

**CENTRO INTERNACIONAL DE ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A
INVERSIONES
WASHINGTON, D.C.**

En el procedimiento de arbitraje entre

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

Demandantes

Y

REPÚBLICA ARGENTINA

Demandada

Caso CIADI No. ARB/14/32

OPINIÓN DISIDENTE

Dr. Santiago Torres Bernárdez, Árbitro

Fecha de envío a las Partes: 5 de noviembre de 2021

ÍNDICE

Introducción	1
A. El objeto y naturaleza de la controversia y la competencia y función del Tribunal.....	1
B. El derecho aplicable.....	3
C. La carga de la prueba	8
D. La reclamación de los Demandantes y la norma del previo agotamiento de los recursos internos del Estado demandado.....	10
E. Del deber de reparar.....	12
Parte I: De la norma consuetudinaria de derecho internacional invocada por la Demandada que establece que un Estado no está obligado a indemnizar a un extranjero por los eventuales efectos adversos del ejercicio por sus órganos competentes de las potestades regulatorias y de policía del Estado.....	20
A. La naturaleza consuetudinaria de la norma y su aplicabilidad en el presente caso.....	20
B. Reconocimiento general de la aplicabilidad de la norma en los arbitrajes internacionales sobre inversiones extranjeras.....	26
C. Deferencia de los tribunales arbitrales internacionales por las decisiones adoptadas en foro domestico por el órgano competente del Estado	28
D. El alto nivel de exigencia de las excepciones a la norma.....	29
E. E. Admisión por los Demandantes de la existencia de una norma consuetudinaria de derecho internacional relativa al ejercicio por el Estado de sus poderes de regulación y de policía y cuestionamiento de la aplicación de la norma en el presente caso.....	33
F. El tratamiento de la norma consuetudinaria de derecho internacional invocada por la Demandada y admitida por los Demandantes en el Laudo mayoritario	39
G. Conclusión sobre la norma consuetudinaria invocada por la Demandada.....	44
Parte II: De la eventual responsabilidad internacional de la Demandada por los alegados hechos internacionalmente ilícitos que le atribuyen los Demandantes.....	47
A. Primer reclamo de los Demandantes: Alegada violación por la Demandada del Artículo 4 (1) y (2) del TBI (expropiación indirecta).....	48
(a) Textos relevantes.....	48
(i) El Convenio entre la República Argentina y la República de Austria para la promoción y la protección de las inversiones de 7 de agosto de 1992 en vigor desde el 1 de enero de 1995	48
(ii) El derecho aplicable de la República Argentina	50
(b) Consideración del reclamo.....	51
(i) La revocación de la licencia de ENJASA no fue una “expropiación indirecta”	51

(ii)	La teoría denominada “ <i>sole effects</i> ” es inaplicable en el presente caso	54
(iii)	La práctica arbitral y la doctrina contemporánea rechazan la teoría de los “ <i>sole effects</i> ”	55
(iv)	¿Eran los derechos de la Licenciataria susceptibles de expropiación?	58
(v)	¿Ha existido una privación total o casi total del valor o del control de la inversión de los Demandantes?	60
(vi)	La potestad del Ente Regulador como Autoridad de Aplicación de adoptar sanciones en caso de violaciones o incumplimientos del artículo 5 de la Ley N° 7020 y su modificatoria 7133.....	64
(vii)	La firmeza de la sanción revocatoria del ENREJA y consideraciones y conclusiones de la Resolución N° 240 sobre las violaciones o incumplimientos por ENJASA del artículo 5 de la Ley N° 7020	72
(viii)	Los Demandantes no han probado sus alegatos exonerando a ENJASA por sus violaciones o incumplimientos de las obligaciones sobre la prevención del lavado de dinero del artículo 5 de la Ley 7020	85
(ix)	El debido proceso y del derecho de defensa de ENJASA fueron respetados en todo momento.....	99
(x)	La proporcionalidad de la sanción impuesta por el ENREJA.....	102
(c)	Conclusión sobre el primer reclamo de los Demandantes	105
B.	Segundo reclamo de los Demandantes: Alegada violación por la Demandada del Artículo 4 (3) del BIT (expropiación directa)	107
(a)	Textos relevantes.....	107
(b)	Consideración de la cuestión interpretativa previa al segundo reclamo	108
(c)	Conclusión sobre el segundo reclamo de los Demandantes.....	112
C.	Tercer reclamo de los Demandantes: alegada violación por la Demandada del Artículo 2 (1) del TBI (trato justo y equitativo)	112
(a)	Textos relevantes.....	112
(b)	Consideración del reclamo.....	114
(i)	La cuestión previa de la distinción entre derechos de la empresa y derechos de sus accionistas ..	114
(ii)	La posición de la Demandada sobre el contenido y alcance del estándar del “trato justo y equitativo”.....	115
(iii)	El contenido y alcance del estándar del “trato justo y equitativo” invocado por los Demandantes	120
(iv)	La aplicabilidad del derecho internacional consuetudinario en la determinación del contenido y alcance del estándar del “trato justo y equitativo”	126
(v)	La afirmación de los Demandantes de que la Demandada ha violado su autodefinido estándar del “trato justo y equitativo” es errónea.....	127
(vi)	Las alegatos de los Demandantes sobre la arbitrariedad, el debido proceso y el derecho de defensa, la denegación de justicia y las expectativas legítimas, no han sido probados	132
(vii)	La racionalidad básica en que se sustenta la sanción revocatoria de la Licencia.....	138

(viii) La ponderación y graduación de la sanción y el alegado criterio de proporcionalidad	146
(ix) De la conspiración política alegada por los Demandantes	155
(c) Conclusión sobre el tercer reclamo de los Demandantes	159
Parte III: Conclusión general	161
A. Conclusión general sobre la base del “derecho aplicable” enunciado en el artículo 8 (6) del TBI Argentina-Austria.....	161
B. Rechazo de las conclusiones del Laudo mayoritario por no basarse en el “derecho aplicable” definido por el TBI Argentina-Austria	161
Parte IV: La indemnización otorgada por el Laudo mayoritario a los Demandantes	191
Parte V: El silencio del Laudo mayoritario sobre la contribución de los Demandantes al perjuicio que alegan... 205	
Parte VI: La decisión del Laudo mayoritario sobre los costes del arbitraje.....	208
Parte VII: Las referencias del Laudo Mayoritario a la presente Opinión Disidente	210

Opinión disidente de Santiago Torres Bernárdez

INTRODUCCIÓN

A. El objeto y naturaleza de la controversia y la competencia y función del Tribunal

1. La primera cuestión de principio por lo que me veo obligado a disentir del Laudo adoptado por la mayoría concierne la cuestión de la determinación del objeto de la presente controversia definido por los Demandantes en la Solicitud de Arbitraje que remitieron en su día al CIADI. El *petitum* y la *causa petendi* de dicha Solicitud son perfectamente claros y, en consecuencia, también lo es el objeto (*subject-matter*) de la controversia incoada. Así lo entendió el Tribunal Arbitral, en este punto unánimemente, cuando adoptó la Decisión sobre jurisdicción.
2. Esta Decisión del Tribunal corrigió el alcance del *petitum* original de los Demandantes, limitándolo a las obligaciones asumidas por la República Argentina en virtud de los artículos 2(1) (trato justo y equitativo) y 4 (expropiación) del TBI Argentina/Austria, pero mantuvo la *causa petendi* original. Dicha corrección no conllevó por lo tanto modificación alguna del objeto original de la controversia definido en la Solicitud de Arbitraje, ni de la naturaleza jurídica de la disputa inherente al mencionado objeto que continuó siendo exclusivamente una “controversia convencional” (un *treaty claim*) como lo corroboran los alegatos escritos y argumentos orales de ambas Partes en la presente fase sobre el fondo y las conclusiones finales de sus respectivos Escritos Posteriores a la Audiencia (EPA).
3. No hay razón, por lo tanto, para que el presente Laudo considere “la presente controversia” como si se tratase de la controversia contractual (*contract claim*) que existió en el marco del ordenamiento jurídico interno de Salta entre la empresa argentina ENJASA controlada por los Demandantes, y la Provincia de Salta en relación con la revocación por el Ente Regulador Provincial (el ENREJA) de la licencia exclusiva que tenía ENJASA (relativa a la explotación de los juegos de azar de jurisdicción provincial) como sanción por violaciones o incumplimientos por la empresa de las obligaciones de la Licenciataria

relativas a la prevención del lavado de dinero enunciadas en artículo 5 de la Ley N° 7020 de la Provincia. Esta controversia contractual dejó de existir a raíz del desistimiento por ENJASA de la instancia incoada ante el tribunal contencioso- administrativo competente de dicha Provincia solicitando la anulación las Resoluciones N° 240/13 y N° 315/13 del ENREJA, desistimiento efectuado en cumplimiento de lo ordenado por este Tribunal Arbitral en su Decisión sobre Jurisdicción de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 8 (4, segunda frase) del TBI Argentina-Austria.

