de jurisprudencia²⁶³. En dicho caso, la Corte razonó que la referencia presente en el Artículo 22 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (CERD, por sus siglas en inglés) a las negociaciones entre las partes²⁶⁴ establecía una condición suspensiva respecto de la jurisdicción de la Corte²⁶⁵. En base a dicha calificación, no era necesario que la Corte considerara si el requisito de negociación podría haberse cumplido en paralelo o posteriormente al inicio

²⁶¹ *Caso Relativo a la Aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (Croacia c. Serbia)*, Excepciones Preliminares, Sentencia (18 de noviembre de 2008) Informes de la CIJ de 2008, págs. 412, 441, párr. 85. *De manera similar, id.*, en págs. 442-443, párrs. 87 y 89. Véase también *Caso Relativo a la Aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (Bosnia y Herzegovina c. Yugoslavia)* Excepciones Preliminares, Sentencia (11 de julio de 1996), Informes de la CIJ de 1996, págs. 595, 613-614, párr. 26.

²⁶² *Aplicación de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (Georgia c. Federación Rusa)*, Excepciones Preliminares, Sentencia, (1 de abril 2011) Informes de la CIJ de 2011, pág. 70.

²⁶³ Se señala tal desviación y se critica a la Corte por ello. *Aplicación de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (Georgia c. Federación Rusa)*, Excepciones Preliminares, Sentencia (1 de abril de 2011), Opinión Disidente Conjunta del Presidente Owada, los Magistrados Simma, Abraham y Donoghue y el Magistrado *ad hoc* Gaja, Informes de la CIJ de 2011, págs. 142, 153-154, párr. 35.

²⁶⁴ Dicho Artículo establece:

Toda controversia entre dos o más Estados partes con respecto a la interpretación o a la aplicación de la presente Convención, que no se resuelva mediante negociaciones o mediante los procedimientos que se establecen expresamente en ella, será sometida a la decisión de la Corte Internacional de Justicia a instancia de cualquiera de las partes en la controversia, a menos que éstas convengan en otro modo de solucionarla.

²⁶⁵ *Aplicación de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (Georgia c. Federación Rusa)*, Excepciones Preliminares, Sentencia, (1 de abril 2011) Informes de la CIJ de 2011, págs. 70, 126, párr. 136.

del procedimiento ante la Corte. Al mismo tiempo, tampoco existen indicios de que la demandante en ese caso haya intentado cumplir el requisito de negociación de manera posterior al inicio del caso en cuestión²⁶⁶. Esto distingue el caso de Discriminación Racial tanto de la jurisprudencia previa de la Corte como de la situación del presente caso, donde el procedimiento en foros nacionales ha estado pendiente de resolución durante un plazo que excede los 18 meses sin obtener una decisión sobre el fondo y donde el Tribunal ha concluido que los requisitos previos al arbitraje establecidos en el Artículo 8 del TBI no constituían condiciones suspensivas respecto del consentimiento de la Demandada.

328. A la luz de las consideraciones que anteceden, el Tribunal concluye que la Acción de Nulidad relativa a las Resoluciones No. 240/13 y No. 315/13 planteada por ENJASA cumplió con el requisito de recurrir a los recursos internos en virtud del Artículo 8(3) del TBI. Este recurso también se ha interpuesto luego del inicio de las consultas amistosas mediante la reunión del Sr. Tucek con representantes de la Provincia de Salta de fecha 27 de agosto de 2013 y su seguimiento en reuniones posteriores. Dado que este recurso ha estado pendiente durante más de 18 meses sin obtener una decisión sobre el fondo, el Tribunal considera que puede ejercer su jurisdicción en el presente caso y proceder a dirimir el fondo.

