

CASINOS AUSTRIA INTERNATIONAL GMBH Y CASINOS AUSTRIA
AKTIENGESELLSCHAFT

Demandantes

-c.-

REPÚBLICA ARGENTINA

Demandada

CASO CIADI No. ARB/14/32

**Opinión Disidente sobre la Segunda Excepción Preliminar de la
Demandada y Declaración de Disidencia relativa a sus Excepciones
Preliminares Primera y Tercera del Árbitro Santiago Torres Bernárdez**

ÍNDICE DE CONTENIDOS

INTRODUCTION.....	3
PRIMERA PARTE.....	5
A. El Derecho Aplicable al Caso	7
(a) Las respectivas posturas generales de las Partes	7
(b) Las disposiciones pertinentes del TBI.....	9
(c) Las disposiciones pertinentes del Convenio CIADI	12
(d) Las reglas de derecho internacional público que rigen la interpretación y aplicación de los tratados.....	14
(e) La cuestión de la caracterización de los requisitos contenidos en el Artículo 8(1) a (3) del TBI Argentina-Austria como condiciones previas al arbitraje internacional	18
(f) La jurisprudencia de la CIJ sobre la regla del consentimiento del Estado a las jurisdicciones internacionales y sobre las condiciones previas incluidas en las cláusulas de resolución de controversias de los tratados	21

(g)	El alcance del “consentimiento” prestado por anticipado mediante la “oferta permanente de arbitraje” de los Estados Contratantes contenida en el Artículo 8 del TBI Argentina-Austria	26
(h)	La formación de un “acuerdo de arbitraje” vinculante entre el Estado receptor y el inversor protegido nacional del otro Estado Contratante	28
B.	La Evaluación de los Argumentos de las Partes y los Hechos Establecidos a la Luz del Derecho Aplicable.....	34
(a)	El sistema escalonado de solución de controversias relativas a inversiones del Artículo 8 del TBI Argentina-Austria.....	39
(b)	La condición previa de “consultas amistosas” durante un plazo de seis meses	43
(c)	La condición previa de “sumisión de la controversia a la jurisdicción administrativa o judicial competente” del Estado receptor durante un plazo de dieciocho meses	59
(d)	El desistimiento de la “instancia judicial local en curso”	81
(e)	La invocación por parte de las Demandantes de la cláusula NMF del Artículo 3 del TBI como fundamento alternativo de jurisdicción en el caso	84
C.	Conclusión general.....	91
	SEGUNDA PARTE.....	105
(a)	Primera Excepción Preliminar: No hay reclamo de violación <i>prima facie</i> del TBI.....	105
(b)	Tercera Excepción Preliminar: No hay jurisdicción <i>ratione materiae</i>	111

INTRODUCTION

1. El presente caso CIADI fue incoado por CAI y CASAG, Demandantes, en contra de la República Argentina, Demandada, mediante una Solicitud de Arbitraje de fecha 4 de diciembre de 2014. Luego de la presentación por parte de las Demandantes del Memorial sobre el Fondo, el 15 de marzo de 2016, la Demandada presentó un Memorial de Excepciones a la Jurisdicción y de Contestación sobre el Fondo que contenía una solicitud de bifurcación. Tras haber considerado las presentaciones de las Partes sobre dicha solicitud, mediante la Resolución Procesal No. 3 de fecha 25 de abril de 2016, el Tribunal decidió “resolver[] las excepciones a la jurisdicción del Centro y/o a la competencia del Tribunal formuladas por la Demandada como cuestión previa, con arreglo al Artículo 41(2) del Convenio CIADI y a la Regla 41(4) de las Reglas de Arbitraje CIADI” y “bifurcar el procedimiento en fases separadas de jurisdicción y fondo, de manera que la fase de jurisdicción aborde todas las excepciones a la jurisdicción del Centro y/o a la competencia del Tribunal”. La presente Decisión sobre Jurisdicción pone fin a la fase jurisdiccional del caso.

2. Durante esta fase jurisdiccional, el Tribunal consideró las tres excepciones preliminares a la jurisdicción del Centro y a la competencia del Tribunal de Arbitraje formuladas por la Demandada, a saber:

Primera Excepción: No hay reclamo de violación *prima facie* del TBI;

Segunda Excepción: No hay consentimiento a arbitraje porque las Demandantes no aceptaron la oferta de arbitraje de Argentina contenida en el TBI; y

Tercera Excepción: No hay jurisdicción *ratione materiae*.

3. La presente Decisión sobre Jurisdicción de la mayoría rechaza aparentemente las tres excepciones preliminares de la Demandada y resuelve: A) que el Tribunal goza de jurisdicción respecto de la presente diferencia en relación con los reclamos de las Demandantes de violación de los Artículos 2(1) y 4(1)-(3) del TBI Argentina-Austria; y B) que no goza de jurisdicción respecto de la presente diferencia en relación con los reclamos de violación del Artículo 3(1) de dicho TBI. Rechazo esta decisión adoptada por la mayoría del Tribunal y emito la presente Opinión Disidente relativa a la Segunda Excepción Preliminar de la Demandada (PRIMERA PARTE), así como una Declaración de Disidencia mediante la cual explico mi voto sobre las Excepciones Preliminares Primera y Tercera de la Demandada (SEGUNDA PARTE).

4. Mi elección de formular mis puntos de vista acerca de la Segunda Excepción Preliminar de la Demandada en forma de opinión se debe al hecho de que el *consentimiento* es la piedra angular en que descansa la jurisdicción del Centro y, en general, el arbitraje en el marco del derecho internacional público, al igual que al hecho de que el análisis y las conclusiones de la mayoría al respecto, a mi modo de ver, son especialmente desafortunados a la luz del derecho aplicable al caso, así como contrarios a las consideraciones de seguridad jurídica con respecto a la formación en el marco del sistema de TBI del acuerdo de arbitraje obligatorio necesario entre las Partes en la diferencia que se menciona en el párrafo 6 del Preámbulo del Convenio CIADI.

PRIMERA PARTE

Opinión Disidente sobre la Segunda Excepción Preliminar de la Demandada a la Jurisdicción: *No hay consentimiento mutuo de las Partes en la diferencia en someterla a arbitraje internacional*

5. Según la segunda excepción de Argentina el Tribunal carece de jurisdicción *ratione voluntatis*, en tanto que las Demandantes no cumplieron con los requisitos jurisdiccionales establecidos en el Artículo 8 del TBI Argentina-Austria de 1992 (en vigor desde el 1 de enero de 1995), instrumento que ellas invocan - como fundamento de la jurisdicción en el caso que nos ocupa - en su Solicitud de Arbitraje de fecha 4 de diciembre de 2014 que la Secretaria General del CIADI registró el 18 de diciembre de 2014. Tal como se indicará en el párrafo 134 de la presente Decisión, las Demandantes alegan que “aceptaron de manera válida la oferta a arbitraje de la Demandada en virtud del Artículo 8 del TBI”. Y, en este sentido, argumentan 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*”. Por el contrario, para las Demandantes, “el cumplimiento del Artículo 8 del TBI *plantea simplemente cuestiones de admisibilidad*”. (Énfasis agregado)
6. Estas alegaciones de las Demandantes que básicamente acepta la presente Decisión mayoritaria se encuentran en franca contradicción con la *jurisprudencia* de la Corte Internacional de Justicia (CIJ) con respecto al principio que la Corte califica como el “principio fundamental del consentimiento”. A modo de ejemplo, en el *Caso Relativo a las Actividades Armadas en el Territorio del Congo (Nueva Demanda 2002)*, la Corte afirmó que:

“[L]a competencia [de la Corte] se funda en el consentimiento de las Partes y está circunscrita a la extensión en que ellas la han aceptado. Cuando dicho consentimiento se ha expresado en una cláusula compromisoria de un acuerdo internacional, debe considerarse que las condiciones a que está sujeto tal consentimiento constituyen los límites de la competencia. Consiguientemente, la Corte considera que el examen de esas condiciones se refiere a su competencia y no a la admisibilidad de la demanda ...” (*Caso Relativo a las Actividades Armadas en el Territorio del Congo (Nueva Demanda 2002)*, (*RD del Congo c. Rwanda*), *Informes de la CIJ de 2006*, pág. 39, párr. 88) (AL RA 39).

Dado que la declaración de la CIJ *supra* aparece citada en el párrafo 141 de la Decisión sobre Jurisdicción del Tribunal del caso *Philip Morris c. Uruguay* de fecha 2 de julio de 2013 (CL-134), decisión que las Demandantes mencionan en diversos contextos, este árbitro presume que tienen conocimiento de esa declaración de la Corte, pero la rechazan, sin perjuicio de que la jurisprudencia de la Corte en la materia sea declaratoria del principio fundamental del consentimiento del Estado a la jurisdicción del derecho internacional público. Lo mismo se aplica *mutatis mutandis* a mis coárbitros, puesto que, de lo contrario, sus conclusiones en los párrafos 263 a 328 de la presente Decisión serían incomprensibles.

7. Por mi parte, considero que las declaraciones de principio de las Demandantes *supra* constituyen proposiciones insostenibles, ya que, *inter alia*, se encuentran en franca contradicción con: (i) la jurisprudencia establecida de la CIJ en la materia; (ii) el principio sistémico de derecho internacional público del consentimiento del Estado a las jurisdicciones de las cortes y los tribunales internacionales; (iii) las normas que rigen el arbitraje internacional en general, así como las previstas en el Convenio CIADI; (iv) el texto y el contexto del Artículo 8 del TBI Argentina-Austria; (v) las reglas de derecho internacional sobre interpretación y aplicación de los tratados codificadas por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (CVDT) aplicables en las relaciones entre Argentina y Austria; (vi) la extensa lista de decisiones y laudos en el arbitraje internacional de inversiones que, durante las últimas décadas, ha reconocido y explicado que requisitos tales como aquellos establecidos en el Artículo 8 del presente TBI son efectivamente *requisitos jurisdiccionales*; (vii) el reconocimiento por parte de las Demandantes en la carta de fecha 30 de abril de 2014 dirigida a la Presidenta de la República Argentina mediante la cual se notificaba que había surgido una controversia en virtud del Artículo 8(1) del TBI como consecuencia de la revocación de la licencia de ENJASA por parte de ENREJA y que “los requisitos para someter la controversia a arbitraje en virtud de los Artículos 8(2) y 8(3) b) se cumplen” [Traducción del Miembro del Tribunal]; y (viii) las afirmaciones de las Demandantes en el sentido de que “[i]ndependientemente de la calificación legal del procedimiento establecido en el artículo 8 del TBI, las Demandantes han cumplido con éste y tenían derecho a someter la controversia a arbitraje”, lo que confirma que, no obstante, los inversores han de cumplir con lo que ellas caracterizan como “*requisitos procesales*” a fin de satisfacer la “oferta” de arbitraje internacional que realizan Argentina y Austria en el Artículo 8(4) del TBI (véase, por ejemplo, Memorial Posterior a la Audiencia de las Demandantes, párr. 195). Cabe destacar, sin embargo, con respecto a la carta de fecha 30 de abril de 2014, que, en esa carta, CAI asevera que

“acepta la oferta contenida en el Artículo 8(5) del TBI de someter la controversia a arbitraje” en cuanto a la selección del arbitraje CIADI, pero guarda silencio respecto del consentimiento nuclear de la oferta de arbitraje que los Estados Contratantes en el TBI prestaron en el Artículo 8(4) del mismo [Traducción del Miembro del Tribunal].

8. En vista de lo que antecede y de otras consideraciones que han de desarrollarse con más detalle *infra*, admito, tal como ya indiqué, la excepción preliminar *ratione voluntatis* formulada por la Demandada que considero correctamente fundada en los elementos de hecho y de derecho que se dan cita en el presente caso y conforme con los reconocimientos de las Partes y las pruebas administradas por ellas. El propósito de esta opinión consiste en desarrollar en detalle los motivos de mi rechazo de la conclusión de mis colegas sobre la Segunda Excepción Preliminar de la Demandada. Comenzaré recordando en primer lugar los principios y reglas de derecho internacional (convencional y consuetudinario) más importantes que son aplicables a esta fase del caso, elemento fundamental subestimado, si no ausente, en el razonamiento de la presente Decisión mayoritaria.

A. El Derecho Aplicable al Caso

(a) Las respectivas posturas generales de las Partes

9. Las posturas generales de las Partes sobre el derecho aplicable al caso difieren unas de otras. Una de las primeras cuestiones controvertidas versa sobre su desacuerdo en cuanto al significado de “*cumplimiento*” en relación con la aplicación de las condiciones y los requisitos establecidos en el Artículo 8 del TBI Argentina-Austria. ¿El término debería querer decir cumplimiento *tout court* (postura de la Demandada) o bastaría un supuesto cumplimiento *no estricto* (postura de las Demandantes)? Y, asimismo, ¿tiene sentido, desde el punto de vista jurídico, hacer referencia a un “*cumplimiento no estricto*” en vista de las claras disposiciones obligatorias del Artículo 8(1) a (4) del TBI o la expresión no es más que una manera sagaz de disfrazar eventuales incumplimientos de cumplimientos? Además, las Demandantes alegaron expresamente que “[e]l cumplimiento con el artículo 8 del TBI *no tiene nada que ver con el tema del consentimiento*”, sin excluir de plano la posibilidad de que fuera vinculante por otros motivos (véase Alegato de Apertura de las Demandantes, Transcripción de la Audiencia, Día 1, 198:6-8, versión en español). (Énfasis agregado)

10. Por ende, el argumento del cumplimiento no estricto de las Demandantes va de la mano con un intento de pasar por alto la *cuestión fundamental* de la existencia *in casu* del “acuerdo de arbitraje” requerido al que solo puede llegarse mediante el consentimiento mutuo de las Partes en la diferencia en someterla a arbitraje CIADI. Demandantes con dificultades para probar la existencia del consentimiento mutuo de las Partes en la diferencia requerido para establecer la jurisdicción han seguido un camino similar en procedimientos de arbitraje CIADI anteriores. Se entiende perfectamente que demandantes en una situación semejante intenten evitar enfrentarse a la cuestión del consentimiento mutuo y de su prueba, pero me cuesta más entender que los árbitros puedan verse seducidos por alegaciones que se encuentran en franca contradicción con el derecho aplicable al presente procedimiento de arbitraje CIADI. Todos saben que las ofertas unilaterales por parte de los Estados receptores de someter a arbitraje diferencias relativas a inversiones contenidas en los TBI no pueden sin más establecer la jurisdicción para dirimir una diferencia relativa a inversiones determinada entre un inversor y un Estado receptor. Las ofertas deben ser aceptadas por el inversor privado protegido en los términos formulados en la oferta en cuestión para que ese consentimiento mutuo dé origen a un acuerdo de arbitraje obligatorio entre el Estado receptor y el inversor privado protegido. En virtud del Convenio CIADI, el consentimiento unilateral de una de las partes en la diferencia no da lugar a la existencia de jurisdicción arbitral, y los inversores privados protegidos carecen de legitimación para modificar en cualquier aspecto los términos de la oferta enunciada en un TBI, que es un tratado entre dos Estados en forma escrita que se rige por el derecho internacional.

11. Para la Demandada, el argumento del cumplimiento no estricto de las Demandantes es simplemente un alegato que intenta compensar el hecho de no haber aceptado las condiciones y los requisitos en virtud de los cuales la República Argentina había prestado su consentimiento al arbitraje internacional tal como se manifiesta en el propio texto del Artículo 8 del TBI Argentina-Austria, en particular, (i) no haber aceptado la oferta de arbitraje en su conjunto, alterando el *sistema escalonado de solución* que dispone el Artículo 8 del TBI; (ii) no haber entablado *consultas amistosas* durante un plazo de seis meses; (iii) no haber sometido la controversia a la *jurisdicción local* durante un plazo de 18 meses; y alternativamente, (iv) no haber desistido de la *acción judicial local en curso*; y (v) haber *invocado la cláusula NMF* del TBI para importar un supuesto medio alternativo de resolución de controversias expresado en términos distintos de aquellos acordados entre Argentina y Austria en el Artículo 8 de su TBI (véase, por ejemplo, Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandada, párr. 35)

12. En aras de determinar si las Demandantes han o no cumplido con el derecho aplicable a la determinación de la jurisdicción del Centro y la competencia del Tribunal, resulta indispensable conocer los diversos componentes del derecho aplicable, comenzando por el texto de las disposiciones pertinentes del TBI Argentina-Austria y del Convenio CIADI. Cuando no haya una traducción al inglés acordada entre las Partes de una disposición específica del TBI, procederé a citar en la versión inglesa de esta Opinión el texto auténtico de la versión española.

(b) Las disposiciones pertinentes del TBI

13. Las disposiciones pertinentes del TBI Argentina-Austria se enuncian en el Artículo 8 y en el Artículo 1, que, en el texto auténtico en español, dicen lo siguiente:

“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 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 toda 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.

...

(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 de derecho internacional en la materia

...”.

14. Para este árbitro, todos los requisitos definidos en el Artículo 8(1), (2) y (3) del TBI, de conformidad con la jurisprudencia establecida de la CIJ, son condiciones previas jurisdiccionales a las que se encuentran sujeto el consentimiento a arbitraje prestado en el Artículo 8(4). En consecuencia, dichas condiciones previas que son interdependientes y se encuentran interconectadas entre sí constituyen límites al alcance de tal consentimiento. Pero esto no sucede respecto del requisito contenido en la segunda oración del Artículo 8(4), en tanto no establece una condición previa a la iniciación del procedimiento de arbitraje. En mi opinión, este requisito en particular es un requisito vinculado efectivamente a la admisibilidad de la Solicitud de Arbitraje de las Demandantes. En segundo lugar, la definición de controversias relativas a las inversiones del Artículo 8(1) del TBI en los términos del TBI Argentina-Austria excluye los “*reclamos contractuales*”. Y, en tercer lugar, la definición del derecho aplicable contenida en el Artículo 8(6) del TBI comprende el derecho del Estado receptor de la inversión, el TBI Argentina-Austria, eventuales acuerdos específicos concluidos con relación a la inversión y los principios de derecho internacional en la materia.
15. En cuanto al Artículo 1 del TBI, las disposiciones pertinentes se encuentran en la definición del término “inversión” del siguiente modo:

“Artículo 1 Definiciones

A los fines del presente Convenio:

(1) El término “inversión” designa todo activo invertido o reinvertido en cualquier sector de la actividad económica, siempre que la inversión haya sido realizada conforme con las leyes y reglamentaciones de la Parte Contratante en cuyo territorio ha sido efectuada y, en particular, aunque no exclusivamente:

...

b) los derechos de participación y otras formas de participación en las empresas;

...

e) las concesiones de derecho público para la prospección y la explotación de los recursos naturales.

El 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”.

16. En principio, con respecto a su “inversión” en la provincia argentina de Salta, las Demandantes se han remitido al Artículo 1(1)(b) y (e) del TBI, sin perjuicio de que esta última disposición se relacione exclusivamente con “recursos naturales” tal como señalara la Demandada. Sin embargo, la Demandada admitió que la participación accionaria de las Demandantes en ENJASA calificaba como “inversión” en virtud del Artículo 1(b) del TBI. La última disposición citada del Artículo 1(1) del TBI según la cual “los derechos correspondientes a las diversas categorías de los activos” son determinados por el derecho del Estado receptor es de particular relevancia en relación con algunas cuestiones específicas que son objeto de debate entre las Partes tales como, por ejemplo, la distinción que ha de tenerse en cuenta entre los “derechos de la compañía” y los “derechos de los accionistas”.
17. Por último, el Artículo 3(1) del TBI Argentina-Austria enuncia la cláusula de tratamiento de NMF que invocan las Demandantes como fundamento alternativo de jurisdicción, que reza lo siguiente:

“Artículo 3
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”.

(c) Las disposiciones pertinentes del Convenio CIADI

18. Las principales disposiciones pertinentes del Convenio CIADI en la fase del caso que nos ocupa se formulan en el Preámbulo (párrafo 6) y los Artículos 25(1), 26 (primera oración), 41 y 42. Estas disposiciones disponen lo siguiente:

“Preámbulo

... Reconociendo que el consentimiento mutuo de las partes en someter dichas diferencias [diferencias relativas a inversiones] a conciliación o a arbitraje a través de dichos medios [medios del Centro] constituye un acuerdo obligatorio, lo que exige particularmente que se preste la debida consideración a las recomendaciones de los conciliadores y que se cumplan los laudos arbitrales; ...

Artículo 25 (1)

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

...

Artículo 26

Salvo estipulación en contrario, el consentimiento de las partes al procedimiento de arbitraje conforme a este Convenio se considerará como consentimiento a dicho arbitraje con exclusión de cualquier otro recurso...

Artículo 41

(1) El Tribunal resolverá sobre su propia competencia.

(2) Toda alegación de una parte que la diferencia cae fuera de los límites de la jurisdicción del Centro, o que por otras razones el Tribunal no es competente para oírla, se considerará por el Tribunal, el que determinará si ha de resolverla como cuestión previa o conjuntamente con el fondo de la cuestión.

Artículo 42

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

(2) El Tribunal no podrá eximirse de fallar so pretexto de silencio u oscuridad de la ley.

(3) Las disposiciones de los precedentes apartados no impedirán al Tribunal, si las partes así lo acuerdan, decidir la diferencia *ex aequo et bono*".

19. Las disposiciones citadas *supra* confirman, en primer lugar, que el consentimiento mutuo de las partes en la diferencia constituye la base del acuerdo obligatorio de someter a arbitraje diferencias relativas a inversiones en el sistema de arbitraje CIADI. Ningún procedimiento de arbitraje CIADI puede proceder sobre la base del mero fundamento del consentimiento unilateral de solo una de las partes. Ambas partes en la diferencia deben prestar consentimiento mutuo. En segundo lugar, tales disposiciones confirman asimismo (i) que solo cuando *las partes* en plural han prestado su consentimiento, a saber, cuando existe un consentimiento mutuo a someter la diferencia a arbitraje, dicho consentimiento no podrá ser unilateralmente retirado; y (ii) que el consentimiento de las partes de

someter la diferencia a arbitraje en virtud del Convenio CIADI excluye cualquier otro recurso, salvo estipulación en contrario. No hay una estipulación semejante en el presente caso. Por el contrario, hay una reafirmación explícita de dicha regla general en la segunda oración del Artículo 8(4) del TBI Argentina-Austria. En tercer lugar, tampoco hay un acuerdo de las partes que faculte al Tribunal a decidir la diferencia *ex aequo et bono*. Por lo tanto, el Tribunal debe decidir la diferencia de conformidad con las normas de derecho definidas en el Artículo 42(1) del Convenio CIADI y en el Artículo 8(6) del TBI Argentina-Austria que hacen referencia, *inter alia*, a las “normas de derecho internacional que pudieren ser aplicables” y a “los principios de derecho internacional” en la materia.

(d) Las reglas de derecho internacional público que rigen la interpretación y aplicación de los tratados

20. Las reglas de derecho internacional consuetudinario sobre la interpretación y aplicación de los tratados han sido codificadas por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (CVDT), y tanto Argentina como Austria son partes en dicha Convención. En cuanto a la “interpretación” del TBI, ambas Partes coinciden en que las reglas establecidas en los Artículos 31, 32 y 33 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (CVDT) son aplicables, en particular, la “Regla general de interpretación” del Artículo 31 de la Convención que, tal como afirma la Comisión de Derecho Internacional (CDI) en su comentario, es una regla integrada única. Por ahora, todo va bien, pero estas reglas de la CVDT no son las únicas que deben tenerse en cuenta en las circunstancias del caso que nos ocupa. Existen otras normas particularmente relativas a la aplicación de los tratados que también son relevantes en el caso.
21. La esencia del sistema de interpretación de los tratados establecido en los Artículos 31 a 33 de la CVDT ha sido recordada recientemente - también en relación con una excepción a la jurisdicción *ratione voluntatis* determinada - por el Laudo de fecha 30 de abril de 2015 en el contexto del caso *Ping an Life Insurance Company of China, Limited et al c. Reino de Bélgica*, Caso CIADI No. ARB/12/29 (AL RA 250) en los siguientes términos:

“164. ... El principio general establece que un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos (incluidos el preámbulo y los anexos) y teniendo en cuenta su objeto y fin

(Convención de Viena, Artículo 31(1), (2)), así como las circunstancias de su celebración (Artículo 32).

165. El Artículo 31 de la Convención de Viena refleja la supremacía del texto como fundamento para la interpretación de un tratado, al mismo tiempo que también le otorga un rol tanto a las pruebas extrínsecas de las circunstancias de su celebración como a los objetos y fines de un tratado como medio de interpretación. Se basa en la opinión de que se presume que el texto es la expresión auténtica de las intenciones de las partes, y de que, en consecuencia, el punto de partida de la interpretación es la dilucidación del sentido del texto por vía de referencia a la intención de los redactores: Comisión de Derecho Internacional, Yb ILC, 1966, Tomo II, págs. 218, 220.

166. El enfoque del sentido corriente se ha adoptado en muchos procedimientos de arbitraje entre inversores y Estados para confirmar que las presuntas intenciones de las partes no deberían utilizarse para invalidar el lenguaje explícito de un TBI (*Fraport c. Filipinas* en [340]) o invalidar el marco acordado (*Daimler Financial Services c. Argentina* en [164]) ni utilizarse como base independiente de interpretación (*Wintershall c. Argentina* en [88]). [Traducción del Miembro del Tribunal]

22. Los principios y consideraciones citados *supra* son aplicables *mutatis mutandis* a la interpretación del Artículo 8 del TBI Argentina-Austria. Por consiguiente, el Artículo 8 *deberá* interpretarse de buena fe conforme al *sentido corriente* que haya de atribuirse a los términos del Artículo en el contexto de éste y teniendo en cuenta el objeto y fin del TBI (Artículo 31(1) de la CVDT), excepto, por supuesto, en el caso de términos tales como “inversión” a los que Argentina y Austria les hayan atribuido un *sentido especial* a efectos del TBI en el Artículo 1 del TBI, tal como se prevé en el Artículo 31(4) de la CVDT. En lo que respecta al *contexto*, los únicos elementos de la definición contenida en el Artículo 31(2) de la CVDT presentes en el caso que nos ocupa son el texto del propio TBI, con su preámbulo incluido. Las Partes en el caso no le proporcionaron al Tribunal anexos al TBI ni acuerdos y/o instrumentos del tipo que enumera la CVDT en su definición de contexto. Con respecto a los elementos interpretativos que el intérprete deberá tener en cuenta junto con el contexto (Artículo 31(3) de la CVDT), el único que se encuentra presente en el caso que nos ocupa es *toda norma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre Argentina y Austria*, dado que las Partes en el caso no invocan un acuerdo o práctica ulteriormente seguidos sobre la interpretación y/o la aplicación del TBI.

23. En el presente caso, las Demandantes no invocaron directamente una “intención flotante o presunta” de las Partes Contratantes como fundamento independiente para la interpretación del Artículo 8 del TBI Argentina-Austria que invalide la supremacía del texto y el sentido corriente de sus términos tal como se prevé en el Artículo 31 de la CVDT. No obstante, intentaron alcanzar un resultado algo similar por otros medios, por ejemplo, con el “*argumento del cumplimiento no estricto*”, noción ajena a la CVDT. En cualquier caso, para este árbitro, el texto del Artículo 8 del TBI es el elemento principal para determinar la intención común de Argentina y Austria cuando optaron por celebrar un TBI tanto para la protección y promoción de las inversiones de sus respectivos nacionales como para la solución de eventuales controversias relativas a las inversiones vinculadas a ellos con el Estado receptor de la inversión. El texto del Artículo 8 no contiene nada que, conforme a una interpretación de buena fe, pueda considerarse inconsistente con el objeto y fin del TBI tal como se define en su Preámbulo. Por ende, no hay lugar para nada menos que el cumplimiento del sistema escalonado de solución, al igual que de las condiciones y los requisitos individuales fijados por Argentina y Austria en el sistema de solución de controversias adoptado por ambos Estados en el Artículo 8(1) a (4) del TBI.
24. Tal como ha concluido la mejor doctrina, un intérprete ha de leer el TBI y no leer entre líneas en el TBI, para parafrasear el título de un artículo publicado en el año 2006 por Weiniger sobre el tema de las impugnaciones a la jurisdicción en el arbitraje en virtud de TBI, y el propósito de la interpretación como operación jurídica consiste en descubrir, y no crear, sentido tal como afirmara Koskenniemi en un artículo publicado en el año 1989 sobre la estructura de la argumentación jurídica internacional. Por lo tanto, no puedo aceptar argumentos contruidos para los fines del caso fundamentados en lo esencial en el alegato de un supuesto “cumplimiento no estricto” del Artículo 8 del TBI o algo similar. Este tipo de razonamiento plantea serias cuestiones relativas a *pacta sunt servanda* y otros principios sistémicos del ordenamiento jurídico internacional que no pueden dejarse de lado a la ligera, tal como se subraya en diversos laudos y decisiones de tribunales de arbitraje CIADI, como, a modo de ejemplo, en el siguiente pasaje del Laudo de fecha 22 de agosto de 2012 en el caso *Daimler c. Argentina*:
- “... en cuanto tratados internacionales, los TBI constituyen un ejercicio de soberanía mediante el cual los Estados establecen un delicado equilibrio entre sus diversas consideraciones de política interna. Por este motivo, el Tribunal debe tener cuidado de no permitir

que ningún presupuesto relativo a los tipos de mecanismos de Derecho Internacional (entre los que se encuentran las cláusulas de resolución de controversias) que puedan proteger y promover mejor las inversiones las lleve más allá de los límites del marco acordado por los Estados parte contratantes. Son los Estados los que deben decidir cuál es la mejor forma de proteger y promover las inversiones. Los textos de los tratados que celebran son la guía definitiva del modo en el que han elegido hacerlo” (párr. 164) (AL RA 96).

25. En lo que respecta a los medios complementarios de interpretación del Artículo 32 de la CVDT, las *circunstancias de la celebración* del TBI también son relevantes en el caso que nos ocupa en el sentido de que prueban más allá de toda duda razonable que las Demandantes son “*terceros*” con respecto al TBI, tal como confirma el primer párrafo del Preámbulo del propio TBI, así como el hecho de que las Demandantes carecen de legitimación en el derecho internacional público para celebrar tratados. Por ser “*terceros*” con respecto al TBI Argentina-Austria, las Demandantes carecen de legitimación para eludir, modificar o alterar los términos y el alcance del consentimiento de Argentina al arbitraje internacional, tal como se define y delimita en la “oferta permanente de arbitraje” contenida en el Artículo 8(4) del TBI Argentina-Austria. Y lo mismo es aplicable a los árbitros.
26. Con arreglo al TBI Argentina/Austria, las Demandantes son titulares de derechos secundarios en virtud del tratado y, en el ejercicio de esos derechos secundarios de los que son titulares, deben actuar de conformidad con el TBI, cumpliendo las condiciones y los requisitos que para su ejercicio estén prescritos en el TBI o se establezcan conforme a éste (véase Artículo 36(2) de la CVDT (CL-001)). Esto ha sido recordado por el tribunal del caso *Wintershall* en los siguientes términos:

“Según un principio general del derecho de los tratados, un tercero beneficiario de un derecho emanado del mismo debe cumplir las condiciones que para el ejercicio del derecho estén previstas en el tratado o se establezcan conforme al tratado. Por analogía con lo dispuesto por el Artículo 36(2) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 (“Convención de Viena”), como su situación no difiere de la del ‘tercer Estado’ (mencionado en el Artículo 36), el ‘titular de un derecho secundario’ en el marco de un tratado bilateral (el inversor), a quien se confieren ciertos derechos, debe cumplir las condiciones estipuladas para el ejercicio de los derechos previstos en el tratado en cuestión, que en el caso de autos

es el tratado ‘básico’’. (Laudo de fecha 8 de diciembre de 2008, párr. 114) (AL RA 38).

(e) La cuestión de la caracterización de los requisitos contenidos en el Artículo 8(1) a (3) del TBI Argentina-Austria como condiciones previas al arbitraje internacional

27. Tal como se indicara al inicio de la presente Opinión, las Partes disienten en cuanto a la caracterización jurídica de los requisitos que anteceden al arbitraje internacional del sistema de solución de controversias relativas a las inversiones del Artículo 8 del TBI Argentina-Austria. Por un lado, la Demandada considera que dichos requisitos son condiciones previas de naturaleza jurisdiccional, lo que explica que el alegado incumplimiento de las Demandantes diera lugar a la formulación de la presente Excepción Preliminar a la Jurisdicción. Por otro lado, las Demandantes consideran que tales requisitos son de carácter procesal y su eventual incumplimiento no corresponde al ámbito de la “jurisdicción”, sino a la “admisibilidad” de un reclamo, al mismo tiempo que afirman, no obstante, que han cumplido con dichos requisitos y que, en consecuencia, tenían derecho a someter la presente diferencia a arbitraje en virtud del TBI Argentina-Austria.
28. Sin embargo, sin perjuicio del desacuerdo anterior (*requisitos jurisdiccionales c. requisitos procesales o de admisibilidad*), ninguna de las Partes parece cuestionar que, para llegar al arbitraje del Artículo 8(3) del TBI, el inversor debe cumplir con las condiciones previas incluidas en el Artículo 8(1), (2) y (3), a saber, entablar consultas amistosas con el Estado receptor durante un plazo de seis meses y someter la controversia a la jurisdicción administrativa o judicial competente del Estado receptor durante un plazo de al menos dieciocho meses. En efecto, queda clarísimo a la luz del sentido corriente de los términos empleados en dichos párrafos del Artículo 8 que, si el inversor quiere (“podrá”) llegar al tercer escalón (arbitraje internacional), debe cumplir con los escalones primero (consultas amistosas) y segundo (jurisdicción administrativa o judicial competente). Asimismo, no es cuestionable a la luz de la formulación, secuencia e interrelación de estos escalones del sistema de resolución de controversias del Artículo 8 del TBI que están basados efectivamente en la premisa del carácter vinculante de cada uno de esos escalones para que el inversor se encuentre en condiciones de acudir al arbitraje internacional CIADI o CNUDMI. De ello se infiere que los requisitos del Artículo 8(1), (2) y (3) y su secuencia constituyen *condiciones previas* al arbitraje internacional y que, cualquiera que sea su caracterización jurídica, son requisitos de carácter vinculante para los inversores protegidos.