4. Como consecuencia de dicho desistimiento, la decisión revocando la licencia que detentaba ENJASA ha adquirido firmeza en el ordenamiento jurídico de la Demandada. Así pues, no sólo la controversia contractual (*contract claim*) original ha dejado de existir, sino que la revocación misma se ha convertido en un *hecho* de naturaleza jurídica en el derecho doméstico de la Demandada. Este Tribunal Arbitral tiene la obligación de tratarlo como tal cuando aplique dicho derecho en su condición de “derecho aplicable” a la resolución de la presente controversia convencional (*treaty claim*) pues así lo que dispone el artículo 8 (6) del TBI Argentina-Austria. Sin embargo, la mayoría resucita en el presente Laudo la extinta controversia contractual (*contract claim*) de Salta, o ciertos aspectos de la misma, y se erige en *tribunal de apelación* de lo actuado al respecto por el ENREJA y el Poder Ejecutivo de la Provincia, como si dicha controversia formase parte del objeto de la presente controversia convencional (*treaty claim*) y como si este Tribunal Arbitral estuviese facultado y tuviese la competencia debida para proceder de esa manera. Para este árbitro no hay lugar en este arbitraje CIADI para reconsiderar la evidencia en que se basó la sanción impuesta por el ENREJA a la empresa ENJASA ni para decidir *ex novo* sobre dicha sanción que, como acabamos de decir, ha adquirido firmeza en el derecho doméstico de la Demandada, que este Tribunal Arbitral tiene el deber de respetar y aplicar en la resolución de la presente controversia tal como lo ordena el TBI Argentina-Austria.
5. Como se ha señalado con frecuencia en laudos CIADI los tribunales arbitrales establecidos en aplicación de la Convención CIADI no son tribunales de apelación de las decisiones domésticas y el presente Tribunal Arbitral no es una excepción al respecto. Este Tribunal Arbitral debe respetar por lo tanto lo decidido en Salta en relación con la extinta controversia contractual, sin perjuicio evidentemente de tomar en consideración lo actuado, decidido y firme en la Provincia de Salta en la medida que sea necesario para la resolución

del objeto de la presente controversia convencional (*treaty claim*) cuando resuelva la presente controversia mediante el “derecho aplicable” a la misma decidido por Argentina y Austria en su TBI. Al respecto, comparto plenamente la afirmación del tribunal del caso *Lemire c. Ucrania* de que “... arbitrators are not superior regulators; they do not substitute their judgment for that of nacional bodies applying nacional laws” (Decisión sobre Jurisdicción y Responsabilidad de 14 de enero de 2010, párr. 283); la del tribunal del caso *Glamis Gold c. Estados Unidos* “It is not de role of this Tribunal, or any other international tribunal to supplant its own judgment of underlying factual material and support for that of a qualified domestic agency” (Laudo de 8 de junio de 2009, párr. 779); la del tribunal *SD Myers c. Canadá* “(A) tribunal does not have an open-ended mandate to second-guess govermental decisión making” (Laudo Parcial de 13 de noviembre de 2000, párr. 261); la del tribunal del caso *Crystallex c. Venezuela* “It is not for an investment-state tribunal to second-guess the substantive correctness of the reasons which an administration were to put forward in its decisions, or to question the importance assigned by the administration to certain policy objectives over others” (Laudo de 4 de abril de 2016, párr. 583); y un largo etc..

6. Lo decidido en el presente caso por el Laudo mayoritario ha excedido manifiestamente la función y la competencia del Tribunal Arbitral, así como el propio objeto de la presente controversia convencional entre los Demandantes y la República Argentina. Atribuirse funciones de un *tribunal de apelación* impropias de un tribunal arbitral CIADI, y sin un mandato particular para ello en el TBI Argentina-Austria, no es aceptable. Ni tampoco lo es proceder sin la menor deferencia a lo actuado en el plano doméstico por las autoridades competentes y marginar o ignorar de manera manifiesta alegatos, argumentos y evidencia centrales de la Demandada, así como su invocación de la norma consuetudinaria de derecho internacional relativa al ejercicio regular en su territorio por los órganos competentes de las potestades regulatorias y de policía de la República Argentina inherentes a su soberanía como Estado.

B. El derecho aplicable

7. El artículo 42(1) del Convenio CIADI dispone que: “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”. Como no ha habido normas de derecho acordadas entre la Parte Demandante y la Parte Demandada, es la regla de la segunda frase del artículo 42 (1) la que se aplica en el presente arbitraje en lo que concierne al Convenio CIADI. Por su parte, el artículo 8 (6) del TBI Argentina-Austria dispone sobre el “derecho aplicable” a la solución de las controversias relativas a las inversiones 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 en relación a la inversión, como así también según los principios del derecho internacional en la materia”.

8. Está, por lo tanto, perfectamente claro que los Estados Contratantes del presente TBI, es decir Argentina y Austria, han consensuado en dicho instrumento que el derecho aplicable a *“la solución de controversias relativas a las inversiones”* del artículo 8 del TBI lo conforman normas de las cuatro fuentes expresamente mencionadas en el párrafo (6) de dicho artículo. La referencia expresa en dicho párrafo “al derecho de la Parte Contratante que sea parte en la controversia” se corresponde con lo dicho al respecto en el artículo 42 (1) del Convenio CIADI y reenvía, sin la menor duda posible, al derecho doméstico de la Demandada, es decir, de la República Argentina. Los Demandantes lo han negado, pero el Laudo mayoritario no tiene más remedio que reconocerlo así, aunque acto seguido trate de excluir su aplicación mediante consideraciones infundadas. No corresponde a los árbitros reescribir o marginar lo decidido sobre el “derecho aplicable” por los Estados Contratantes de un TBI que ha sido invocado por los Demandantes para incoar el presente arbitraje, sino aplicarlo cuando y como corresponda como es el caso en la presente controversia. Muchos TBIs no mencionan “el derecho de la Parte Contratante que sea parte en la controversia” en sus disposiciones respectivas sobre el “derecho aplicable, pero si lo hace expresamente el TBI Argentina-Austria y esta intención común de ambos Estados debe ser respetada y la disposición que la enuncia aplicada por este Tribunal Arbitral de buena fe so pena de extralimitarse manifiestamente en sus facultades.