D. Efecto del Artículo 8(4) del TBI

329. Por último, el Tribunal debe abordar el argumento de la Demandada de que el hecho de que ENJASA no haya retirado su Acción de Nulidad respecto de las Resoluciones No. 240/13 y No. 315/13, que está pendiente ante el Juzgado de Primera Instancia de Salta, constituye un impedimento al ejercicio de la jurisdicción por parte del Tribunal respecto del caso en virtud de la segunda oración del Artículo 8(4) del TBI. Esta disposición estipula, según la traducción al inglés acordada entre las Partes, que “[f]rom the commencement of an arbitration proceeding, each party to the dispute shall take all the required measures to withdraw the pending judicial proceedings” (“a partir del comienzo

²⁶⁶ De modo similar, en el *Caso Relativo a las Actividades Armadas*, no había indicio ni argumento alguno de que las condiciones en virtud del Artículo 29 de la Convención sobre Discriminación contra la Mujer, con inclusión del intento de iniciar un arbitraje internacional, se hubieran cumplido con posterioridad a la intervención de la Corte. Véase *Caso Relativo a las Actividades Armadas en el Territorio del Congo (Nueva Demanda: 2002) (República Democrática del Congo c. Rwanda)*, Jurisdicción y Admisibilidad, Fallo (3 de febrero de 2006), Informes de la CIJ de 2006, págs. 6, 39-41, párrs. 88-93 (AL RA 39).

de un procedimiento de arbitraje, cada parte en la controversia tomará todas las medidas requeridas para su desistimiento de la instancia judicial en curso”).

330. Como se desprende de su redacción, el Artículo 8(4) del TBI establece un deber para ambas partes relativo a tomar todas las medidas requeridas para que la presente “controversia” no se encuentre pendiente ante el Tribunal y en una jurisdicción nacional. La “controversia” en este contexto, tal como se explicara *supra*²⁶⁷, es amplia y comprende tanto el reclamo en virtud del tratado que está pendiente ante el Tribunal como los recursos de ENJASA en los tribunales nacionales, que ya comprendían el reclamo según el cual la acción de ENREJA era violatoria del TBI Argentina-Austria. Conforme al Artículo 8(4) del TBI, estos dos procedimientos no pueden seguir adelante en paralelo, aun si las partes en los procedimientos respectivos son diferentes, al igual que las pretensiones y las reparaciones solicitadas.
331. Sin embargo, en opinión del Tribunal, el Artículo 8(4) del TBI no puede interpretarse en el sentido de que exige a las Demandantes que desistan de los procedimientos internos antes de iniciar el arbitraje CIADI o antes de recibir una decisión sobre jurisdicción. Esto se desprende claramente de la redacción y del contexto del Artículo 8(4) del TBI. Según su redacción, el Artículo 8(4) del TBI impone a ambas partes la obligación de tomar todas las medidas necesarias para desistir de la instancia judicial en curso; pero no establece que esta obligación afecte al consentimiento de la Demandada al arbitraje internacional ni que constituya otra condición relativa a la jurisdicción del Tribunal.
332. Si bien tener que defenderse de dos reclamos vinculados, uno ante un tribunal nacional y otro en el marco de un arbitraje internacional, es una carga del Estado receptor, exigir a las Demandantes que desistan de todos los procedimientos nacionales pendientes antes del dictado de una decisión sobre jurisdicción de este Tribunal impondría una carga aún mayor sobre las Demandantes y corre el riesgo de generar una denegación de justicia. Después de todo, si se exigiera a las Demandantes el desistimiento de los procedimientos internos antes de haber recibido una decisión del tribunal de arbitraje sobre la jurisdicción, correrían el riesgo de quedar despojadas de recursos, a nivel tanto nacional como internacional, en el

²⁶⁷ Véase párr. 304 *supra*.

caso de que el tribunal de arbitraje decidiera declinar su jurisdicción. Debido a que el procedimiento nacional, una vez desistido, no podría ser planteado nuevamente en pos de abordar los reclamos de las Demandantes, ello podría resultar, en efecto, en una situación de denegación de justicia. Por consiguiente, el Tribunal resuelve que la obligación establecida en el Artículo 8(4) del TBI de desistir de toda instancia nacional en curso solo surge una vez que la presente decisión entra en vigor.