29. Además, cabe recordar que este asunto de la caracterización plantea una cuestión interpretativa de derecho internacional público y que las reglas en materia de interpretación de los tratados codificadas por la CVDT también enumeraban “toda norma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes” como uno de los elementos interpretativos que el intérprete ha de tener en cuenta junto con el contexto (Artículo 31(3)(c) de la CVDT) (CL-001). Es cierto que los Estados parte en un TBI determinado tienen la libertad de formular los requisitos comentados como condiciones previas que delimitan el alcance del consentimiento prestado por anticipado respecto de “una oferta de arbitraje” (jurisdicción), como condición vinculada a la petición o solicitud de arbitraje (admisibilidad) o como mero requisito procesal. Sin embargo, los últimos son mucho menos frecuentes porque, en la mayoría de los casos, el foro de arbitraje designado por los TBI tiene sus propias reglas de arbitraje, tales como el CIADI, y los tribunales *ad hoc* tienen a su disposición el Reglamento CNUDMI. Asimismo, en el marco del arbitraje de inversión, las reglas procesales que han de aplicar los tribunales de arbitraje deben ser consensuadas no por los Estados parte en el TBI aplicable, tal como en el caso de las condiciones previas a la jurisdicción o a la admisibilidad, sino por el inversor y el Estado receptor (véase, por ejemplo, Artículo 44 del Convenio CIADI). Y, en cualquier caso, incluso los requisitos contenidos en los TBI caracterizados como “procesales” son igualmente vinculantes para los inversores tal como recordó, por ejemplo, el tribunal del caso *Murphy c. Ecuador* (Decisión sobre Jurisdicción de fecha 15 de diciembre de 2010, párr. 142) (AL RA 204).
30. Lo más frecuente es que, en los sistemas de resolución de controversias de los TBI, los Estados Contratantes formulen los requisitos objeto de consideración como en el presente caso, a saber, en términos de condiciones previas al arbitraje internacional, debido a la importancia primordial que reviste para los Estados circunscribir con cierto grado de precisión el alcance de las “ofertas permanentes de arbitraje” contenidas en los TBI otorgadas por ellos voluntariamente por anticipado sin conocer ni a los inversores privados protegidos individuales que aceptarán las ofertas ni las circunstancias de hecho particulares de una futura controversia relativa a inversiones con dichos inversores. El sistema de TBI supone ciertamente garantías excepcionales para los inversores protegidos extranjeros, pero su propósito no es en modo alguno derogar el principio sistémico del consentimiento del Estado a la jurisdicción internacional del derecho internacional público, y los tribunales de arbitraje CIADI no deberían entenderlo ni aplicarlo de otra manera.

31. A modo de ejemplo, tal como aseverara el tribunal del caso *Philip Morris c. Uruguay* con referencia a la condición previa de la jurisdicción local competente incluida en los TBI:

“137. El Tribunal no está de acuerdo con la posición planteada por ciertos tribunales y citada por las Demandantes, que consideran que el requisito de un proceso legal ante tribunales nacionales ‘no tiene sentido’, dado que, supuestamente, los tribunales nacionales no están en posición de emitir una decisión dentro del período de tiempo prescripto por el tratado aplicable. El Tribunal también considera que la conclusión de que un proceso legal ante un tribunal nacional sería ‘fútil’ debe abordarse con cautela y circunspección. A excepción de los casos en los que esta conclusión se justifica a raíz de las circunstancias fácticas del caso en particular, el requisito de un proceso legal ante tribunales nacionales no puede ser ignorado o dejado de lado por fútil en virtud de su importancia primordial para el Estado receptor. Su fin es ofrecer al Estado una oportunidad para compensar las supuestas violaciones de los derechos del inversor en virtud del tratado aplicable antes de que se someta la diferencia a arbitraje internacional” (Decisión sobre Jurisdicción de fecha 2 de julio de 2013) (CL-134).

32. Comparto la afirmación precedente del tribunal del caso *Philip Morris*, así como su conclusión general de que la cuestión que consiste en determinar si el requisito previo de litigar ante tribunales nacionales (al igual que el requisito de consultas amistosas) se relaciona con la jurisdicción o, por el contrario, con la admisibilidad o tiene carácter de meramente procesal depende de la interpretación del artículo relativo a la resolución de controversias con inversores del TBI en cuestión de conformidad con las normas de interpretación de la CVDT (*Ibíd.*, párr. 138). Es de hecho en función de ello que este árbitro considera que los requisitos contenidos en el Artículo 8(1) a (3) del TBI Argentina-Austria se relacionan con la jurisdicción, y no con la admisibilidad o el mero procedimiento.

(f) La jurisprudencia de la CIJ sobre la regla del consentimiento del Estado a las jurisdicciones internacionales y sobre las condiciones previas incluidas en las cláusulas de resolución de controversias de los tratados

33. La jurisprudencia establecida (*jurisprudence constante*) de la CIJ sobre la caracterización de las condiciones previas incluidas en una cláusula compromisoria de un tratado determinado como vinculadas a su jurisdicción y no a la admisibilidad de la solicitud - tal como declarara la Corte, por ejemplo, en el *Caso Relativo a las Actividades Armadas en el Territorio del Congo (Nueva Demanda 2002)* (véase párrafo 6 de esta Opinión *supra*) – es para mí determinante de dicha cuestión en el marco del derecho internacional público. Y ello se debe no sólo a la autoridad de la CIJ, sino también porque, tal como se establece en el Artículo 38(1) de su Estatuto, la función de la Corte es “decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas”. Esto explica el hecho de que las partes en los procedimientos de arbitraje de diferencias relativas a inversiones invoquen con frecuencia la jurisprudencia pertinente de la CIJ, así como que las decisiones y los laudos de los tribunales de arbitraje CIADI hagan referencia a ella. El presente caso no es una excepción en ese aspecto. La Demandada, y, en ocasiones, también las Demandantes, ha invocado en varios contextos declaraciones de derecho de la CIJ (por ejemplo, el caso *ELSI*), aunque, en mi opinión, la mayoría que respalda la presente Decisión se ha equivocado particularmente en la jurisprudencia pertinente de la Corte para las cuestiones planteadas en la fase actual del presente caso, y ha guardado silencio respecto de la relevante, a pesar de que el Tribunal de Arbitraje debe decidir conforme, *inter alia*, a los principios y reglas de derecho internacional que sean aplicables.
34. Mi opinión es diferente. Considero que varias cuestiones importantes en la fase actual del caso ya han recibido en dicha jurisprudencia de la CIJ las respuestas correctas del derecho internacional, en particular, en relación con las formas de manifestación del *consentimiento del Estado* admitidas y respecto de la cuestión de la *caracterización de las condiciones previas* incluidas en las cláusulas de resolución de controversias de los tratados, tales como las que se formulan en el Artículo 8(1), (2) a (3) del TBI Argentina-Austria. A modo de ejemplo, es obvio que las conclusiones generales expuestas en los párrafos 336 y 337 de la presente Decisión mayoritaria son proposiciones insostenibles ante la jurisprudencia establecida de la CIJ sobre el rol sistémico del consentimiento de un Estado a la jurisdicción de las cortes y los tribunales internacionales que dispone que dicho consentimiento debe ser voluntario, seguro, claro e inequívoco

cualquiera que sea la forma de su manifestación o el título o fundamento de la jurisdicción invocado y/o la naturaleza y los valores de las obligaciones sustantivas en cuestión. Es evidente que las Demandantes no han probado que la Demandada prestara en dicho TBI un consentimiento voluntario, seguro, claro e inequívoco a efectos de un acceso directo o libre al arbitraje internacional de los inversores protegidos nacionales del otro país (al igual que tampoco lo hiciera Austria), ni que hubiera consentido voluntaria, segura, clara e inequívocamente al arbitraje internacional sin el cumplimiento previo por parte de los inversores de las condiciones establecidas en el TBI, ni que admitiera que el supuesto consentimiento de las Demandantes pudiera tener un sentido o alcance diferente del consentimiento de la Demandada en la oferta de arbitraje definida en el TBI en lugar del “consentimiento mutuo” que ordena el Artículo 25 del Convenio CIADI. Asimismo, el carácter de la norma material en cuestión y la regla del consentimiento del Estado a la jurisdicción son dos cuestiones diferentes (véase *Caso Relativo a Timor Oriental (Portugal c. Australia)*, *Informes de la CIJ de 1995*, pág. 102, párr. 29) (CL-107 / AL RA 200) y, en consecuencia, no deberían confundirse mediante referencias, por ejemplo, al objeto y fin del TBI en cuestión o mediante alegaciones frecuentes en los procedimientos de arbitraje CIADI destinadas a evitar el cumplimiento de las condiciones previas y otros requisitos de los TBI.

35. La siguiente recopilación de algunas muestras de declaraciones pertinentes de la CIJ, aunque hay muchas otras, da cuenta de su jurisprudencia establecida en la cuestión objeto de consideración:

“... La Corte no puede actuar de esa manera en el presente caso. Simplemente tiene que determinar si, al dictar el Laudo controvertido, el Tribunal actuó en violación manifiesta de la competencia que le confiere al Acuerdo de Arbitraje, decidiendo en exceso de su jurisdicción o sin hacer ejercicio de ella.

Dicha violación manifiesta podría derivar, por ejemplo, del hecho de que el Tribunal no aplicara correctamente las reglas de interpretación pertinentes a las disposiciones del Acuerdo de Arbitraje que rigen su competencia. Un acuerdo de arbitraje (*compromis d'arbitrage*) es un acuerdo entre Estados que debe interpretarse conforme a las reglas generales de derecho internacional que rigen la interpretación de los tratados” (*Caso Relativo al Laudo Arbitral de 31 de Julio de 1989*, *Informes de la CIJ de 1991*, pág. 69, párrs.47-48).

“La Corte recuerda su jurisprudencia, al igual que la de su antecesora, la Corte Permanente de Justicia Internacional, relativa a las formas

que puede adoptar la expresión de las partes de su consentimiento a su jurisdicción. Atento a dicha jurisprudencia, ‘ni el Estatuto ni el Reglamento exigen que este consentimiento se exprese en una forma en particular’ y ‘no hay nada que impida que la aceptación de la jurisdicción ... se haga efectiva mediante dos actos separados y sucesivos, y no de manera conjunta y de antemano a través de un acuerdo especial’ ... Sin embargo, la actitud del Estado demandado debe poder considerarse ‘una inequívoca indicación’ del deseo de ese Estado de aceptar la competencia de la Corte de ‘manera voluntaria e indiscutible’ ...” (*Caso Relativo a las Actividades Armadas en el Territorio del Congo (Nueva Demanda 2002)*, (*RD del Congo c. Rwanda*), *Informes de la CIJ de 2006*, pág. 18, párr. 21) (AL RA 39).

“... la Corte goza de jurisdicción con respecto a los Estados solo en la medida en que ellos hayan prestado su consentimiento a ella ... Cuando una cláusula compromisoria incluida en un tratado prevé la jurisdicción de la Corte, dicha jurisdicción existe solo con respecto a las partes en el tratado que se encuentran sujetas a la cláusula y dentro de los límites allí establecidos” (*Ibíd.*, pág. 32, párr. 65).

“... El Artículo 29 de dicha Convención [sobre Discriminación contra la Mujer] da a la Corte competencia con respecto a toda controversia que surja entre Estados partes con respecto a su interpretación o aplicación, a condición de: que no haya sido posible solucionar la controversia mediante negociaciones; que, luego del fracaso de las negociaciones, la controversia haya sido, a solicitud de uno de dichos Estados, sometida a arbitraje, y que, si las partes no han conseguido ponerse de acuerdo sobre la forma del arbitraje, haya transcurrido un plazo de seis meses a partir de la fecha de la solicitud de arbitraje.

“A juicio de la Corte, resulta claro del tenor del Artículo 29 de la Convención que dichas condiciones son acumulativas. Por consiguiente, debe considerar si en la presente causa se han cumplido los requisitos para solicitar su intervención enunciados en el mencionado Artículo 29” (*Ibíd.*, pág. 39, párr. 87).

“Cuando dicho consentimiento [de las partes] se ha expresado en una cláusula compromisoria de un acuerdo internacional, debe considerarse que las condiciones a que está sujeto tal consentimiento constituyen los límites de la competencia. Consiguientemente, la Corte considera que el examen de esas condiciones se refiere a su competencia y no a la admisibilidad de la demanda. De ello se deduce que, en la presente causa, las condiciones para solicitar la intervención

de la Corte enunciadas en el artículo 29 de la Convención contra la discriminación contra la mujer deben examinarse en el contexto de la cuestión de la competencia de la Corte. Esta conclusión se aplica, mutatis mutandis, a todas las demás cláusulas compromisorias invocadas por la República Democrática del Congo” (*Ibíd.*, págs. 39-40, párr. 88).

“La Corte señala además que, aun cuando la República Democrática del Congo hubiese demostrado la existencia de una divergencia o disputa comprendida dentro del alcance del artículo 75 de la Constitución de la OMS, no ha probado que se hubiesen cumplido los demás requisitos para solicitar la intervención de la Corte demostrados por esa disposición, a saber, que hubiese intentado resolver la divergencia o disputa por negociaciones con Rwanda o que la Asamblea mundial de la Salud no hubiese podido resolverla” (*Ibíd.*, pág. 43, párr. 100).

“...incumbe a la Corte determinar si un Estado debe recurrir a determinados procedimientos antes de presentarse ante la Corte. En este contexto, señala que los términos “condición”, “precondición [*precondition*]”, “condición previa [*prior condition*]”, “condición suspensiva [*condition precedent*]” son a veces utilizados como sinónimos y a veces como diferentes entre sí. En esencia no hay diferencias entre esas expresiones salvo por el hecho de que, si el término “condición” se emplea sin ningún calificativo puede abarcar, además de las condiciones previas, otras condiciones que deben satisfacerse concomitantemente con un acontecimiento o con posterioridad a él. En la medida en que los requisitos de procedimiento del artículo 22 sean condiciones, deben ser condiciones previas al sometimiento de un caso a la Corte, aun cuando el término no esté calificado por un elemento temporal” (*Caso Relativo a la Aplicación de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (Georgia c. Federación de Rusia)*, *Informes de la CIJ de 2011 (I)*, pág. 124, párr. 130).

“El consentimiento que le permite a la Corte asumir jurisdicción debe ser cierto. Ello es así, ni más ni menos, respecto de la jurisdicción basada en *forum prorogatum*. Tal como la Corte ha explicado recientemente, cualquiera que sea el fundamento del consentimiento, la actitud del Estado demandado debe 'poder considerarse “un indicio inequívoco” del deseo de ese Estado de aceptar la jurisdicción de la Corte de manera “voluntaria e incuestionable” ... Para que la Corte ejerza su competencia con arreglo al *forum prorogatum*, la Corte

opina que el elemento de consentimiento debe ser explícito o claramente derivado de la conducta pertinente de un Estado” (*Caso Relativo a Ciertas Cuestiones de Asistencia Mutua en Materia Penal (Djibouti c. Francia)*, *Informes de la CIJ de 2008*, pág. 204, párr. 62) (AL RA 35).

“... la Corte considera que el carácter erga omnes de una norma y la regla del consentimiento a la competencia son dos cosas diferentes. Cualquiera que sea la naturaleza de las obligaciones invocadas, la Corte no puede decidir respecto a la licitud del comportamiento de un Estado cuando su fallo implicaría una evaluación de la licitud del comportamiento de otro Estado que no es parte en el caso. Cuando ocurre esto, la Corte no puede actuar, aun si el derecho en cuestión es un derecho erga omnes” (*Caso Relativo a Timor Oriental (Portugal c. Australia)*, *Informes de la CIJ de 1995*, pág. 102, párr. 29) (CL-107 / AL RA 200). [Traducción del Miembro del Tribunal]

“La competencia de la Corte en la causa se basa únicamente en el Artículo IX de la Convención [contra el Genocidio] ... [la Corte] no está facultada para decidir sobre presuntas violaciones de otras obligaciones con arreglo al derecho internacional, que no constituyan genocidio, particularmente las que protegen a los derechos humanos en los conflictos armados. Ello es así aun cuando las supuestas violaciones sean de obligaciones con arreglo a normas imperativas, o de obligaciones que protegen valores humanitarios esenciales, y que pueden ser vinculantes *erga omnes*” (*Caso Relativo a la Aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (Bosnia y Herzegovina c. Serbia y Montenegro)*, *Informes de la CIJ de 2007*, pág. 104, párr. 147).

36. Las declaraciones anteriores de la CIJ, confirmadas por otras varias, califican el consentimiento del Estado a la jurisdicción de las cortes o los tribunales internacionales, como *principio fundamental* del ordenamiento jurídico internacional (véase, por ejemplo, *Informes de la CIJ de 1995*, pág. 101, párr. 26) (CL-107 / AL RA 200). De ello se infiere que este Tribunal de Arbitraje CIADI solo puede ejercer jurisdicción sobre la República Argentina con su consentimiento. Debe probarse que ese consentimiento es voluntario, seguro e inequívoco y debe ser manifiesto, tal como se ha hecho en la “*oferta permanente de arbitraje*” a los inversores del otro Estado Contratante en el Artículo 8(4) del TBI Argentina-Austria. No obstante, el consentimiento plasmado en esa oferta de Argentina, así como de Austria, existe solo dentro de los parámetros enunciados en el texto del Artículo 8 del TBI que delimita con precisión considerable el alcance del

consentimiento prestado por cada uno de estos Estados en su oferta. No existe consentimiento alguno de Argentina ni de Austria más allá de dicho alcance o de otra manera.

37. Sin embargo, estas consideraciones se relacionan con un principio fundamental del derecho internacional aplicable que se ve eclipsado en las alegaciones de las Demandantes, así como disminuido y malinterpretado en el razonamiento de la presente Decisión mayoritaria.

(g) El alcance del “consentimiento” prestado por anticipado mediante la “oferta permanente de arbitraje” de los Estados Contratantes contenida en el Artículo 8 del TBI Argentina-Austria

38. Tal como se estableciera claramente en el TBI, los respectivos consentimientos al arbitraje CIADI que Argentina y Austria prestaron por anticipado en la “oferta permanente de arbitraje” del Artículo 8 del TBI no son generalizados. Su alcance se encuentra limitado por las definiciones contenidas en el Artículo 1 del TBI y las condiciones incluidas en los párrafos (1) a (3) del Artículo 8 que los inversores protegidos deben cumplir paso a paso para estar en condiciones de alcanzar el escalón final del arbitraje internacional. En efecto, en primer lugar, la disposición contenida en el Artículo 8(1) confina el ámbito de aplicación de la totalidad del Artículo 8 a “controversias entre inversores y Estados receptores respecto de reclamos en virtud de tratados”. En segundo lugar, el consentimiento manifestado en la “oferta permanente de arbitraje” del Artículo 8(4) (primera oración) se encuentra sujeto al cumplimiento sucesivo de cada una de las condiciones establecidas en el Artículo 8(1) a (3) precedente del TBI, que son, debido a su orden escalonado y formulación, *condiciones previas* al arbitraje internacional.
39. Por ende, se deduce que el consentimiento anticipado de la Demandada en la “oferta permanente de arbitraje” del Artículo 8(4) del TBI no es ni un “consentimiento mutuo” de las partes en la controversia que les concede a los inversores protegidos acceso directo al arbitraje internacional desde la entrada en vigor del TBI ni una “oferta de consentimiento al arbitraje” unilateral que pueda considerarse un consentimiento perfeccionado sin que el inversor protegido en cuestión aceptara dicha oferta luego del cumplimiento de todas las condiciones previas del Artículo 8(1) a (3) en su orden escalonado. Los plazos que son parte integrante de las condiciones previas en cuestión también deben ser observados por el inversor protegido para que la “oferta de consentimiento a arbitraje de Argentina” realizada en el TBI se convierta en un “consentimiento mutuo” de la Demandada y

las Demandantes que dé lugar como tal a un “acuerdo de arbitraje” (*convención de arbitraje*) obligatorio entre las partes en la diferencia relativa a inversiones, tal como se menciona en el Preámbulo (párrafo 6) y en el Artículo 25 del Convenio CIADI.

40. Para este árbitro, el sentido corriente de las palabras “*sobre las materias regidas por el presente Convenio*” contenidas en el Artículo 8(1) es ciertamente amplio cuando se lo contrasta con el alcance de la cláusula de resolución de controversias del Artículo 9 del TBI tal como subrayan las Demandantes en consonancia con algunos tribunales de arbitraje CIADI. Esto es bastante normal, puesto que los objetos de estos Artículos difieren entre sí. No obstante, con respecto a las cláusulas de resolución de controversias relativas a inversiones incluidas en los TBI, el Artículo 8(1) del TBI Argentina-Austria no es especialmente amplio, en tanto que contrariamente a otros TBI (por ejemplo, la disposición equivalente del TBI Suiza-Uruguay aplicada en el caso *Philip Morris*), las palabras que se citan del TBI Argentina-Austria excluyen las “controversias respecto de reclamos contractuales”. De ello se desprende que no basta en virtud del TBI Argentina-Austria que la controversia en cuestión sea simplemente una diferencia relativa a inversiones y nada más. Debe tratarse de una “controversia relativa a inversiones respecto de reclamos en virtud de tratados”.
41. Además, la oración “Con este fin, cada Parte Contratante otorga en las condiciones del presente Convenio, su consentimiento anticipado e irrevocable” (énfasis agregado) contenida en el Artículo 8(4) del TBI resuelve la cuestión de la naturaleza jurisdiccional y el carácter escalonado obligatorios de las condiciones previas incluidas en el Artículo 8(1) a (3) del TBI, que son vinculantes para los inversores protegidos tal como confirma asimismo el elemento temporal adjunto de seis meses en el caso de la “condición previa de consultas amistosas” y de los dieciocho meses en el caso de la “condición previa de las jurisdicciones locales”.
42. Estas conclusiones se basan en el sentido corriente de los términos empleados en el texto del Artículo 8(1) a (4) del TBI en su contexto respectivo tal como se prevé en el Artículo 31 de la CVDT y en la secuencia de los escalones sucesivos del sistema de resolución de controversias del Artículo 8 del TBI, como también confirma la jurisprudencia.

(h) La formación de un “acuerdo de arbitraje” vinculante entre el Estado receptor y el inversor protegido nacional del otro Estado Contratante

43. En derecho internacional, el “arbitraje” es un medio de arreglo de diferencias en el que el consentimiento de las partes desempeña un rol primordial. Lo mismo se aplica a los procedimientos de arbitraje internacional aplicables en la actualidad a las diferencias relativas a inversiones entre el Estado receptor de la inversión y un inversor privado protegido nacional del otro Estado Contratante del TBI. Tal como se explicó en el Informe de los Directores Ejecutivos acerca del Convenio CIADI de 1965, el consentimiento de las partes en la diferencia a someterse al arbitraje CIADI es la piedra angular en que descansa la jurisdicción del Centro. De ello se deduce que, en virtud del sistema actual del TBI, la suscripción de un “acuerdo de arbitraje” obligatorio respecto de una diferencia de naturaleza jurídica que surja directamente de una inversión no puede lograrse sino mediante la correspondencia entre el consentimiento del Estado receptor manifestado en la oferta del TBI aplicable y el consentimiento prestado por el inversor protegido en el momento de aceptar dicha oferta por escrito y/o a través de la presentación de una solicitud de arbitraje ante el Centro. Tal como se explicó *supra*, los TBI son tratados bilaterales que prevén “derechos” para posibles terceros inversores protegidos, aunque los últimos no tienen obligación alguna en virtud de los TBI de aceptar las “ofertas permanentes de arbitraje” realizadas por los Estados Contratantes de los mismos, si bien no pueden modificar ni alterar el sentido o alcance de la oferta permanente del TBI en cuestión.
44. El presente caso es una controversia en virtud de un TBI, y, por lo tanto, la principal cuestión jurisdiccional que plantea la formación del “acuerdo de arbitraje” necesario *de las partes en la diferencia* a fin de someterla a arbitraje internacional consiste en determinar si tanto el consentimiento a arbitraje de Argentina prestado con anticipación a los inversores austriacos protegidos en la oferta realizada en el Artículo 8 del TBI Argentina-Austria como el consentimiento de CAI y CASAG prestado al momento de aceptar esa oferta de arbitraje de la Demandada se corresponden, ya que solo si los consentimientos de ambas partes en la diferencia se corresponden existe un “consentimiento mutuo” y, en consecuencia, puede considerarse que se ha concluido el acuerdo o compromiso de arbitraje entre las Partes en la presente diferencia. La necesidad de un acuerdo o compromiso de arbitraje semejante entre las partes en la diferencia sigue siendo en la actualidad, al igual que en el pasado, incuestionable tanto en virtud del sistema de TBI como del derecho internacional público contemporáneo tal como explicara,

por ejemplo, la Decisión sobre Jurisdicción del caso *Plama Consortium c. Bulgaria* en el siguiente pasaje:

“Hoy en día, el arbitraje es la vía generalmente aceptada para resolver controversias entre inversores y Estados. Sin embargo, ese fenómeno no elimina los prerequisites básicos del arbitraje: un acuerdo de las partes a fin de someter diferencias a arbitraje. Es un principio consagrado, tanto en el derecho local como en el derecho internacional, que un acuerdo semejante debería ser claro e inequívoco. En el marco de un TBI, al acuerdo de arbitraje se llega mediante el consentimiento a arbitraje que un Estado presta por anticipado respecto de las diferencias relativas a inversiones comprendidas en el TBI y su aceptación por parte de un inversor si este último así lo desea” (párr. 98 de la Decisión) (AL RA 36). [Traducción del Miembro del Tribunal]

45. A nivel doctrinario, Dolzer y Schreuer han explicado lo siguiente respecto del consentimiento prestado a través de un TBI: “El mecanismo básico es el mismo que en el caso de la legislación nacional ... el acuerdo de arbitraje se perfecciona mediante la aceptación de esa oferta por parte de un inversor que reúna las condiciones necesarias” [Traducción del Miembro del Tribunal] (*Principles of International Investment Law*, Oxford University Press, 2008, pág. 242) (AL RA 37). En la misma línea, Zachary Douglas, *International Law of Investments Claims*, Cambridge University Press, 2009, págs. 74 y ss., y 360 (AL RA 23).
46. Las Partes no se disputan sobre la veracidad de algunos hechos históricos, tales como: (i) que, en Salta (Argentina), se desarrollaba una controversia respecto de reclamos contractuales a nivel local entre la Provincia de SALTA y ENJASA respecto del objeto de la revocación de una licencia de ENJASA por parte de ENREJA (el ente regulador de la Provincia) desde 2013; y (ii) que la Demandada había sido informada mediante la carta de CAI de fecha 30 de abril de 2014, a la que posteriormente se uniera CASAG (carta de fecha 7 de agosto de 2014), que las Demandantes consideraban que había surgido una segunda diferencia de naturaleza jurídica, esta vez entre CAI y CASAG, y la República Argentina, en virtud del TBI Argentina-Austria, “como consecuencia de la revocación de la licencia de ENJASA” [Traducción del Miembro del Tribunal]. La presentación de la Solicitud de Arbitraje de las Demandantes el 4 de diciembre de 2014 formalizó procesalmente en el CIADI esta segunda controversia respecto de reclamos en virtud del TBI. Solo esta segunda diferencia de naturaleza jurídica relativa a inversiones se plantea ante este Tribunal de Arbitraje.

47. La controversia entre las Partes consiste en determinar si - sin perjuicio tanto de la declaración por parte de las Demandantes de su aceptación de la oferta de arbitraje de la Demandada contenida en la carta de CAI de fecha 30 de abril de 2013 como de la presentación por parte de CAI y CASAG de la Solicitud de Arbitraje de fecha 4 de diciembre de 2014 - la conducta de las Demandantes revela un consentimiento en someter la presente diferencia a arbitraje que se corresponda efectivamente con el consentimiento a arbitraje de la Demandada definido en la oferta del Artículo 8 del TBI Argentina-Austria o, por el contrario, revela un consentimiento de las Demandantes que difiere del alcance del consentimiento prestado por la Demandada en dicha oferta o se sitúa fuera del mismo. En la primera de estas dos hipótesis, la Segunda Excepción Preliminar de la Demandada debe rechazarse, pero, en la segunda, la Segunda Excepción Preliminar debe admitirse, en tanto que la falta de consentimiento mutuo de las Partes en la diferencia a someterla a arbitraje CIADI supone la ausencia de un acuerdo obligatorio entre las Partes a fin de someter la diferencia a arbitraje.
48. La simplicidad del camino a seguir a efectos de la conclusión de un “acuerdo de arbitraje” entre las partes en la diferencia en virtud de la práctica dominante del sistema TBI ha facilitado enormemente el ejercicio por parte de los inversores protegidos del derecho que se les proporciona el TBI pertinente de iniciar procedimientos de arbitraje internacional en contra de los Estados receptores, pero, por otro lado, el sistema reserva exclusivamente a los Estados receptores la definición de las “ofertas permanentes de arbitraje” de los TBI. No hay ejemplos de TBI que brinden a inversores protegidos individualmente (o a todos ellos en su conjunto) nacionales de cualquiera de los dos Estados Contratantes del TBI la posibilidad de modificar o alterar en cualquier aspecto la naturaleza y alcance de la “oferta permanente de arbitraje” del Estado receptor tal como se define en el TBI pertinente, por lo que lamento tener que afirmar que esto es lo que hace efectivamente la presente Decisión mayoritaria y explica mi Opinión Disidente.
49. Para mí, de conformidad con el derecho internacional aplicable, la “oferta permanente de arbitraje” del Artículo 8 del TBI Argentina-Austria con todas sus condiciones previas, términos y requisitos no puede ser cuestionada, alterada ni modificada por las Demandantes tal como mis coárbitros parecerían admitir. CAI y CASAG son “terceros” con respecto al TBI y, como tales, solo ostentan derechos secundarios en virtud del TBI, además de ser personas jurídicas privadas que carecen de legitimación en derecho internacional para celebrar, enmendar o modificar un tratado como el TBI o la oferta que allí se realiza a los inversores. Tal como se afirma en

el siguiente pasaje del Laudo sobre Jurisdicción del Tribunal del caso *ICS Inspection and Control Service c. Argentina*:

“Al momento de iniciar la resolución de la controversia en virtud del tratado, el inversor sólo puede aceptar o rechazar la oferta de arbitraje, pero no puede modificar sus términos. El inversor, independientemente de las circunstancias particulares que lo afectan o su creencia en la utilidad o equidad de las condiciones adjuntas a la oferta del Estado receptor, debe, sin embargo, prestar consentimiento a la aplicación de los términos y condiciones de la oferta realizada por el Estado receptor, caso contrario no puede haber acuerdo para arbitrar. A diferencia de una disposición de resolución de controversias en un contrato de concesión entre un inversor y un Estado receptor donde los eventos o circunstancias ulteriores que surjan pueden ser tomados en cuenta a fin de determinar el efecto que se le debe asignar a los términos negociados con anterioridad, el tratado de inversión presenta una situación de “tómelo o déjelo” en tanto ya se conocen las circunstancias de la controversia y del inversor. Este punto es igualmente relevante en el contexto de jurisdicción fundada en la cláusula de NMF...” (Laudo de fecha 10 de febrero de 2012, párr. 272) (AL RA 40).

50. Tras décadas de aplicación del Convenio CIADI y del sistema de TBI, podría parecer redundante recordar lo obvio. Pero las conclusiones a las que se llega en los párrafos 336 y 337 de la presente Decisión mayoritaria demuestran que eso todavía no es así para mis coárbitros. Manifestar la inusitada conclusión de que el Tribunal de Arbitraje “*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... 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*” demuestra que la cuestión de la formación del “acuerdo de arbitraje” entre las Partes en “la presente controversia relativa a inversiones respecto de reclamos en virtud de un tratado”, a saber, entre CAI y CASAG (Demandantes), y la República Argentina (Demandada), tal como exige el Convenio CIADI, todavía no está clara para todo el mundo. Pero, esto no es todo, puesto que dicha conclusión es complementada por una segunda tan errónea como la primera, a saber: “...los requisitos pre-arbitrales establecidos del mismo modo en el Artículo 8 del TBI ... no constituyen condiciones suspensivas respecto del consentimiento de la Demandada que deberían estar satisfechos 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”.

51. Con esas dos conclusiones, mis co-árbitros dinamitan el sistema de TBI que ha estado funcionando hasta la actualidad. Asimismo, este parece haber sido efectivamente el intento, a saber, crear una nueva doctrina y jurisprudencia o, en realidad, de dar origen a un sistema completamente diferente del sistema TBI actual. En cualquier caso, esta Decisión mayoritaria desequilibra las condiciones que rigen el sistema de TBI desde sus inicios. Por lo tanto, en mi opinión, se trata de una Decisión contraria a la seguridad jurídica que debería presidir las relaciones entre Estados receptores e inversores protegidos en virtud del Convenio CIADI y del sistema TBI. La Decisión mayoritaria hace todo esto sin invocar ningún instrumento, regla o principio de derecho internacional público aplicable a esta fase del caso, ni siquiera las reglas sobre la interpretación y aplicación de los tratados de la CVDT. Esto explica el motivo por el cual comienzo esta Opinión Disidente recordando los instrumentos, reglas y principios, algunos de naturaleza sistémica, de derecho internacional público aplicables a la fase actual del caso.
52. En la segunda parte de esta Opinión, procederé a considerar en detalle las diversas cuestiones de hecho y de derecho que, desde mi punto de vista, deben tenerse en cuenta a fin de adoptar determinaciones arbitrales en relación con la Segunda Excepción Preliminar de la Demandada. No obstante, y sin perjuicio de tales determinaciones, formularé aquí algunas consideraciones generales sobre cuestiones de hecho y de derecho con objeto de tenerlas en mente. En primer lugar, como es evidente, el Artículo 8(4) es solo una de las disposiciones del Artículo sobre el sistema de solución de controversias relativas a las inversiones del TBI, y esas disposiciones sobre solución de controversias contienen a su vez otras disposiciones que establecen condiciones previas y/o requisitos que, conforme a las reglas de interpretación de la CVDT, deben tenerse en cuenta como “contexto” en la interpretación del Artículo 8(4). En segundo lugar, las Demandantes son “terceros” *vis-à-vis* el TBI celebrado entre Argentina y Austria en el que los dos Estados incluyeron la “oferta permanente de consentimiento” del Artículo 8 como derecho (y no obligación) para los inversores privados protegidos que aceptaran dicha oferta como tal, no más allá de su alcance o de otra manera. En tercer lugar, el presente “arbitraje internacional” no es un procedimiento de arbitraje sujeto a la legislación local, sino que fue iniciado por las Demandantes como un arbitraje en virtud de un instrumento internacional, el Convenio

CIADI, y, tanto en virtud de este Convenio como en general en el derecho internacional público, no existe arbitraje alguno sin un “acuerdo de arbitraje” concluido entre las partes en la diferencia, tal como enuncian el Preámbulo y el Artículo 25 del Convenio CIADI.