9. Por consiguiente, lo dicho en laudos o decisiones de tribunales arbitrales de inversiones sobre la aplicación del derecho doméstico del Estado receptor de la inversión, o sobre el alcance de dicha aplicación, en relación con TBIs que no mencionan expresamente que el derecho doméstico del Estado receptor parte en la controversia es “derecho aplicable” a la solución de la misma, son totalmente irrelevantes en este arbitraje. En este caso, con la excepción de los “acuerdos específicos concluidos en relación con la inversión” por ser inexistentes, los otros tres ordenamientos jurídicos enumerados en el artículo 8 (6) del TBI Argentina-Austria (derecho del Estado receptor de la inversión; disposiciones del BIT; principios del derecho internacional en la materia) enuncian normas, disposiciones o principios jurídicos que este Tribunal Arbitral tiene la obligación de aplicar cuando sean relevantes para la solución de la presente “controversia convencional” (*treaty claim*) incoada por los Demandantes mediante la invocación de dicho TBI. No hay ninguna contradicción entre el hecho de que la controversia ante el Tribunal Arbitral sea una “controversia convencional” y el hecho de que en la solución de la misma participe el “derecho doméstico de la República Argentina” dado que el Tribunal está habilitado y obligado a hacerlo en virtud de dos normas de derecho internacional convencionales, el artículo 8 (6) del TBI Argentina-Austria y el artículo 42 (1) del Convenio CIADI. Estas dos normas de derecho internacional convencional son también las que habilitan y obligan a este Tribunal Arbitral a aplicar a la solución de la presente controversia los principios y normas del derecho internacional pertinentes que no hayan sido expresamente excluidas por el BIT como dispone la jurisprudencia de la CIJ en el caso *ELSI*. Finalmente, el tipo de reclamo que se formule no autoriza al inversor o a un árbitro a alterar a su antojo la definición del “derecho aplicable” que enuncie el TBI o tratado multilateral en cuestión. El concepto “derecho aplicable” no se refiere al “reclamo del inversor” sino a la noción más amplia de “disputa o controversia” que comprende, además de dicho reclamo (*petitum*), la causa o razón del reclamo (*causa petendi*) y las *partes* en la controversia. El “derecho aplicable” reenvía a todos esos componentes del concepto “disputa o controversia”, no solamente al tipo de reclamo o *petitum* del inversor.
10. Sorprende, por lo tanto, que los Demandantes hayan propuesto como un *a priori* de sus alegatos la exclusión del derecho argentino de la solución de la presente controversia a pesar de lo que dispone expresamente el TBI Argentina-Austria y que, además, hayan

tratado de limitar o sustituir normas o principios del derecho internacional aplicable por las prácticas de algunos tribunales internacionales de inversiones que no siempre son conformes a los principios y normas que enuncia el derecho internacional en la materia o a las circunstancias que concurren en este arbitraje. Este intento de mutilar o alterar el “derecho aplicable” definido por Argentina y Austria en el artículo 8 (6) del TBI no es una proposición aceptable para este árbitro. Ningún inversor extranjero que invoque un determinado TBI para incoar un arbitraje internacional en el CIADI contra el Estado receptor de su inversión está capacitado para descartar unilateralmente aquellas disposiciones del TBI en cuestión que considere un inconveniente para sus reclamos, pues los TBIs son tratados internacionales concluidos entre Estados respecto de los cuales el inversor es un tercero al que se le hace una oferta condicionada a lo que los Estados Contratantes dispongan en el TBI en cuestión. Los Demandantes lo han pretendido ahora con el “derecho aplicable” como lo hicieron en la fase sobre la Jurisdicción respecto de las disposiciones que condicionan la oferta de arbitraje internacional de los Estados Contratantes del TBI Argentina-Austria. Pero los TBIs no son un menú a la carta que permita a los inversores invocar algunas de sus disposiciones mientras descartan o desconocen otras del mismo TBI.

11. Por lo tanto, este árbitro no tiene más alternativa que rechazar de plano el mencionado planteamiento de los Demandantes sobre el “derecho aplicable” mediante el cual pretenden autodefinir dicho derecho en menoscabo del que define el TBI Argentina-Austria en su artículo 8 (6). Este alegato de los Demandantes sobre el “derecho aplicable” es todavía más sorprendente si se tiene en cuenta que se contradice materialmente con sus reclamos de “expropiación” directa e indirecta, pues como señala el tribunal del caso *EnCana c. Ecuador* presidido en 2006 por el hoy Juez de la CIJ Profesor James Crawford: “However, for there to have been an expropriation of an investment or return (in a situation involving legal rights or claims as distinct from the seizure of physical assets) the rights affected must exist under the law which creates them, in this case, the law of Ecuador” (laudo, párr. 184).
12. A la contradicción material anterior se añade una segunda relativa al contenido y alcance de los derechos correspondientes a las diversas categorías de activos enumerados en el artículo 1 del TBI Argentina-Austria, cuestión sobre la cual tanto los Demandantes como

el Laudo mayoritario guardan un silencio inexplicable. Los Demandantes invocaron en la fase sobre la Jurisdicción el apartado 1 (b) de dicho artículo 1 (los derechos de participación y otras formas de participación en las empresas) para afirmar su condición de inversores austriacos protegidos por el mencionado TBI. Por lo tanto, no se puede presumir que ignoren el contenido y alcance de dicha categoría de activo que el último párrafo del artículo 1 del TBI define en los siguientes términos: “El contenido y 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”. Es decir, en el presente caso, por las leyes y reglamentaciones de la República Argentina y/o de su Provincia de Salta. Esta disposición completa la mención expresa en el artículo 8 (6) del TBI, arriba comentada, de que el órgano arbitral decidirá la controversia en base, *inter alia*, al derecho de la Parte Contratante que sea parte en la controversia, es decir del derecho doméstico de la República Argentina en el presente arbitraje. Este árbitro está de acuerdo, por lo tanto, con el parecer de la Demandada de que el derecho argentino determina también el alcance de los derechos de los Demandantes como inversores “*under the BIT*” y rechaza la opinión contraria del Laudo mayoritario. La cita del fallo del caso *ELSI* que, en este contexto, hace el Laudo mayoritario, está fuera de lugar.

13. El Laudo de la mayoría rechaza solo formalmente la pretensión de los Demandantes de excluir el derecho de la República Argentina y evita la aplicación del derecho internacional consuetudinario relevante en la materia a pesar de la trascendencia de ambos ordenamientos para la resolución de la presente controversia de conformidad con el derecho aplicable definido en el artículo 8 (6) del TBI, como por ejemplo la norma consuetudinaria de derecho internacional invocada por la Demandada como defensa de fondo. Tampoco aplica otras disposiciones relevantes del BIT como el párrafo *in fine* del artículo 1 arriba citado o las aplica mal como el artículo 4 (2) sobre expropiación. Se repite lo que sucedió en la fase jurisdiccional. Entonces la mayoría pasó por alto el incumplimiento por los Demandantes de las precondiciones que acompañan la oferta de arbitraje internacional de los Estados Contratantes enunciadas en el Artículo 8 del TBI y ahora, en la fase de fondo, se trata de manera semejante la disposición de apartado (6) de dicho artículo en el que se define el derecho que el Tribunal Arbitral tiene la obligación de aplicar a la solución de la presente controversia.

14. Esta Opinión Disidente aplica normas y principios jurídicos pertinentes para la solución de la presente controversia que provienen de los tres ordenamientos del “derecho aplicable” enumerados en el artículo 8 (6) del TBI existentes en el presente arbitraje. Las normas y principios relevantes de esos tres ordenamientos se complementan perfectamente unas con otras en las circunstancias del caso. No hay tampoco impedimento legal alguno para no aplicar dichas normas o principios, en la medida de su pertinencia para la solución de de la presente controversia puesto que en virtud del artículo 8 (6) del TBI Argentina-Austria la norma enunciada en dicho apartado sobre el “derecho aplicable” es evidentemente una “disposición del presente Convenio”.

C. La carga de la prueba

15. El principio *actori incumbit probatio*, generalmente aplicado por los tribunales internacionales, preside también la distribución de la carga de la prueba en los arbitrajes CIADI de inversiones *en los que la responsabilidad internacional del Estado receptor de la inversión no se presume*. Hay que probarla. En el presente caso corresponde, por lo tanto, a los Demandantes probar su afirmación de que la Demandada ha violado los Artículos 2(1), 4(1) y(2) y 4(3) del TBI Argentina-Austria. En otras palabras, como declaró el tribunal *Les Laboratoires c. Polonia*:

“the burden them falls onto the Claimants to show that Poland’s regulatory actions were inconsistent with the legitimate exercise of Poland’s powers” y que “(it) would be unreasonable to demand that Poland ‘prove the negative’ in the sense of demonstrating an absence of bad faith and discrimination, or the lack of disproportionateness in the measures taken” (laudo de 14 de febrero de 2012, párr. 583-584).