333. En este contexto, el Tribunal toma nota del compromiso de las Demandantes de que una vez que se emita una decisión positiva sobre la jurisdicción en el presente arbitraje, tomarán todas las medidas necesarias para el desistimiento de cualquier procedimiento relacionado con la controversia en curso ante los tribunales argentinos. No obstante, la segunda oración del Artículo 8(4) del TBI no solo impone una obligación sobre las Demandantes. Impone obligaciones a ambas partes. Por ende, el Tribunal considera que ambas Partes deben tomar todas las medidas necesarias en aras de desistir de los procedimientos nacionales pendientes de resolución con el fin de cumplir con su obligación en virtud de la segunda oración del Artículo 8(4) del TBI.
334. La primera oración del Artículo 26 del Convenio CIADI, que establece que “[e]l consentimiento de las partes al procedimiento de arbitraje conforme a este Convenio se considerará como consentimiento a dicho arbitraje con exclusión de cualquier otro recurso”, no sugiere una conclusión diferente o una interpretación diferente del Artículo 8(4) del TBI. Si bien el Artículo 26 del Convenio CIADI establece la exclusividad del arbitraje CIADI para resolver la controversia en cuestión, la disposición solo posee un efecto sobre los procedimientos pendientes paralelamente al arbitraje CIADI; el Artículo 26 del Convenio CIADI no estipula que la tramitación paralela en otro foro tenga un efecto sobre la jurisdicción o la admisibilidad del arbitraje CIADI. En lugar de ello, el consentimiento de las partes respecto del arbitraje CIADI, y por extensión, de la jurisdicción del Tribunal, no se ve afectado por la existencia de procedimientos paralelos en otro foro²⁶⁸. El Artículo 26 del Convenio CIADI, por lo tanto, no sugiere una

²⁶⁸ Véase Christoph Schreuer, Loretta Malintoppi, August Reinisch y Anthony Sinclair, *The ICSID Convention: A Commentary* (2nd edn., Cambridge University Press 2009), Artículo 26, párr. 2 (que explica que “una vez que se ha prestado el consentimiento al arbitraje del CIADI, las partes han perdido su derecho a buscar asistencia en otro

interpretación diferente del Artículo 8(4) del TBI con respecto a la adoptada por el Tribunal *supra*. Por el contrario, la regla de exclusividad del Artículo 26 del Convenio CIADI respalda la conclusión del Tribunal de que la exclusividad del arbitraje CIADI debe lograrse mediante el desistimiento de los procedimientos pendientes de manera paralela ante los tribunales argentinos según lo estipulado en el Artículo 8(4) del TBI.

335. La segunda oración del Artículo 8(4) del TBI impone obligaciones de conducta, no de resultado. Por ello, ambas partes deben tomar las medidas que están en su poder para lograr el desistimiento de los procedimientos relativos a la presente controversia que se encuentran pendientes en los tribunales argentinos. Conforme la opinión del Tribunal, deben hacerlo dentro del transcurso de dos meses computables a partir de la fecha de emisión de la presente Decisión, plazo que el Tribunal considera razonable en las circunstancias actuales. A fin de monitorear el cumplimiento con esta obligación de las Partes, las Partes deben informar al Tribunal sobre las medidas adoptadas al vencimiento del plazo de dos meses.

E. Conclusión

336. Como resultado de las consideraciones que anteceden, el Tribunal concluye que la Demandada ha prestado su consentimiento válidamente a la jurisdicción del Centro y al presente arbitraje conforme al Artículo 8 del TBI en el momento en que el TBI entró en vigor. Fue en este momento que ambos Estados contratantes del TBI, es decir, la República de Austria y la República Argentina, declararon su consentimiento al arbitraje del CIADI. Por lo tanto, dicho consentimiento ha existido desde la entrada en vigor del TBI. Las Demandantes, a su vez, han prestado su consentimiento a la jurisdicción del Centro y al presente arbitraje cuando incoaron el presente reclamo en contra de la Demandada.
337. Los requisitos pre-arbitrales establecidos del mismo modo en el Artículo 8 del TBI, es decir, el requisito de intento de resolución de la controversia mediante consultas amistosas y la aplicación de recursos internos, no constituyen condiciones suspensivas respecto del