53. En cuanto a los hechos, cabe recordar aquí en primer lugar que no había un “acuerdo de arbitraje” entre las Demandantes y la Demandada cuando el TBI entró en vigor en la relación entre Argentina y Austria el 1 de enero de 1995; y, en segundo lugar, que las Demandantes no eran inversores en la Provincia de Salta (Argentina) con respecto al objeto de la presente diferencia con anterioridad al año 2000 cuando adquirieron el 5% de las acciones de L&E. Por lo tanto, ¿cómo concluye la mayoría que la Demandada “*ha prestado su consentimiento válido al presente arbitraje conforme al Artículo 8 del TBI*” con las Demandantes el 1 de enero de 1995, fecha de entrada en vigor del TBI en las relaciones entre Argentina y Austria? ¿Dónde está el segundo consentimiento necesario del Preámbulo y del Artículo 25(1) del CIADI, a saber, el consentimiento de las Demandantes en esa fecha? La explicación para este *totum revolutum*, hay muchas otras, no es fácil de encontrar, a menos que la mayoría esté intentando sugerir aquí, *inter alia*, que el Convenio CIADI ya se ha revisado en el sentido de que el arbitraje CIADI podría seguir adelante con el consentimiento exclusivo del Estado receptor parte en la diferencia. Sería una proposición sin sentido en derecho internacional público. Por último, la Decisión mayoritaria en su totalidad, y no solo en sus conclusiones, invierte el orden lógico que ha de seguirse al momento de considerar la Segunda Excepción Preliminar de la Demandada según la cual no hay jurisdicción porque las Demandantes no cumplieron con la “oferta permanente de arbitraje” del TBI. La Demandada nunca ha cuestionado su propio consentimiento *determinado* por escrito en el Artículo 8 del TBI. Lo que se cuestiona aquí es si ese consentimiento ha sido correspondido por el alegado consentimiento de las Demandantes, y no en modo alguno el consentimiento de la Demandada.
54. La determinación de la jurisdicción y la competencia por parte de un tribunal de arbitraje CIADI tal como el presente, al igual que en el caso de cualquier corte o tribunal internacional, es una *cuestión objetiva* que debe ser resuelta por el tribunal en cuestión como juez de su propia competencia (Artículo 41 del Convenio CIADI) de conformidad con los elementos de hecho y de derecho que concurran en el caso particular. En la fase actual del caso, los elementos de derecho son proporcionados en primer lugar por el Artículo 8 del TBI Argentina-Austria con sus condiciones y requisitos, así como por el Artículo 25 del Convenio CIADI, interpretados y aplicados conforme no solo a las reglas pertinentes de la CVDT, sino también a otros

principios y reglas de derecho internacional público que se mencionan en esta Opinión. Los elementos de hecho son proporcionados por las pruebas y los reconocimientos que revelan que las Demandantes no han cumplido con ninguna de tales condiciones o requisitos, ni con el sistema escalonado de medios de solución enunciado en el Artículo 8 del TBI.

55. En tal situación, intentar tal como hace la mayoría en el párrafo 337 de la presente Decisión excusar a una de las Partes, las Demandantes, por su incumplimiento del derecho aplicable mediante referencias fuera de lugar a enfoques “demasiado formalista[s]” (haciéndose eco de la falacia de la aplicación no estricta de las Demandantes) e invocar “una administración justa de la justicia internacional” para justificar el incumplimiento del derecho aplicable por parte de las Demandantes en perjuicio de los derechos de la Demandada constituye un abuso del lenguaje inaceptable para este árbitro. La cuestión no es, y nunca ha sido, “cuándo” las Demandantes pudieron haber incoado su caso ante el Centro, sino que, cualquiera que sea ese momento, deben cumplir anteriormente con las condiciones previas del Artículo 8 y su orden escalonado de medios de arreglo.
56. En cualquier caso, el procedimiento de arbitraje CIADI que nos ocupa es un arbitraje *en virtud del derecho aplicable* definido en el Artículo 8(6) del TBI y en el Artículo 42(1) del Convenio CIADI, y no un arbitraje *ex aequo et bono* de conformidad con un acuerdo específico entre las partes en la diferencia tal como se prevé en el Artículo 42(3) del Convenio CIADI. Ninguna de las Partes ha informado al Tribunal de Arbitraje de la existencia de un acuerdo semejante ni ha reclamado que el Tribunal proceda como si dicho acuerdo existiera entre las Partes. Una vez más, la presente Decisión mayoritaria confunde manzanas con peras mediante un enfoque tópico de *totum revolutum*. Lo que este Tribunal debe hacer en el procedimiento que nos ocupa es guiarse y aplicar el derecho que gobierna la fase actual del caso de conformidad con el principio de una “administración correcta de la justicia (arbitral)”, evitando errores o *denegaciones de justicia* injustificados.

B. La Evaluación de los Argumentos de las Partes y los Hechos Establecidos a la Luz del Derecho Aplicable

57. En general, puede decirse que la Demandada considera que el consentimiento de la República Argentina plasmado en la “oferta permanente de arbitraje” dirigida al inversor protegido del otro Estado Contratante del Artículo 8(4) del TBI Argentina-Austria se encuentra

sujeto a las condiciones, los términos y requisitos que se consignan expresamente en los párrafos (1) a (4) pertinentes del Artículo 8 y que la única manera de que ese consentimiento se perfeccione, esto es, de que se convierta en un “consentimiento mutuo” a someter la presente diferencia a arbitraje, es que las Demandantes acepten la oferta formulada en el TBI cumpliendo con la totalidad de sus condiciones, términos y requisitos, según sea el caso.

58. La postura general de las Demandantes se basa en la doble afirmación ya mencionada *supra*, a saber, (i) que los requisitos del Artículo 8 no constituyen condiciones previas al consentimiento de la Demandada al arbitraje internacional, sino condiciones procesales vinculadas a la admisibilidad de los reclamos de las Demandantes; y (ii) que, si bien, en principio, las Demandantes deben cumplir con dichos requisitos procesales a fin de que el Tribunal de Arbitraje pueda decidir el fondo del caso, no es necesario que ellas los apliquen o sigan plenamente para que exista jurisdicción (el denominado “argumento del cumplimiento no estricto” de las Demandantes).
59. En los párrafos 271 a 282 de la presente Decisión sobre Jurisdicción, intitulados “Origen y existencia del consentimiento de la Demandada y naturaleza de los requisitos anteriores al arbitraje en el Artículo 8 del TBI”, la mayoría hizo suya la postura general de las Demandantes. Rechazo esa elección de mis colegas por considerarla contraria al derecho aplicable al presente caso tal como ya se ha explicado en detalle a lo largo de los párrafos 9 a 56 de la presente Opinión. Por lo tanto, procederé a agregar aquí solo algunas observaciones adicionales acerca de los puntos específicos que analiza la mayoría en dichos párrafos de su Decisión.
60. Nadie cuestiona el hecho de que el consentimiento irrevocable que Argentina y Austria manifestaron por anticipado en el TBI, como oferta a los inversores protegidos del otro Estado Contratante, comenzó a existir a partir de la entrada en vigor del TBI entre los dos Estados Contratantes *en las relaciones entre ellos*. Y, efectivamente desde esa fecha, existe una oferta por parte de la Demandada de someter a arbitraje “controversias relativas a las inversiones” con inversores protegidos austriacos tal como se definen en el Artículo 8 del TBI, y, en consecuencia, a partir de ese momento, la oferta podía ser aceptada por un inversor protegido austriaco. No obstante, el consentimiento de la Demandada prestado por anticipado en el Artículo 8(4) (primera oración) del TBI no puede interpretarse y aplicarse en forma aislada de las demás disposiciones del Artículo (que incluyen el Artículo 8(6)) y del TBI en su conjunto como “contexto”, si por supuesto el intérprete aplica las reglas sobre interpretación y aplicación de

los tratados codificadas en la CVDT - incluida “toda norma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre [Argentina y Austria]” (Artículo 31(3)(c) de la CVDT) (CL-001) - y no procede de una modo abstracto o como si estuviese en medio de una laguna jurídica.

61. En el párrafo 271 de la Decisión, la mayoría se refiere efectivamente a las reglas sobre interpretación de los tratados de la CVDT, pero el razonamiento consiguiente no explica cómo a la luz del texto claro del Artículo 8(1) a (3) una interpretación y aplicación de buena fe realizada tal como ordena la CVDT puede llevar a la conclusión en el párrafo 281 de que “[el] TBI no estableci[ó] 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”. En cuanto a la determinación del momento a partir del cual existe el consentimiento anticipado de la Demandada plasmado en la “oferta permanente de arbitraje” del TBI Argentina-Austria y, por lo tanto, según el sistema de TBI, anterior al consentimiento del inversor protegido, pero sin el consentimiento de este último no existe el “consentimiento mutuo” entre las partes en la diferencia sin el cual el “acuerdo de arbitraje” entre ellas no puede considerarse concluido.
62. La oferta de consentimiento de la Demandada dirigida a los inversores austriacos protegidos que se manifiesta en el TBI Argentina-Austria, el hecho de que la oferta se encuentre en vigencia desde el 1 de enero de 1995 y el hecho adicional de que dicha “oferta” existiera antes de que CAI y CASAG aceptaran la “oferta” no alteran en ningún aspecto ni la naturaleza jurídica de las condiciones previas al arbitraje internacional formuladas en el Artículo 8(1), (2) y (3) del TBI ni el funcionamiento normal, en virtud de los mecanismos TBI y CIADI, del sistema de solución de controversias establecido por el TBI Argentina-Austria, que es vinculante para las Demandantes desde la carta de CAI de fecha 30 de abril de 2014 mediante la cual se aceptara la oferta de arbitraje CIADI contenida en el Artículo 8(5) del TBI (a la que se uniera el 7 de agosto de 2014 la misma aceptación de CASAG) y confirmado para ambas empresas por la Solicitud de Arbitraje de fecha 4 de diciembre de 2014.
63. Este árbitro ha advertido que la Decisión mayoritaria parece guardar silencio o negar la condición de “*oferta*” al inversor protegido del otro Estado Contratante del “consentimiento permanente” del Artículo 8 del TBI. Esta postura es insostenible. La mejor prueba de esta conclusión mía es la propia Solicitud de Arbitraje de las Demandantes de fecha 4 de

diciembre de 2014 cuya sección 2 intitulada “*Consentimiento a Arbitraje*” reza lo siguiente:

“(12) El Artículo 8 del TBI contiene una *oferta* por parte de Argentina de someterse a arbitraje dentro del alcance del tratado. CAI y CASAG iniciaron consultas amistosas de conformidad con el Artículo 8(1) y (2) del TBI mediante una carta de fecha 30 de abril de 2014. Mediante la misma carta, CAI aceptó la *oferta* de Argentina de someter la diferencia a arbitraje. CASAG aceptó la *oferta* de Argentina de someter la diferencia a arbitraje mediante la carta de fecha 7 de agosto de 2014. CAI y CASAG presentan esta Solicitud de Arbitraje ante el CIADI con arreglo al *Artículo 8(5) del TBI como mecanismo de resolución de controversias aplicable, y, de ese modo, reiteran y ratifican su consentimiento a arbitraje.*

“(13) *La aceptación de la oferta jurisdiccional de Argentina forma el consentimiento de las partes por escrito a someterse al CIADI.*

“(14) Conforme a la Regla 2(3) de las Reglas de Iniciación, la fecha de consentimiento al arbitraje CIADI es el 30 de abril de 2014 para CAI y el 7 de agosto de 2014 para CASAG” (Énfasis agregado). [Traducción del Miembro del Tribunal]

64. En la fase actual del caso, el consentimiento de la Demandada como tal no plantea problema alguno para las determinaciones principales que ha de realizar el Tribunal Arbitral. De hecho, el problema solo existe en relación con el consentimiento de las Demandantes porque son “terceros” respecto del TBI, y, como tales, CAI y CASAG carecen de legitimación para modificar la oferta de arbitraje de la Demandada del TBI con todas sus condiciones previas, términos y requisitos, y, tal como se explicará *infra*, no lo hicieron. La cuestión de la correspondencia entre la palabra española “*condiciones*” y la palabra alemana “*Bestimmungen*” que se plantea en el párrafo 281 de la Decisión mayoritaria carece, en mi opinión, de relevancia para las determinaciones principales que ha de realizar el Tribunal Arbitral.
65. Lo esencial es saber si el supuesto consentimiento de las Demandantes se corresponde con el ámbito del consentimiento de la oferta de la Demandada o no; o si a causa del incumplimiento de las condiciones previas al arbitraje previstas en el Artículo 8(1), (2) y (3), y de la evasión del sistema escalonado de solución del Artículo, el supuesto consentimiento de las Demandantes se sitúa fuera del ámbito del consentimiento ofrecido por la Demandada, con el resultado de que el “acuerdo de arbitraje” indispensable entre las Partes en la diferencia no se ha formado o concluido entre ellas.

Sin embargo, antes de proceder a examinar en detalle esas omisiones, corresponde hacer algunos comentarios generales acerca del “derecho aplicable” y la “carga de la prueba”.

*

66. Contrariamente a la práctica actual que se sigue generalmente en las decisiones y los laudos dictados en el marco del arbitraje internacional de inversión, la presente Decisión mayoritaria guarda silencio respecto del derecho aplicable a esta fase del caso y respecto de la asignación de la carga de la prueba a las Partes. En cuanto al derecho que rige la determinación de la jurisdicción, la opinión predominante es que esa determinación ha de resolverse más bien de conformidad con el Artículo 25 del Convenio CIADI, las reglas aplicables del tratado pertinente (el TBI Argentina-Austria en el caso que nos ocupa) y las reglas y los principios de derecho internacional aplicables; el Artículo 42(1) del Convenio CIADI regiría exclusivamente el fondo del caso (véase, por ejemplo, Decisión sobre Jurisdicción de fecha 2 de julio de 2013 en el caso *Philip Morris c. Uruguay*, pág. 12, párr. 30). He adoptado esta opinión predominante, pero sin excluir de plano el Artículo 42(1), dado que, en el presente caso, el TBI Argentina-Austria hace al final de la definición del término “inversión” un *reenvío* muy importante a las leyes y reglamentaciones de la Parte Contratante en cuyo territorio se ubica la inversión.
67. En cuanto a la asignación de la carga de la prueba, me he guiado por recientes decisiones o laudos jurisdiccionales pertinentes que han distinguido correctamente entre distintas clases de hechos con respecto a la atribución de la carga de la prueba en una fase jurisdiccional (Decisión sobre Jurisdicción en el caso *Société Générale de Surveillance c. República del Paraguay* (2010), *Philip Morris c. Uruguay* (2013), y Laudo en el caso *Blue Bank International c. Venezuela* (2017)). Tal como afirma, por ejemplo, el Tribunal del caso *Philip Morris c. Uruguay*:

“En cuanto a la carga de la prueba, se acepta generalmente que, en la etapa relativa a la jurisdicción, los hechos deben aceptarse de la manera en que son alegados por la demandante, si los prueba, cuando constituyan una violación del tratado en cuestión. No obstante, si la jurisdicción depende del cumplimiento de algunas condiciones, como la existencia de una ‘inversión’ y el consentimiento de las partes, el Tribunal debe aplicar la regla estándar de la carga de la prueba *actori incumbit probatio*, excepto que corresponda a las partes asumir la carga de la prueba de los hechos en que se base”. (Decisión sobre Jurisdicción de fecha 2 de julio de 2013, párr. 29) (CL-134).

(a) El sistema escalonado de solución de controversias relativas a inversiones del Artículo 8 del TBI Argentina-Austria

68. La primera cuestión que plantea la Segunda Excepción Preliminar de la Demandada versa sobre el incumplimiento por las Demandantes del sistema escalonado de solución de controversias relativas a inversiones establecido en el Artículo 8 del TBI Argentina-Austria. Para la Demandada, el camino que siguieron las Demandantes perturbó dicho “sistema de solución de controversias escalonado de múltiples etapas” del TBI compuesto por escalones sucesivos e interdependientes, a saber, consultas amistosas, jurisdicciones locales o internas, arbitraje internacional y desistimiento de la instancia local *antes* de que el arbitraje CIADI se encuentre a disposición de los inversores protegidos como último recurso. Más precisamente, el sistema escalonado ordenará seguir según la Demandada los siguientes pasos: (i) consultas amistosas durante un plazo de al menos seis meses, excepto en el caso de solución temprana; (ii) sumisión de la controversia a la jurisdicción local durante un plazo de al menos 18 meses excepto en el caso de decisión sobre el fondo anterior o acuerdo entre las partes; (iii) posibilidad de someter la controversia a un tribunal de arbitraje internacional; y (iv) desistimiento de cualquier instancia judicial local en curso en caso de someter la diferencia a arbitraje CIADI.
69. En apoyo de su argumento principal, la Demandada invoca principalmente el texto del Artículo 8 y otras disposiciones del TBI Argentina-Austria, el Convenio CIADI, las reglas sobre interpretación de los tratados codificadas por la CVDT y la jurisprudencia de la CIJ (por ejemplo, el caso *Georgia c. Federación Rusa* (2011)), así como decisiones o laudos sobre jurisdicción de tribunales de arbitraje de inversión vinculados a la interpretación de cláusulas de resolución de controversias similares de otros TBI (por ejemplo, en los casos *Wintershall* (2008), *Murphy* (2010), *Impregilo c. Argentina* (2011), *Inspection and Control Service c. Argentina* (2012) y *Daimler* (2012)).
70. En este tipo de sistemas de resolución de controversias, la intención de los Estados Contratantes reflejada en la propia redacción de las disposiciones pertinentes del TBI aplicable deja en claro que cada paso del proceso de solución escalonado depende del cumplimiento por parte del inversor del paso previo del sistema, como consecuencia de lo cual los diversos párrafos de la cláusula de resolución de controversias son interdependientes y se encuentran interconectados. Así, si un inversor protegido dado desea beneficiarse del acceso al arbitraje internacional que ofrece ese tipo de sistema previsto de un TBI debe, en primer lugar, cumplir con los escalones

previos enunciados por el sistema – y seguir el orden establecido para los mismos, consultas amistosas y jurisdicciones locales en el TBI Argentina-Austria. De lo contrario, el acceso del inversor al arbitraje internacional no podrá materializarse en derecho. ¿Por qué no? Porque el enunciado de ese tipo de sistemas de resolución de controversias demuestra que los Estados Contratantes del TBI no pretendieron que los inversores protegidos tuvieran una elección libre entre los medios de solución anteriores enunciados en el sistema, por un lado, y el acceso directo a arbitraje internacional, por el otro, y el punto de partida de la interpretación de cualquier tratado consiste en dilucidar el sentido del *texto* de la(s) disposición(es) objeto de la interpretación que el derecho internacional público presume ser la expresión auténtica de las intenciones de las partes en el tratado (CVDT *dixit*).

71. En el presente caso, es evidente que el texto adoptado por Argentina y Austria para el Artículo 8 del TBI hace que sus diversos párrafos relevantes sean interdependientes y se encuentren interconectados, convirtiéndolos en “contexto” cercano mutuo en un proceso interpretativo realizado conforme a las reglas de interpretación y aplicación codificadas por la CVDT. En derecho internacional público, no es una proposición admisible pretender que cuando un tratado prevé derechos para “terceros” (tal como sucede con los TBI con respecto a los inversores protegidos), estos “terceros”, en el momento de aceptar tales derechos, pueden liberarse de cumplir con las condiciones o los requisitos previstos por el tratado pertinente para el ejercicio de los derechos en cuestión. De conformidad con las reglas codificadas en el Artículo 36(2) de la CVDT, el inversor protegido que ejerce los derechos previstos en el TBI tiene la obligación (*deberá*) de cumplir con las condiciones para el ejercicio de tales derechos formulados en el TBI pertinente. En el caso que nos ocupa, el inversor protegido debe cumplir con las condiciones (orden de los escalones sucesivos incluido) del sistema escalonado del Artículo 8 del TBI Argentina-Austria. Hacer lo contrario privaría al sistema de sentido, resultado inaceptable para una interpretación de buena fe realizada conforme a la CVDT. Asimismo, el intérprete debe atribuirles el efecto que corresponda a las palabras que utilizan los Estados Contratantes en el texto de la disposición del tratado objeto de interpretación, tal como advoca el principio de *effect utile* en el derecho internacional público.
72. No se ha invocado ni demostrado en forma satisfactoria para mí ningún hecho que torne efectivamente *imposible* o *inútil* (naciones que no deberían confundirse con *razones de conveniencia*) para las Demandantes cumplir con todos los aspectos del sistema escalonado del TBI, y las Demandantes tampoco han establecido que Argentina y Austria tuvieran la intención de

atribuirles un sentido especial a las palabras empleadas en los párrafos pertinentes del Artículo 8, excepto con respecto al término “inversión” e “inversores” definidos por los Estados Contratantes en el Artículo 1(1) y (2) del TBI. Se deduce que para todos los demás términos del Artículo 8, se aplica la regla del sentido corriente del Artículo 31 de la CVDT. Por consiguiente, tanto las condiciones previas individuales enumeradas como el orden escalonado del propio sistema enunciados en el texto del Artículo 8 del TBI son parte integrante de la “oferta de arbitraje” que realizaron Argentina y Austria en el TBI. Esto significa, a su vez, que cuando un inversor protegido determinado confirma haber aceptado o cumplido las condiciones y los requisitos del Artículo 8, dicha afirmación solamente puede considerarse referida al Artículo 8 *in totum*, incluido el propio sistema escalonado como tal y no solo sus escalones individuales interrelacionados.

73. Las Demandantes han guardado prudente silencio acerca de la cuestión del deber de cumplir con el propio sistema escalonado del Artículo 8 del TBI, más allá de alegar que no incumplieron los “pasos procesales” del Artículo 8 del TBI. Han considerado preferible abordar el objeto del sistema en su conjunto como tal de manera oblicua, cuando trataron de las condiciones previas individuales en disputa sin elaborar tampoco demasiado respecto al sistema de solución de disputas del TBI en su conjunto. No obstante, su alegación básica ha sido en todo momento que cumplieron con las “condiciones procesales” del Artículo 8, si bien admiten que no necesariamente en el orden enunciado en el Artículo 8 del TBI.
74. A modo de ejemplo, la “Notificación para el inicio de consultas amistosas” de CAI a la Presidenta de la República Argentina de fecha 30 de abril de 2014 establece que “los requisitos para someter la controversia a arbitraje en virtud de los Artículos 8(2) y 8(3) b) se cumplen”, dado que, tal como se alega, había recurrido a las jurisdicciones administrativa y judicial de la Provincia de Salta antes de solicitarle al Estado receptor el inicio de consultas amistosas. En su Alegato de Apertura durante la Audiencia, las Demandantes reformularon el argumento de haber “cumplido con los requisitos del Artículo 8”, aunque invocaron la cautela, como alternativa al Artículo 8, que en todo caso la cláusula NMF del Artículo 3(1) del TBI les otorgaría a las Demandantes jurisdicción si el Tribunal siguiera la *interpretación estricta que realiza la Demandada* del Artículo 8 (véase, por ejemplo, párr. 136 de la Decisión del Tribunal) (*énfasis agregado*). [Traducción del Miembro del Tribunal]
75. Para ser más precisos, las Demandantes invocan - como demostración del cumplimiento del Artículo 8 - los siguientes hechos presuntos: (i) que, el

28 de agosto de 2013, *surgió una controversia* por el trato dado a la inversión de CAI en ENJASA como consecuencia de la revocación mediante la Resolución No. 240/13 de fecha 13 de agosto de 2013 por parte del ente regulador ENREJA de la licencia exclusiva de ENJASA para la administración, comercialización y explotación de todos los juegos de azar en la Provincia de Salta; y (ii) que, luego del rechazo mediante la Resolución ENJASA No. 315 /13 de fecha 19 de noviembre de 2013 de la solicitud de revocación de dicha medida, el 5 de febrero de 2014, ENJASA interpuso ante un tribunal local de Salta una acción judicial destinada en esta oportunidad a solicitar la anulación de las decisiones de ENREJA sobre la revocación de la medida. En otras palabras, las Demandantes admitieron en el procedimiento internacional CIADI que nos ocupa que ENJASA recurrió a las jurisdicciones locales (recursos tanto administrativos como judiciales) en Salta con anterioridad, y no con posterioridad, a la notificación de las Demandantes de fecha 30 de abril de 2014 a la República Argentina mediante la cual solicitaban el inicio de consultas amistosas y admitieron, por ende, haber invertido el orden escalonado de recursos que establece el TBI.

76. Estas admisiones demuestran efectivamente que, para las Demandantes, se podía alterar el orden de los escalones del sistema del TBI (el menú *à la carte* del tribunal del caso *Daimler*) sin violar el Artículo 8 del TBI, *pues de otro modo, la disposición sería aplicada estrictamente por el Tribunal de Arbitraje*. Esto, conjuntamente con la postura general de las Demandantes acerca de la caracterización de las condiciones individuales previas al arbitraje del Artículo 8, le permite a este árbitro concluir *ad majori* que las Demandantes consideran que tienen derecho a alterar sin consecuencias jurisdiccionales negativas para ellas la secuencia de los medios de arreglo del sistema de solución de controversias acordado por Argentina y Austria al momento de concluir el TBI y, al hacerlo, ignorar una de las condiciones que son parte integrante de la “oferta permanente de arbitraje” que realizaron ambos Estados en el TBI. Esta conducta incorrecta es dispensada por la Decisión mayoritaria sin mayores explicaciones en perjuicio de la intención común de los Estados Contratantes del TBI y del principio de seguridad jurídica que debería prevalecer en las relaciones entre Estados receptores e inversores privados protegidos en virtud de TBI.
77. Este árbitro no puede admitir la proposición y decisión anteriores a la luz del derecho aplicable y de las consideraciones realizadas *supra* respecto de la cuestión. El hecho de que el sistema escalonado de solución del Artículo 8 del TBI Argentina-Austria sea pasado por alto por la presente Decisión mayoritaria es efectivamente la primera de las razones de mi disidencia

relativa a la presente Decisión sobre la Segunda Excepción Preliminar de la Demandada. Los árbitros no son Partes Contratantes en los TBI. Tienen la obligación de tomar sus decisiones sobre la base del derecho aplicable al caso, sin ignorar las disposiciones de los tratados bilaterales adoptados por los Estados a fin de proteger y promover las inversiones conforme a su intención común.

78. Tal como ha declarado la CIJ cuando el sistema de resolución de controversias de un tratado prevé, como lo hace el TBI Argentina-Austria, una elección expresa de dos o más métodos de arreglo de diferencias (en el TBI que nos ocupa, consultas amistosas seguidas del recurso a la jurisdicción administrativa o judicial antes del arbitraje internacional), el texto sugiere *un deber afirmativo* de recurrir a estos medios, en el orden establecido, con anterioridad al inicio del procedimiento de arbitraje internacional (véase *Informes de la CIJ de 2011 (I)*, pág. 126, párr. 134 y ss.), y, en mi opinión, los árbitros tienen que exigir el cumplimiento de este deber afirmativo cuando sea del caso.
79. Las conclusiones *supra* se formulan sin perjuicio de la cuestión que ha de considerarse *infra* concerniente a la determinación de si existe o no entre las Partes una única diferencia o dos diferencias separadas, a saber, una “diferencia contractual” y una “diferencia en virtud del tratado” que supuestamente nacen de un mismo evento original, es decir, la revocación de la licencia exclusiva de ENJASA, empresa privatizada nacional de Argentina en la que las Demandantes alegan tener una inversión protegida al amparo del TBI Argentina-Austria que representaba principalmente en el momento de la ocurrencia del evento la titularidad del 60% de las acciones de la participación accionaria de Leisure & Entertainment S.A. (L&E) (otra sociedad anónima argentina) en ENJASA.

(b) La condición previa de “consultas amistosas” durante un plazo de seis meses

80. La Demandada alega que las Demandantes no cumplieron con el requisito de “consultas amistosas” previas durante un período de seis meses del Artículo 8(1) y (2) del TBI Argentina-Austria y que el incumplimiento de esta primera condición previa individual del sistema de resolución de controversias del TBI demuestra que CAI y CASAG no aceptaron la “oferta de arbitraje” realizada por Argentina en el Artículo 8, con el resultado de que el consentimiento de la Demandada a someter a arbitraje la presente diferencia relativa a inversiones con las Demandantes nunca se perfeccionó mediante la aceptación de esa oferta por parte de las

Demandantes. En consecuencia, el “acuerdo de arbitraje” entre las Partes en la presente diferencia que sería necesario para establecer la jurisdicción del CIADI y la competencia de este Tribunal de Arbitraje nunca se ha concluido entre las Partes.

81. Para la Demandada, la condición previa de “consultas amistosas” no es un mero requisito procesal del que se puede prescindir, y su elemento temporal el período de seis meses tampoco es un mero período de enfriamiento del que se pueda también prescindir. Se trata de *requisitos jurisdiccionales* vinculantes en virtud de los cuales las Partes en la diferencia deben intentar solucionarla de manera amistosa durante un período máximo de seis meses. El texto sugeriría que establece una obligación (*será*, en el texto) que opera entre las Partes dentro del sistema de resolución de controversias del TBI durante un plazo definido como *condición previa* a la sumisión de la controversia al segundo paso del sistema, a saber, *antes* (y no *después*) de la sumisión de la controversia a las jurisdicciones locales y, luego, finalmente, al arbitraje internacional.
82. La Demandada rechaza las alegaciones de las Demandantes de que la obligación de negociar es una “obligación blanda” que solo debe intentarse cuando una de las Partes considera de manera unilateral que es posible (*en la medida de lo posible*, en el texto en español) resolver la diferencia por esa vía. Para la Demandada, el propósito de esta alegación de las Demandantes perseguiría justificar retroactivamente su incumplimiento de la condición previa de “consultas amistosas” del Artículo 8 del TBI. En contra de dicha alegación la Demandada invoca: (i) el propio texto de las disposiciones contenidas en el Artículo 8(1) y (2) del TBI Argentina-Austria; (ii) la carta de la firma Wolf Theiss de fecha 30 de abril de 2014 en representación de CAI intitulada “Notificación para el inicio de consultas amistosas” dirigida a la Presidenta de la República Argentina; (iii) la confirmación en dicha Notificación de que la controversia ya se había sometido a las autoridades locales competentes de Salta en 2013 tal como se describe en los párrafos 119 y 120 de la Duplica sobre Jurisdicción de las Demandantes; y (iv) el reconocimiento de las Demandantes en dicha Notificación de que CAI ya había cumplido el requisito del Artículo 8(2) y (3) del TBI, al mismo tiempo que solicitaba el *inicio* de “consultas amistosas” y advertía que el ente regulador ENREJA ya había emitido una decisión sobre el fondo de la controversia el 19 de noviembre de 2013. Todo esto probaría más allá de toda duda razonable el incumplimiento por parte de las Demandantes de la condición previa de “consultas amistosas” que el TBI define como el primer medio de solución que han de probar las partes en la controversia.

83. A partir de su postura básica del denominado “cumplimiento no estricto” y la caracterización de las “consultas amistosas” como mero requisito *procesal* y no como condición previa para la validez del consentimiento de las Partes en la controversia, las Demandantes argumentaron que el Artículo 8(1) no prevé una obligación incondicional de realizar consultas, sino exclusivamente una obligación en la medida en que las consultas amistosas sean posibles (*en la medida de lo posible*). Sin embargo, las Demandantes también alegan que han cumplido con el requisito procesal del TBI de entablar consultas amistosas con el propósito de solucionar la controversia con la Demandada.
84. A fin de conciliar ambas proposiciones, las Demandantes desarrollan una serie de argumentos profusos sobre: (i) cuándo surgió la controversia; y (ii) cómo las Demandantes han cumplido con el requisito de solucionar la controversia, en la medida de lo posible, a través de consultas amistosas (véase Memorial Posterior a la Audiencia de las Demandantes, págs. 75-92). En (i), las Demandantes consideraron la definición de controversia, el surgimiento de la controversia y la cuestión que consiste en determinar si las Demandantes deben iniciar consultas amistosas mediante una carta “oficial” desencadenante. Y en (ii), las Demandantes consideraron tanto la definición de consultas amistosas como la realización de las consultas amistosas, y concluyeron que había cumplido el requisito del Artículo 8(1) incluso si la carta de CAI de fecha 30 de abril de 2014 se considera determinante de la fecha de inicio de las consultas amistosas.
85. Estos argumentos de las Demandantes ocupan alrededor de dieciséis páginas de su Memorial Posterior a la Audiencia, si bien ni en el texto ni en las sesenta notas al pie de esas páginas no aparece, si no me equivoco, referencia alguna a las reglas codificadas por la CVDT sobre la interpretación y aplicación de los tratados.
86. Indudablemente, algunos pasajes de los argumentos de las Demandantes sobre la presente condición previa son o podrían ser relevantes para las decisiones jurisdiccionales que ha de adoptar el Tribunal Arbitral, aunque la mayoría de estos argumentos me parecen más bien ajenos a las *reglas del derecho de los tratados* de la CVDT relativas a la interpretación y aplicación de “obligaciones convencionales” como la obligación de entablar “consultas amistosas” del Artículo 8(1) y (2) del TBI o situarse fuera del ámbito de dichas reglas, a saber, como una invitación al Tribunal Arbitral a seguir una especie de libre enfoque en la interpretación y aplicación de las obligaciones enunciadas en los TBI tal como se promueven determinados círculos, pero que este árbitro no comparte

porque es un enfoque que ignora principios y reglas del derecho internacional convencional y consuetudinario aplicables.