16. Este principio general de la administración de la prueba aplicado en los tribunales internacionales no libera sin embargo a la Demandada de la carga de tener que probar, si hay lugar a ello, los hechos que invoque en su propia defensa. Una demandada puede en efecto limitarse a simplemente negar lo afirmado por la demandante, pero puede también defenderse haciendo sus propias afirmaciones contra lo actuado por la demandante lo que puede conllevar la alegación de elementos de hecho. Cuando esto sucede, como en el presente caso, corresponde a la demandada la carga de probar los hechos que alegue en su defensa. Así pues, en este arbitraje cada Parte tiene la carga probar los hechos que haya

alegado. En cambio, ninguna de las Partes tiene que probar lo que haya sido admitido por la otra Parte, y los hechos de dominio público no necesitan tampoco ser probados.

17. En términos generales, los Demandantes han tenido dificultades con la administración de la prueba de sus alegatos. Por ejemplo, los Demandantes sostienen que ENJASA no violó o incumplió la obligación de solicitar la autorización del ENREJA para contratar terceros operadores (artículo 5, primer párrafo, de la Ley provincial N° 7020) pero han sido incapaces de presentar al Tribunal Arbitral un original o una copia de dicha solicitud para ninguno de los once terceros reconocidos (por la Resolución 324 del ENREJA de 20 de noviembre de 2013) como operadores con anterioridad al 13 de agosto de 20013 (C-219), fecha de la revocación de la Licencia de ENJASA por la Resolución N° 240 del ENREJA.
18. Otro ejemplo: en relación con la interpretación de la obligación enunciada en el segundo párrafo del artículo 5 de la Ley 7020, ENJASA informó por carta de 30 de agosto de 2005 al ENREJA, firmada por el apoderado de la empresa Sr. Petersen, que estaba de acuerdo en que la “ley Antiblanqueo y la ley 7020 establece efectivamente que los premios superiores a los pesos diez mil deben ser abonados con cheque previa identificación de la persona que procede al cobro del premio. Esto siempre se cumplió por parte de ENJASA” (exhibit RA 193), mientras que en este procedimiento arbitral los Demandantes se oponen a la interpretación de la disposición aceptada entonces por la empresa y confirmada, por cartas ulteriores del Sr. Petersen en la misma calidad, de marzo de 2008 (exhibit RA-173) y mayo de 2010 (exhibit RA-165).
19. También es motivo de perplejidad, que los Demandantes aleguen que la revocación de la Licencia de ENJASA ha sido una medida con efectos equivalentes a una expropiación sin que hayan probado que se cumplen los requisitos del estándar internacional aplicable en la materia, formulado, por ejemplo, por el tribunal CIADI del caso *Venezuela Holdings B.V. y otros c. Venezuela* (Guillaume, Kaufmann-Kohler y El-Kosheri) en los siguientes términos:

“El Tribunal considera que, en virtud del derecho internacional, una medida que no contenga todas las características de una expropiación formal puede ser equivalente a una expropiación si da lugar a *una efectiva privación de la inversión en su conjunto*. Dicha privación requiere de la *pérdida total del valor de la inversión* o

de la pérdida total del control por parte del inversor de su inversión, ambas de carácter permanente.” (laudo de 9 de octubre de 2014, párr. 286) (itálicas añadidas).

D. La reclamación de los Demandantes y la norma del previo agotamiento de los recursos internos del Estado demandado

20. Otro obstáculo que deben superar los Demandantes en relación con el establecimiento de una responsabilidad internacional de la República Argentina en el presente caso concierne la norma del previo agotamiento de los recursos internos del Estado demandado, calificada por la Sala de la CIJ del caso *ELSI* de “principio importante del derecho internacional consuetudinario” (*ICJ Reports 1989*, p. 42, párr. 50). Las Partes no han debatido sobre este principio, pero la cuestión se plantea objetivamente al Tribunal Arbitral que conoce el derecho (*iura novit curia*) dada la definición del “derecho aplicable” del artículo 8 (6) del TBI Argentina-Austria.
21. En efecto, el artículo 44 (b) de los Artículos de la CDI sobre la “Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos” incluido en la Tercera Parte en que se dividen dichos Artículos - Parte titulada “*Modos de hacer efectiva la responsabilidad internacional del Estado*” - dispone que “La responsabilidad del Estado no podrá ser invocada ...si la reclamación está sujeta a la norma del agotamiento de los recursos internos y no se han agotado todas las vías de recursos internos disponibles y efectivas”. El apartado 3) del comentario a dicho artículo precisa que:
- “El apartado se formula en términos generales para abarcar todos los supuestos a los que se aplica la norma del agotamiento de los recursos internos, sea en virtud de un tratado o del derecho internacional general, y en esferas no limitadas necesariamente a la protección diplomática”.
22. A la luz de los términos del apartado (b) del artículo 44 y su comentario, así como del hecho de que el TBI Argentina-Austria no contiene “*any words making clear an intention to dispense with (the) rule*” del previo agotamiento de los recursos internos (*ELSI, dixit.*), no puede presumirse por este Tribunal Arbitral que la disposición enunciada en el mencionado artículo 44 sea *prima facie* ajena al presente caso. Sin embargo, tanto los alegatos de los Demandantes como algunas consideraciones y conclusiones del Laudo mayoritario abarcan supuestos que caen, sin lugar a duda, dentro del ámbito de aplicación de la norma del previo agotamiento de los recursos internos del derecho internacional

consuetudinario. Lo dispuesto en el artículo 26 del Convenio CIADI sobre dicha norma no resuelve la cuestión que se plantea en el presente contexto, pues la referencia en dicho artículo del Convenio al previo agotamiento de los recursos internos viene referida al “consentimiento al arbitraje” de los Estados Contratantes del Convenio CIADI y no a las reclamaciones de fondo de terceros inversionistas a los efectos de establecer una responsabilidad internacional de un Estado Contratante del CIADI. La cuestión se plantea en esta fase del presente arbitraje CIADI dado que los Demandantes no han agotado, previamente a este arbitraje, los recursos judiciales internos de la Demandada y sin dicho agotamiento no hay lugar a concluir que la Demandada haya podido incurrir, por ejemplo, en una “denegación de justicia” o una “manifiesta arbitrariedad” ni en nada que se le parezca como alegan los Demandantes y admite el Laudo mayoritario.

23. El apartado 1) del comentario de la CDI al mencionado artículo 44 explica la distinción que debe hacerse entre unas admisibilidades y otras. Según dicho apartado los Artículos de la CDI sobre la responsabilidad internacional del Estado no se refieren a las cuestiones relativas a la competencia de los tribunales judiciales y arbitrales internacionales, ni en general a las condiciones de admisibilidad de los asuntos sometidos a esos tribunales, sino que definen las condiciones para la determinación de la responsabilidad internacional del Estado y para la invocación de esa responsabilidad, concluyendo sobre dicha distinción lo siguiente:

“Así pues, los artículos no tienen por objeto regular cuestiones como el requisito del agotamiento de otros modos de solución pacífica antes del acto de iniciación del proceso, ni principios como los de litispendencia o de elección de una vía en lo que afecten a la competencia de un tribunal internacional con respecto a otro. En cambio, algunas cuestiones que cabría calificar de cuestiones de admisibilidad si se hacen ante un tribunal internacional tienen un carácter más sustantivo. Son, ante todo, condiciones para hacer valer la responsabilidad de un Estado. Dos de esas cuestiones son objeto del artículo 44; el requisito de la nacionalidad de las reclamaciones y el del agotamiento de los recursos internos.”