foro, nacional o internacional, y están restringidas a continuar con su reclamo a través del CIADI. Este principio opera desde el momento en que se presta el consentimiento válido. Este estándar de recurso exclusivo del Art. 26 está sujeto a modificación por las partes. La frase ‘salvo estipulación en contrario’ de la primera oración otorga a las partes la opción de desviarse de ella por acuerdo’). [Traducción del Tribunal]

consentimiento de la Demandada que deberían estar satisfechas al momento de iniciar el arbitraje del CIADI. Se refieren simplemente a criterios para la validez de la intervención del Tribunal. El Tribunal concluyó que resulta suficiente que estos criterios se encuentren satisfechos al momento en que se toma una decisión sobre la jurisdicción. Aplicar una postura contraria sería demasiado formalista y tendría el efecto de que, si bien el Tribunal actual tendría que desestimar el presente caso, las Demandantes podrían reiniciar inmediatamente la misma controversia en el marco de otro procedimiento de arbitraje CIADI. Tal situación iría en contra del principio de una administración justa de la justicia internacional.

338. En este contexto, el Tribunal ha concluido que las Demandantes cumplieron con los requisitos de entablar en primer lugar consultas amistosas de conformidad con el Artículo 8(1) del TBI y, posteriormente, someter la controversia a una jurisdicción nacional con arreglo al Artículo 8(2) y (3) del TBI. Mientras tanto, los recursos internos han estado pendientes durante más de 18 meses sin decisión, lo que le permite al Tribunal asumir jurisdicción y evaluar los reclamos sobre el fondo pendientes conforme al Artículo 8(3)(a) del TBI.
339. Por último, el Tribunal considera que la pendencia de los procedimientos judiciales nacionales relativos a la revisión de la revocación de la licencia de ENJASA no afecta a la jurisdicción del Tribunal. Independientemente de ello, una vez emitida la presente Decisión, ambas Partes tienen la obligación de tomar todas las medidas necesarias para desistir de los procedimientos internos relativos a la presente controversia dentro de un plazo de dos meses y de informar al Tribunal sobre las medidas adoptadas.

VII. COSTAS

340. Todas las Partes han solicitado al Tribunal que ordene el pago de costos y honorarios a la Parte contraria. El Tribunal se reserva su decisión sobre esta cuestión para una posterior determinación.

VIII. DECISIÓN

341. Sobre la base del razonamiento planteado *supra*, el Tribunal decide:

- 1) que posee jurisdicción sobre la presente controversia en lo que se refiere a los reclamos de las Demandantes por incumplimiento de los Artículos 2 (1) y 4(1)-(3) del TBI Argentina-Austria;
- 2) que no posee jurisdicción sobre la presente controversia en lo que respecta a los reclamos por incumplimiento del Artículo 3(1) del TBI Argentina-Austria;
- 3) que ambas Partes, dentro de los dos meses computables a partir de la emisión de esta Decisión, tomarán todas las medidas necesarias para el desistimiento de los procedimientos nacionales relacionados con la presente controversia e informarán al Tribunal sobre sus acciones;
- 4) que se reserva la decisión sobre costas para una posterior determinación.

[*Firmado*]

Prof. Dr. Stephan W. Schill
Árbitro

Fecha: 18 de junio de 2018

[*Firmado*]

Dr. Santiago Torres Bernárdez
Árbitro
(Sujeto a la Opinión disidente y declaración
de disidencia adjunta)

Fecha: 20 de junio de 2018

[*Firmado*]

Prof. Dr. Hans van Houtte
Presidente del Tribunal

Fecha: 22 de junio de 2018