87. Además, varios de los argumentos de las Demandantes parecen no haber tenido en cuenta, como deberían haberlo hecho, el texto completo de la obligación del TBI de intentar en primer lugar solucionar la controversia mediante “consultas amistosas”. Al respecto, cabe destacar que el texto efectivamente comienza en el Artículo 8(1) pero termina con las primeras palabras del Artículo 8(2) que establecen que “*Si estas consultas no aportaran una solución en un plazo de seis meses, ...*” la controversia podrá someterse a un segundo escalón, a saber, a la jurisdicción administrativa o judicial competente del Estado receptor. En vista de los hechos admitidos o probados, parece que las Demandantes tampoco han cumplido con el aspecto temporal de la obligación de “consultas amistosas” del TBI Argentina-Austria.

*

88. En aras de determinar el sentido y alcance de la obligación de entablar “consultas amistosas” con la otra parte en la controversia, como primera condición previa al arbitraje internacional, el intérprete debe proceder a considerar el *texto* de la obligación *in totum*, el *contexto* mutuo proporcionado *inter se* por los primeros cuatro párrafos del Artículo 8 y la definición de la palabra “inversión” del Artículo 1(1) del TBI, al igual que, junto con el contexto, toda *norma* pertinente *de derecho internacional* aplicable en las relaciones entre Argentina y Austria en calidad de Estados Contratantes del TBI (Artículo 31(3)(c) de la CVDT). Si eso se hace a través de un proceso interpretativo de buena fe, el sentido y alcance de la obligación de “consultas amistosas” del TBI parece perfectamente claro.
89. En el Artículo 8(1) del TBI Argentina-Austria, la palabra “controversia” debe interpretarse por supuesto conforme a su definición en el Artículo 1(1) del TBI y tratarse de una “diferencia de naturaleza jurídica relativa a inversiones” (tal como se prevé en el Artículo 25(1) del Convenio CIADI). La controversia debe existir entre un inversor protegido del otro Estado Contratante y el Estado receptor de la inversión, y versar sin ir más allá sobre “*las materias regidas por el presente Convenio*”. Esta última referencia en el Artículo 8(1) es muy importante pues excluye las “*controversias sobre reclamos contractuales*” del ámbito de aplicación del Artículo 8. Por lo tanto, para que caiga dentro del ámbito del Artículo 8 el objeto de la controversia de naturaleza jurídica relativa a inversiones debe ser una “*controversia respecto de reclamos en virtud de tratados*”; y las Partes están obligadas a entablar entre sí las “consultas amistosas” en

relación con tales controversias (y no recurrir a otro medio) e intentar *en la medida de lo posible* solucionar la “*controversia respecto de reclamos en virtud de tratados*” en cuestión mediante esas consultas dentro de un plazo de seis meses, excepto, por supuesto, en el caso de una solución anticipada de la controversia entre las partes. Tal como se prevé expresamente al comienzo del Artículo 8(2), solo “[s]i estas consultas no aportaran una solución en un plazo de seis meses”, la controversia podrá someterse al segundo escalón del sistema de solución de controversias del TBI.

90. Por consiguiente, excepto en la hipótesis de “una solución anticipada”, la obligación de entablar “consultas amistosas” dura hasta que termina el período de seis meses. Posteriormente, las partes tienen derecho a trasladar la controversia a la jurisdicción administrativa o judicial competente del Estado receptor. Tal como afirmó correctamente el Tribunal del caso *Teinver c. Argentina*, es justo interpretar la “obligación de consultas amistosas” como “una obligación de ‘mejor esfuerzo’ que obliga a las Partes” y, además, que la interpretación natural de la obligación junto con su elemento temporal es “que las Partes deben hacer cuanto esté a su alcance para resolver amigablemente la controversia, y que deben hacerlo durante seis meses antes de proceder a la etapa siguiente”. (Decisión sobre Jurisdicción de fecha 21 de diciembre de 2012, pág. 21, párr. 108).
91. Así es como Argentina y Austria han definido en el TBI la condición previa de “consultas amistosas” y es como tal, y no de otro modo, que esa condición obliga a las Demandantes para estar en condiciones de poder aceptar la oferta de la Demandada de someter la controversia en cuestión a arbitraje. Para este árbitro, se trata de una clara obligación de conducta vinculante para las Partes en la controversia a lo largo de los seis meses prescriptos, a menos que se llegue a un arreglo más temprano. Las “consultas o negociaciones amistosas” eran en el pasado, como lo son en el presente, la condición previa más frecuente al arbitraje internacional o al arreglo judicial en la práctica internacional por ser la manifestación de una regla sistémica de derecho internacional público, a saber, de la regla del consentimiento del Estado a la jurisdicción de las cortes y los tribunales internacionales tal como se refleja en la jurisprudencia de la CIJ. Su aplicación arbitral o judicial debería abordarse con mucha cautela. Por mi parte, no admito la caracterización de “obligación blanda” tal como lo hace la Decisión mayoritaria con referencia a la obligación de “consultas amistosas” contenida en el Artículo 8 del presente TBI o en cualquier otro instrumento convencional internacional.

*

92. La jurisprudencia establecida de la CIJ rechaza con firmeza argumentos como los que la Decisión mayoritaria desarrolla en su exposición de motivos en relación con la caracterización, naturaleza y función de las condiciones previas incluidas en las cláusulas de resolución de controversias de los tratados, tal como demuestran algunos pasajes de su jurisprudencia ya citados en los párrafos 6 y 35 *supra* de esta Opinión. A modo de ejemplo, en el siguiente: “... las condiciones a que está sujeto tal consentimiento constituyen los límites de la competencia. Consiguientemente, la Corte considera que el examen de esas condiciones se refiere a su competencia y no a la admisibilidad de la demanda” (*Caso Relativo a las Actividades Armadas en el Territorio del Congo (Nueva Demanda 2002) (RD del Congo c. Rwanda)*, *Informes de la CIJ de 2006*, pág. 39, párr. 88) (AL RA 39).
93. Entre ejemplos más recientes, la Sentencia sobre Excepciones Preliminares en el caso relativo a la *Aplicación de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (Georgia c. Federación de Rusia)* es de especial interés para la fase jurisdiccional del presente arbitraje CIADI: (i) porque la demandante fracasó en su empeño por no cumplir con una condición enunciada por el tratado de recurso previo a negociaciones; y también (ii) debido a la síntesis que hace la Corte en dicha Sentencia de su propia jurisprudencia y la de la Corte Permanente en la materia. Cito a continuación algunos pasajes de esta Sentencia que arrojan más luz sobre cuestiones de derecho particulares que también se presentan en el arbitraje CIADI que nos ocupa en relación con la obligación de “consultas amistosas” prevista en el Artículo 8 del TBI:
- (i) Sobre negociaciones previas calificadas por un elemento temporal:
- “En la medida en que los requisitos de procedimiento de [una cláusula de arreglo de diferencias] puedan ser condiciones, deben ser condiciones previas al sometimiento de un caso a la Corte, aun cuando el término no esté calificado por un elemento temporal” (véase cita completa del fragmento en el párrafo 35 de la presente Opinión).
- (ii) Sobre la ausencia de un intento genuino de negociar:
- “Obviamente, en ausencia de pruebas de un intento genuino de negociar, la condición previa de la negociación no se cumple. Sin embargo, cuando se intentan negociaciones o ellas han comenzado, la jurisprudencia de esta Corte y de la Corte Permanente de Justicia Internacional revela claramente que la condición previa de la negociación se cumple solo cuando las negociaciones han fracasado o

cuando las negociaciones han resultado inútiles o han quedado estancadas” (*Caso Relativo a la Aplicación de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (Georgia c. Federación de Rusia)*, Informes de la CIJ de 2011, pág. 133, párr. 159).

(iii) Sobre la distinción entre negociaciones o meras protestas o disputas:

“Asimismo, la determinación de si han tenido lugar negociaciones, por oposición a meras protestas o disputas, y si han fracasado o han resultado inútiles o se han estancado, son esencialmente cuestiones de hecho ‘que deben ser objeto de consideración en cada caso’” (*Ibíd.*, pág. 133, párr. 160).

(iv) Sobre la relación entre la condición previa de negociaciones y el objeto del tratado que contiene la cláusula de resolución:

“No obstante, para cumplir la condición previa de la negociación incluida en la cláusula compromisoria de un tratado, estas negociaciones deben relacionarse con el objeto del tratado que contiene la cláusula compromisoria. En otras palabras, el objeto de las negociaciones debe relacionarse con el objeto de la controversia que, a su vez, debe versar sobre las obligaciones sustantivas contenidas en el tratado en cuestión” (*Ibíd.*, pág. 133, párr. 161). [Traducción del Miembro del Tribunal]

*

94. Tal como se explicara *supra*, los inversores austríacos protegidos por el TBI Argentina-Austria en calidad de Demandantes son “terceros” con respecto a ese TBI y, en consecuencia, carecen de legitimación para alterar o modificar, en cualquier aspecto, la “oferta de arbitraje” que Argentina hizo por anticipado a los nacionales austríacos conforme al TBI. Los Demandantes no se encuentran en condiciones procesales de cuestionar o de redactar de nuevo esa “oferta”, o excusarse de su cumplimiento, mediante interpretaciones libres o afirmaciones unilaterales que aleguen imposibilidad, inutilidad, etc., cuando, como en el caso que nos ocupa, las “consultas amistosas” del Artículo 8(1) y (2) del TBI ni siquiera se habían iniciado. Esta parece ser la postura de la Demandada y también, en abril de 2014, la interpretación de las propias Demandantes como se refleja en la carta de CAI de fecha 30 de abril de 2014 a la Presidenta de la República Argentina, salvo en lo que respecta a la cuestión específica de determinar

si las “consultas amistosas” podrían convertirse el *segundo* escalón en el sistema de resolución de controversias del TBI.

95. En lo que las Partes definitivamente han disentido en todo momento es con respecto a la fecha a partir de la cual debe contarse el período de seis meses del Artículo 8(2): ¿Desde la fecha de la invitación a la otra parte a entablar consultas amistosas *simpliciter*? ¿Desde la fecha de inicio efectivo de las consultas amistosas? ¿O desde cual(es)quiera otra(s) fecha(s)? La respuesta es una cuestión de hecho, y la carga de la prueba de ese hecho le corresponde a las Demandantes (*onus probandi incumbit actori*). Las Demandantes han sugerido al Tribunal Arbitral dos fechas alternativas a tal efecto, a saber, desde el 27 de agosto de 2013 o desde el 30 de abril de 2014, pero no han demostrado a mi satisfacción que ninguna de estas fechas sea la correcta. Las razones de que así sea se desarrollan *infra*.

*

96. Este árbitro no puede admitir la primera fecha que proponen las Demandantes, a saber, desde el 27 de agosto de 2013, fecha de la primera reunión del Sr. Tucek con representantes del Gobierno de la Provincia de Salta (Memorial Posterior a la Audiencia de las Demandantes, párr. 214). Ni tampoco su segunda fecha alternativa, a saber, desde la carta de fecha 30 de abril de 2014 dirigida a la Presidenta de la República Argentina que lleva por título “Notificación para el inicio de consultas amistosas” (*Ibíd.*, párr. 252). Ambas alegaciones parecen ignorar elementos de hecho y de derecho del caso que este árbitro no puede dejar de lado a la luz del derecho aplicable y de los hechos admitidos.
97. En cuanto a la primera alegación, cabe recordar que el objeto de la reunión del Sr. Tucek (que actuaba en representación de ENJASA) el 27 de agosto de 2013 con representantes de la Provincia de Salta versaba *exclusivamente* sobre la cuestión del restablecimiento de la licencia de ENJASA que había sido revocada el 13 de agosto de 2013 mediante la Resolución de ENREJA No. 240/13. Efectivamente, en ese momento, el objeto de esos contactos, reuniones o intercambios entre representantes de las Demandantes (que actuaban por sí mismos o en representación de ENJASA) y representantes de la Provincia de Salta versaba solo sobre la cuestión de la revocación de la licencia, como lo confirma la presentación por parte de ENJASA el 28 de agosto de 2013 ante ENREJA de una petición de reconsideración de la Resolución No. 240/13. En algún momento de esos intercambios, por un lado, las autoridades de Salta hicieron ciertas propuestas de solución a las Demandantes que éstas rechazaron, y, por el otro, las Demandantes aumentaron su control de ENJASA mediante la adquisición del 40%

restante de las acciones en L&E (para la versión de esos hechos por parte de las Demandantes, véanse los testimonios escritos del Sr. Tucek y del Sr. Schreiner, así como sus declaraciones orales durante la Audiencia).

98. No obstante, ni esos sucesos iniciales, ni el hecho de que ENJASA posteriormente presentara de conformidad con la legislación interna administrativa de Salta una solicitud o petición de reconsideración de la Resolución No. 240/13, ni tampoco el hecho adicional del rechazo de esa petición mediante la Resolución de ENREJA No. 315/13 de fecha 19 de noviembre de 2013 conciernen el objeto del arbitraje CIADI que nos ocupa, que es un arbitraje internacional que tiene por objeto una compensación por supuestos daños resultado de alegadas violaciones del TBI Argentina-Austria (y no la reconsideración de la revocación de las Resoluciones de ENREJA concernientes a la licencia, que es una “controversia sobre reclamos contractuales” que ENJASA persigue de conformidad con el derecho interno de la Provincia de Salta y que, desde el 5 de febrero de 2014, es objeto de una solicitud de ENJASA de anulación de las Resoluciones de ENREJA pertinentes ante el Juzgado de Primera Instancia de Salta).
99. La mera descripción de los sucesos que anteceden es suficiente para dar una respuesta negativa a la primera de las fechas que sugieren las Demandantes a partir de la cual debería contarse el período de seis meses del Artículo 8(2) del TBI. La notificación de las Demandantes de fecha 30 de abril de 2014 ofrece la prueba escrita determinante adicional de la admisión por las Demandantes de que, en abril de 2014, todavía no habían cumplido la obligación de entablar “consultas amistosas” con la República Argentina en calidad de Demandada en el presente caso, tal como prescribe la condición previa del Artículo 8(1) y (2) del TBI.

*

100. Con respecto a la segunda fecha alternativa (30 de abril de 2014) sugerida por las Demandantes, éstas explicaron que “a más tardar, el 1 de noviembre de 2014 (es decir, seis meses después de la carta de fecha 30 de abril de 2014), las Demandantes habían cumplido con el período de seis meses de conformidad con el Artículo 8(1) [del] TBI” [Traducción del Miembro del Tribunal]. Sin embargo, el 30 de abril de 2014 tampoco es aceptable para este árbitro, puesto que CAI tardó meses en proporcionarle a la Demandada las constancias escritas de rigor en materia de capacidad, representación jurídica y poderes de representación. Asimismo, CASAG no se unió a CAI en calidad de Demandantes en el presente caso ni proporcionó los poderes de representación correspondientes hasta la carta de las Demandantes de

fecha 7 de agosto de 2014, y en modo alguno antes de esa fecha, como lo admiten las propias Demandantes.

101. Las Demandantes no han cuestionado los hechos descriptos *supra*. La prueba documental presentada ante el Tribunal Arbitral demuestra que, mediante una carta de fecha 16 de mayo de 2014, la Dra. Abbona, máxima autoridad de la administración federal competente (*Procuración del Tesoro de la Nación*) les solicitó a las Demandantes que proporcionaran documentación que demostrara la capacidad de Wolf Theiss para actuar en representación CAI. La Demandada recibió una copia de un poder de representación otorgado por CAI a Wolf Theiss como adjunto a otra carta de fecha 10 de junio de 2014 donde también se recuerda la buena disposición de CAI a participar en consultas amistosas conforme a la notificación de fecha 30 de abril de 2014.
102. Tras otra carta de la Dra. Abbona de fecha 2 de julio de 2014, el director ejecutivo (Sr. Tucek) y el director financiero (Sr. Zuruiker-Burda) de CAI confirmaron la buena disposición de CAI a participar en consultas amistosas conforme a las cartas de fechas 30 de abril de 2014 y 10 de junio de 2014. En otra carta de fecha 14 de julio de 2014 que también hace referencia a la carta de la Dra. Abbona de fecha 2 de julio de 2014, Wolf Theiss también informó (i) que la carta de fecha 10 de junio de 2014 se había emitido en forma válida porque había sido firmada por los directores ejecutivos con arreglo a los estatutos de la sociedad; (ii) que una copia certificada adjunta de la inscripción de CAI en el registro de comercio austriaco confirmaba que las personas que suscribieron el poder de representación son los directores ejecutivos de CAI; (iii) que copias adjuntas de las disposiciones aplicables del derecho austriaco preveían las representaciones por los directores ejecutivos en todas las cuestiones en el caso de sociedades de responsabilidad limitada y la validez respecto de terceros de la validez de todas las inscripciones en el registro de comercio; (iv) que CAI confirmaría en una carta separada que Wolf Theiss había sido debidamente designada representante legal de CAI en relación con la controversia; y, por último, (v) recordó la notificación de fecha 30 de abril de 2014 y la buena disposición de CAI a participar en consultas amistosas con el Gobierno de Argentina, preguntando asimismo cuándo estaría disponible la Dra. Abbona para una reunión a fin de entablar consultas amistosas.
103. Además, en una carta de fecha 7 de agosto de 2014 de Wolf Theiss, se le informó a la Demandada lo siguiente: (i) que la notificación para el inicio de consultas amistosas cursada por CAI también *incluía reclamos* de su sociedad emparentada, CASAG; (ii) que CASAG estaba lista para

participar en consultas amistosas con Argentina de conformidad con el Artículo 8(1) del TBI; y (iii) que Wolf Theiss correría igualmente con la representación legal de CASAG, adjuntando el poder de representación correspondiente otorgado por CASAG.

104. Así pues, la preparación y presentación por parte de las Demandantes de la documentación demostrativa de la capacidad, representación y los poderes de representación respecto de CAI y de la nueva Demandante CASAG, *se extendió del 30 de abril de 2014 al 7 de agosto de 2014*, es decir, durante más de seis meses. A lo largo de todo este período, la acción judicial de ENJASA iniciada, tal como se indicó, el 5 de febrero de 2014 ante los tribunales locales de Salta solicitando la anulación de las Resoluciones ENREJA Nos. 240 y 331 siguió desarrollándose en 2014.
105. Se infiere de lo anterior que recién el 7 de agosto de 2014, se resolvieron las cuestiones procesales preliminares de probar la capacidad, la representación y los poderes de ambas Demandantes. En consecuencia, la posibilidad de iniciar las “consultas amistosas” sustantivas del Artículo 8(1) y (2) del TBI existió efectivamente solo a partir de ese día y no antes de esa fecha. Así, tal como lo asevera la Demandada: “En virtud de ello, los abogados de las Demandantes acreditaron su representación respecto de ambas Demandantes el 7 de agosto de 2014, por lo que ‘realmente las partes están en condiciones de poder sentarse a negociar a partir del 7 de agosto de 2014’” (Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandada, párr. 55). Sobre la base de la documentación escrita pertinente que obra en el expediente del caso, este árbitro concluye que el 7 de agosto de 2014 es la fecha a partir de la cual, en las circunstancias del caso, debe empezar a contarse el elemento temporal de seis meses de la obligación de “consultas amistosas” del Artículo 8(1) y (2) del TBI.

*

106. Sin perjuicio de lo que antecede, desde el 7 de agosto de 2014 en adelante, las Demandantes no mostraron gran interés en entablar “consultas amistosas” y, el 4 de diciembre de 2014, presentaron la Solicitud de Arbitraje ante el CIADI. Las últimas de las comunicaciones pertinentes de las Demandantes entre estas dos fechas, las cartas de CAI y CASAG de 9 de septiembre y 21 de octubre de 2014 a la República Argentina (Anexos C-8 y C-14), se limitan a reiterar la postura anterior recordando una vez más que las Demandantes “esperaban con ansias” los comentarios de la Demandada a la primera carta de fecha 30 de abril de 2014 y pidiéndole a la Demandada que les informara de su disponibilidad para una reunión “a fin de entablar consultas amistosas” [Traducción del Miembro del

Tribunal]. Pero las Demandantes no hicieron ninguna propuesta concreta a la Demandada acerca de dónde y cuándo convocar a la reunión sugerida o cualquier otra reunión alternativa, ni de cómo organizar la consulta o proponer un borrador de agenda.

107. Después del 7 de agosto de 2014, las Demandantes no hicieron nada más que reiterar en los términos más generales posibles su predisposición conforme a la carta de fecha 30 de abril de 2014. Nunca confrontaron la Demandada con ningún tipo de propuesta concreta en relación con las consultas ni le dieron advertencia o indicio alguno a la Demandada. Hay medios prácticos para poner en marcha consultas o negociaciones en la práctica internacional si hay voluntad de hacerlo. A modo de ejemplo, la realización de una intimación moderada o *mise en demeure* mediante una comunicación o un anuncio apropiado o, aún más simplemente, mediante el envío de una carta fijando un plazo recibir una respuesta positiva de la otra parte, tal como lo hicieron, por ejemplo, las Demandantes caso *Abaclat* (véase Decisión sobre Jurisdicción y Admisibilidad de fecha 4 de agosto de 2011, pág. 43) (CL-131). Nada por el estilo ocurrió en el presente caso.
108. La conducta adoptada por las Demandantes no muestra anhelo alguno por encontrarse con la otra parte, ni por organizar en algún lugar las consultas amistosas del Artículo 8(1) y (2) del TBI. No viajaron a Argentina ni propusieron un tercer país como anfitrión de las consultas amistosas. De hecho, el Sr. Wajtraub – designado representante de Salta mediante un decreto provincial – fue el que intentó y logró comunicarse, no sin dificultades, con el representantes legales de las Demandantes el 22 de octubre de 2014, y coordinó con ellos mediante intercambios de correos electrónicos, con la asistencia de la Embajada de Austria en Buenos Aires, la celebración de una reunión que finalmente tuvo lugar el 13 de marzo de 2015 en Viena, esto es, más de tres meses después de la presentación por parte de las Demandantes el 4 de diciembre de 2014 de la Solicitud de Arbitraje ante el Centro (véase párrafo 75 de la presente Decisión).
109. Las pruebas de hecho proporcionadas por el Sr. Wajtraub en una declaración testimonial por escrito y oralmente durante la Audiencia concernientes a sus intercambios de correos electrónicos con los representantes legales de las Demandantes y de lo que sucedió durante la reunión de un día que tuvo lugar en Viena confirma mi propia percepción de que, cualquiera que pueda haber sido la intención inicial de las Demandantes el 30 de abril de 2014 acerca de la celebración con la Demandada de las “consultas amistosas” que prescribe el TBI (si bien *como segundo escalón*) había desvanecido ya en octubre de 2014. En la formación de esa percepción mía, también tuve en cuenta el tiempo que

necesitaron las Demandantes para preparar la detallada Solicitud de Arbitraje que presentaron el 4 de diciembre de 2014. En cualquier caso, en los párrafos 58 a 66 del Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandada, se realiza un análisis minucioso del testimonio del Sr. Wajntraub.

*

110. En vista de las consideraciones y la conclusión *supra* sobre el derecho aplicable y las pruebas de hecho administradas, disiento en cuanto a las conclusiones de la mayoría, contenidas en los párrafos 284 a 292 de la presente Decisión, a saber:
- (i) Definir la “obligación de consultas amistosas”, objeto de estudio, por referencia al Artículo 8(1) del TBI Argentina-Austria solamente, sin prestar mayor atención al elemento temporal de la obligación;
 - (ii) Caracterizar la obligación de realizar “consultas amistosas” del Artículo 8(1) y (2) del TBI Argentina-Austria como una “obligación blanda”;
 - (iii) Interpretar las palabras “en la medida de lo posible” del Artículo 8(1) en el sentido de que incluyen una mera alegación unilateral de parte de falta de predisposición de la otra parte o cumplimiento de plazos establecidos en una cierta ley nacional, sin contemplar el elemento temporal de seis meses de la obligación de realizar consultas amistosas, tal como establece el Artículo 8(2);
 - (iv) Afirmar que, en ningún caso, el requisito de “consultas amistosas” del Artículo 8(1) y (2) del TBI puede interpretarse como si limitara el alcance de la oferta de consentimiento a arbitraje de la Demandada, prevista en el Artículo 8(4), a pesar de la jurisprudencia de la CIJ al respecto y de los párrafos 12 a 14 de la Solicitud de Arbitraje de las Demandantes;
 - (v) Afirmar que las Demandantes cumplieron con su obligación de satisfacer el requisito de “consultas amistosas”, prevista en el Artículo 8(1) y (2) del TBI, desde el 27 de agosto de 2013 cuando el Sr. Tucek, CEO de CASAG, se reunió con representantes de la Provincia de Salta y de ENREJA para analizar la manera de restablecer la licencia exclusiva de ENJASA, es decir en un momento en que no se registra ningún indicio en los participantes interesados acerca de ninguna eventual “controversia respecto de reclamos en virtud de tratados” entre las Demandantes y la Demandada;

- (vi) Afirmar, sin apoyarse en pruebas, el argumento hipotético de las Demandantes de que el restablecimiento de la licencia de ENJASA por parte de la Provincia de Salta, una “controversia sobre reclamos contractuales”, habría resuelto la actual “controversia respecto de reclamos en virtud de un tratado” entre las Demandantes y la República Argentina ante este Tribunal Arbitral CIADI cuando, en realidad, desde el 4 de diciembre de 2014, las Demandantes, por iniciativa propia, participan simultáneamente en el procedimiento de Salta y en el procedimiento ante el CIADI;
- (vii) Afirmar simplemente que los actos, todos los actos, de la Provincia de Salta son atribuibles en el derecho internacional público a la República Argentina, lo que confunde el tema de la responsabilidad internacional por hechos internacionalmente ilícitos del derecho internacional con la atribución de derechos y obligaciones contractuales en virtud de las leyes nacionales de un determinado país;
- (viii) Afirmar que la obligación de realizar “consultas amistosas” del Artículo 8(1) debe entenderse ampliamente en el sentido de que la “controversia” objeto de consultas amistosas podría ser cualquier controversia con respecto a la inversión, incluso negociaciones sobre el restablecimiento de la licencia de ENJASA, sin tener en cuenta el texto de la disposición, la definición de “inversión” del Artículo 1(1) del TBI Argentina-Austria y la competencia exclusiva del Tribunal Arbitral en “controversias respecto de reclamos en virtud de tratados”, y sin aportar trabajos preparatorios u otras pruebas en sustento de tal afirmación.
- (ix) Afirmar que las reuniones celebradas el 27 de agosto de 2013 entre representantes de las Demandantes y de la Provincia de Salta cumplen con la obligación de las Demandantes de procurar solucionar la presente controversia con la República Argentina respecto de reclamos en virtud de un tratado mediante consultas amistosas, en total contradicción con la “Notificación para el inicio de consultas amistosas” que envió CAI a la Presidenta de la República Argentina el 30 de abril de 2014 y las seis cartas subsiguientes (la última de fecha 21 de octubre de 2014) mediante las cuales las Demandantes invitaron a la Demandada a dar inicio a las mencionadas consultas.
- (x) Afirmar que las consultas que las Demandantes solicitaron iniciar mediante esas cartas, que no tuvieron respuesta sustantiva

básicamente por su falta de preparación de las propias Demandantes, también cumplieron con el requisito del Artículo 8(1) del TBI, de nuevo sin hacer la menor referencia al elemento temporal de la “obligación de consultas amistosas” establecida en el Artículo 8(2).

111. Todas las conclusiones de la Decisión mayoritaria que afirman el cumplimiento por parte de las Demandantes de la condición previa de realizar “consultas amistosas” se presentan en dicha Decisión: (i) sin responder directamente ninguno de los argumentos o pruebas que presentara la Demandada; (ii) sin ningún indicio en cuanto a la CVDT aplicada por la Decisión mayoritaria a la interpretación y aplicación de las disposiciones convencionales del Artículo 8(1) y (2) del TBI Argentina-Austria para llegar a las conclusiones en cuestión; y (iii) sin ningún indicio en cuanto a cómo procedió la mayoría para ponderar, a la luz del derecho internacional aplicable, las pruebas de los hechos que presentó cada una de las Partes y sus respectivos argumentos, alegaciones, admisiones o contradicciones.
112. Bastará con un solo ejemplo obvio de esos defectos generales en los fundamentos de la Decisión mayoritaria para ilustrar lo expuesto *supra*. La carta de CAI de fecha 30 de abril de 2014 cuyo objeto es, tal como se ha indicado, la notificación formal a la Presidenta de la República Argentina para el *inicio de consultas amistosas de acuerdo con el TBI Argentina-Austria* y la serie de cartas posteriores que continuaron hasta el 21 de octubre de 2014 en relación con el *inicio de dichas consultas* (todas las cuales obran en el expediente del caso) contradicen completamente, en mi opinión, la conclusión de la presente Decisión mayoritaria sobre la cuestión central de si con la reunión entre el Sr. Tucek y representantes de la Provincia de Salta y de ENREJA, celebrada el 27 de agosto de 2013, ya se había cumplido con la condición previa de realizar consultas amistosas de conformidad con el Artículo 8(1) y (2) del TBI Argentina-Austria BIT, *sin que se aporte ninguna prueba de que los participantes en la reunión fuesen conscientes de tal efecto anticipado* o cualquier otro tipo de prueba en apoyo de esa extravagante conclusión. En cualquier caso, esta contradicción básica ameritaría una explicación completa en los motivos de la Decisión que se ha omitido.
113. Cabe recordar, asimismo, en esta fase del caso, que la afirmación vertida en el párrafo 286 de la Decisión mayoritaria en el sentido de que, a efectos del cumplimiento de la condición previa de “consultas amistosas” del Artículo 8(1) y (2) del TBI, la reunión del Sr. Tucek con los representantes de la Provincia de Salta “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” es una falacia que se contradice no solo con hechos demostrados y cuestiones de coherencia y lógica, sino también tanto con la lectura del texto y el contexto de dichas disposiciones del TBI como con la jurisprudencia de la CIJ (véase párrafo 93 de esta Opinión *supra*). El objeto de las “consultas amistosas” de la condición previa comentada debe guardar relación con el objeto de la controversia que, a su vez, debe estar vinculado a las obligaciones sustantivas del tratado en cuestión. Nada de eso ocurrió en dicha reunión del Sr. Tucek del 27 de agosto de 2013, según la prueba escrita y oral que las Partes le aportaron al Tribunal Arbitral. Además, cabe también recordar que, según dicha jurisprudencia, a falta de un intento *genuino* de negociar, la condición previa de la negociación no se cumple.

*

114. En síntesis, rechazo la conclusión de la Decisión mayoritaria sobre la condición previa de “consultas amistosas” del Artículo 8(1) y (2) del TBI Argentina-Austria y concluyo que las Demandantes no cumplieron con su deber de intentar primero resolver la presente controversia ante el CIADI entre CAI y CASAG y la República Argentina por varias razones que se resumen a continuación:
- (i) Porque las Demandantes, según admitieron, no trataron primero de resolver la “controversia respecto de reclamos en virtud del tratado” ante el Tribunal Arbitral mediante “consultas amistosas”, tal como se prevé en el sistema escalonado de solución de controversias del Artículo 8 del TBI.
 - (ii) Porque la afirmación de las Demandantes de haber cumplido con las “consultas amistosas” del Artículo 8(1) y (2) no se probó o está relacionada con hechos referidos a una diferencia distinta de la “controversia respecto de reclamos en virtud de un tratado” ante este Tribunal Arbitral CIADI.
 - (iii) Porque las Demandantes no cumplieron con el plazo de seis meses establecido en el Artículo 8 del TBI para las “consultas amistosas”, teniendo en cuenta que la primera fecha disponible, en las circunstancias del caso, para comenzar a contar ese elemento temporal es el 7 de agosto de 2014 y que las Demandantes presentaron su Solicitud de Arbitraje ante el Centro el 4 de diciembre de 2014, es decir, antes de finalizar dicho plazo.

- (iv) Porque las Demandantes invocan los intercambios que tuvieron lugar en la reunión entre el Sr. Tucek y representantes de la Provincia de Salta el 27 de agosto de 2013, cuando dicha invocación no es admisible en el derecho internacional, tal como declara la jurisprudencia de la CIJ según la cual, para que se cumpla la condición previa de negociaciones establecida en una cláusula de arreglo de controversias de un tratado determinado, estas deben guardar relación con el objeto del tratado que contiene la cláusula de resolución de controversias, de modo que el objeto de las negociaciones esté vinculado con el objeto de la controversia que, a su vez, debe concernir las obligaciones sustantivas contenidas en el tratado en cuestión.
- (v) Porque la invocación por parte de las Demandantes de la reunión del Sr. Tucet del 27 de agosto de 2013 como cumplimiento con el requisito de “consultas amistosas” del Artículo 8(1) y (2) del TBI es absolutamente incompatible con la Notificación de CAI a la Presidenta de la República Argentina de fecha 30 de abril de 2014 (a la que se incorporó CASAG en agosto de 2014) acerca de la predisposición de las Demandantes a dar inicio a las “consultas amistosas” conforme al TBI Argentina-Austria, así como con las seis cartas posteriores de las Demandantes (la última de fecha 21 de octubre de 2014) en las que se insistía en el *inicio* de dichas consultas; y
- (vi) Porque, en realidad, CAI y CASAG nunca realizaron “consultas amistosas” con la República Argentina, y, por lo tanto, según el derecho internacional declarado por la jurisprudencia de la CIJ, las Demandantes no tienen derecho ahora a alegar la imposibilidad de cumplimiento o el fracaso de consultas que nunca tuvieron lugar o a alegar ahora que las consultas habrían sido inútiles o se habrían estancado.

(c) La condición previa de “sumisión de la controversia a la jurisdicción administrativa o judicial competente” del Estado receptor durante un plazo de dieciocho meses

115. La Demandada señala que, una vez satisfecha la condición previa de “consultas amistosas”, el siguiente paso del sistema de solución de controversias relativas a inversiones del TBI Argentina-Austria consiste en someter la controversia relativa a inversiones a la jurisdicción administrativa o judicial competente del Estado receptor durante 18 meses, según se establece en el Artículo 8(2) y (3) (a) del TBI. Al igual que con

cualquier otra condición previa jurisdiccional, la sumisión de la controversia a la jurisdicción local competente del Estado receptor es obligatoria para el inversor protegido. La conjunción verbal “podrá ser”, que se utiliza en el Artículo 8(2) del TBI e invocan las Demandantes, se saca de contexto y no significa que sea discrecional recurrir a los tribunales nacionales. Al contrario, una lectura contextual del Artículo 8(2) del TBI indica que no se trata de una opción sino de una condición previa obligatoria que exige recurrir a los tribunales nacionales de los Estados receptores, como segundo escalón, antes de acudir al arbitraje internacional.