24. Es evidente que en el presente caso los Demandantes han agotado los recursos administrativos internos de la Demandada antes de acudir con su reclamación al CIADI, pero no los recursos judiciales internos de la Demandada, por lo tanto no se ha producido un agotamiento de los recursos internos. Por otra parte, el agotamiento de los recursos

internos es una *norma primaria* consuetudinaria de derecho internacional que es tratada generalmente como algo distinto a lo que se denomina el “fondo el asunto”, puesto que basta para cumplir con dicha norma primaria haber sometido previamente a los recursos internos hasta su agotamiento la “sustancia de la demanda” que, posteriormente se someta al tribunal internacional de que se trate (*ELSI, ICJ Reports 1989*, p.46, párr, 59 *in fine*). Pero esto no ocurrió tampoco en el presente caso. Se confirma por lo tanto que los Demandantes acudieron al CIADI sin haber agotado previamente los recursos internos de la Demandada lo que les afecta negativamente, dado que limita que puedan invocar la responsabilidad de la Demandada, es decir las normas secundarias del derecho internacional sobre la Responsabilidad internacional del Estado , en todos aquellos supuestos en que sus reclamaciones de fondo se basen en normas primarias de derecho internacional sujetas a la norma primaria consuetudinaria del derecho internacional del previo agotamiento de los recursos internos. En estos supuestos la Responsabilidad del Estado no puede ser invocada y, por lo tanto, la reclamación no será admisible (artículo 44 de los Artículos de la CDI sobre la Responsabilidad internacional del Estado).

E. Del deber de reparar

25. Todo hecho internacionalmente ilícito genera una responsabilidad internacional cuyo contenido principal es la obligación de reparar el perjuicio causado mediante una de las formas de reparación admitidas en el derecho internacional entre las que destaca, en la práctica, la indemnización del perjuicio ocasionado, salvo si existe en un caso determinado una circunstancia que excluya la ilicitud. Sin un hecho internacional ilícito no nace una responsabilidad internacional del Estado para los Artículos en la materia codificados por la Comisión de Derecho Internacional (CDI). En el caso concreto de este arbitraje, los Demandantes alegan que la República Argentina está obligada a indemnizarles por el perjuicio causado a su inversión en ENJASA, como consecuencia de la revocación por la Provincia de Salta (República Argentina) de la Licencia que tenía la e0mpresa para la explotación y gestión de los juegos de azar de jurisdicción provincial, dado que a su parecer dicha medida habría violado los artículos 2 (1), 4(1), 4(2) y 4 (3) del TBI Argentina-Austria. En sus conclusiones finales, los Demandantes solicitan por dicho motivo una

reparación de la Demandada en forma de indemnización de un montante no inferior a la suma de 51.919.998 dólares estadounidenses (EPA, párr. 584)

26. Sin embargo, este árbitro considera que en el presente caso no hay lugar a indemnizar a los Demandantes por la suma mencionada, ni por cualquier otra, por dos consideraciones de orden jurídico determinantes. Primero porque el efecto adverso que alegan los Demandantes no es consecuencia de un hecho internacionalmente ilícito de la Demandada hacia los mismos sino del ejercicio regular por el órgano competente de la República Argentina de las potestades regulatorias y de policía de la República como Estado soberano y, por consiguiente, el efecto adverso en cuestión no genera una responsabilidad internacional ni un deber de reparar a cargo de la Demandada. Y segundo porque los Demandantes no han probado que la Demandada haya violado las obligaciones enunciadas en los artículos del TBI Argentina-Austria que invocan en ninguno de los tres reclamos que han presentado y, sin la prueba de la violación - de por lo menos una de esas obligaciones internacionales convencionales - la Demandada no ha podido incurrir en una responsabilidad internacional generadora de un deber de reparar a los Demandantes el efecto adverso que alegan haber sufrido, ni en forma de una indemnización ni de ninguna otra de las formas de reparación admitidas en los Artículos de la CDI relativos a la “Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos”. En consecuencia, la resolución de la presente controversia no plantea, en opinión de este árbitro, ninguna cuestión relativa a la evaluación de perjuicios o efectos adversos puesto que la Demandada no ha incurrido en una responsabilidad internacional hacia los Demandantes susceptible de generar un deber de repararlos.
27. La mayoría, sin embargo, ha concluido equivocadamente en el Laudo que la Demandada ha incurrido en una responsabilidad internacional respecto de los Demandantes y que estos deben ser indemnizados. Esta conclusión infundada del Laudo aconseja que me pronuncie brevemente en esta Introducción sobre algunas cuestiones de índole jurídica que el “deber de reparar” suele plantear a los tribunales arbitrales internacionales. En primer lugar, dichos tribunales necesitan determinar si el perjuicio o efecto adverso que el inversor-demandante alega haber sufrido es indemnizable en virtud de lo que dispone al respecto el “derecho aplicable” a la controversia de que se trate. Si ese no es el caso, habrá que determinar entonces, en segundo lugar, si el perjuicio o efecto adverso que alega el

inversor-demandante es la consecuencia directa de la comisión por el Estado receptor de un hecho internacionalmente ilícito generador de una responsabilidad internacional del Estado hacia el inversor-demandante en cuestión. Finalmente, si hay lugar a reparación de un perjuicio o efecto adverso por haber incurrido el Estado receptor en una responsabilidad internacional hacia el inversor-demandante, el tribunal arbitral deberá determinar la forma de reparación más apropiada a la luz de la naturaleza del perjuicio o efecto adverso constatado y cuando ésta forma sea la “indemnización” calcular el *quantum* de la misma.

28. Todas y cada una de las etapas del proceso decisorio arriba mencionado están reguladas por el derecho internacional, ninguna de ellas es una cuestión dejada por el ordenamiento internacional al libre arbitrio de los árbitros. La existencia de una obligación de reparar, sus formas y la determinación del *quantum* de una eventual indemnización es un ejercicio regulado por el derecho internacional en la misma medida en que lo está la determinación previa indispensable de la existencia de una responsabilidad internacional del Estado receptor por haber cometido un hecho internacionalmente ilícito. Las reglas codificadas en los mencionados Artículos de la CDI no permiten abrigar ninguna duda al respecto. En otras palabras, no hay lugar para invocar la jurisprudencia del asunto de la *Fábrica de Chorzów* sobre el deber de reparar íntegramente el perjuicio causado por el hecho internacionalmente ilícito si, acto seguido, se ignoran o marginan las reglas del derecho internacional que regulan los diversos aspectos de dicha obligación, a comenzar por la propia existencia del hecho internacionalmente ilícito generador de la responsabilidad internacional que se alega, como ocurre en el presente caso en el contexto de cada uno de los tres reclamos de los Demandantes, pues dicha existencia requiere la concurrencia tanto del elemento subjetivo (atribución) como del elemento objetivo (violación de una obligación internacional) del hecho internacionalmente ilícito que se alegue.
29. En los párrafos 480 y 481 de su EPA, los Demandantes parecen alegar que el *quantum* de la indemnización que reclaman sería el mismo o muy semejante si la Demandada hubiese violado el artículo 4 (expropiación) o el artículo 2 (1) (tratamiento justo y equitativo) del TBI Argentina-Austria, o ambos artículos. Este árbitro no está de acuerdo con que, en el derecho internacional, para la determinación del montante de una indemnización como reparación sea indiferente la identidad y naturaleza del hecho internacionalmente ilícito generador de la responsabilidad internacional en cuestión. En todo caso, como lo confirman

los comentarios relevantes de la CDI en sus Artículos sobre la Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos el alcance del “principio de la reparación íntegra” está estrictamente limitado a la “reparación al perjuicio causado efectivamente” por el ilícito concreto de que se trate y descarta, por abusiva, toda reclamación que exceda el valor de dicho perjuicio tanto en relación con el capital invertido por el inversor de que se trate o, cuando sea relevante, de un eventual lucro cesante. Por otra parte, en lo que concierne a este último puede además suceder que, como ocurre en el presente caso, el derecho internacional impida reclamar un determinado lucro cesante por ser consecuencia de un riesgo que, como el “riesgo empresarial”, el derecho internacional de las inversiones atribuye al inversor-empresario.

30. El párrafo 5 del comentario de la CDI al artículo 34 (Formas de reparación) de sus Artículos sobre la Responsabilidad internacional del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, precisa que la “indemnización se limita al daño efectivamente sufrido como consecuencia del hecho internacionalmente ilícito y excluye cualquier daño que sea indirecto o remoto”. La doctrina corrobora plenamente este comentario como lo demuestra el hecho de que la Resolución del Instituto de Derecho Internacional (IDI) sobre “Aspectos jurídicos del recurso al arbitraje por un inversor contra las autoridades del Estado huésped sobre la base de tratados interestatales” disponga en su artículo 13 que: “Compensation due to an investor for violation of the FET standard shall be assessed without regard for compensation that could be allocated in case of an expropriation, in accordance with the damage suffered by the investor” (Annuaire de l’IDI, Sesión de Tokyo, vol. 75, 2013, p. 431).
31. Otra norma del derecho internacional que gobierna el deber de reparar concierne la “contribución al perjuicio” de la víctima del ilícito, tema sobre el cual los Demandantes y el Laudo mayoritario guardan un silencio tan espeso como inexcusable, a pesar de que la norma correspondiente está codificada en el artículo 39 del Capítulo II (Reparación del perjuicio) de la Segunda Parte (Contenido de la responsabilidad internacional del Estado) de los mencionados artículos de la CDI. Debe por lo tanto recordarse que dicha norma dispone que: “Para determinar la reparación se tendrá en cuenta la contribución al perjuicio resultante de la acción o la omisión, intencional o negligente, del Estado lesionado *o de toda persona o entidad en relación con la cual se exija la reparación*“.(*itálicas añadidas*).

32. Como señala al respecto la decisión sobre anulación del comité *ad hoc MTD Equity c. Chile* “no existe razón para no aplicar el mismo principio de contribución a demandas impuestas por individuos por incumplimiento de un tratado” (párrafo 99 de la decisión). En el presente caso, la Demandada ha presentado prueba documental de que los Demandantes fueron invitados a participar en el “plan transitorio” para el otorgamiento de nuevas licencias, aplicado después del rechazo del recurso de reconsideración de la sanción revocatoria de la Licencia de ENJASA (Resolución N° 315 del ENREJA), invitación que además se mantuvo durante un cierto tiempo (resolución 324 del ENREJA de 20 de noviembre de 2013 (C-219)). Pero, los Demandantes declinaron la invitación de participar en dicho plan lo que contribuyó sin duda a aumentar el perjuicio que ahora alegan haber sufrido. En todo caso es evidente que de haber aceptado participar en el “plan transitorio”, los Demandantes habrían obtenido al menos una de las nuevas licencias, lo que hubiera disminuido el monto del lucro cesante que alegan ahora haber sufrido como consecuencia de la revocación de la licencia de ENJASA y del hecho que cuando se produjeron las violaciones o incumplimientos por la empresa que motivaron dicha revocación eran los propios Demandantes los que controlaban, gestionaban, dirigían y administraban ENJASA como un empresario.
33. Los Demandantes se han referido o han invocado en relación con su reclamo de “expropiación indirecta” la exigencia de que la indemnización debe de ser “pronta, adecuada y efectiva” (la fórmula de Cordell Hull secretario de de Estados de los EE.UU en la década de 1920 rechazada por México). Pero, el TBI Argentina-Austria concluido en 1992 - que es el tratado que gobierna este arbitraje - no utiliza en absoluto dicha fórmula sino la siguiente: “la indemnización deberá ser pagada sin *demora indebida*” y “la determinación y el pago de la indemnización *deberán ser previstos de manera adecuada* a más tardar en el momento de la expropiación” (artículo 4 (2) del TBI Argentina-Austria (itálicas añadidas)). Estas formulaciones del TBI aplicable son más acorde con las sensibilidades contemporáneas y con el léxico utilizado en resoluciones y documentos pertinentes de las Naciones Unidas. En todo caso, son las fórmulas que deben tenerse en cuenta en este Tribunal Arbitral si hubiese lugar a una indemnización por ser las del TBI aplicable. La fórmula de Cordell Hull no figura en ninguno de los 59 Artículos de la CDI sobre la Responsabilidad internacional del Estado por hechos internacionalmente ilícitos.

Lo cual significa que no es una regla secundaria de la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, sino una regla convencional primaria que puede o no incorporarse los TBIs u otro tratado cuando así lo acuerden los Estados Contratantes del mismo lo que no sucede en el presente caso con del TBI aplicable en el presente arbitraje.

34. Hoy en día también ha quedado claro que la ausencia temporal de indemnización no convierte una expropiación en ilegal pues mientras se debate entre las partes si ha habido o no expropiación (o si la cuestión está *sub judice*) no tiene sentido adelantar el pago de una indemnización. Los laudos mas recientes así lo confirman. Por ejemplo, el laudo del tribunal *Venezuela Holding B.V. y otros c. Venezuela* declara: (i) que “the mere fact than an investor has not received compensation does not in itself render an expropriation unlawful”; y (ii) que “in the absence of payment of compensation, a tribunal must consider the facts of the case” (párrafo. 301 el laudo). Hay otras decisiones arbitrales en el mismo sentido como, por ejemplo, en *Tidewater c. Venezuela*. Ya nos señalaba el Profesor Brownlie en sus *Principles of Public International Law* que la compensación de la expropiación no es una condición de su licitud, ni la ausencia de compensación no es una condición de la ilicitud de la expropiación (Segunda edición, 1973, p. 523).
35. A pesar de las consideraciones precedentes, el Laudo mayoritario impone a la Demandada sin justificación jurídica una indemnización basada en el lucro cesante de ENJASA que era una empresa en funcionamiento (*going concern*) cuando el ENREJA la sancionó con la revocación de la licencia que tenía la empresa. Es por lo tanto oportuno señalar al respecto que según el párrafo 2 del artículo 36 de los Artículos de la CDI sobre la Responsabilidad internacional del Estado: “La indemnización cubrirá todo daño susceptible de evaluación financiera, incluido el lucro cesante *en la medida que éste sea comprobado*”. Hay criterios que no tienen en cuenta en esa comprobación ningún valor por encima del valor del mercado, pero también se han ido elaborado técnicas de valoración más complejas por su toma en consideración de factores de probabilidad, como por ejemplo el método del “flujo efectivo actualizado” (*discounted cash flor (DCF)*). Esto puede acarrear un doble resarcimiento resultado de la interrelación entre el valor capital de la empresa y el de sus beneficios que debe evitarse, por lo que otros tribunales han preferido recurrir métodos de cálculo más estables basados en el valor de los activos de la empresa (*asset-based methods*).

36. El comentario de la CDI al mencionado artículo 36 de sus Artículos sobre la Responsabilidad internacional del Estado distingue tres categorías de “ganancias dejadas de obtener”, es decir de lucro cesante. La tercera categoría concierne, como en el presente caso, reclamaciones por lucro cesante planteadas en relación con las concesiones y otros derechos contractuales protegidos (como los de las licencia de ENJASA) en los que lo que se indemniza es “la corriente de ingresos futura, hasta el momento en que concluya el reconocimiento legal del título” (párrafo 33 del comentario de la CDI al artículo 36), concluyendo al respecto: “(que) de otorgarse el resarcimiento de las ganancias dejadas de obtener, no parece adecuado otorgar intereses a tenor de lo dispuesto en el artículo 38 sobre el capital generador de renta durante el mismo periodo de tiempo, sencillamente porque el capital no puede simultáneamente devengar intereses y generar beneficios. La finalidad principal es evitar el doble resarcimiento al mismo tiempo que una reparación completa” (párrafo 33 del comentario de la CDI al artículo 36).
37. Finalmente, en relación con la adjudicación de intereses, el artículo 38 (1) de los Artículos de la CDI dispone, *inter alia*, que los intereses deben pagarse sobre “toda suma principal adeudada” pero solamente “en la medida necesaria para asegurar la reparación integra” ya que como precisa el comentario de la CDI a dicho artículo:
- “Los intereses no constituyen una forma autónoma de reparación; tampoco son en todos los casos una parte necesaria de la indemnización. Por esta razón en el artículo 38 se utiliza el término “suma principal” en lugar de “indemnización. No obstante, en algunos casos puede ser necesaria una adjudicación de intereses para obtener la reparación integra del perjuicio causado por un hecho internacionalmente ilícito, y esta cuestión suele ser tratada por separado en las reclamaciones de indemnización y en los fallos de los tribunales” (párrafo 1 del comentario).
38. El Laudo mayoritario no lo ha hecho, ni tampoco ha motivado porqué adjudica “intereses compuestos” a cargo de la Demandada dado que en el derecho internacional la norma general establece que dichos intereses no son admisibles. Como declaró en 1924 el árbitro Huber en el asunto relativo a las *Reclamaciones británicas en la zona española de Marruecos*: “la jurisprudencia arbitral ... es unánime ... en rechazar el interés compuesto” (citado por la CDI en el párrafo 8 de su comentario al artículo 38 de sus Artículos sobre la Responsabilidad internacional del Estado). En 2001, la CDI así lo confirma cuando señala también que: “La opinión general de las cortes y tribunales ha sido contraria al