116. Para la Demandada, la única circunstancia en que no sería necesario acudir a los tribunales nacionales sería que las Partes hubieran acordado omitir este paso, lo cual no ocurrió en la presente controversia. A falta de dicho acuerdo, el recurso a los tribunales nacionales constituye una condición previa de naturaleza jurisdiccional, tal como ya se ha explicado en esta Opinión. Los tribunales internacionales han resuelto que la ausencia de lenguaje imperativo no equivale a la ausencia de un requisito obligatorio ni significa que se pueda ignorar el lenguaje del tratado. Además, la Demandada afirma que la controversia que se presenta ante los tribunales nacionales no puede diferir de la que se someta a arbitraje internacional y que el término “controversia” del Artículo 8 no es tan amplio como para permitir un acceso sin restricciones a la jurisdicción del CIADI, a la vez que rechaza los argumentos de las Demandantes de que no había tribunales y autoridades administrativas competentes en Argentina que se ocuparan de su reclamo y que la sumisión a los tribunales argentinos no habría tenido sentido dentro del lapso limitado de 18 meses que establece el Artículo 8(3)(a) del TBI.
117. Las Demandantes alegan que cumplieron con su obligación prevista en el Artículo 8(2) del TBI de someter la controversia a la jurisdicción administrativa o judicial competente de la Provincia de Salta (Argentina). Aseveran que el recurso de reconsideración de la Resolución de ENREJA No. 240/13 presentado por ENJASA constituía una sumisión a la jurisdicción administrativa competente y destacan, en ese contexto, que a diferencia de la mayoría de los demás TBI de Argentina y de Austria, el TBI aplicable al caso que nos ocupa hace referencia específica no solo a la “jurisdicción judicial competente” sino también a la “jurisdicción administrativa competente”. Las Demandantes señalan, asimismo, que no estaban obligadas a esperar seis meses para someter la controversia a las autoridades nacionales, tal como se establece en el Artículo 8(2) del TBI, porque el recurso de reconsideración conforme a la legislación doméstica debía presentarse dentro de un plazo de 15 días, y, en tales circunstancias,

el período de espera para consultas no puede ser un período de espera obligatorio de seis meses.

118. Las Demandantes afirman también que las cuestiones administrativas domésticas en disputa son las mismas que las que se plantean en este arbitraje CIADI, y, por ende, que la controversia en el procedimiento administrativo doméstico sería la misma que la que se tramita ante este Tribunal Arbitral CIADI. En su opinión, sería contrario al texto, contexto y objeto y fin del Artículo 8 del TBI interpretar el alcance del término “controversia” utilizado en dicho Artículo de un modo tan estricto como proponía la Demandada. Según las Demandantes, el Artículo 8 no requiere que la controversia presentada ante las autoridades administrativas o judiciales nacionales sea *idéntica* a la que se tramita ante este Tribunal Arbitral CIADI. Todo lo que exigiría el Artículo 8 del TBI es, según las Demandantes, que “los hechos alegados sean sustancialmente similares y se refieran a la misma inversión protegida” (Memorial Posterior a la Audiencia de las Demandantes, párr. 258).
119. Por último, las Demandantes alegan haber cumplido también con el Artículo 8(3) del TBI, que establece que el inversor puede acudir al arbitraje internacional si los tribunales nacionales no se hubiesen pronunciado sobre el fondo de la cuestión dentro de un plazo de 18 meses, tal como prevé el Artículo 8(3)(a), o si ya se emitió una decisión sobre el fondo pero la controversia subsiste, de acuerdo con el Artículo 8(3)(b).
120. Según las Demandantes, esto último fue lo que ocurrió con la Resolución de ENREJA No. 315/13, que sería una decisión sobre el fondo con respecto al recurso de reconsideración de la Resolución No. 240/13 planteado por ENJASA, aunque pueda apelarse ante una autoridad administrativa superior (recurso de alzada). Las nociones de “decisión sobre el fondo” y “decisión final” no son lo mismo puesto que la última es una decisión inapelable. Las Demandantes sostienen que “la controversia” surgió cuando ENREJA emitió la Resolución No. 240/13, y no cuando adoptó su Resolución No. 315/13.

*

121. Frente al enfoque *totum revolutum* de las Demandantes con respecto a la interpretación y aplicación de la condición previa del Artículo 8(2) y (3)(a) del TBI Argentina-Austria, este árbitro considera necesario—desde que surgió la consideración de este recurso previo a la jurisdicción administrativa o judicial competente del Estado receptor durante 18 meses—recordar, en primer lugar, la distinción bien establecida en el

derecho internacional en materia de inversiones entre “*reclamos contractuales*” y “*reclamos en virtud de tratados*” y, en segundo lugar, que si—tal como se admite en la Decisión mayoritaria—el presente caso CIADI es una “*controversia respecto de reclamos en virtud de un tratado*”, *debe serlo a lo largo de todo el proceso y en todos los aspectos*, y no solo con respecto a la Primera Excepción Preliminar de la Demandada con el fin de eludir la cláusula de selección de foro del Pliego de Bases y Condiciones de la licencia.

122. Es necesario abordar esa distinción por motivos tanto objetivos como subjetivos. Con respecto a los objetivos, el Artículo 8(1) del TBI Argentina-Austria indica explícitamente que se aplica a *[t]oda 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, y nada más.*
123. En cuanto a los motivos subjetivos, el párrafo (1) de la Solicitud de Arbitraje de las Demandantes en contra de la República Argentina de fecha 4 de diciembre de 2014 no puede ser más claro. La Solicitud se efectuó de conformidad con el Artículo 36(1) y (2) del Convenio CIADI, el Artículo 2 de las Reglas de Iniciación del CIADI y el Artículo 8 del TBI Argentina-Austria de fecha 7 de agosto de 1992. Por ende, no hay duda de que la propia Solicitud de Arbitraje de las Demandantes excluye, enteramente, todas las controversias o reclamos contractuales domésticos—tales como las controversias entre ENJASA y ENREJA o entre ENJASA y la Provincia de Salta—del objeto del presente caso de arbitraje ante el CIADI, tal como lo definen las propias Demandantes.
124. Luego de haber aclarado que el objeto de la presente diferencia arbitral ante el CIADI entre CAI y CASAG y la República Argentina es una “*controversia respecto de reclamos en virtud de un tratado*”—y puesto que las Demandantes no alegaron ni invocaron una “cláusula paraguas” en esta fase jurisdiccional—, este árbitro, a efectos de considerar la segunda condición previa jurisdiccional del Artículo 8(2) y (3) del TBI, aplicará tanto las reglas de interpretación y aplicación de la CVDT como otros principios y reglas relevantes de derecho internacional aplicables a las relaciones entre Austria y Argentina, sin perder de vista la distinción entre “*controversias respecto de reclamos en virtud de un tratado*” y “*controversias sobre reclamos contractuales*” que es objeto de especial atención por la doctrina (véase, por ejemplo, James Crawford, *Treaty and Contract in Investment Arbitration*, Arbitration International (Kluwer Law International 2008, Tomo 24, Número 3, págs. 351-374).

125. Las decisiones y laudos arbitrales en materia de inversiones también ha contemplado debidamente esa distinción, tal como en los siguientes pasajes de la Decisión sobre Jurisdicción y Admisibilidad en el caso *Abaclat y otros c. Argentina*:

“En principio se admite que, con respecto a una reclamación basada en un TBI, un tribunal arbitral carece de jurisdicción cuando esa reclamación es puramente contractual, pues el TBI no ha sido concebido para corregir o sustituir reparaciones contractuales ni, en especial, como sustituto de procedimientos judiciales o arbitrales que surjan de reclamaciones contractuales. En el contexto de reclamaciones surgidas de una relación contractual, la jurisdicción del tribunal con respecto a reclamaciones basadas en TBI solo se da, en principio, en los casos en que, además del supuesto incumplimiento contractual, el Estado receptor viola obligaciones que haya asumido en virtud de un tratado pertinente. Las reclamaciones puramente contractuales deben plantearse ante el órgano competente, cuya jurisdicción emana del contrato, y ese órgano - trátase de un tribunal de justicia o de un tribunal arbitral - puede y debe entender en la reclamación toda y pronunciarse sobre ella basándose exclusivamente en el contrato” (Decisión de 4 de agosto de 2011, párr. 316) (CL-131).

*

126. En el presente caso, tal como se describe en los párrafos 116 a 118 supra de esta Opinión, las Partes disienten en cuanto a si, según el TBI Argentina-Austria, la “controversia” sometida a arbitraje internacional debe ser la misma o casi la misma que la presentada previamente ante los tribunales locales conforme al Artículo 8(2) y (3) de dicho TBI (obligación compuesta por elementos *ratione fori* y *ratione temporis*). La Demandada se basa principalmente al respecto en la conclusión del tribunal del caso *Wintershall* en el sentido de que, en el correspondiente Artículo 10 del TBI Argentina-Alemania, la regla de los 18 meses está basada en la premisa de someter la controversia en su integridad para su resolución por los tribunales locales, como sucede también en pronunciamientos de otros tribunales arbitrales en materia de inversiones (por ejemplo, el tribunal del caso *Omer Dede y Serdar Elhuseyni c. Rumania*).
127. El tribunal del caso *Urbaser c. Argentina* advirtió correctamente que el tribunal arbitral de *Wintershall* hizo hincapié en la noción de una “misma controversia” o una “controversia coincidente” respecto de la controversia relativa al TBI:

“El concepto esencial del Artículo X del TBI [TBI Argentina-Alemania] es la ‘controversia’, y no la reparación solicitada. No hay indicios de que el inversor no debiera tener derecho a someter su controversia ‘por completo’ ante un juzgado local. El Tribunal de *Wintershall* advirtió correctamente que la regla de los 18 meses se basa en la presentación de ‘toda la diferencia para su resolución por los tribunales locales’.

...

“El reclamo ante los tribunales locales debe ‘coincidir’ con la controversia relativa a inversiones en virtud del TBI. La índole de la “controversia” sometida a los tribunales nacionales puede ser amplia. El objetivo de la presentación judicial es, de hecho, brindarle al tribunal nacional la oportunidad de ofrecer una solución adecuada que permita evitar el arbitraje internacional. Para lograr ese resultado, no es necesario que el tribunal nacional resuelva el reclamo dentro del marco del TBI. Sin embargo, lo que sí se requiere es que la pretensión que haya de resolverse a nivel nacional sea de una índole tal que permita solucionar la controversia como si el reclamo se hubiera presentado ante un tribunal arbitral internacional en virtud del TBI. Tal como señaló el tribunal de *Wintershall*, debe ser posible presentar ‘toda la diferencia’ ante el tribunal local competente” (*Urbaser c. Argentina*, Decisión sobre Jurisdicción, 19 de diciembre de 2012, párrs. 180-181) (AL RA 41). [Traducción del Miembro del Tribunal]

128. Las Demandantes opinan de manera diferente. Afirman que la postura de la Demandada sobre el alcance del término “controversia” en el Artículo 8 del TBI Argentina-Austria es demasiado limitada y se manifiestan en favor de lo que definen como un significado “amplio” del término en cuestión en el contexto del Artículo 8, para lo cual invocan las decisiones del tribunal del caso *Teinver c. Argentina* (2012) y del tribunal del caso *Philip Morris c. Uruguay* (2013). Además, las Demandantes avanza dicha afirmación como si su alegato fuese de aplicación general. Sin embargo, han llegado a la mencionada conclusión sin aplicar ni las reglas de la CVDT sobre interpretación de los tratados ni ninguna otra regla o principio de derecho en apoyo de su afirmación. En mi opinión, esta afirmación de las Demandantes es errónea y, por ende, inadmisibles para este árbitro, además de ser una interpretación incorrecta de *Teinver* y *Philip Morris* el afirmar que sus conclusiones de estos tribunales son susceptibles de aplicación a las circunstancias de hecho y de derecho del presente caso.

129. Las conclusiones de *Teinver* y *Philip Morris* son distintas de las de *Wintershall* por el simple hecho de que las cláusulas de resolución de controversias de los TBI Argentina-España y Suiza-Uruguay difieren considerablemente en su redacción respecto de la cláusula correspondiente del TBI Argentina-Alemania, pero los tres tribunales aplicaron el mismo principio, es decir, que la cláusula de resolución de controversias del TBI aplicable al caso en cuestión debe interpretarse y aplicarse de conformidad con las reglas pertinentes de la CVDT. Por lo tanto, los tres tribunales respetaron la intención de los Estados Contratantes reflejada en los respectivos textos de cada uno de esos tres TBI, conclusión que dista de ser cierta en lo que respecta a la presente Decisión mayoritaria que, al abordar la cuestión del sentido del término “controversia”— término que aparece en los primeros cinco párrafos y en el último párrafo del Artículo 8 del TBI Argentina-Austria —, no tiene en cuenta el “contexto” general que representa la redacción del Artículo 8 en su conjunto en la interpretación de dicho término.
130. Las conclusiones anteriores se pueden verificar muy fácilmente comparando el texto de los párrafos pertinentes del Artículo 8 del TBI Argentina-Austria (citados en el párrafo 13 de la presente Opinión) y el texto de los párrafos correspondientes de las cláusulas de solución de controversias de los TBI aplicables en los casos *Teinver* (TBI Argentina-España) y *Philip Morris* (TBI Suiza-Uruguay):

TBI Argentina-España (Requisitos del Artículo 10(1) y (2))

“1. Las controversias que surgieren entre una de las Partes y un inversor de la otra Parte en relación con las inversiones en el sentido del presente Acuerdo, deberán, en lo posible, ser amigablemente dirimidas entre las partes en la controversia.

2. Si una controversia en el sentido del párrafo 1 no pudiera ser dirimida dentro del plazo de seis meses, contando desde la fecha en que una de las partes en la controversia la haya promovido, será sometida a petición de una de ellas a los tribunales competentes de la Parte en cuyo territorio se realizó la inversión”. (*Teinver c. Argentina*, Decisión sobre Jurisdicción, 21 de diciembre de 2012, párr. 74) (CL-137).

TBI Suiza-Uruguay (Requisitos del Artículo 10(1) y (2))

“1. Las controversias que surgieren entre una Parte Contratante y un inversor de la otra Parte Contratante con relación a inversiones

comprendidas en el presente Acuerdo se resolverán, en lo posible, en forma amigable entre las partes interesadas.

2. Si una controversia en el sentido previsto en el párrafo (1) no pudiera ser resuelta en un plazo de seis meses a partir de la fecha en que fuera promovida, la misma será sometida, a solicitud de cualquiera de las partes involucradas en ella, a los Tribunales competentes de la Parte Contratante en cuyo territorio se ha realizado la inversión. Si dentro de un plazo de 18 (dieciocho) meses, contados desde el inicio del proceso legal, no se dictara sentencia, el inversor involucrado podrá recurrir a un Tribunal Arbitral que tendrá competencia para decidir la controversia en todos sus aspectos”. (*Philip Morris c. Uruguay*, Decisión sobre Jurisdicción, 2 de julio de 2013, párr. 25) (CL-134).

131. Está bastante claro que el alcance del término “controversias” (en plural) *con relación a inversiones en el sentido del TBI* en las cláusulas de solución de controversias de los TBI aplicados en los casos *Teinver* y *Philip Morris* es más amplio que el término “controversia” (en singular) *sobre las materias regidas por el TBI* del Artículo 8 del TBI Argentina-Austria. En *Teinver* y *Philip Morris*, el término “controversias” puede abarcar, por ejemplo, más de una diferencia y deja la puerta abierta a diversos grados de similitud o semejanza entre ellas. El problema para los tribunales arbitrales en el caso de estos TBI consiste en determinar el criterio para establecer la relación que deba existir entre las dos o más de las controversias de que se trate.
132. Así, el tribunal del caso *Teinver* aludió al hecho de que un proceso judicial nacional y un procedimiento de arbitraje internacional *se referían* in casu *a la misma materia* y señaló que el *objeto* de ambos procesos era “la indemnización a las Demandantes [...] por la pérdida sufrida en razón de la nacionalización” (Decisión sobre Jurisdicción, 21 de diciembre de 2012, párr. 132) (CL-137). Asimismo, afirmó que el TBI “faculta a cualquiera de las partes a iniciar procedimientos ante los tribunales locales a los fines del Artículo X” (*Ibid.*, párr. 134). En el caso *Philip Morris*, el Artículo 10(1) del TBI hacía referencia a “controversias [...] con relación a inversiones” y otras disposiciones del mismo artículo también aludían a “controversias” en plural. El tribunal indicó expresamente que debe tenerse en cuenta el plural de controversia (Decisión sobre Jurisdicción, 2 de julio de 2013, párr. 100) (CL-134).
133. El tribunal del caso *Philip Morris* debía decidir si las Demandantes habían incumplido el requisito de recurrir a los tribunales locales durante 18 meses

conforme al Artículo 10(2) del TBI Suiza-Uruguay por los siguientes motivos: (i) las Demandantes no sometieron su controversia en virtud del tratado a la jurisdicción de los tribunales uruguayos, y, (ii) aunque hubiesen recurrido a los tribunales uruguayos, las Demandantes tendrían que haber litigado durante 18 meses antes de iniciar el arbitraje. El tribunal rechazó ambas excepciones preliminares por los siguientes motivos:

Primer motivo

“...mediante la presentación de sus reclamos de derecho nacional a través de las acciones de nulidad presentadas ante el TCA de los tribunales uruguayos, las Demandantes han cumplido con el requisito de entablar un proceso legal ante tribunales nacionales del artículo 10(2) del TBI. 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 TBI”. (Decisión sobre Jurisdicción, 2 de julio de 2013, párr. 113) (CL-134).

Segundo motivo

“Al momento de institución del arbitraje no se había cumplido el requisito de entablar un proceso legal ante tribunales nacionales. Este caso difiere de otros casos en los que se rechazó la jurisdicción por causa de la ausencia ya sea de una diferencia en términos jurídicos o de una acción impulsada por el inversor para efectuar un reclamo ante un tribunal nacional antes de acceder al arbitraje. No obstante, incluso si se considerara que el requisito fuera jurisdiccional, el Tribunal concluye que podría cumplirse por medio de acciones posteriores a la fecha de institución del arbitraje, como de hecho ocurrió en este caso. 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 se cumplieron con posterioridad (al menos cuando tuvieron lugar antes de la fecha en la que se debe tomar una decisión sobre jurisdicción)”. (*Ibid.*, párr. 144).

134. Las consideraciones y citas anteriores demuestran claramente que las circunstancias de hecho y de derecho de los casos *Teinver* y *Philip Morris* son muy distintas de las del presente caso. Sin embargo, en esos dos casos, al igual que en *Wintershall*, el factor determinante para definir el sentido y el alcance del término “controversia” o “controversias”, según corresponda, en la cláusula de solución de controversias fue la intención de los Estados Contratantes del TBI, tal como surge de la redacción de la correspondiente cláusula de solución de controversias del TBI aplicable, interpretado y aplicado de acuerdo con las reglas pertinentes de la CVDT y, en última instancia, de acuerdo también con otras reglas pertinentes de derecho internacional público.
135. Las cláusulas de solución de controversias en los casos *Teinver* y *Philip Morris* eran tan amplias como para incluir más de un tipo de controversia sobre inversiones, ya sea, por ejemplo, extendiendo el sentido y el alcance del término “controversias” más allá de las controversias en virtud de tratados o incluyendo controversias contractuales no relacionadas con violaciones de tratados o controversias respecto de reclamos en virtud de la legislación nacional además de reclamos en virtud de tratados, etc. En todas esas situaciones, dos o más controversias diferentes *pueden estar comprendidas dentro del alcance de la cláusula*, y el problema pasa entonces a ser la relación entre las controversias de que se trate, que los tribunales han resuelto con frecuencia recurriendo a nociones tales como la “asunto” o el “objeto y fin” de ambas controversias o la “causa de la acción procesal” o, con mucha menos frecuencia, refiriéndose a la noción de “hechos sustancialmente similares” o a una combinación de dichos criterios.
136. Pero, la situación descrita *supra* es ajena al presente caso porque el sentido y el alcance del término “controversia” en el Artículo 8 del TBI Argentina-Austria hace referencia exclusivamente a “una controversia” y a una “controversia respecto de reclamos en virtud de un tratado (el TBI aplicable)” a lo largo de los párrafos sucesivos del Artículo 8. Además, en el caso que nos ocupa, las Demandantes no cumplieron con los requisitos y condiciones del Artículo 8 ni el 4 de diciembre de 2014 cuando incoaron el caso ni en la fecha de dictarse la presente Decisión sobre Jurisdicción.

*

137. De todo lo anterior, se desprende que, en el presente arbitraje CIADI, la fórmula que adoptaron Argentina y Austria en el texto del Artículo 8 de su TBI es decisiva para determinar el sentido y el alcance del término “controversia” en esa disposición. Luego, dicha fórmula sigue *mutatis*

mutandis la redacción de la correspondiente cláusula del TBI Argentina-Alemania (*Wintershall*) y de otros TBI similares que celebró Argentina (por ejemplo, con el Reino Unido) y, de ninguna manera, las fórmulas más amplias del término “controversias” utilizadas en el TBI Argentina-España (*Teinver*) o en el TBI Suiza-Uruguay (*Philip Morris*).

138. Es por eso que las conclusiones del Tribunal del caso *Wintershall* sobre el sentido y alcance del término “controversia” en la cláusula de solución de controversias del TBI Argentina-Alemania son, en esencia, similares a las conclusiones de este árbitro con respecto al sentido y alcance del término “controversia” del Artículo 8 del TBI Argentina-Austria, es decir, que el término hace referencia en todos los párrafos del Artículo a *una y misma controversia respecto de reclamos en virtud del TBI*, y a nada más. El texto del Artículo 8 del TBI aplicable no permite, si se interpreta de acuerdo con las reglas de interpretación de los tratados de la CVDT, llegar a una conclusión diferente acerca de las intenciones de Argentina y Austria cuando en 1992 formularon y adoptaron el texto del Artículo 8 de su TBI.
139. Lo mismo rige respecto de la naturaleza obligatoria de la condición previa al arbitraje internacional que establece el Artículo 8(2) del TBI Argentina-Austria, explicada en el laudo del caso *Wintershall* en referencia al Artículo 10(2) del TBI Argentina-Alemania, de la siguiente manera:

“El Artículo 10(2) [Artículo 8(2) en el presente caso] contiene una cláusula de restricción temporal relativa al previo accionamiento ante los tribunales locales; dicha cláusula obliga (y no simplemente autoriza) al inversor a litigar (durante un período determinado) ante el foro local, que ambas Partes Contratantes han considerado como el órgano judicial adecuado. El artículo no menciona el tipo de reparación que se debería tratar de obtener en los tribunales locales, ni exige que la reparación sea igual o similar a la que se pretenda en el arbitraje internacional. Cualquiera haya sido el objetivo que los Estados Contratantes hubieran tenido en mira cuando acordaron y celebraron su TBI Argentina-Alemania (y, salvo el texto del Tratado, es decir, del TBI, no existen pruebas al respecto en el presente caso), no cabe duda de que se trataba de una obligación (y no, como se señala equivocadamente en el párrafo 95 del Memorial de contestación de la Demandante sobre la excepción preliminar a la jurisdicción, de una mera “opción”). (*Wintershall c. Argentina*, Laudo, 8 de diciembre de 2008, párr. 118) (AL RA 38).

*

140. En vista de las conclusiones *supra*, en el presente caso, la cuestión que suscita la afirmación de las Demandantes acerca de la amplitud del término “controversia” en el Artículo 8 del TBI Argentina-Austria debe responderse en el marco de una única “controversia respecto de reclamos en virtud del tratado”, tal como establece el propio texto del Artículo 8. No hay margen en el Artículo para más de una “controversia respecto de reclamos en virtud del TBI” ni para cualquier tipo de “controversias relativa a reclamos contractuales”.
141. Situado dentro del marco que le corresponde, este segundo aspecto del argumento del “alcance amplio” de las Demandantes se convierte en un alegato sin limitaciones. Todo lo que se ajuste a los alegatos de las Demandantes quedará comprendido en el alcance de la presente “controversia respecto de reclamos en virtud del tratado”. De hecho, es una afirmación que, del modo en que se presentó, está fuera de todo ámbito de control por el derecho aplicable, al punto en que representa una caricatura de la propia *noción* de “*controversia*” definida en el derecho internacional público por referencia a los tres elementos clásicos: *partes*, *petitum* y *causa petendi*. Los dos últimos (*petitum* y *causa petendi*) definen a su vez el *objeto* de la controversia.
142. Es importante recordar los criterios que definen en el derecho el término “controversia”— que *el término objeto de interpretación* en el Artículo 8 del TBI y no cualquier otro gratuitamente extrapolado en el contexto como, por ejemplo, “reclamos”, “reparación” o “hechos” (véase *Urbaser* en el párrafo 127 de esta Opinión)—debido a la siguiente conclusión contradictoria e inaudita de la mayoría:

“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” (presente Decisión, párrafo 328).

143. No encuentro ningún tipo de sustento en los elementos de hecho y de derecho del caso ante este Tribunal Arbitral CIADI para un galimatías de conclusión tal como la anterior, basada en supuestos “hechos sustancialmente similares”, entre segmentos seleccionados de los

procedimientos seguidos en la causa relativa a una “controversia sobre reclamos contractuales” - que se tramita en Salta desde 2013 y que lleva adelante el Juzgado de Primera Instancia de Salta desde el 5 de febrero de 2014 debido a una solicitud de anulación de ENJASA de las Resoluciones 240 y 315 de ENREJA y de los correspondientes Decretos de la Provincia (el caso *ENJASA c. Provincia de Salta*) - y la presente “controversia respecto de reclamos en virtud del TBI” ante este Tribunal Arbitral que se sitúa en el plano internacional y que tiene por objeto una indemnización por daños causados por presuntas violaciones alegadamente atribuidas a la República Argentina de ciertos estándares del TBI Argentina-Austria según consta la Solicitud de Arbitraje de CAI y CASAG de fecha 4 de diciembre de 2014 incoada en dicha fecha presentada ante el CIADI . Por otra parte, al concluir como se ha indicado *supra*, la mayoría admite el hecho de que la “controversia respecto de reclamos en virtud del TBI” ante este Tribunal Arbitral nunca se sometió a la jurisdicción administrativa o judicial de la República Argentina. Ahora bien, la disposición del Artículo 8(2) y (3)(a) del TBI Argentina-Austria se basa en la premisa del deber de someter la controversia a la jurisdicción local competente del Estado receptor de la inversión, antes de recurrir al Tribunal Arbitral. Lo relevante en el TBI Argentina-Austria no es la alegada “similitud de los hechos”, tal como sí podría serlo en otros TBI, sino la identidad de la “controversia”, es decir en el caso que nos ocupa la presente “controversia respecto de reclamos en virtud del TBI”.

144. El citado párrafo de la Decisión es, en sí, contradictorio porque, para rechazar la Primera Excepción Preliminar de la Demandada, el presente caso sería una “controversia respecto de reclamos en virtud de un tratado”, mientras que, para rechazar la Segunda Excepción Preliminar de la Demandada, la Decisión extrapola el proceso judicial doméstico en curso ante el Juzgado de Primera Instancia de Salta sobre reclamos contractuales al procedimiento arbitral internacional de esta controversia concerniente a reclamos en virtud del TBI cuando este Tribunal Arbitral carece de competencia sobre cualquier aspecto de una controversia doméstica relativa a “reclamos contractuales”. La conclusión de la Decisión mayoritaria asombrosa por carecer de fundamento en el derecho y en los hechos del caso, violar las reglas de interpretación de tratados de la CVDT y representar un paso atrás en lo que respecta al esclarecimiento de la distinción que debe hacerse en todo momento entre el cumplimiento del derecho internacional y el cumplimiento del derecho doméstico de un Estado determinado, tal como se explica en la Decisión sobre Anulación del caso *Vivendi* y según advirtió, anteriormente, la CIJ en el siguiente pasaje del caso *Elettronica Sicula*:

“El cumplimiento del derecho interno y el cumplimiento de las disposiciones de un tratado son cuestiones diferentes. Lo que constituye violación de un tratado puede ser lícito en el derecho interno y lo que es ilícito en el derecho interno puede no entrañar violación alguna de las disposiciones de un tratado” (*Caso Relativo a Elettronica Sicula S.p.A., Informes de la CIJ de 1989*, pág. 51, párr. 73) (AL RA 193). [Traducción del Miembro del Tribunal]

145. Además, para las decisiones que ha de tomar este Tribunal Arbitral en la presente etapa del caso, los hechos relevantes son aquellos relacionados con la conducta de las Demandantes respecto de su cumplimiento o incumplimiento del Artículo 8(1) a (4) del TBI y no la conducta, cualesquiera que haya sido, de ENJASA en los procesos judiciales locales sobre los reclamos contractuales de su controversia con la Provincia de Salta en relación con la Resolución que adoptó ENREJA como ente regulador del mercado en cuestión. La controversia con la Provincia de Salta no está sujeta, en ninguno de sus aspectos, a los requisitos y condiciones del TBI y/o la regla sistémica de derecho internacional público del consentimiento del Estado a la jurisdicción de los tribunales y cortes internacionales.

146. ENJASA está litigando de conformidad con las leyes locales de la Provincia de Salta, mientras que, en la fase actual de este procedimiento arbitral CIADI, la existencia de jurisdicción y competencia requiere la concurrencia de: (i) un tratado como el TBI Argentina-Austria; y (ii) un “acuerdo de arbitraje” suscripto por mutuo consentimiento de las partes en la presente controversia, es decir, CAI y CASAG como Demandantes y la República Argentina como Demandada. En ninguno de esos dos ámbitos jurídicos hay lugar en esta fase del caso para ENJASA y su proceso local en la Provincia de Salta. El criterio de “hechos sustancialmente similares” también es irrelevante en la presente controversia sobre reclamos en virtud del TBI”, en la cual la cuestión nuclear es la interpretación del término “controversia” en el Artículo 8 del TBI Argentina-Austria que reenvía a una única y misma controversia respecto de reclamos en virtud del TBI, de conformidad con la Solicitud de Arbitraje de las Demandantes. Aun en los casos en que sea necesario determinar la relación entre dos controversias, tal como ocurrió en el caso *Philip Morris*, la referencia al criterio de “hechos sustancialmente similares” no aparece en solitario. Está precedida por una alusión a la “asunto” de ambas controversias y seguida de las palabras, aplicables también a ambas controversias, de que estas últimas “sean relativas a inversiones con arreglo al TBI” de que se trate (véase párrafo 133 de la presente Opinión).

147. El asunto del presente procedimiento de arbitraje CIADI no es similar en ningún aspecto al asunto del proceso local en Salta, y la extrapolación de los hechos del segundo al primero en términos de jurisdicción y competencia parece una estrategia oscilante, sin fundamento en el derecho internacional o en la lógica de los procesos judiciales internacionales y que, además, pone en entredicho la *integridad* de ambos procesos judiciales. El asunto del presente arbitraje internacional CIADI es la indemnización por supuestas violaciones por parte de la República Argentina de tres estándares sustantivos (expropiación, tratamiento justo y equitativo, y discriminación) de su TBI con Austria, en tanto que el asunto de la controversia que se tramita ante el juzgado local de la Provincia de Salta es la anulación de ciertas Resoluciones adoptadas por ENREJA por presuntas violaciones por ENJASA del derecho provincial aplicable adoptadas por la primera en el ejercicio de sus funciones reguladoras, así como la anulación de ciertos decretos relacionados con dichas Resoluciones adoptados por el Gobierno de la Provincia. En cualquier caso, los asuntos que se dilucidan en cada uno de estos dos procesos judiciales son tan distintas uno del otro que resultan mutuamente incompatibles entre sí, lo que pone también en evidencia el carácter temporalmente prematuro de la Solicitud de Arbitraje de 4 de diciembre de 2014.
148. Por último, pero no menos relevante es la conclusión de la mayoría, basada en lo que considero un “*oxímoron*” pues niega la competencia limitada del Tribunal Arbitral que establece el texto del Artículo 8(1) a (5) del TBI (véanse párrafos 121-125 de la presente Opinión). Según el texto de dichas disposiciones, está claro que este Tribunal Arbitral no tiene competencia respecto de reclamos puramente contractuales, y que el proceso local de ENJASA que se tramita en la Provincia de Salta concierne reclamos puramente contractuales. Una buena razón para evitar interferir como lo hace la Decisión mayoritaria con el fin *evitar tener que concluir con el hecho probado* de que las Demandantes no cumplieron con la condición previa de someter la presente “controversia respecto de reclamos en virtud del BTI” a la jurisdicción administrativa o judicial competente del Estado receptor durante un plazo de dieciocho meses, según dispone el Artículo 8(2) y (3) (a) del TBI Argentina-Austria; y *reemplazando el hecho de dicha omisión*, sin ningún fundamento en el derecho aplicable y en los elementos de hecho del caso, por el proceso relativo a la solicitud de anulación de ENJASA de las mencionadas Resoluciones de ENREJA en curso desde el 5 de febrero de 2014 ante el Juzgado de Primera Instancia de Salta. Sin duda, un enfoque *ultra vires*.