otorgamiento de intereses compuestos, lo que es cierto incluso en el caso de los tribunales que consideran que los demandantes tienen normalmente derecho a intereses compensatorios”. La obligación de este Tribunal Arbitral es aplicar en la cuestión de los intereses como en cualquier otra cuestión que se plantee en el presente arbitraje el “derecho aplicable” definido en el artículo 8 (6) del TBI Argentina-Austria que incluye como hemos dicho el derecho internacional en la materia, no lo que digan, eventualmente, con o sin justificación otros tribunales arbitrales de inversiones. El Laudo mayoritario no lo hace en una extralimitación manifiesta adicional de sus facultades.

39. Ni la CPJI ni la CIJ cuya función fue y es respectivamente decidir controversias conforme al derecho internacional han adjudicado “intereses compuestos”. En el asunto *Wimbledon (PCIJ, Series A, N°1, 1923, p. 32)* y en el asunto *Diallo (ICJ, Reports 2012 (II), p. 343, párr. 56)*) ambas Cortes otorgaron intereses moratorios simples del 6% a partir de la fecha de la sentencia. El Tribunal de Reclamaciones entre Irán y los EE.UU. también ha denegado en forma consecuente las demandas de intereses compuestos. Por ejemplo, en el asunto *R.J. Reynolds Tobacco c. Irán (1984)* declaró no encontrar “ninguna razón especial para apartarse de los precedentes internacionales que normalmente no permiten otorgar intereses compuestos” (citado por la CDI en el párrafo (5) de su comentario al mencionado artículo 38).
40. En la práctica de los arbitrajes CIADI los tribunales unas veces se han decantado por adjudicar “intereses simples” (por ejemplo en *CMS Gas Transmisión c. Argentina, 2005*) y en otros casos por “intereses compuestos” (por ejemplo en *MTD Equity c. Chile, 2004*). Pero, la adjudicación de los “intereses compuestos” por los tribunales CIADI que los otorgan no ha ido acompañada, en la generalidad de los casos, de la debida motivación, como cabría esperar dado que se apartan del derecho internacional general, lo que desdice sus frecuentes afirmaciones retóricas de que lo aplican. Las decisiones que otorgan “intereses compuestos” se limitan en general a indicar simplemente que así lo han solicitado los demandantes, lo que no se corresponde con lo que dispone la regla 47 (1) (i) de las Reglas de Arbitraje CIADI. Esto tampoco es aceptable, sobre todo, porque el pago de intereses está reglado por las normas secundarias de la responsabilidad del derecho internacional que conforman el derecho a reparar el perjuicio causado por un hecho internacionalmente ilícito, de lo que es una evidencia manifiesta que el artículo 38 de la

CDI esté inserto en el Capítulo II de la Segunda Parte de los mencionados Artículos de la CDI titulada “*Contenido de la responsabilidad internacional del Estado*”.

PARTE I: DE LA NORMA CONSUECUDINARIA DE DERECHO INTERNACIONAL INVOCADA POR LA DEMANDADA QUE ESTABLECE QUE UN ESTADO NO ESTÁ OBLIGADO A INDEMNIZAR A UN EXTRANJERO POR LOS EVENTUALES EFECTOS ADVERSOS DEL EJERCICIO POR SUS ÓRGANOS COMPETENTES DE LAS POTESTADES REGULATORIAS Y DE POLICÍA DEL ESTADO

A. La naturaleza consuetudinaria de la norma y su aplicabilidad en el presente caso

41. En sus conclusiones finales la Demandada afirma que no violó los artículos 2(1), 4(1) y (2) y 4 (3) del TBI Argentina-Austria y que, por consiguiente, no hay lugar a indemnización dado que la revocación de la licencia de ENJASA constituyó un ejercicio regular por el ENREJA, el Ente Regulador provincial de los juegos de azar en Salta, de la potestad regulatoria y de supervisión o policía del Estado que el derecho internacional reconoce y ampara en tanto que uno de los corolarios de su soberanía. Se trata de una norma de derecho internacional consuetudinario de antiguo abolengo que en los últimos años ha recuperado protagonismo dado los excesos que han acompañado la invocación de expropiación indirecta en los contenciosos internacionales sobre inversiones extranjeras. El Laudo de la mayoría no responde a la invocación por la Demandada de la mencionada norma consuetudinaria de derecho internacional a pesar de haber sido presentada como defensa de fondo contra las conclusiones de los Demandantes incurriendo, por lo tanto, al respecto en *infra petita*.
42. Este árbitro ya tuvo ocasión de referirse a esta norma de derecho internacional en su Declaración Disidente anexa a la Decisión sobre Jurisdicción del Tribunal Arbitral en la que citó la formulación que de la misma hizo el Tribunal *Saluka c. República Checa* en su laudo parcial de 17 de Marzo de 2006 (párr. 255), así como algunos otros instrumentos, compilaciones y estudios sobre la responsabilidad internacional del Estado por el trato a la persona y los bienes de los extranjeros que es donde se ubica en el ordenamiento jurídico internacional general la norma consuetudinaria invocada por la Demandada, Como ya afirmaba el Profesor Brownlie:

“State measures, prima facie a lawful exercise of powers of governments, may affect foreign interests considerably without amounting to expropriation. Thus, foreign

assets and their use may be subject to taxation, trade restrictions involving licences and quotas, or measures of devaluation. While special facts may alter cases, in principle such measures are not unlawful and do not constitute expropriation” (*Principles of Public International Law*, Segunda edición, Clarendon-Oxford University Press, 1973, p. 517-518).

43. El derecho internacional ha otorgado tradicionalmente a los Estados una discreción amplia para definir, organizar y administrar sus economías. La admisión en el ordenamiento jurídico internacional de normas sobre la expropiación y otros estándares de protección de la inversión extranjera no ha suplantado o disminuido en modo alguno los poderes regulatorios y de policía de los Estados soberanos que son un instrumento indispensable para hacer viable el ejercicio y desarrollo de las funciones públicas que las sociedades contemporáneas reclaman del Estado. Como declara el *Proyecto de Convención sobre Responsabilidad de los Estados de Harvard*:

“An uncompensated taking of an alien property or a deprivation of the use or enjoyment of property of an alien which results from the execution of tax laws; from a general change in the value of currency; from the action of competent authorities of the State in the maintenance of public order, health o morality; or from the valid exercise of belligerent rights or otherwise incidental to the normal operation of the laws of the State shall not be considered wrongful” (55 *American Journal of International Law*, 545, 1961, p.554)

44. Estas privaciones no compensables van acompañadas en el proyecto de Havard de las siguientes condiciones: (i) it is not a clear and discriminatory violation of the law of the State concerned; (ii) it is not the result of a violation of any provision of Articles 6 to 8 (of the draft Convention); (iii) it is not an unreasonable departure from the principles recognised by the principal legal systems of the world; y (iv) it is not an abuse of the powers specified in the paragraph for the purpose of depriving an alien of his property.
45. Por su parte, el *Restatement (Third) of Foreign Relations Law* de los Estados Unidos de América establece que: “A State is not responsible for the loss of property of an alien or for other economic disadvantages resulting from bona fide general taxation, regulation, forfeiture for crime, or other action of the kind that is commonly accepted as within the police power of State, if it is not discriminatory,...and is not designed to cause the alien to abandon the property to the state or sell it at a distress price” (American Law Institute, 1987, Vol. 2, sección 712, comment).