*

149. Para este árbitro, es obvio que las Demandantes no cumplieron con la condición previa al arbitraje internacional de someter la *presente controversia respecto de reclamos en virtud del TBI* (la única ante este Tribunal Arbitral) a la jurisdicción administrativa o judicial competente de la República Argentina en su calidad de Estado receptor por un plazo de dieciocho meses, por meras razones de conveniencia y, en cualquier caso, sin perjuicio de las razones, es un hecho comprobado que *dicho suceso nunca ocurrió* como dispone el Artículo 8(2) y (3) (a) del TBI. Por lo tanto, en lo que concierne esta condición previa del Artículo 8 (al igual que las otras consideradas anteriormente), las Demandantes no actuaron del modo establecido en el Artículo 8 del TBI Argentina-Austria para poder *luego* tener derecho a acceder al arbitraje internacional CIADI.
150. No obstante lo anterior, la Decisión mayoritaria autoriza a las Demandantes a “proceder en cuanto al fondo” y eso sucede pese a que las Demandantes, como terceros respecto del TBI, solo tienen derechos secundarios en virtud de ese tratado. Así pues, la regla fundamental *pacta sunt servanda* me obliga a preguntarme a mí mismo: ¿cómo es posible? Supongo que mediante una serie de interpretaciones subjetivas o libres que dejan de lado completamente no solo el texto de las disposiciones contempladas en el sistema de solución de controversias del Artículo 8 del TBI y de las disposiciones pertinentes del Convenio CIADI, sino también la propia Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (CVDT), a pesar de que, además de enunciar el derecho internacional codificado sobre el tema, es una Convención en la que tanto Argentina como Austria son partes. El resultado de esta laguna es una especie de mezcolanza que no encaja en el Artículo 8 del TBI, ni en la CVDT y ni en otras normas del derecho internacional público aplicables en esta fase del presente caso.
151. Además, la Decisión mayoritaria, sobre la base de las declaraciones de las Demandantes, califica las alegaciones de la Demandada acerca del deber de los inversores protegidos de cumplir con el Artículo 8 del TBI, tal como fue adoptado por Argentina y Austria, con palabras tales como “lectura estricta”, “demasiado formalista”, “cumplimiento servil”, “injustamente”, “retrasar o demorar”, “aumentar los costos”, etc. al punto de que, en ciertas ocasiones, los motivos de la Decisión se asemejan a un alegato de parte. Otra manera de tratar de excusar los incumplimientos de las Demandantes, que utilizan y de la que abusan los motivos de la Decisión consiste en autodefinir subjetivamente del objeto y fin de la disposición del TBI de que se trate mediante suposiciones tales como que los Estados adoptan los TBI solo en beneficio de los inversores protegidos y que el intérprete de los TBI debería guiarse primordial o únicamente por el interés o la conveniencia de los inversores, ignorando el principio de *pacta sunt servanda*, el derecho de los tratados y/u otras normas del derecho internacional tales como la

regla del consentimiento del Estado a la jurisdicción de los tribunales y cortes internacionales.

*

152. En vista de las consideraciones y las conclusiones *supra* sobre el derecho aplicable y las pruebas presentadas por las Partes, disiento de todas y cada una de las conclusiones principales de la mayoría enunciadas en los párrafos 296 a 328 de la presente Decisión. En el presente contexto, el enfoque *totum revolutum* de las Demandantes, que asume la Decisión mayoritaria, lo mezcla todo—incluso el de la “*controversia sobre reclamos contractuales*” entre ENJASA y la Provincia de Salta y el procedimiento sobre la “*controversia respecto de reclamos en virtud del TBI*” que nos ocupa entre CAI y CASAG como Demandantes y la República Argentina como Demandada—alcanza su clímax en el caso de la presente condición previa, en detrimento de la integridad del TBI Argentina-Austria, las normas vigentes de derecho internacional público y la preservación de la seguridad jurídica en la relación entre inversores protegidos y Estados receptores.
153. El proceso de anulación de las Resoluciones de ENREJA, que inició ENJASA ante el Juzgado de Primera Instancia de Salta, implicaría retroactivamente para la Decisión mayoritaria el cumplimiento de la obligación de CAI y CASAG en virtud del Artículo 8(2) y (3) del TBI (sumisión previa de la presente controversia en virtud del tratado a la jurisdicción administrativa o judicial competente por un plazo de 18 meses), del mismo modo que los intercambios en la reunión del 27 de agosto de 2013 entre el Sr. Tucek y representantes del Gobierno de la Provincia y de ENREJA implicarían retroactivamente el cumplimiento de la obligación de CAI y CASAG en virtud del Artículo 8(1) y (2) del TBI (consultas amistosas previas sobre la presente controversia en virtud del tratado por un plazo de seis meses).
154. A continuación, se brinda una síntesis selectiva de los motivos por los que rechazo las conclusiones individuales de la Decisión mayoritaria en dichos párrafos 296-328:

1. La noción de controversia en el Artículo 8 del TBI Argentina-Austria

- (i) Que, a efectos de determinar el cumplimiento por parte de las Demandantes de la condición previa de acudir a la jurisdicción administrativa o judicial competente del Estado receptor conforme al Artículo 8(2) y (3) del TBI, sería necesario para el Tribunal que

entiende en el presente caso abordar en primer lugar uno o el otro de los recursos domésticos incoados por ENJASA, de acuerdo con la legislación de la Provincia de Salta, en contra de la revocación de su licencia por ENREJA. *Irrelevante.*

- (ii) Afirmar, en términos generales, que el hecho de recurrir a las jurisdicciones locales conforme al Artículo 8(3) del TBI no se puede entender, de manera restrictiva, en el sentido de que la controversia o las controversias locales y la diferencia sometida a arbitraje CIADI sean idénticas (en cuanto a las partes y la pretensión), porque de ese modo difícilmente se cumpliría con el objeto y fin de los TBI. Incorrecto en lo que respecta al presente TBI Argentina-Austria.
- (iii) Afirmar, en términos generales, que los tribunales que conocen casos sobre tratados de inversión suelen adoptar una noción amplia de controversia, a los fines de determinar si se han agotado primero los remedios domésticos previstos en los tratados de inversiones. Incorrecto, depende del texto de la cláusula de solución de controversias del TBI en cuestión.
- (iv) Sugerir que los pasajes citados de las decisiones sobre jurisdicción de los casos *Teinver* y *Philip Morris* avalarían una noción amplia de controversia en la materia como una especie de norma o guía de aplicación general por parte de los tribunales en materia de inversiones. Y que el hecho de que el Artículo 8 (2) disponga que la controversia en cuestión pueda ser “sometida a la jurisdicción administrativa o judicial competente” respaldaría una noción amplia del término controversia. *Incorrecto porque el texto de las cláusulas de solución de controversias del TBI Argentina-España y del TBI Suiza-Uruguay difieren del texto del Artículo 8 del TBI Argentina-Austria y, puesto que la jurisdicción “administrativa” o “judicial” alternativa es irrelevante al efecto de la interpretación del término ‘controversia’ en el Artículo 8 del TBI.*
- (v) Afirmar, sobre la base de las conclusiones de los casos *Teinver* y *Philip Morris*, que los recursos locales que utilizó ENJASA conforme a la legislación de Salta en contra de la revocación de la licencia o la anulación de las decisiones de ENREJA son susceptibles de poder cumplir con el requisito del recurso a los remedios domésticos del Artículo 8 del TBI Argentina-Austria. Y que la lectura limitada de la noción de controversia sería incompatible con una lectura de buena fe del Artículo 8(2) y 8(3) del TBI en virtud de las reglas de interpretación de la CVDT. *Incorrecto, inter alia, porque el*

Artículo 8 del presente TBI limita la competencia de este Tribunal de Arbitraje a “controversias respecto de reclamos en virtud del TBI” exclusivamente y porque una lectura de buena fe del Artículo 8(2) y (3) ordena respetar el texto de las disposiciones aplicables del tratado en cuestión.

2. Cumplimiento del Artículo 8(2) del TBI

- (vi) La afirmación de que, con respecto a las decisiones que tome el Tribunal Arbitral en la fase actual del caso, surge la duda de cuál de los recursos de ENJASA incoados conforme a las leyes de la Provincia de Salta, cumplió con el Artículo 8(2) del TBI. *Irrelevante.*
- (vii) Que las diversas conclusiones a las que llegó la mayoría de que el “recurso de reconsideración que presentó ENJASA en contra de la Resolución No. 240/13 ante ENREJA” no cumplió el requisito de someter primero la controversia a una ‘jurisdicción administrativa’ en el sentido del Artículo 8(2) del TBI (que acepto), mientras que el recurso de anulación que interpuso ENJASA el 5 de febrero de 2014 con respecto a las Resoluciones ENREJA Nos. 240/13 y 315/13 ante el Juzgado de Primera Instancia de Salta calificaría como el recurso ante los tribunales locales exigido por el Artículo 8(2) del TBI y es relevante en el presente caso para la determinación por parte del Tribunal Arbitral de su jurisdicción. *Ambas hipótesis son irrelevantes.*
- (viii) La calificación del elemento temporal de seis meses de la “obligación de consultas amistosas” del Artículo 8(2) como “período de espera” que no se tiene que cumplir “servilmente” antes de pasar a la segunda condición previa de la “jurisdicción administrativa o judicial competente” del Estado receptor. *Incorrecto, ya que es contrario al texto de la disposición.*
- (ix) La afirmación de que la calificación de la “obligación de consultas amistosas” con las palabras “en la medida de lo posible” significa que solo se puede esperar que las partes agoten el período de negociación de seis meses cuando esto sea factible. *Incorrecto, ya que es contrario al texto de la disposición.*
- (x) Que cualquier otra interpretación generaría contradicciones entre el Artículo 8(1) y el Artículo 8(2) del TBI. *y, a la vez, sugeriría reemplazar en el proceso de interpretación la noción de “controversia” por la noción de “inversión” y ampliar el objeto de*

las negociaciones que se exigen. *Incorrecto, la supuesta contradicción es autoinducida, el objeto de la interpretación es el término “controversia” y el objeto de las negociaciones que se exigen es la controversia ante el Tribunal de Arbitraje.*

- (xi) Que, en vista de los plazos y otros requisitos de los procedimientos domésticos de ENJASA en contra de la revocación de la licencia, no hubo incumplimiento del período de negociación del Artículo 8(2) del TBI. *Incorrecto porque los plazos y requisitos de los procesos locales de Salta son irrelevantes para la interpretación y aplicación del Artículo 8 del TBI.*

3. Cumplimiento del requisito de 18 meses del Artículo 8(3)(a) del TBI

- (xii) Que si el incumplimiento del requisito de 18 meses al momento de iniciar el arbitraje ante el CIADI puede dar lugar a que las reclamaciones de las Demandantes inadmisibles conforme al Artículo 8(3) del TBI. *Irrelevante porque el requisito de 18 meses es parte integrante de una condición previa jurisdiccional y no es causa de inadmisibilidad.*
- (xiii) Que las Demandantes cumplieron con el elemento temporal de la obligación previa de someter la controversia a la jurisdicción administrativa o judicial competente del Estado receptor porque, en mayo de 2018 ya habían transcurrido 18 meses a partir del 5 de febrero de 2014 cuando ENJASA presentó su recurso de anulación ante los tribunales de Salta. *Incorrecto porque el proceso de ENJASA ante los tribunales locales es irrelevante a efectos de la interpretación y aplicación del plazo de 18 meses del Artículo 8(3)(a) del TBI.*
- (xiv) Que el hecho de exigir que transcurran 18 meses antes de iniciar el arbitraje internacional es demasiado formalista y no se ajusta al objeto y fin del requisito de acudir previamente a los remedios locales establecido en el Artículo 8(3) del TBI. Y que, además, la alegación de que puesto que la controversia puede ser sometida al arbitraje internacional “cuando” las Partes lo hayan así convenido (Artículo 8 (3) (c)) también debe ser, *mutatis mutandis*, irrelevante a los fines de la oportunidad del recurso al arbitraje en virtud del Artículo 8 (3). *Incorrecto porque es contrario al texto del Artículo 8(3)(a) del TBI y porque en virtud de esa disposición del TBI las partes no actúan conforme a un acuerdo en particular celebrado directamente por las partes en la controversia en cuestión.*

- (xv) Que el requisito de acudir previamente a los remedios locales no tiene por objeto causar demoras ni aumentar los costos para los inversores al exigirles utilizar primero dichos remedios. *Completamente irrelevante para la interpretación y aplicación del Artículo 8 del TBI.*
- (xvi) Que el hecho de insistir en un cumplimiento estricto sería un formalismo exagerado, incompatible con una justa administración justa de la justicia internacional y el principio de buena fe al procurar dirimir controversias internacionales. *Completamente irrelevante para la interpretación y aplicación del Artículo 8 del TBI.*
- (xvii) Que la insistencia estricta en el plazo de 18 meses ya no les impediría a las Demandantes reiniciar un arbitraje idéntico sin enfrentar obstáculos jurisdiccionales debido al requisito de 18 meses del Artículo 8(3)(a) del TBI. *Irrelevante. Las Demandantes no cumplieron con ese plazo ni antes ni después de iniciar el presente caso porque nunca cumplieron con la condición previa a la que se refiere el plazo.*
- (xviii) Que las citadas conclusiones de los casos *Teinver c. Argentina* y *Philip Morris c. Uruguay* son aplicables en las circunstancias del presente caso y con el mismo efecto. *Incorrecto porque esas conclusiones no se corresponden con las disposiciones del TBI aplicable en el presente caso.*
- (xix) Que el recurso de anulación que interpuso ENJASA con respecto a las Resoluciones Nos. 240/13 y 315/13 ante los tribunales locales de Salta versa sobre “hechos sustancialmente similares” a los de la controversia que las Demandantes presentaron ante este Tribunal Arbitral y cumple con el elemento temporal del recurso previo a los recursos locales del Artículo 8 (3) del TBI, y, por lo tanto, el Tribunal tiene jurisdicción para proceder a analizar el fondo del presente caso. *Incorrecto porque el Artículo 8 del TBI Argentina-Austria hace referencia en todos sus párrafos a una única y misma controversia en virtud del TBI”, y no a dos o más controversias, eventualmente de distintas clases, como lo hace la Decisión mayoritaria.*

*

155. En síntesis, rechazo las conclusiones de la Decisión mayoritaria sobre esta condición previa al arbitraje internacional—establecida en el Artículo 8(2) y (3) del TBI Argentina-Austria—y concluyo que las Demandantes no

cumplieron con esa obligación jurisdiccional por los siete motivos nucleares siguientes:

- (i) Porque las Demandantes no procuraron resolver la presente “controversia en virtud del TBI” después de intentar las “consultas amistosas” que se contemplan en el sistema escalonado de solución de controversias del Artículo 8 del TBI;
- (ii) Porque las Demandantes nunca sometieron la presente “controversia en virtud del TBI” a la jurisdicción administrativa o judicial competente de la República Argentina, de acuerdo con lo establecido en el Artículo 8(2) y (3) (a) del TBI;
- (iii) Porque este árbitro rechaza la afirmación de las Demandantes de que cumplieron con la presente condición previa cuando, el 5 de febrero de 2014, ENJASA presentó ante el Juzgado de Primera Instancia de Salta una solicitud de anulación de las Resoluciones Nos. 240/13 y 315/13 de ENREJA y Decretos relacionados, ya que este proceso judicial local versa sobre “reclamos contractuales” que nada tienen que ver con el objeto de la “controversia en virtud del TBI” que se dirime ante este Tribunal Arbitral (Artículo 8(1) del TBI). Asimismo, el alcance de la competencia del Tribunal definida por el TBI no comprende “controversias contractuales” y, además, la competencia respecto de estas controversias contractuales pertenece, según la cláusula de selección de foro aplicable, a los tribunales locales de Salta;
- (iv) Porque la invocación por parte de las Demandantes de las conclusiones de los tribunales de los casos *Teinver* y *Philip Morris* en el caso que nos ocupa es inapropiada, puesto que las cláusulas de solución de controversias de los TBI aplicables a estos dos casos hacen referencia en su redacción a “controversias” en plural, en tanto que el Artículo 8 del TBI Argentina-Austria, al igual que el TBI Argentina-Alemania aplicable en *Wintershall*, se basa en la premisa de una la sumisión de una única “controversia en virtud del tratado” para su resolución ante los tribunales locales, además de que la presentación de reclamos ante los tribunales locales debe coincidir con la “controversia en virtud del tratado” por violaciones del TBI Argentina-Austria. En consecuencia, el tema de la relación entre dos controversias que se planteó ante los Tribunales de *Teinver* y *Philip Morris* a través de la redacción de sus respectivos TBI no es aplicable a este caso CIADI;

- (v) Porque las Demandantes, que nunca sometieron esta “controversia en virtud del TBI” a la jurisdicción administrativa o judicial competente de la República Argentina, tampoco cumplieron con el elemento temporal de dieciocho meses de la condición previa en cuestión establecida en el Artículo 8(3)(a) del TBI. Es por ello que algunas de las referencias en la Decisión a cierta jurisprudencia de la CIJ no resultan oponibles en el presente caso;
- (vi) Porque las Demandantes no demostraron que la jurisdicción administrativa o judicial competente de la República Argentina para dirimir la presente “controversia en virtud del TBI” de CAI y CASAG contra la República Argentina sea el Juzgado de Primera Instancia de Salta;
- (vii) Porque las Demandantes no pueden alegar, después de haber incumplido las obligaciones establecidas en el Artículo 8(2) y (3)(a) del TBI, que su cumplimiento habría sido inútil dada la imposibilidad para los tribunales argentinos de resolver la presente “controversia en virtud del TBI” en 18 meses, sin tener en cuenta el contexto que procura el Artículo 8(3)(b), según el cual aun cuando los tribunales locales hayan emitido una decisión dentro de los 18 meses pero la controversia subsista, el inversor puede someterla a arbitraje internacional, y la decisión del tribunal arbitral de que se trate podría privar de efectos a la decisión previamente adoptada en el ámbito nacional, sin perjuicio de las demoras resultantes y los costos generados.

(d) El desistimiento de la “instancia judicial local en curso”

- 156. Según este árbitro, el requisito del Artículo 8(4) (segunda oración) del TBI Argentina-Austria no constituye una condición jurisdiccional previa al arbitraje, tal como alega la Demandada. La razón de esta conclusión es la propia redacción y ubicación de la oración dentro del sistema de solución de controversias del TBI. El texto pertinente de la disposición—que repite la regla del “arbitraje como procedimiento exclusivo” del Artículo 26 (primera oración) del Convenio CIADI—es el siguiente: *“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”*.
- 157. El uso de las palabras *“tomará todas las medidas requeridas”* deja bien en claro que esta disposición enuncia un requisito tan vinculante como las

condiciones previas establecidas en el Artículo 8(1), (2) y (3) del TBI, pero no es una condición previa jurisdiccional porque la obligación no es *anterior a la sumisión* al Tribunal Arbitral (véase *Informes de la CIJ de 2011(I)*, pág. 124, párr. 130) (la cita completa del fragmento en cuestión aparece en el párrafo 35 de la presente Opinión). La obligación de las Partes de cumplir con el requisito empieza, tal como se indica en el texto, “a partir del comienzo de un procedimiento de arbitraje” y no antes de ese momento. Es por eso que el requisito no califica como condición previa jurisdiccional. Además, la obligación de desistimiento de las Partes en virtud de la segunda oración del Artículo 8 (4) solo se refiere a la “*instancia judicial en curso*”. Por lo tanto, la obligación se aplica, sin duda, al proceso judicial en curso que inició ENJASA el 5 de febrero de 2014 a efectos de anular las Resoluciones de ENREJA sobre la revocación de la licencia, que se tramita desde entonces ante el Juzgado de Primera Instancia de Salta, sin perjuicio de que la Solicitud de Arbitraje fue incoada por las Demandantes ante el CIADI el 4 de diciembre de 2014.

158. Por lo tanto, concuerdo con la Decisión mayoritaria (párrafo 331) en que este requisito, si bien es vinculante, no está relacionado con el consentimiento a la jurisdicción, sino con el desarrollo del procedimiento arbitral una vez iniciado el caso. El requisito se asemeja a una *condición de admisibilidad procesal* vinculada, en el presente caso, a la solicitud de las Demandantes, es decir, su Solicitud de Arbitraje de fecha 4 de diciembre de 2014. Hasta ahora (marzo de 2018), las Demandantes no tomaron ninguna medida para cumplir con esta condición de admisibilidad, y el proceso judicial que inició ENJASA el 5 de febrero de 2014 ante el mencionado Juzgado de Salta sigue su curso en violación de este requisito de admisibilidad del TBI y del Artículo 26 (primera oración) del Convenio CIADI.
159. En cuanto al resto, discrepo con la manera en que la mayoría trata esta cuestión. Una vez más, el razonamiento de la Decisión solo contempla supuestas dificultades que afrontaron las Demandantes para cumplir anteriormente con la obligación establecida en el Artículo 8(4) (segunda oración) del TBI, como también en el Artículo 26 (primera oración) del Convenio CIADI, sin tener en cuenta el hecho probado de que la situación actual es consecuencia de una presentación prematura por parte de las Demandantes de su Solicitud de Arbitraje. En esta ocasión, la mayoría parece haber ignorado las dificultades que esa conducta prematura de las Demandantes ha creado para la Demandada hasta este mismo momento (inclusive en medios y costos generados). Claramente, el razonamiento de la Decisión mayoritaria hace hincapié en la obligación de cooperación de ambas Partes de poner fin a una situación contraria al derecho aplicable del

TBI y del Convenio CIADI, pero esto no significa, en mi opinión, que ambas Partes tengan la misma carga a los efectos de poner fin a la presente situación.

160. Para este árbitro, la iniciativa al respecto corresponde a la parte demandante en este y otros casos similares. Sin embargo, las Demandantes no hicieron nada en este sentido desde la presentación de su Solicitud de Arbitraje el 4 de diciembre de 2014. El denominado “riesgo” para las Demandantes que se menciona en el párrafo 332 de la Decisión mayoritaria no es un argumento admisible porque el arbitraje CIADI no debe utilizarse como una especie de cámara de apelaciones de las decisiones adoptadas en controversias contractuales nacionales, y, por otro lado, la iniciación del procedimiento de arbitraje ante el CIADI no está sujeta a ningún tipo de plazo para la parte demandante. Más bien, tiene que ver con la política judicial, la estrategia o las conveniencias de una parte determinada, es decir con cuestiones que, según la CVDT, no son elementos interpretativos que deban tenerse en cuenta al decidir de qué manera opera el Artículo 8(4) (segunda oración) del TBI.
161. En términos más generales, este árbitro considera que no existe justificación para un retraso por parte de las Demandantes de más de dos años en tomar alguna medida para desistir del proceso judicial de Salta. El argumento acerca del desistimiento o no de los recursos locales en función del resultado de la presente fase de este procedimiento arbitral no son cuestiones que deban ponderarse en la interpretación de los requisitos establecidos por el derecho objetivo aplicable, es decir, en la cláusula de solución de controversias del Artículo 8 del TBI y el Artículo 26 (primera oración) del Convenio CIADI.
162. La referencia en el párrafo 332 de la Decisión mayoritaria a la noción de “denegación de justicia” me parece un exceso de lenguaje porque nadie les impidió ni les impide a las Demandantes acceder al Juzgado de Primera Instancia de Salta y al presente arbitraje ante el CIADI tal como lo han hecho. Si ganan o pierden en cualquiera de ambos o en ninguno de dichos procedimientos, es por supuesto un tema distinto de la noción misma de “denegación de justicia”, salvo cuando se producen quebrantamientos graves de normas fundamentales de procedimiento (o eventualmente una decisión sobre el fondo claramente injusta) lo que ninguna de las Partes ha alegado con respecto a ninguno de los dos procedimientos en cuestión.
163. Por lo tanto, rechazo la insólita conclusión en dicho párrafo 332 de la Decisión mayoritaria de 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”. Mi conclusión es precisamente la contraria. Para mí, el Tribunal Arbitral debió simplemente haber suspendido este procedimiento hasta que las Partes le informaran acerca de su cumplimiento de las obligaciones enunciadas en el Artículo 8(4) (segunda oración). Habría sido una decisión más en línea con el texto y el espíritu de las obligaciones en cuestión y tenido la ventaja adicional de evitar habladurías sobre “denegación de justicia”.

164. Como consecuencia de mi conclusión *supra*, no puedo aceptar en esta fase del caso las medidas de ejecución ordenadas en los párrafos 333 y 335 de la Decisión mayoritaria. Solo recordaré que el plazo de dos meses otorgado en el párrafo 335 para el desistimiento de la controversia en curso ante los tribunales de Salta tiene que ver con la misma “controversia contractual” de ENJASA que la mayoría en el párrafo 328 de la Decisión considera haber sido el remedio para las Demandadas de su incumplimiento de la condición previa del Artículo 8(3) del TBI.

(e) La invocación por parte de las Demandantes de la cláusula NMF del Artículo 3 del TBI como fundamento alternativo de jurisdicción en el caso

165. Habiendo determinado en este caso la existencia de jurisdicción del Centro y de competencia del Tribunal Arbitral sobre la base de la disposición sobre solución de controversias del Artículo 8 del TBI Argentina-Austria, la Decisión mayoritaria no ha necesitado considerar la cuestión de si la cláusula NMF del Artículo 3 del TBI puede o no legitimar a las Demandantes para alegar la cláusula supuestamente más favorable de solución de controversias del Artículo 9(2) del TBI Argentina-Dinamarca. Por consiguiente, la Decisión mayoritaria no resolvió tampoco la excepción de inadmisibilidad planteada al respecto por la Demandada.
166. En vista de mis conclusiones sobre la inexistencia de jurisdicción y competencia conforme al Artículo 8 del TBI, considero que por mi parte debo abordar en esta Opinión el reclamo jurisdiccional de las Demandantes relativo a la aplicabilidad de la cláusula NMF del Artículo 3 del TBI Argentina-Austria a la solución de controversias. Lo haré a continuación recordando algunos principios sistémicos de derecho internacional público y las reglas de interpretación de tratados pertinentes que, a mi entender, tornan el argumento de las Demandantes sobre la cláusula NMF del Artículo 3 del TBI poco convincente por ser ésta meramente una “*cláusula NMF redactada en términos generales*”, y estoy de acuerdo con el tribunal del caso *Plama c. Bulgaria* en que una disposición NMF así redactada “en

un tratado básico no incorpora a modo de referencia disposiciones de solución de controversias en todo o en parte establecidas en otro tratado, *a menos que la disposición NMF del tratado básico deje en claro que las Partes Contratantes tuvieron la intención de incorporarlas*” (Decisión sobre Jurisdicción, 8 de febrero de 2005, párr. 223) (énfasis agregado) [Traducción del Miembro del Tribunal].

167. De hecho, esa incorporación es ajena al texto del Artículo 3 (Tratamiento de las Inversiones) del TBI Argentina-Austria cuyo párrafo 1 reza:

“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”.

La expresión “cláusula NMF redactada en términos generales” se utiliza en esta Opinión por razones de conveniencia, es decir, para distinguir las cláusulas NMF redactadas en términos generales como en el Artículo 3(1) del TBI Argentina-Austria citado *supra*, de otras cláusulas NMF en las que se utiliza un lenguaje más amplio, tal como “todas las cuestiones” o “cualquier cuestión”, incluidas en otros TBI, así como de las cláusulas NMF que establecen, de manera expresa, clara e inequívoca, que los Estados Contratantes quisieron que el alcance de la cláusula abarcara la solución de controversias (como, por ejemplo, en algunos TBI Modelos y prácticas del Reino Unido) .

168. Además, no hay indicios en el TBI Argentina-Austria de que los Estados Contratantes hayan tenido la intención de incorporar disposiciones de solución de controversias de otro tratado cuando negociaron y redactaron el TBI, incluidos sus Artículos 3 y 8, y las Partes no presentaron al Tribunal Arbitral ninguna prueba o información de lo contrario. Por otra parte, como ha declarado la CIJ en varias ocasiones, el consentimiento de un Estado a la jurisdicción debe ser voluntario, cierto e inequívoco *cualesquiera que sea la forma de su manifestación o el título o fundamento de la jurisdicción invocado* (véase, por ejemplo, *Ciertas Cuestiones de Asistencia Mutua en Materia Penal, Informes de la CIJ de 2008*, pág. 204, párr. 2) (AL RA 35). Bajo ninguna circunstancia se puede presuponer el consentimiento de un Estado a la jurisdicción internacional porque el derecho internacional no interpreta el silencio del Estado, o un consentimiento incierto, como consentimiento del Estado a la jurisdicción de una corte o un tribunal internacional determinado. La cuestión está estrechamente ligada a principios sistémicos básicos y normas de derecho internacional *público*, tal como lo han declarado la CPJI y la CIJ en los siguientes términos:

“Ha quedado bien establecido en el derecho internacional que ningún Estado puede, sin su consentimiento, ser obligado a someter sus diferencias [...] ya sea a mediación o al arbitraje, ni a ningún otro tipo de solución pacífica” (*Estatuto de Carelia Oriental*, 1923, CPJI, Serie B, No. 5, pág. 27);

“La Corte no se aparta del principio, que está bien establecido en el derecho internacional y ha sido aceptado por su propia jurisprudencia, así como también por la de la Corte Permanente de Justicia Internacional, de que un Estado no puede ser obligado a someter, sin su consentimiento, sus controversias al arbitraje” (*Caso Ambatielos (Grecia c. Reino Unido)*, *Informes de la CIJ de 1953*, pág. 19) (AL RA 235).

169. La extensión del ámbito de aplicación de las “*cláusulas NMF redactadas en términos generales*” a la solución de controversias sobre la base de un presunto consentimiento o alegando renuncia u otras afirmaciones que ignoran la distinción entre “disposiciones sustantivas” y “disposiciones sobre solución de controversias” implicaría evadir la norma capital del derecho internacional público del consentimiento de los Estados a la jurisdicción, tal como lo declara la jurisprudencia internacional y la mejor doctrina. Así las cosas, quienes invocan la extensión a la solución de controversias del ámbito de aplicación de las cláusulas NMF redactadas en términos generales en el TBI deben aportar una explicación jurídica razonable de cómo puede ocurrir este fenómeno en la práctica sin hacer caso omiso del mencionada principio capital, ya que en el derecho internacional público hay que distinguir el “tratamiento sustantivo” del “tratamiento jurisdiccional”, el último de los cuales requiere para que se otorgue al inversor la concurrencia una condición adicional, a saber: el consentimiento del Estado receptor.
170. Las Demandantes no ofrecieron esa explicación. Pero, la cuestión sigue planteándose porque en el derecho internacional los “derechos sustantivos” y los “mecanismos de solución de controversias para proteger esos derechos” son cosas diferentes que no se pueden confundir dado que la distinción es inherente a un principio sistémico básico del ordenamiento jurídico internacional vigente. Esta dicotomía impide, sin duda, una relación *ejusdem generis* entre estos dos conjuntos de derechos por la consiguiente falta de la *identidad sustancial* requerida entre ambos conjuntos. Aunque el acceso al arbitraje internacional pueda considerarse, en sentido amplio, parte del “tratamiento”, el inversor no tiene derecho a acceder a los dos aspectos de ese trato en las mismas condiciones (véase,

por ejemplo, Brigitte Stern, Opinión Disidente y Concurrente en *Impregilo c. Argentina*, pág. 13, párr. 45).

171. Entre “derechos sustantivos” y “tratamiento sustantivo”, por un lado, y “derechos jurisdiccionales” y “tratamiento jurisdiccional”, por el otro, hay diferencias jurídicas no solo de grado sino también de naturaleza. Esta diferencia de naturaleza se manifiesta en el hecho de que los “derechos jurisdiccionales” y el “tratamiento jurisdiccional” requieren el cumplimiento previo—en virtud de la regla sistémica de derecho internacional del consentimiento del Estado a la jurisdicción—de los requisitos y condiciones *ratione voluntatis* que los Estados Contratantes establecieron en la oferta permanente de arbitraje internacional de la disposición sobre solución de controversias del TBI, o quizá en su cláusula NMF o en cualquier otra cláusula del TBI que se alegue como cláusula de resolución de controversias por una de las partes en un determinado caso. La existencia de dicha obligación de derecho internacional que deriva de la interposición, en el asunto, de la regla del consentimiento del Estado a la jurisdicción explica que no hay motivos en el derecho internacional público para insistir en la existencia de una relación *ejusdem generis* entre “protección sustantiva” y los “medios para implementar dicha protección”.
172. Una cosa es brindarle al inversor trato de nación más favorecida en derechos sustantivos y otra cosa es utilizar la cláusula NMF para evitar o limitar una condición previa contenida en la disposición de solución de controversias del TBI. Cualquier otro proceder implicaría negar no solo el *effect utile* de dicha cláusula, sino también de la regla sistémica de derecho internacional del consentimiento del Estado a la jurisdicción. De ello se desprende que los “derechos jurisdiccionales”, por ejemplo, el acceso al arbitraje CIADI para resolver una determinada diferencia relativa a inversiones, requiere el cumplimiento previo por parte de los inversores privados—según exige la regla del consentimiento del Estado a la jurisdicción—de los requisitos o condiciones que limitan el derecho de acceso al mismo establecido por los Estados Contratantes, generalmente, en la cláusula de solución de controversias del TBI.
173. Desde luego, la situación sería otra si la cláusula NMF de que se trate (o, para el caso, cualquier otra disposición del TBI, incluso la disposición sobre solución de controversias) dispusiera expresamente, de manera clara e inequívoca, que el tratamiento de NMF de la cláusula en el tratado básico tiene entre sus propósitos importar de otro tratado una disposición sobre la solución de controversias por arbitraje que sea más favorable, como se indica en la decisión del caso *Plama*. En esta hipótesis, el intérprete no puede hacer otra cosa que dar efecto a la intención común de los Estados

Contratantes manifestada en el TBI (o, en última instancia, de conformidad con el TBI) porque para la CVDT se debe presuponer que el texto del TBI es la expresión auténtica de la intención común de las partes contratantes y, además, porque en dicha hipótesis se habrían cumplido, en términos generales, el mandato de la regla del consentimiento del Estado a la jurisdicción.

174. Sin embargo, esta hipótesis no es aplicable al presente caso, ni aquellas decisiones y laudos relativas a casos en los que la cláusula NMF hace referencia a “todas las cuestiones” o “cualquier cuestión”, por ejemplo, *Maffezini* (2000) y *Teinver* (2012), resueltos conforme al TBI Argentina-España de 1991. *Teinver* también difiere de este caso porque las presentes Demandantes se basan en la cláusula NMF del Artículo 3 del TBI Argentina-Austria como un segundo fundamento alternativo de jurisdicción respecto del Artículo 8 del TBI, en tanto que la parte demandante de *Teinver* no solicitó al tribunal que aplicase la cláusula NMF como alternativa a la disposición sobre solución de controversias del TBI, sino solamente que aplicara dicha cláusula “a fin de ampliar el alcance de las cuestiones legales que se pueden resolver por vía de arbitraje” (*Teinver*, Decisión sobre Jurisdicción, 21 de diciembre de 2012, párr. 182) (CL-137).
175. En el caso que nos ocupa, el Artículo 3(1) del TBI no manifiesta de modo alguno que la solución de controversias esté comprendida en su ámbito de aplicación, ni hay indicios de ello en otras disposiciones del TBI ni en protocolos o anexos del TBI. En cuanto a la exclusión de la solución controversias de las excepciones enumeradas en el Artículo 3(2), la respuesta jurídica es bastante simple: no es necesario incluirla. En el derecho internacional público, tal como se explicó en varias ocasiones, la jurisdicción se establece *siempre* mediante un acto positivo claro de aceptación, por una conducta *contractual positiva*. Las alegaciones de *renuncia* son irrelevantes en esta área, aunque hayan sido objeto de uso indebido y abuso por decisiones y laudos arbitrales en el pasado.
176. Tal como señaló la CIJ en el caso *Timor Oriental*, el ámbito de aplicación de una obligación sustantiva es una cuestión totalmente distinta del otorgamiento de jurisdicción a un tribunal internacional, que depende solo del consentimiento (*Informes de la CIJ de 1995*, pág. 102, párr. 29). Cabe agregar que el principio de contemporaneidad que se controla en el proceso de interpretación mediante los elementos interpretativos tanto de buena fe como del objeto y fin del instrumento sujeto a interpretación tampoco respalda la invocación por parte de las Demandantes del Artículo 3 del presente TBI. Al momento de la conclusión del TBI Argentina-Austria, la opinión predominante generalmente aceptada era que, según resolvió la

CIJ en el *Caso de la Anglo-Iranian Oil Company (Reino Unido c. Irán)*, “la cláusula de la nación más favorecida ... no guarda relación alguna con cuestiones jurisdiccionales entre los dos Gobiernos” (*Informes de la CIJ de 1952*, pág. 110) y el rechazo también de la “incorporación por referencia” con respecto al tratamiento de nación más favorecida en el *Asunto Relativo a los Derechos de los Nacionales de los Estados Unidos de América en Marruecos (Informes de la CIJ de 1952, págs. 191/192)*.

177. De hecho, esta opinión permaneció indiscutida hasta el año 2000 cuando el tribunal del caso *Maffezini* malinterpretó un conocido fragmento de *Ambatielos II*. Pero el TBI Argentina-Austria se concluyó 8 años antes de *Maffezini*, en 1992. Es cierto que, después de *Maffezini*, varias decisiones arbitrales sobre diferencias relativas a inversiones sin mayores análisis jurídicos (por ejemplo, *Siemens*, *Suez*, *Gas Natural*, etc.) siguieron, por un tiempo, el alegato de la denominada “relación inextricable entre protección mediante solución de controversias y protección sustantiva” y siguieron adelante, haciendo caso omiso de la reserva de “consideraciones de política pública” y otras cautelas de *Maffezini*, como también el reconocimiento por *Maffezini* de que la condición de someter la diferencia relativa a inversiones a los tribunales locales por un plazo de 18 meses previamente al arbitraje internacional es un requisito jurisdiccional que, como tal, limita el alcance del consentimiento al arbitraje del Estado receptor en el que se realizó la inversión
178. Sin embargo, el argumento *supra* ya no prevalece hasta el punto de que actualmente se lo puede considera anticuado en los procedimientos de arbitraje de inversión. Desde hace unos catorce años, los tribunales arbitrales en materia de controversias relativas a inversiones concluyeron y explicaron progresivamente la razón nuclear de que no sea posible extender la aplicación de una “cláusula NMF redactada en términos generales” a la solución de controversias, dada la distinción ya explicada en el derecho internacional público entre “protección mediante medios de solución de controversias” y “protección sustantiva” que es un postulado inherente al ordenamiento jurídico internacional vigente.
179. Esta percepción es la base de las conclusiones que, con respecto a las invocaciones de cláusulas NMF como fundamento de la jurisdicción, han llegado tribunales arbitrales en controversias relativas a inversiones en una serie de laudos y decisiones arbitrales, tales como: *Salini c. Jordania* (2004), *Plama* (2005), *Telenor* (2006), *Berchader* (2006), *Wintershall* (2008), *Tza Yap Shum* (2009), *ICS Inspection and Control Services* (2012) y *Daimler Financial Services* (2012). También, hay opiniones de árbitros individuales, inspiradas en la distinción sistémica mencionada *supra*, entre

ellos: Brigitte Stern en *Impregilo c. Argentina* (2011), J. Christopher Thomas en *Hochtief c. Argentina* (2011) y yo mismo en *Ambiente Ufficio c. Argentina* (2013). La opinión básica predominante antes de *Maffezini* se restableció también a nivel doctrinal gracias a diversos publicistas expertos en derecho internacional. Uno de ellos, Zachary Douglas, señaló correctamente que:

“El punto fundamental es que el trato más favorable otorgado en un tercer tratado debe reclamarse *a través de* la cláusula NMF en el tratado básico. Así es cómo funciona la cláusula NMF. Su objeto no es reformar o complementar el texto del tratado básico... Uno puede apreciar el sentido común de la decisión de la Comisión de Derecho Internacional al evitar el lenguaje de ‘incorporación de [por] referencia’ en su Proyecto de Artículos sobre las cláusulas NMF y el rechazo de ese enfoque por parte de la CIJ. Probablemente, la analogía con el derecho contractual local sea la causa del enfoque erróneo que adoptaron los tribunales en materia de tratados de inversión respecto de la cláusula NMF. No es lo mismo basarse en una cláusula NMF que en una disposición expresa de un contrato comercial que hace referencia a los términos estándares de una organización comercial, por ejemplo” (en: *The MFN clause in Investment Arbitration: Treaty Interpretation Off the Rails*, *Journal of International Law Dispute Settlement*, Tomo 2, No. 1 (2011), pág. 106). [Traducción del Miembro del Tribunal]

180. Por los motivos expuestos *supra*, rechazo la invocación por parte de las Demandantes de la cláusula NMF del Artículo 3(1) del TBI Argentina-Austria como fundamento alternativo de jurisdicción en el presente caso. Además, un tratamiento diferencial en relación con la solución de controversias puede no necesariamente equivaler a un tratamiento más o menos favorable, según el caso, por lo cual, si se invoca un “tratamiento más favorable”, hay que probarlo. Ahora bien, en mi opinión, las Demandantes no demostraron que el TBI Argentina-Dinamarca (el tratado comparado) invocado, con su sistema de solución de controversias mediante *bifurcación (fork-in-the-road)*, ofrezca, tal como alegan, un “tratamiento más favorable” en cuestiones relativas a la solución de controversias a inversores daneses en Argentina, en comparación con el tratamiento que ofrece a los inversores austriacos en Argentina el Artículo 8 del TBI Argentina-Austria (el tratado básico).

C. Conclusión general

181. En vista de las consideraciones y conclusiones *supra* sobre el derecho aplicable y su interpretación y aplicación al caso, así como los hechos relevantes probados o admitidos, está claro que las Demandantes no cumplieron con ninguno de los requisitos y condiciones que establece el Artículo 8 (Solución de controversias relativas a las inversiones) del TBI Argentina-Austria, ya sea antes o después de presentar su Solicitud de Arbitraje ante el CIADI el 4 de diciembre de 2014.
182. Los Estados Contratantes del TBI aplicable, Argentina y Austria, prestaron, por anticipado, tal como dispone el Artículo 8(4) (primera oración), en el marco de ese sistema de solución de controversias, sus respectivos consentimientos irrevocables para someter a arbitraje controversias relativas a inversiones con inversores nacionales del otro Estado Contratante, en forma de “oferta de arbitraje” conforme al mecanismo del TBI aplicable, tal como admitieron expresamente las Demandantes en su Solicitud de Arbitraje de fecha 4 de diciembre de 2014, “oferta” que, como también es habitual, se encuentra sujeta a ciertas condiciones previas y requisitos establecidos en el Artículo 8(1) a (4) del TBI.
183. Así pues, Argentina y Austria no prestaron el “consentimiento anticipado e irrevocable” enunciado *supra* en la forma de un “consentimiento incondicional” de manera que los inversores protegidos por el TBI tuvieran acceso directo al arbitraje internacional en contra del Estado receptor. De hecho, dicho acceso está sujeto al cumplimiento por parte del inversor protegido de que se trate de las condiciones previas y requisitos detallados en los primeros cuatro párrafos del Artículo 8, redactados de manera escalonada e interrelacionada de modo que el texto de cada párrafo representa el contexto inmediato del anterior o del siguiente para cualquier operación interpretativa tendiente a determinar el alcance de la “oferta” que hicieron Argentina y Austria en el Artículo 8(4) del TBI.
184. El propio texto del Artículo 8(4) no puede ser más explícito y claro en ese sentido: “Con este fin, cada Parte Contratante otorga, *en las condiciones del presente Convenio (nach den Bestimmungen dieses Abkommens)* su consentimiento anticipado e irrevocable para que toda controversia *sea sometida a este arbitraje (diesem Schiedsverfahren unterbreitet wird)*. Por ende, el consentimiento ofrecido en el TBI no se prestó para cualquier tipo de arbitraje, sino para el arbitraje internacional condicional del propio TBI, tal como se establece exclusivamente en el Artículo 8, y con respecto a las

“inversiones” que se definen en el Artículo 1(1) del TBI Argentina-Austria, y para nada más o de otra manera.

185. En el presente caso, las Demandantes no aceptaron la “oferta de arbitraje” de los Estados Contratantes del TBI, ni en su comunicación de fecha 30 de abril de 2014 ni al presentar su Solicitud de Arbitraje el 4 de diciembre 2014. Los hechos admitidos del caso demuestran, de manera irrefutable, que las Demandantes hicieron caso omiso de todas las condiciones previas y requisitos del Artículo 8, que forman parte de la “oferta de arbitraje” manifestada por Argentina y Austria en el TBI. Así, las Demandantes: (i) no cumplieron con el sistema secuencial y escalonado de solución de controversias sobre inversiones que establece el Artículo 8; (ii) no entablaron consultas amistosas con la Demandada durante un plazo de 6 meses con el fin de intentar resolver la presente controversia; (iii) no sometieron la presente controversia a los tribunales locales durante un plazo de 18 meses; y (iv) no desistieron del proceso en curso de ENJASA ante el Juzgado de Primera Instancia de Salta iniciado el 5 de febrero de 2014 con posterioridad a iniciar este arbitraje ante el CIADI el 4 de diciembre de 2014.
186. Los primeros tres incumplimientos de las Demandantes tienen que ver con requisitos de naturaleza jurisdiccional, ya que son condiciones previas al consentimiento anticipado de la Demandada en la oferta de arbitraje contenida en el TBI Argentina-Austria, y la “jurisdicción arbitral” en el derecho internacional público está basada en el consentimiento mutuo de las partes en la controversia y se limita al ámbito aceptado por ambas. Según declaró la CIJ: “Cuando ese consentimiento se expresa en una cláusula compromisoria incluida en un acuerdo internacional, debe considerarse que las condiciones a las que ese consentimiento se encuentra sujeto constituyen sus límites” (*Caso Relativo a las Actividades Armadas en el Territorio del Congo (Nueva Demanda) (RD del Congo c. Rwanda)*, *Informes de la CIJ de 2006*, pág. 39, párr. 88) (AL RA 39) (*énfasis agregado*). Por lo tanto, el cumplimiento de estas tres condiciones previas es una cuestión de consentimiento, y las Demandantes no cumplieron con ninguna de las tres.
187. El cuarto requisito o condición es de otra índole. No es una “condición previa” porque la obligación en cuestión surge únicamente “a partir del comienzo de un procedimiento de arbitraje”, y no antes. Tiene que ver más bien con la admisibilidad de la solicitud de arbitraje, pero—tal como se refleja en el texto de la segunda oración del Artículo 8(4)—es tan vinculante para los inversores protegidos como las primeras tres condiciones porque, de igual modo, es un requisito o condición de la

“oferta” que realizaron Argentina y Austria en el TBI, en el lenguaje del Artículo 8(4) del TBI una de las “*condiciones del presente Convenio*” (*Bestimmungen dieses Abkommens*).

188. Así, ya sea que se las caracterice como jurisdiccionales, procesales o de cualquier otro modo, las cuatro condiciones o requisitos son obligatorios para los inversores protegidos, tal como se pone de manifiesto en *Murphy c. Ecuador*, *Philip Morris c. Uruguay* y varios otros casos resueltos por tribunales de arbitraje CIADI en circunstancias similares. Sin embargo, contrariamente a lo que alegan, las Demandantes no cumplieron con ninguno de estas condiciones requisitos. La cuestión no es, como la plantearon las Demandantes, si prestaron o no su consentimiento válidamente o si el inversor protegido puede prestar dicho consentimiento de antemano, sino si es posible concluir que el supuesto consentimiento de las Demandantes se corresponde con el alcance del consentimiento de la Demandada, ofrecido por anticipado de acuerdo con el Artículo 8 del TBI, de modo de poder determinar la existencia de un “consentimiento mutuo” fuente del necesario “acuerdo de arbitraje” entre las Partes en la presente controversia para someterla al arbitraje CIADI.
189. En otras palabras, la cuestión principal consiste en determinar si existe o no “acuerdo de arbitraje” obligatorio entre ambas Partes con respecto a esta controversia relativa a inversiones. La conclusión de este árbitro es que no se concluyó ningún “acuerdo de arbitraje” de la controversia porque CAI y CASAG, como Demandantes, no aceptaron la oferta de arbitraje consentida por la República Argentina, la Demandada, en los términos enunciados en el Artículo 8(1), (2) y (3) del TBI Argentina-Austria. Y, con respecto al requisito de admisibilidad del Artículo 8(4) (segunda oración), mi conclusión es que su incumplimiento, cuando transcurrieron más de dos años desde el inicio del presente procedimiento de arbitraje ante el CIADI, es causa de suspensión del procedimiento que nos ocupa hasta tanto las Partes informen al Tribunal de Arbitraje acerca de la conclusión o del desistimiento del proceso judicial local en curso en Salta.
190. En cuanto al fundamento alternativo de jurisdicción que invocan las Demandantes, es decir, la cláusula NMF del Artículo 3(1) del TBI Argentina-Austria, la conclusión de este árbitro es que dicha disposición, del modo en que se redactó, no procura una base de jurisdicción alternativa al Artículo 8(1) a (4) del TBI Argentina-Austria, ni faculta a las Demandantes a prevalerse, en el presente caso, en las disposiciones sobre solución de controversias contenidas en el TBI Argentina-Dinamarca, porque el consentimiento a la jurisdicción de un tribunal de arbitraje internacional, como por ejemplo, los tribunales del CIADI, debe ser

siempre voluntario, no se puede presumir y debe manifestarse siempre de manera clara e inequívoca, tal como han insistido los tribunales de los casos *Plama*, *Wintershall*, *ICS Inspection and Control Service*, *Daimler* y otros tribunales de arbitraje basados en tratados encargados de resolver controversias relativas a inversiones.

191. De lo anterior, se desprende que este árbitro admite la Segunda Excepción Preliminar de la Demandada, por lo cual el Centro carece de jurisdicción y el Tribunal de Arbitraje no tiene competencia para considerar y resolver el fondo de la presente “controversia en virtud del TBI”. La Decisión mayoritaria es errónea por malinterpretar los textos de manera evidente e imprudente, por aplicar erróneamente las disposiciones relevantes del TBI y por ignorar varias normas de derecho internacional público aplicables a la presente Excepción Preliminar, tales como:
1. La no aplicación de los Artículos 31 y 32 sobre interpretación de los tratados de la CVDT;
 2. La no aplicación del Artículo 36 (2) sobre aplicación de tratados que prevén derechos para terceros de la CVDT;
 3. La no aplicación de la regla sistémica de derecho internacional sobre el consentimiento del Estado a la jurisdicción de los tribunales y cortes internacionales, según se manifiesta y define en la jurisprudencia establecida de la CIJ; y
 4. La no aplicación del principio general de derecho internacional de que el arbitraje internacional requiere un acuerdo de arbitraje entre las partes en la controversia, como se establece también en el Preámbulo y en los Artículos 25(1) y 26 (primera frase) del Convenio CIADI.
192. La falta de aplicación de la CVDT es particularmente lamentable. En mi opinión, es uno de los principales motivos de interpretaciones y aplicaciones en la Decisión mayoritaria de las disposiciones pertinentes del TBI Argentina-Austria que de otro modo serían inexplicables y cuya envergadura parecería tener por objeto evitar cualquier tipo de limitación en el derecho de los inversores a demandar a los Estados receptores, con independencia de la redacción de los textos de las disposiciones del TBI aplicable y a pesar de que ese derecho sólo existe en virtud y medida del propio TBI. La convicción de este árbitro es que, para evitar una interpretación y aplicación desequilibradas de los TBI, al igual que de cualquier otro tratado, se deben interpretar y aplicar sus disposiciones de buena fe y de conformidad con las normas de derecho internacional

codificadas en la CVDT. Es inadmisibles que las incertidumbres o ambigüedades se resuelvan de modo sistemático a favor de la soberanía del Estado o a favor del inversor protegido, sin tener en cuenta no solo el derecho aplicable, sino también las reglas que rigen la interpretación y aplicación de los tratados. Con respecto a los inversores protegidos, tal como señaló correctamente el Tribunal de Arbitraje de *El Paso*, lo que no es aceptable es argumentar que: “como el propósito de un TBI es proteger (a los inversionistas), los tratados para la promoción y la protección de las inversiones, vistos en su contexto y de acuerdo con su objeto y fin, deben interpretarse a favor de los inversionistas” (Decisión sobre Jurisdicción, 27 de abril de 2006, párrs. 68 y 69) (CL-106).

193. Por último, pero no menos relevante, la Decisión mayoritaria se equivoca igualmente:

1. Al seguir en todo momento un enfoque *totum revolutum* inapropiado que, *inter alia*, tiende a confundir “reclamos” con “controversias” en detrimento del significado del término “controversia” en el Artículo 8 del TBI Argentina-Austria, según la definición del Artículo 1(1) del propio TBI.
2. Al extrapolar al presente procedimiento de arbitraje ante el CIADI concerniente a una “controversia en virtud de un TBI” las medidas adoptadas por ENJASA con respecto a una “controversia contractual” en la que inició, primero, un procedimiento administrativo ante ENREJA y, luego, un proceso judicial ante el Juzgado de Primera Instancia de Salta con objeto de paliar el incumplimiento por parte de las Demandantes de las condiciones previas de “consultas amistosas” y “sumisión a la jurisdicción local” del Artículo 8 del TBI.
3. Al confundir, porque sí, la distinción legal bien establecida según la cual la violación de un tratado como el TBI y el incumplimiento de un contrato son dos cuestiones jurídicas muy distintas, tal como declaró la CIJ en el caso *Siccula* y con respecto al arbitraje del CIADI, por ejemplo, el comité *Ad hoc* en la Decisión sobre la Anulación del caso *Vivendi Universal c. Argentina* con la siguiente afirmación:

“Por ejemplo, en el caso de una reclamación basada en un tratado, se aplican las reglas internacionales acerca de la atribución, con el resultado de que el Estado Argentino es internacionalmente responsable por los actos de sus autoridades provinciales. Por otra parte, el Estado Argentino no es responsable por el cumplimiento de los contratos concluidos por Tucumán, que posee personalidad jurídica separada bajo su propio derecho y es responsable por el

cumplimiento de sus propios contratos” (Decisión sobre Anulación, 3 de julio de 2002, párr. 96) (AL RA 22).

.....*

194. Para finalizar con esta conclusión general sobre la Segunda Excepción Preliminar planteada por la Demandada , confirmo todas y cada una de las consideraciones y conclusiones que esgrimí en esta Opinión Disidente .Se deduce que considero que las conclusiones a las que arribó la mayoría con respecto a la Segunda Excepción Preliminar planteada por la Demandada no se basan en lo que considero que constituye el “derecho aplicable” y no sé qué “derecho aplicable” han aplicado mis coárbitros en la materia, si es que aplicaron alguno.
195. Las consideraciones incluidas en los párrafos 272 a 276 de la Decisión mayoritaria siguen sin identificar las “normas de derecho” aplicadas por la mayoría para arribar a sus conclusiones. Me refiero a “normas de derecho” porque así lo ordenan el Artículo 42 del Convenio CIADI y el Artículo 8(6) del TBI Argentina-Austria. Además, el Artículo 8 del TBI Argentina-Austria es una disposición de un tratado bilateral cuya interpretación y aplicación se rigen por el derecho de los tratados codificado en la Convención de Viena que constituye un instrumento de derecho internacional público, y puesto que los tribunales de arbitraje del CIADI se consideran “tribunales internacionales” por tratarse de instituciones “en el marco de un tratado” facultadas a aplicar el derecho internacional público para el arreglo de diferencias relativas a inversiones.
196. En el párrafo 171 y la nota al pie 185 la Decisión de la mayoría afirma que aplica las reglas sobre interpretación de tratados establecidas en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (CVDT) aunque esta afirmación retórica no se encuentra confirmada por la operación interpretativa desarrollada por la mayoría en lo que respecta al Artículo 8 del TBI tal como se registra en la Decisión, ni tampoco en las conclusiones de esta última. Por lo tanto, tal como recordara en el párrafo 24 de la presente Opinión Disidente, debo concluir que la interpretación de la mayoría “no es leer el TBI sino leer entre líneas en el TBI” y, en consecuencia, no se trata de una interpretación del Artículo 8 del TBI realizada de conformidad con las reglas relevantes de la Convención de Viena. El párrafo 171 y la nota al pie 185 también hicieron referencia a “cánones interpretativos” que algunos pueden interpretar que disminuyen la naturaleza normativa de las reglas establecidas en los Artículos 31 a 33 de la CVDT que la CIJ considera declaratoria del derecho internacional consuetudinario general.

197. En este sentido, debiera tenerse en cuenta que, tal como lo explicara la CDI en su Proyecto de Artículos sobre el Derecho de los Tratados, la Comisión decidió “tratar de aislar y codificar los comparativamente pocos principios generales que parecen constituir reglas generales para la interpretación de los tratados” y que había motivos convincentes por los que debía intentarse la codificación de estas reglas generales y, en primer lugar, que “la interpretación de los tratados de buena y *conforme a derecho* es esencial si la regla *pacta sunt servanda* ha de tener algún significado real” [Traducción del miembro del Tribunal], (Publicación de las Naciones Unidas, Número de Ventas:E.70. V.5, pág. 38, párr. 5) (*la cursiva me pertenece*).
198. Además, no puedo aceptar la invocación en la nota al pie 185 de las llamadas dificultades de una “iniciativa hermenéutica, tal como la interpretación de tratados internacionales” como excusa para la interpretación del Artículo 8 del TBI a la que arribó la mayoría. El Artículo 8 del TBI está redactado en términos muy claros y no plantea ninguna cuestión interpretativa importante para un intérprete que actúa de buena fe de conformidad con dichas reglas de interpretación de la Convención de Viena. Por otra parte, la referencia a la capacidad de “apreciar los matices” ciertamente es improcedente, y esto se debe a que la interpretación del Artículo 8 del TBI a la que arribó la mayoría no le plantea a ningún árbitro razonable una cuestión de “matiz”. Se trata de una interpretación injustificable a la luz del tenor del Artículo 8 y las circunstancias de hecho del caso y, por lo tanto, muy contradictoria a la afirmación en el párrafo 171 de que la Decisión de la mayoría aplica las reglas sobre interpretación de los tratados establecidas en la CVDT. Al haber participado en todas las reuniones relativas a la elaboración de la CVDT (CDI, Sexta Comisión de la Asamblea General y Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, comisiones de redacción incluidas) estoy plenamente dotado para distinguir en la materia “un matiz” de “un incumplimiento”.
199. La mayoría tiene también dificultades para tratar el hecho de que las Demandantes son “terceros” con respecto al TBI celebrado entre Argentina y Austria y esto conlleva algunas consecuencias jurídicas para la interpretación, así como también para la aplicación de ese TBI. Al nivel de interpretación, la conducta de las Demandantes es irrelevante para una interpretación del Artículo 8 del TBI realizada conforme a las reglas de interpretación de la Convención de Viena. Sin embargo, en la operación interpretativa desarrollada por la mayoría es evidente que la conducta, el comportamiento o la simple conveniencia de las Demandantes es el factor

principal en la interpretación de las disposiciones del Artículo 8 a la que arribara la Decisión de la mayoría.

200. En el nivel de aplicación, las Demandantes, como tercero del TBI se encuentran sujetas a la disposición del Artículo 36(2) que versa sobre la aplicación de los tratados que prevén derechos para los terceros, tal como se indicara *supra*. La respuesta que brinda la mayoría para la no aplicación de dicha disposición se encuentra en la nota al pie 237 de la Decisión en la forma de la negación siguiente: “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”. Pero, este argumento textualista servil no puede prevalecer puesto que la disposición constituye una simple manifestación de un principio general de derecho conocido como “*estipulaciones en favor de terceros (stipulation pour autrui)*” según el cual “cualquier tercero” que ejerza un derecho previsto para él en un instrumento dado, debe cumplir con las condiciones para el ejercicio de ese derecho previsto en el instrumento en cuestión e, *in casu*, Argentina y Austria establecieron una condición en favor de las Demandantes en su carácter de inversores protegidos en el Artículo 8 del TBI y han reconocido dicho principio general del derecho mediante el acto de convertirse en partes de la CVDT.
201. El antagonismo radical que existe desde el comienzo entre el derecho aplicable y las opiniones de la mayoría continúa. Por lo tanto, el producto final, esto es, la Decisión mayoritaria, se mantiene igual que antes ajena al derecho internacional público en lo que respecta, por ejemplo, al principio del consentimiento del Estado a la jurisdicción de las cortes y tribunales internacionales. La mayoría no acepta que los requisitos receptados en los incisos (1) (2) y (3) del Artículo 8 del TBI son precondiciones al arbitraje internacional de carácter jurisdiccional, que, por lo tanto, limitan el alcance de la jurisdicción consentida por el Estado receptor.
202. Además, en lo que respecta al principio general del derecho internacional de que el arbitraje internacional exige un acuerdo entre las partes de la controversia, (principio que el Convenio CIADI de 1965 convirtió en la piedra angular de la jurisdicción del Centro), la mayoría sigue cuestionando mi postura en ese sentido y trata de confundir una clara cuestión fundamental de principio al introducir, en los párrafos 272 y 273 de la Decisión, distinciones irrelevantes respecto de las diferentes formas en las que las partes de la controversia prestan el consentimiento. Digo irrelevantes porque nadie postula analogías entre “arbitrajes basados en contratos” y “arbitrajes interestatales” puesto que, en primer lugar, los

inversores extranjeros protegidos carecen de legitimación para celebrar tratados. El “acuerdo obligatorio” al que hace referencia el párrafo 6 del Preámbulo del Convenio CIADI no puede ser por definición un tratado y nadie afirma lo contrario. La cuestión real en el presente contexto no es las diferentes formas de prestar el consentimiento de las partes, sino la cuestión sustantiva de la necesidad de que el consentimiento dado por las partes de la controversia sea un “*consentimiento mutuo*”, o de otro modo, no puede considerarse que se ha llevado a cabo un “acuerdo de arbitraje obligatorio”. Esto es lo que ocurrió en el presente caso y, por consiguiente, la conclusión no puede ser una determinación en favor de la existencia de jurisdicción.

203. A pesar del mecanismo generalmente aceptado de cómo lograr el “consentimiento mutuo” de las partes de la controversia en virtud del sistema de TBI mencionado *supra*, la Decisión de la mayoría sigue eludiendo las consecuencias en el consentimiento de ese sistema, esto es, que el inversor protegido debe aceptar la oferta del TBI aplicable tal como fuera formulada por los Estados Contratantes de dicho TBI. Tal como afirmara Schreuer: “El Convenio (CIADI) exige el consentimiento por escrito *de ambas partes de la diferencia*. Al igual que en el caso de las disposiciones legislativas para la resolución de diferencias por parte del CIADI, una disposición sobre el consentimiento en un TBI no puede ser más que una oferta que es necesario aceptar al efecto de que equivalga a un acuerdo de consentimiento. La disposición del tratado no puede reemplazar la necesidad del consentimiento por parte de los inversores extranjeros. Las observaciones realizadas en el contexto de la legislación nacional en lo que respecta a la oportunidad, forma y alcance por parte de los inversores (párrs. 416-420 *supra*) son igualmente aplicables a los TBI. Un requisito adicional es que el TBI debe ser entre el Estado receptor y el Estado de la nacionalidad del inversor” (“*The ICSID Convention. A commentary*”, Segunda Edición, págs. 211/212, párr. 447) (*la cursiva me pertenece*). [Traducción del miembro del Tribunal]
204. Tal como se menciona en los párrafos a los que se hace alusión en el medio de la cita *supra*, donde el consentimiento se basa en la legislación del Estado receptor, “este consentimiento solo puede originarse mediante un acuerdo entre las partes. La disposición en la legislación del Estado receptor solo puede equivaler a una oferta que puede ser aceptada por el inversor” (*Ibid.*, pág. 202, párr. 416) como en el caso de los TBI [Traducción del miembro del Tribunal]. Además, también como en el caso de los TBI, la aceptación del inversor del consentimiento dado en la legislación del Estado receptor, “solo puede darse en la medida de la oferta realizada en la legislación. Pero es totalmente posible que la aceptación del

inversor sea más limitada que la oferta y que se extienda solo a una cuestión determinada o solo a una operación de inversión particular” (*Ibíd.*, pág. 203, párr. 420) [Traducción del miembro del Tribunal]. En el presente caso, el supuesto consentimiento de las Demandantes fue mucho más allá del ámbito o alcance de la oferta realizada por Argentina en su TBI con Austria y, por consiguiente, la oferta no ha sido perfeccionada por falta del consentimiento mutuo o recíproco de las partes necesario para resolver la presente controversia mediante el arbitraje del CIADI tal como dispone el TBI.

205. Tal como afirmara *supra* en la presente Opinión Disidente, el mecanismo de oferta / aceptación para lograr en virtud del sistema de TBI el “consentimiento mutuo” entre las partes de la controversia necesario para la formalización del “acuerdo obligatorio” de someter la diferencia al arbitraje del CIADI ha sido explicado correctamente en la Solicitud de Arbitraje de las Demandantes (párrafos 12 y 13). No obstante, la Decisión de la mayoría no tiene en cuenta este hecho ni tampoco el hecho adicional del ulterior cambio de postura en los escritos de las Demandantes en pos de eludir o superar el problema que se les planteó por el incumplimiento de las “precondiciones” receptadas en los incisos (1) (2) y (3) del Artículo 8 del TBI. Este no es más que un ejemplo del modo displicente en el que la Decisión trata determinados hechos admitidos de relevancia cuando pueden poner en duda conclusiones de la mayoría.

206. Otro ejemplo de eso es el tratamiento que se da en la Decisión de la mayoría a la notificación de las Demandantes de fecha 30 de abril de 2014 y a las cartas ulteriores relacionadas (la última de fecha 21 de octubre de 2014). El hecho de que en todas estas cartas las Demandantes solicitaran “*el comienzo de consultas amistosas conforme Artículo 8 (1)*” del TBI no constituye prueba documental suficiente para la mayoría de que con anterioridad al período comprendido entre el 30 de abril de 2014 y el 21 de octubre de 2014 no tuvieron lugar “consultas amistosas” de conformidad con el Artículo 8(1) del TBI. ¡Toda esta prueba documental clara y de relevancia aportada por las propias Demandantes y registrada por el Tribunal no impidió que la mayoría concluyera que las “consultas amistosas” que exige el Artículo 8(1) del TBI tuvieron lugar el 27 de agosto de 2013! Esto contrasta efectivamente con el alivio y las exenciones por parte de la mayoría de la carga de la prueba de las Demandantes, como, por ejemplo, en el párrafo 289 de la Decisión: “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”.

207. La Decisión de la mayoría continúa interpretando el término “controversia” en el Artículo 8 del TBI Argentina-Austria como si el tenor de esa disposición fuera similar a las disposiciones de resolución de controversias de otros TBI, en particular el TBI Argentina-España y el TBI Suiza-Uruguay. Además, la mayoría mantiene el enfoque inadecuado *totum revolutum* a lo largo de la Decisión, al confundir el presente procedimiento de arbitraje CIADI con el procedimiento de la “controversia contractual” que tramita en la Provincia de Salta, a pesar de que según el Artículo 8(1) del TBI, el Tribunal de Arbitraje no es competente en las controversias de inversión de naturaleza contractual. Por lo tanto, la anulación de las resoluciones del ENREJA que revocaron la licencia de ENJASA constituye una “materia” contractual regida por las leyes y regulaciones de la Provincia de Salta tal como se prevé en las cláusulas aplicables de selección de foro de los instrumentos contractuales en cuestión, y no una “materia” regida por el TBI Argentina-Austria y, en consecuencia, se trata de una “materia” que recae fuera de la competencia del presente Tribunal de Arbitraje CIADI.
208. Por último, la Decisión de la mayoría continúa ignorando el planteamiento del derecho internacional de que el Estado argentino, es decir, la República Argentina, no es responsable de la ejecución de los contratos celebrados por la Provincia de Salta, que detenta una personería jurídica separada en virtud de su propio derecho y es responsable de la ejecución de sus propios contratos. Es solo cuando el reclamo se basa en un tratado que se aplican las normas de imputación del derecho internacional, lo que redundaría en que el Estado argentino sea internacionalmente responsable de los actos de sus autoridades provinciales. Esta distinción de la *Decisión sobre Anulación* del caso *Vivendi* subrayó la improcedencia de mezclar manzanas y naranjas en estas cuestiones como lo hace la mayoría con su enfoque *totum revolutum*.
209. En síntesis, la Decisión respecto de la Segunda Excepción Preliminar planteada por la Demandada continúa siendo ajena a las normas aplicables del derecho internacional público (convencional y consuetudinario). Pareciera que para la mayoría el proceso de interpretación y aplicación del derecho aplicable estuviera condicionado por consideraciones de otra naturaleza, tales como, por ejemplo, los elementos de la *lex mercatoria*, u orientaciones normativas para el arbitrio de las inversiones o principios no definidos del derecho indicativo (*soft law*) o el argumento de cumplimiento

no estricto de las Demandantes, en contradicción con las disposiciones del Artículo 8 (6) del TBI Argentina-Austria y el Artículo 42(1) del Convenio CIADI que exigen tanto que la solución de cuestiones controvertidas de carácter jurisdiccional en casos de arbitrajes de inversión se realice por aplicación de las disposiciones relevantes del TBI en cuestión y de las normas del derecho internacional según corresponda en el caso, como que se tenga en cuenta que en el sistema jurídico internacional debe respetarse la norma sistémica del consentimiento del Estado a la jurisdicción en aras de la seguridad jurídica internacional de todos los implicados y, en definitiva, de la preservación del arbitraje CIADI como medio de arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados.

*

210. Se infiere que, como consecuencia de la actitud de legisladores que adoptó la mayoría, la presente Decisión no tiene sentido en el marco del derecho internacional público. Para el derecho internacional público, en mi opinión, parece una decisión sin ley, si bien mis coárbitros no impugnan directamente el derecho aplicable a la fase actual del caso, tal como se define en la Parte A de esta Opinión. Por el contrario, proceden indirectamente privando a las normas aplicables de derecho internacional público de su sentido y sus funciones principales mediante la construcción de un entorno artificial y, posteriormente, emprenden un supuesto proceso de interpretación y aplicación contrario a dicho entorno de creación propia. (Véanse párrafos 271 a 276 de la Decisión mayoritaria)
211. El primer paso en la construcción de dicho entorno artificial consistió en convertir el denominado “arbitraje en virtud de un tratado de inversión” en una categoría separada de arbitraje con sus propias especificaciones (fundamento jurisdiccional incluido) diferente de otras formas de arbitraje internacional, tales como el denominado “arbitraje contractual”. El propósito de este primer paso consiste en excluir la necesidad de un “acuerdo de arbitraje entre las partes en la diferencia” en los casos de arbitraje en virtud de tratados de inversión, condición *sine qua non* en todas las formas de arbitraje internacional al amparo del derecho internacional público. La segunda consideración de la mayoría en su construcción de dicho entorno se relaciona con los requisitos o condiciones previas jurisdiccionales de las cláusulas compromisorias, y su propósito consiste en negar la obligación de cumplimiento estricto con estos requisitos y condiciones contrarios a la jurisprudencia establecida de la CIJ en la materia que, a su vez, es el corolario de la regla del consentimiento del Estado a la jurisdicción. Para la mayoría, “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”, proposición que, *inter alia*, pretende transformar la postura contractual positiva de los Estados en materia jurisdiccional al amparo del derecho internacional público en una obligación de renuncia.

212. Por último, la tercera consideración de la mayoría en el proceso de construcción de dicho entorno artificial de creación propia consiste en extender la segunda consideración *supra* a la interpretación misma del Artículo 8 del TBI Argentina-Austria, en tanto afirmaron que el objeto y fin del TBI es “promover y proteger la inversión extranjera”. En función de esto – y en franca contradicción con El Paso y demás jurisprudencia en materia de inversión, la mayoría establece en la Decisión:

“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 ello. Esto no significa que los requisitos previos al arbitraje sean opcionales. Por 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” (Decisión de la mayoría, párr. 276).

213. La cita que antecede confirma, en primer lugar, lo que se ha dicho en esta Opinión *supra*, a saber, que la mayoría no aplicó a la interpretación del Artículo 8 del TBI Argentina-Austria las reglas de interpretación codificadas de la CVDT. Asimismo, la mayoría considera que los árbitros pueden dejar de lado las reglas de derecho internacional aplicables en el contexto de un caso de arbitraje CIADI determinado sobre la base de consideraciones doctrinarias, ideológicas o de conveniencia subjetivas ajenas al derecho objetivo aplicable al caso en cuestión. Y, además, que dichas consideraciones subjetivas pueden aplicarse a la solución del caso en cuestión sin ningún tipo de demostración previa de que las consideraciones pertinentes sean parte integrante del derecho aplicable. Sin esa demostración, no puede decirse que la decisión se basa en el derecho internacional público. Por lo tanto, cabe recordar que el Artículo 8(6) del TBI Argentina-Austria y el Artículo 42(1) del Convenio CIADI disponen

que el Tribunal decidirá la diferencia de acuerdo con las normas de derecho indicadas en estas disposiciones.

SEGUNDA PARTE

Declaración de Disidencia relativa a las Excepciones Preliminares Primera y Tercera de la Demandada

214. Habiendo disentido también de las conclusiones de la presente Decisión mayoritaria en relación con las Excepciones Preliminares Primera y Tercera de la Demandada, explico a continuación mi voto al respecto mediante esta Declaración.

(a) Primera Excepción Preliminar: No hay reclamo de violación *prima facie* del TBI

215. La conclusión de la mayoría sobre la Primera Excepción Preliminar de la Demandada en el párrafo 262 de la Decisión es: (i) 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; (ii) que sus reclamos tal como se presentan califican como reclamos en virtud de tratados, no como reclamos contractuales; (iii) que también han presentado reclamos *prima facie* de que se violaron estas disposiciones del tratado en relación con las Demandantes en su carácter de accionistas-inversores en L&E y ENJASA; (iv) que, en particular, el Tribunal determinó que no puede interpretarse que el Artículo 4(3) del TBI Argentina-Austria limite los reclamos de los accionistas-inversores a violaciones del Artículo 4 del TBI por expropiación; (v) que 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; (vi) que las Demandantes no han sido capaces de presentar un reclamo *prima facie* por incumplimiento del Artículo 3(1) del TBI relativo al tratamiento nacional; y (vii) que el Tribunal por lo tanto rechaza la excepción planteada por la Demandada relativa a la ausencia 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.

216. Disiento en cuanto a la mayoría de las conclusiones anteriores por varios motivos. En primer lugar, con respecto a las conclusiones (i) (ii) (iii) (iv) y (vii), las Demandantes no cumplieron en absoluto con el umbral de presentar reclamos *prima facie* por incumplimiento del Artículo 4 del TBI

relativo a expropiación. Esta conclusión mayoritaria es totalmente infundada. Ninguno de los hechos que alegan las Demandantes en tal sentido, si se demuestran debidamente o se determina su veracidad, constituiría expropiación o una medida con efecto equivalente. En esta cuestión, la mayoría traiciona su propio criterio definido en el párrafo 207 de la Decisión en los siguientes términos: “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”. Es por aplicación de este texto que rechazo la conclusión de la mayoría en relación con el Artículo 4 del TBI sobre expropiación. Por el contrario, sí comparto la conclusión (vi) en el sentido de que las Demandantes no probaron un reclamo *prima facie* por incumplimiento del Artículo 3(1), pero tanto respecto al “tratamiento nacional” como al “tratamiento de NMF”.

217. Por lo tanto, con respecto a las conclusiones (i) (ii) (iii) (iv) y (vii) de la mayoría, considero que solo los reclamos que presentaron las Demandantes en relación con el tratamiento justo y equitativo (Artículo 2(1) del TBI) podrían cumplir con el umbral *prima facie*, en tanto haya jurisdicción y únicamente, desde luego, si son genuinos “reclamos en virtud de un tratado”, porque este Tribunal de Arbitraje carece de jurisdicción respecto de “reclamos contractuales” (Artículo 8(1) del TBI). Hago esta última observación debido al razonamiento *totum revolutum* de la mayoría, que evita hacer distinciones fácticas y jurídicas claras en cuestiones nucleares entre “reclamos contractuales” y “reclamos en virtud de un tratado”. Para orientarme al respecto, me basé en el caso testigo sobre distinción entre contratos y tratados, a saber, la Decisión sobre la Anulación en *Vivendi*, que reza, *inter alia*, como sigue:

“En cuanto a la relación entre incumplimiento de contrato e incumplimiento del tratado... (a) un estado puede violar un tratado sin violar un contrato y *viceversa*... De conformidad con este principio general (que es sin duda declaratorio del derecho internacional general), son cuestiones distintas la de si ha habido incumplimiento del TBI y la de si ha habido incumplimiento de contrato. Cada una de estas reclamaciones será determinada en referencias a su propio derecho aplicable – en el caso del TBI, por el derecho internacional; en el caso del Contrato de Concesión, por el derecho propio del contrato, en otras palabras, el derecho [municipal]” (Decisión del Comité *ad hoc*, 3 de julio de 2002, párrs. 95-96).

218. No puedo aceptar tampoco la conclusión (iv) puesto que no se trata de una cuestión relacionada con “violaciones *prima facie* del TBI” y claramente prejuzga la decisión que debe adoptar el Tribunal sobre la Tercera Excepción Preliminar planteada por la Demandada. Asimismo, rechazo la conclusión (v) de la mayoría de que las cláusulas de selección de foro en cuestión tienen un alcance tan limitado que no cubren la revocación de la licencia de ENJASA, asunto contractual básico en los regímenes administrativos nacionales de licencias. Esta conclusión tiene por objeto excluir la “revocación” del contrato administrativo, la Licencia, así como también de su marco legal natural conforme a la legislación de Salta, en esencia: el Pliego de Bases y Condiciones, el Contrato de Compraventa de Acciones y la Ley 7020. Con esto, la mayoría pretende hacer de la “revocación” parte de un “reclamo en virtud de un tratado” mediante una interpretación artificial del TBI Argentina-Austria (Decisión, párr. 218), con el fin de permitirse caracterizar *al menos uno de los reclamos* presentados al Tribunal Arbitral por las Demandantes como “un reclamo en virtud del TBI” y concluir, sobre esa frágil base, que existe jurisdicción *prima facie*. Huelga decir que dicha caracterización no encuentra sustento en la distinción entre “reclamos contractuales” y “reclamos en virtud de tratados”, según se definen en la Decisión sobre la Anulación de *Vivendi*. No estoy por lo tanto de acuerdo con la interpretación de la “jurisprudencia establecida” a la que hace referencia la Decisión mayoritaria. La resolución de un contrato por el ente regulador en el ejercicio normal de sus facultades reguladoras no da lugar a un reclamo en virtud de un tratado porque, en primer lugar, no constituye un hecho internacionalmente ilícito (véase *infra*). Cabe agregar que el derecho internacional público ni siquiera considera que el incumplimiento de un contrato sea, sin más, un hecho internacionalmente ilícito.
219. En cualquier caso, la mayoría hizo caso omiso de las cláusulas válidas de selección de foro aplicables a la licencia en virtud de los instrumentos jurídicos contractuales administrativos pertinentes, interrelacionados y bien coordinados, y de la legislación provincial de Salta, a pesar de los siguientes hechos: (i) que la licencia estuvo, desde su fecha de otorgamiento, sujeta a la supervisión de ENREJA, ente regulador provincial del mercado en cuestión, lo cual fue aceptado primero por ENJASA y luego por las propias Demandantes al convertirse, a través de L&E, en accionistas indirectos de ENJASA; (ii) que la revocación fue decisión de ENREJA mediante la Resolución No. 240/13 en ejercicio de sus facultades y funciones reguladoras como sanción por supuestos incumplimientos por parte de ENJASA de ciertas obligaciones establecidas en la licencia de ENJASA, en instrumentos contractuales relacionados, y en la legislación; y (iii) que la propia ENJASA recurrió a dicha cláusula de

selección de foro mediante: (a) la presentación ante ENREJA de un recurso administrativo de reconsideración de la Resolución No. 240/13; (b) la solicitud a los tribunales de Salta de una medida cautelar de suspensión de la Resolución No. 240/13 y del Decreto No. 2348/13, solicitud que se admitió; y (c) la presentación ante el Juzgado de Primera Instancia de Salta de una solicitud (aún pendiente) de anulación de las Resoluciones Nos. 240/13 (revocación) y 315/13 (confirmación de la revocación) de ENREJA, como así también de los Decretos Nos. 2348 y 3330.

220. Pero esto no es todo. La mayoría también ignora la incidencia que puedan tener las normas sustanciales de derecho internacional consuetudinario y convencional aplicables en tales situaciones en la caracterización de un determinado reclamo como “reclamo contractual” o como “reclamo en virtud de un tratado”. Ello implicaría, en el presente caso, la necesidad de contemplar no solo los estándares del TBI, sino también otras disposiciones del TBI, al igual que los principios y normas del derecho internacional que guardan relación con el ejercicio de las facultades reguladoras del Estado. Sobre esto último se pronunció el tribunal arbitral del caso *Saluka Investments c. República Checa* en los siguientes términos:

“Ha quedado establecido en el derecho internacional que los Estados no son responsables de pagar indemnizaciones a los inversores extranjeros cuando, en el ejercicio normal de sus facultades reguladoras, adoptan en forma no discriminatoria regulaciones de buena fe en aras del bienestar general” (Laudo Parcial, 17 de marzo de 2006, párr. 255) (CL-018). [Traducción del Miembro del Tribunal]

221. La licencia revocada de ENJASA, que las autoridades provinciales de Salta otorgaron en 1999 - habían creado la compañía pocos meses antes - era una licencia exclusiva de 30 años de duración. Por lo tanto, el mercado resultante era un mercado monopólico. Tras la confirmación de la revocación de dicha licencia por parte del ente regulador, ENREJA, ese mercado se volvió bastante más competitivo porque las autoridades provinciales abrieron el mercado a unos diez operadores nuevos con licencias de mucha menor duración. Este también es un elemento que se debe ponderar al determinar *prima facie* si el ejercicio por parte del ente regulador de las facultades reguladoras mencionadas fue (no solo normal sino también) válido en el derecho internacional o si corresponde a una de las pocas excepciones generalmente admitidas al principio citado *supra*. Las conclusiones del tribunal del caso *Saluka* se basan en: el *Harvard Draft Convention of the Responsibilities of States for Injuries to Aliens*, el *OECD Draft Convention on the Protection of Foreign Property de 1967* y

el *United States Third Restatement of the Law of Foreign Relations* de 1987.

222. Con respecto a las disposiciones del TBI (salvo los estándares que invocan las Demandantes), cabe recordar: (i) que la definición del término “inversión” del Artículo 1(1) establece que la inversión se debe realizar “conforme con las leyes y *reglamentaciones* de la Parte Contratante en cuyo territorio ha sido efectuada”; (ii) que, en relación con las diversas categorías de activos enunciadas en el Artículo 1, incluida la categoría en (b) (los derechos de participación y otras formas de participación en las empresas), el último párrafo de dicho Artículo dispone 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”; y (iii) que el Artículo 8(6) establece que: “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”.
223. La mayoría no explica cómo es posible concluir, a la luz de esas disposiciones del TBI, que la “revocación” de la licencia de ENJASA por parte del ente regulador provincial competente ENREJA forme parte de un “reclamo en virtud de un tratado” de las Demandantes en contra de la República Argentina, dado que el derecho aplicable a dicha “revocación” no es el derecho internacional sino las leyes locales de la Provincia de Salta y estas últimas no le atribuyen a la República Argentina los actos o medidas contractuales que se adoptan a nivel provincial. En ambos aspectos, el derecho internacional estuvo ausente cuando ENREJA adoptó sus Resoluciones sobre la revocación de la licencia de ENJASA de acuerdo con el derecho aplicable, que era el derecho local provincial según el propio TBI Argentina-Austria.
224. Esa ausencia no se puede reparar por una mera caracterización *a posteriori*, sin demostración *prima facie* suficiente, de que un reclamo acerca de la legalidad de la “revocación” de la licencia de ENJASA podría analizarse como “parte de un reclamo en virtud de un tratado”. Ni las Demandantes ni los árbitros tienen la capacidad de convertir un “reclamo contractual” en un “reclamo en virtud de un tratado” o, para el caso, en un “reclamo mixto”. Sin duda, ENREJA, en el ejercicio de su autoridad pública como ente regulador (aceptado por las Demandantes sin reservas cuando se convirtieron en accionistas indirectos de ENJASA), revocó la licencia

como sanción por supuestos incumplimientos por parte de ENJASA de sus obligaciones en virtud de dicha licencia y de sus disposiciones contractuales y legislativas relacionadas, pero esto no cambia para nada la naturaleza “ajena a un tratado” de dicha Resolución de revocación.

225. Además, la Demandada afirma que la Resolución No. 240/13 se emitió en cumplimiento de la legislación local aplicable en un procedimiento en el cual se respetó el derecho de defensa y se escucharon todos los argumentos de defensa de ENJASA y, por ende, que el ente regulador competente adoptó la resolución de revocación de la licencia teniendo en cuenta los antecedentes de hecho y de derecho del caso a la luz del derecho aplicable. Con el objeto de ilustrar su postura, la Demandada seleccionó algunos pasajes de la jurisprudencia en materia de arbitraje de inversión, entre ellos el siguiente:

“Lo que debe considerarse relevante es que la Provincia, con cierta justificación, consideró que AGBA había incumplido en forma grave con sus obligaciones contractuales y, sobre esa base, rescindió el Contrato de Concesión. En opinión del Tribunal de Arbitraje, esto constituye causa suficiente para descartar la hipótesis de que la rescisión podría considerarse un acto de expropiación – directa o indirecta – u otro acto de privación de la propiedad de AGBA o de la inversión de Impregilo. Tampoco se ha probado de ninguna manera que la rescisión del Contrato de Concesión haya sido el último paso en una serie de medidas sucesivas adoptadas por la Provincia con el propósito de privar a AGBA de la concesión o, en otras palabras, que AGBA haya estado expuesta a un acto de ‘expropiación progresiva’” (*Impregilo c. Argentina*, Laudo, 21 de junio de 2011, párr. 283) (AL RA 46).

226. El mecanismo que utiliza la mayoría para hacer que la “revocación de la licencia de ENJASA” forme parte del reclamo de las Demandantes en virtud del TBI es, para este Árbitro, la mejor prueba de que las Demandantes no lograron demostrar lo que debían en esta fase jurisdiccional del caso: si el comportamiento real (la conducta o las medidas) que adoptaron las Autoridades Provinciales y/o ENJASA *con motivo* de la revocación de la licencia (y no la medida de revocación en sí misma) puede *prima facie*, en caso de que quede establecida como cierta, constituir una violación de los estándares invocados del TBI Argentina-Austria o, en cualquier caso, de las normas de derecho internacional que rigen el ejercicio de las facultades reguladoras de los Estados soberanos. Ante esta falta de prueba, este árbitro concluye que, tal como señaló la Demandada, no se ha demostrado *prima facie* la existencia en el presente

caso de un “reclamo o reclamos en virtud del TBI” tal como alegan las Demandantes.

227. En consecuencia, admito la Primera Excepción Preliminar de la Demandada ante la mencionada falta de prueba *prima facie* por parte de las Demandantes de que los hechos y las conductas relevantes que alegaron, en caso de resultar ciertos, podrían constituir un hecho o hechos internacionalmente ilícitos de la República Argentina por violación de los estándares del TBI Argentina-Austria.

(b) Tercera Excepción Preliminar: No hay jurisdicción *ratione materiae*

228. La presente Decisión deja constancia de los respectivos alegatos y argumentos de las Partes con respecto a la Tercera Excepción Preliminar: para la Demandada, en los párrafos 106 a 116 de la Decisión y, para las Demandantes, en los párrafos 156 a 168. Sin embargo, en la Sección VI de la Decisión titulada “El análisis del Tribunal”, la Tercera Excepción Preliminar de la Demandada no es objeto de ninguna subdivisión y, en consecuencia, no aparece en el “índice de contenidos” de esa Sección y desapareció de la Decisión como una excepción preliminar autónoma, aunque la Tercera Excepción Preliminar no ha sido retirada por la Demandada.
229. ¿Por qué ocurre esto? El único motivo de esta desaparición es la decisión de la mayoría de evitar tener que dar una respuesta judicial, en esta fase del caso, a la Tercera Excepción Preliminar de la Demandada, a pesar de que se trata de una excepción autónoma y de que los alegatos y argumentos de las Partes acerca de esta Excepción Preliminar fueron tan completos que el Tribunal Arbitral pudo resolverla ahora, sin tener que esperar hasta que culmine la fase de fondo. Los argumentos de la mayoría a favor de la economía del procedimiento y de los costos en otros contextos no parecen ser relevantes en esta ocasión.
230. Cabe recordar, asimismo, que la Resolución Procesal No. 3 del Tribunal decidió bifurcar el procedimiento en fases separadas de jurisdicción y fondo, de manera que “la fase de jurisdicción aborde todas las excepciones a la jurisdicción del Centro y/o a la competencia del Tribunal”. Es cierto que dicha Resolución Procesal de fecha 25 de abril de 2016 reservó la posibilidad para el Tribunal de resolver cualquiera de las excepciones conjuntamente con el fondo una vez recibidos los argumentos de contestación sobre jurisdicción de las Demandantes. Pero desde entonces, los argumentos de contestación de las Demandantes se incluyeron de

manera íntegra en su Memorial de Contestación y su Duplica sobre Jurisdicción, y también se expuso en la Audiencia, sin que ninguna de las Partes cuestionara la naturaleza autónoma de esta Excepción Preliminar o solicitara o sugiriera disponer de ella conjuntamente con el fondo, sin duda, porque la Tercera Excepción Preliminar de la Demandada constituye una excepción autónoma que tiene verdaderamente un carácter *ratione materiae* exclusivamente preliminar.

231. Así, la presente Decisión ni admite ni rechaza la Tercera Excepción Preliminar de la Demandada, y tampoco decide formalmente unirla al fondo, lo que da lugar a un primer problema de orden procesal sobre la cuestión de si este tratamiento de una Excepción Preliminar de Parte constituye un quebrantamiento grave de una norma fundamental de procedimiento aplicable en el presente arbitraje CIADI. Por lo tanto, no puedo aceptar el intento de la mayoría de justificar este tratamiento de la Tercera Excepción Preliminar planteada por la Demandada tal como se registra en el párrafo 172 de la Decisión. Aquí la cuestión nada tiene que ver ni con la máxima *iura novit curia* ni con la supuesta potestad del Tribunal para tratar las Excepciones planteadas por la Demandada en un orden diferente. La cuestión no necesita para nada de explicaciones esotéricas. Es mucho más simple y clara que eso. Se encuentra regulada por el Artículo 41(2) del Convenio CIADI y la Regla 41(4) de las Reglas del Arbitraje CIADI que disponen, *inter alia* que el Tribunal “podrá pronunciarse sobre la excepción como una cuestión preliminar (ya sea ratificándola o rechazándola) o conjuntamente con el fondo de la diferencia”. No existe una tercera alternativa en virtud de los Arbitrajes CIADI. El Tribunal, que es un “tribunal de arbitraje CIADI” no está facultado, en mi opinión, para reformular la excepción de una parte a discreción y, ni el Convenio ni las Reglas de Arbitraje limitan la clase de excepciones preliminares que una parte dada puede decidir plantear.
232. ¿Cómo procede la Decisión de la mayoría a crear esa situación procesal con respecto a la Tercera Excepción Preliminar de la Demandada? En primer lugar, tal como se ha indicado *supra*, al negar su carácter preliminar autónomo y, luego, dividiendo en el análisis del Tribunal la consideración de la Tercera Excepción en dos secciones separadas, a saber, en la sección sobre la “Existencia de una inversión protegida” (párrafos 173 a 196 de la Decisión) y en la sección sobre las “Violaciones *prima facie* del TBI” (párrafos 223 a 253). En la primera de estas dos secciones, la Decisión considera que “[u]n 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 Demandantes han realizado una inversión en Argentina que está protegida tanto por el Convenio CIADI

como por el TBI Argentina-Austria” (párrafo 173) y, en la segunda sección, que “[e]l otro aspecto de la tercera excepción planteada por la Demandada de que el Tribunal carece de jurisdicción *ratione materiae*”, que se describe, en la nota al pie 187 de la Decisión de la mayoría, en los siguientes términos:

“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.”.

233. El propósito de esa división de la Tercera Excepción Preliminar de la Demandada entre los llamados *dos aspectos*—considerados por separado—resulta evidente al constatar que el primer aspecto supuestamente tratado en los párrafos 173 a 196 de la Decisión consiste en una referencia a ese primer aspecto de la Tercera Excepción de la Demandada en un solo párrafo (el párrafo 185), en el cual, acto seguido de la conclusión del Tribunal en el párrafo anterior de que la licencia operativa de ENJASA no califica como una “inversión” protegida en el sentido del Artículo 1 del TBI Argentina-Austria, la Decisión declara lo siguiente:

“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 disfrutaron 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*” (Decisión de la mayoría, párr. 185).

234. En vista de la cita *supra*, está clarísimo que el propósito en cuestión fue despojar a la Tercera Excepción Preliminar de la Demandada de su autonomía y comenzar a hacerla formar parte de la Primera Excepción Preliminar de la Demandada. Este propósito queda totalmente confirmado en los párrafos 223 a 253 de la Decisión, en los cuales el Artículo 4(3) del TBI es considerado junto con el Artículo 4(1) y (2) del TBI en la perspectiva de una posible violación *prima facie* del Artículo 4 del TBI, es decir como un asunto que se encuadra en el ámbito de la Primera Excepción Preliminar de la Demandada. Los párrafos 224 y 225 de la Decisión son bien claros al respecto:

“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 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”.

235. En los párrafos 232 a 241 de la Decisión, la mayoría hace ciertas interpretaciones conjeturales del Artículo 4(3) del TBI, por ejemplo, del término *activos financieros* (*Vermögenswerte*) que rechazo sobre la base del Artículo 33 de la CVDT y la jurisprudencia internacional en materia de interpretación de tratados autenticados en dos o más idiomas. Estas interpretaciones conjeturales del Artículo 4(3) del TBI son presentadas por

la mayoría bajo la apariencia de un ejercicio destinado a determinar si las Demandantes han presentado una interpretación plausible *prima facie* del Artículo 4(3) del TBI, pero, en mi opinión, van más allá de ese propósito declarado. Para evitar posibles malentendidos, declaro que disiento y que mantengo mi postura con respecto a lo que dije en relación con el Artículo 4(3) en los párrafos 236 a 241 de la Decisión de la mayoría, tomando nota, a partir de este momento, de la afirmación en el párrafo 235 de la Decisión en el sentido de que:

“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 pueden realizarse, aunque no necesariamente sea la correcta, el reclamo debe” proceder en cuanto al fondo”.

236. Pero, lo que es más importante subrayar aquí, es el hecho de que la mayoría, en lugar de tratar la Tercera Excepción Preliminar planteada por la Demandada, aprovechó la ocasión para determinar que las Demandantes han presentado un reclamo *prima facie* de que la revocación de la licencia de ENJASA constituyó una expropiación de ENJASA que les podría dar derecho a una indemnización por violación, *inter alia* del Artículo 4(3) del TBI. Para completar el panorama de cómo la mayoría trató la Tercera Excepción Preliminar de la Demandada, la siguiente afirmación en el párrafo 239 de la Decisión es muy representativa:

“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”.

237. Me veo obligado a disentir del pasaje engañoso *supra*, así como también de las aseveraciones en los párrafos 240 y 241 de la Decisión de la mayoría

por varias razones. Tal como ya mencioné en el párrafo 216 de esta Declaración, ninguno de los hechos relevantes que alegan las Demandantes, si resultasen ciertos, constituirían expropiación o una medida con efecto equivalente. Sin embargo, lo que realmente me sorprende es cómo la mayoría transformó el contenido y objeto de la Tercera Excepción Preliminar de la Demandada, hasta el punto de hacerlo irreconocible. No considero que sea una tarea que les corresponda a los árbitros. Para poner en su correcta perspectiva esta cuestión, cito a continuación el significado de dicha excepción preliminar *ratione materiae*, tal como lo describió la Demandada en su Escrito Posterior a la Audiencia:

“En conclusión, en virtud de lo dispuesto en el artículo 4.3 del TBI, este Tribunal no tiene jurisdicción (a) sobre el reclamo de las Demandantes pues no reclaman por un activo financiero de ENJASA y, en cualquier caso, (b) por la supuesta violación de los estándares de trato justo y equitativo y trato nacional pues solo podría entender en un supuesto de expropiación de activos de la sociedad en la que tiene participación” (Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandada, párr. 132).

238. La gratuita afirmación de la mayoría de que en la etapa jurisdiccional actual, 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 es realmente innecesaria. El criterio del reclamo *prima facie* es relevante en la presente fase del caso para la resolución de la Primera Excepción Preliminar, pero es ajeno a la resolución de la Tercera Excepción Preliminar que presentó la Demandada como excepción autónoma, al igual que la Segunda. Las Excepciones Preliminares Primera y Tercera son autónomas entre sí y, como tales, deben resolverse por separado. Y esto no es lo que hace la Decisión de la mayoría que eludió que el Tribunal se pronunciara sobre la Tercera Excepción Preliminar planteada por la Demandada en la etapa jurisdiccional actual e incluso, en subsidio, que la unificara a la etapa del fondo de la controversia tal como dispone el Artículo 41(2) del Convenio CIADI y la Regla 41(4) de las Reglas de Arbitraje CIADI.
239. ¿Por qué, ante esta obviedad, la mayoría ha decidido lo contrario? Porque consideró que adjudicar la Tercera Excepción Preliminar de la Demandada en la presente fase jurisdiccional como una excepción autónoma ponía en riesgo que el caso terminase ya, mientras que, si trataba dicha Excepción como parte integrante de la Primera Excepción, ese peligro desaparecería

en vista del criterio aplicable para determinar la existencia de un reclamo prima facie. Es por ello que la mayoría utilizó ese criterio como una especie de agujero negro para evitar una adjudicación anticipada de la Tercera Excepción Preliminar de la Demandada. Pero, los Estados Contratantes limitaron efectivamente conforme al Artículo 4(3) del TBI, la posibilidad del accionista-inversor de efectuar reclamos en virtud del TBI por activos en la compañía o las compañías en cuestión (ENJASA, en el presente caso).

240. Asimismo, al proceder de ese modo, la mayoría alivió en la presente fase jurisdiccional el estándar de la carga de la prueba *actori incumbit probatio* aplicable a las Demandantes—tal como lo declaró el Tribunal del caso *Philip Morris c. Uruguay* (véase párrafo 67 de la presente Opinión)— con respecto de excepciones preliminares del tipo de las Excepciones Preliminares Segunda y Tercera de la Demandada, estándar confirmado por otras decisiones y laudos sobre jurisdicción en el marco de procedimientos de arbitraje de inversión tales como los ejemplos que se citan a continuación:

“...Así pues, en tanto la excepción se refiera únicamente a la potestad del Tribunal de conocer reclamaciones relativas a la violación de un derecho especificado por la Demandante, el examen del Tribunal sobre la suficiencia de las afirmaciones, al igual que su examen de los hechos aducidos, es de carácter limitado.

“Hace falta, en cambio, un criterio esencialmente distinto para abordar cuestiones que permitan establecer directamente la jurisdicción del Tribunal; por ejemplo, cuestiones de consentimiento, nacionalidad, inversión protegida, territorialidad o referentes al alcance temporal de la protección que ofrece un tratado. En lo que a tales cuestiones se refiere, y para pronunciarse sobre la jurisdicción en la etapa preliminar relativa a la jurisdicción (en lugar de tratarla al considerar el fondo del asunto), el Tribunal debe llegar a conclusiones definitivas sobre las cuestiones de hecho y de derecho, sin lo cual no tendrá certeza de poseer jurisdicción para considerar el fondo del asunto”. (*Société Générale de Surveillance c. República del Paraguay*, Decisión sobre Jurisdicción, 12 de febrero de 2010, párrs. 52 y 53).

“De ello se desprende que las cuestiones cruciales a efectos de determinar la jurisdicción, como si una determinada demandante reviste el carácter de inversor o si una inversión se encuentra protegida por el tratado pertinente, deben probarse y resolverse en la etapa jurisdiccional. En esta instancia, la carga de la prueba de que se

cumplen todos los requisitos jurisdiccionales del caso, en la medida en que sean objetados por la Demandada, le corresponde a la Demandante” (*Blue Bank International c. Venezuela*, Laudo, 26 de abril de 2017, párr. 73). [Traducción del Miembro del Tribunal]

241. En el presente caso, tal como señaló la Demandada, el Artículo 4(3) del TBI “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 expropiación”. Y con respecto al segundo requisito agrega que “aun si se considerara que los accionistas pueden iniciar acciones reclamando por activos de la sociedad en virtud del 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 Tribunal” (citado de los párrafos 114 y 116 de la Decisión). Como la Tercera Excepción Preliminar de la Demandada no ha sido decidida en la presente fase jurisdiccional, debe serlo en la siguiente fase de fondo, salvo que la Demandada desista de la misma, y la carga de la prueba de que la Demandada está equivocada le corresponde a las Demandantes.

242. Por último, parece aceptarse en términos generales que la alegada inversión protegida de las Demandantes está comprendida *prima facie* en el Artículo 1(1)(b) del TBI Argentina-Austria, en la categoría definida como derechos de participación y otras formas de participación en las empresas. Por lo tanto, por si fuera del caso, cabe recordar que dicha categoría, al igual que cualquier otra de las allí enunciadas, está sujeta a la disposición establecida en el último párrafo del Artículo 1 de dicho TBI que establece:

“El 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”.

243. En vista de las consideraciones *supra*, disiento en cuanto a la conclusión *prima facie* sobre la Tercera Excepción Preliminar manifestada en los párrafos 239 a 241 de la presente Decisión en lo que se refiere al Artículo 4(3) del TBI, así como del tratamiento general que la mayoría ha dado a la Tercera Excepción Preliminar de la Demandada, excepción que el Tribunal de Arbitraje no decidió ni incorporó al fondo en la presente fase jurisdiccional, en absoluta contradicción con el Artículo 41(2) del Convenio CIADI y la Regla 41(4) de las Reglas de Arbitraje CIADI.

244. Se deduce que rechazo la conclusión general de la mayoría en el sentido de que mediante la conclusión de que las Demandantes han presentado reclamos plausibles *prima facie* se podrían haber violado los derechos de los inversores extranjeros en virtud del Artículo 4 (3), así como también las conclusiones prematuras de la mayoría sobre la interpretación de esa disposición del TBI Argentina-Austria, como en los párrafos 240 y 241 y otros párrafos de la Decisión, que en algunos casos podrían haber incurrido en prejuicios procesales. En mi opinión, la Decisión de la mayoría no respondió a la Tercera Excepción Preliminar planteada por la Demandada ya sea *in totum* o en parte puesto que nada tiene en común con la demostración de la existencia o inexistencia de un reclamo *prima facie* dado.
245. Por último, rechazo desde este momento los prejuicios *prima facie* incurridos por la mayoría en los párrafos 240 y 262 de la Decisión donde se establece que el Tribunal determinó, respectivamente: (a) que el Artículo 4(3) del TBI fue concebido para otorgarles a los accionistas-inversores un “derecho de acción adicional”; y (b) que no puede interpretarse que el Artículo 4(3) del TBI limite los reclamos de los accionistas-inversores a violaciones del Artículo 4 del TBI por expropiación.

[*Firmado*]

Dr. Santiago Torres Bernárdez
Árbitro

Fecha: 20 de junio de 2018