46. Los sucesivos informes de García Amador, Relator Especial de la Comisión de Derecho Internacional (CDI) sobre el tema de la responsabilidad internacional del Estado por el trato a la persona o los bienes de los extranjeros reflejan también la existencia, vigencia y operatividad de la norma consuetudinaria de derecho internacional que estamos comentando. En su sexto y último informe de 1961 donde hace una revisión general de su proyecto de artículos, García Amador distingue la “expropiación” de “otras medidas” y reitera la necesidad de distinguir las medidas que “constituyen intrínsecamente un acto contrario al derecho internacional, capaz, por lo tanto, de originar directa o inmediatamente la responsabilidad, de *aquellas que constituyen el ejercicio de un derecho del Estado y que requieren, para que este incurra en responsabilidad, la concurrencia de otros elementos o circunstancias que configuren por si mismos un acto u omisión contrario al derecho internacional*”. En cuanto a la “obligación de reparar” García Amador sostiene que “cuando la medida que da lugar a la reclamación constituye el ejercicio de una de las múltiples competencias que tiene el Estado sobre los derechos patrimoniales, cualesquiera que sea su clase o la nacionalidad del titular, no puede ni debe hablarse de ‘reparación’, aunque esto sea lo que ocurre ordinariamente tanto en la práctica como en la doctrina,” (*Anuario de la CDI*, 1961, vol.II, p. 43, párrs. 154 y 156).
47. En tiempos más recientes, los poderes de regulación y de policía del Estado han conocido un desarrollo considerable pues los Estados han tenido que ir asumiendo nuevas tareas para promover el bienestar de los pueblos y la cooperación internacional en diversas áreas o sectores en una sociedad internacional cada vez más globalizada. Estos desarrollos ha requerido, por ejemplo, la intervención del Estado en áreas tales como la promoción de un comercio internacional justo, el desarrollo económico de los pueblos, la prevención de la degradación del medio ambiente, el desarrollo de energías renovables, la protección de la salud y de la seguridad de los ciudadanos, la lucha contra la pobreza, el terrorismo y el narcotráfico, la prevención de la evasión fiscal y un largo etc. entre los que se encuentra la prevención del lavado o blanqueo de dinero como elemento indispensable en la lucha contra el narcotráfico y el terrorismo que, en el presente caso, motivó la revocación de la Licencia que tenía la empresa ENJASA para la explotación en exclusiva de los juegos de azar de jurisdicción provincial en la Provincia de Salta de la República Argentina.

48. Esta nueva dimensión de la actividad reguladora y de policía de los Estados ha coincidido con el desarrollo, con posterioridad al Convenio CIADI de 1965, de normas y procedimientos internacionales de protección de la inversión privada extranjera lo que ha podido confundir a algunos sobre la plena y continuada vigencia de la norma consuetudinaria de derecho internacional que establece *ex origen* que ningún Estado está obligado a indemnizar a un extranjero por los efectos adversos eventuales que resulten del ejercicio regular u ordinario por sus órganos de sus potestades de regulación y de supervisión o policía, salvo en la medida en que lo haya consentido.
49. No tiene, por lo tanto, sentido afirmar que la distinción entre “medidas reguladoras” y “medidas de expropiación indirecta” comenzó alrededor de 2004 u otra fecha reciente pues ello implica desconocer que mientras la protección internacional de la llamada “expropiación indirecta” se ha desarrollado en las últimas décadas, el reconocimiento y protección por el derecho internacional consuetudinario de las potestades de regulación y de policía de los Estados viene de antaño en tanto que elemento inherente a su soberanía y así lo refleja el derecho internacional público contemporáneo tanto antes como después de la conclusión del Convenio CIADI.
50. Lo que sucedió durante los últimos años del siglo XX y comienzos del XXI fue que la preocupación legítima de algunos tribunales arbitrales y de algunos publicistas por proteger la propiedad extranjera contra eventuales expropiaciones o privaciones por el Estado receptor de la inversión se acompañó con más frecuencia de la debida bien de un silencio o marginación inexplicable respecto de las potestades de regulación y de policía del Estado anfitrión o bien con el acompañamiento limitaciones de dichas potestades mediante una extensión inusitada del ámbito de aplicación de la llamada “expropiación indirecta”. Ver, por ejemplo, laudos de los casos *SPP c. Egipto* (1992), *Santa Elena c. Costa Rica* (2000), *Metaclad c. México* (2000) y *Tecmed c México* (2003).
51. Este último caso es un buen ejemplo de la tendencia a admitir, por lo inevitable, dichas potestades del Estado pero limitándolas. En efecto, el laudo del caso *Tecmed* declara, por un lado, que “es un principio indiscutido que el ejercicio por el Estado de facultades soberanas bajo el poder de policía puede ocasionar perjuicios económicos a los administrados sin compensación alguna” (laudo, de 29 de mayo de 2003, párr. 119)

mientras que, por otro lado, extrapola al derecho internacional sobre inversión extranjera elementos de la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos que le son ajenos y considera inversiones protegidas las meras expectativas subjetivas de los inversionistas lo que, en gran medida, vacía de contenido el afirmado “principio indiscutido” frente a reclamaciones de “expropiación indirecta” en permanente expansión. Se entienden, por lo tanto, las críticas que ha suscitado algunos aspectos de dicho laudo.

52. Las decisiones que se inscriben en la tendencia *Tecmed* siguen sin superar el déficit normativo congénito que dicha tendencia padece y que conduce, en último término, a que la resolución de la controversia entre el inversionista extranjero y el Estado receptor de la inversión dependa de una construcción subjetiva por el tribunal, en lugar de basarse en la aplicación de las normas objetivas del “derecho aplicable” que haya definido el TBI de que se trate.
53. En todo caso, hoy como ayer, el derecho internacional consuetudinario sigue reconociendo que los eventuales efectos adversos para un inversor extranjero resultado del ejercicio regular de los poderes de regulación y de policía del Estado anfitrión no generan como tales una responsabilidad internacional de dicho Estado debido a que esos efectos no son la consecuencia o resultado de un hecho internacionalmente ilícito del Estado anfitrión de la inversión. Al respecto, es particularmente ilustrativo que en 1999 - en el marco de las negociaciones sobre el Proyecto del Acuerdo Multilateral de Inversiones auspiciado por la OCDE (MAI en sus siglas en inglés) los Ministros de los Estados miembros declararan lo siguiente:

“Ministers confirm that the MAI must be consistent with the sovereign responsibility of governments to conduct domestic policies. The MAI would establish mutually beneficial international rules which would not inhibit, the normal non-discriminatory exercise of regulatory powers by governments and such exercise of regulatory powers would not amount to expropriation” (OECD, *Ministerial Statement of 28 April 1999*).

54. Por su parte, el Convenio Constitutivo de la Agencia Multilateral de Garantía de las Inversiones excluye las medidas no discriminatorias de aplicación general adoptadas generalmente por los gobiernos con objeto de regular la actividad económica en sus territorios respectivos. Otro ejemplo convencional es la Carta de la Energía de 1996 cuyo

artículo 18 dispone que cada Estado “conserv[a] en particular el derecho a ... regular los aspectos ambientales y de seguridad de dicha prospección, desarrollo...”. Por otra parte, en el siglo XXI un número creciente de Estados han incluido en sus tratados de libre comercio, comerciales o de inversión, disposiciones específicas sobre la llamada “expropiación indirecta” con objeto de evitar interpretaciones por tribunales arbitrales que desconozcan, disminuyan o afecten las potestades o poderes de regulación y de policía de los Estados. Así, por ejemplo, el tratado de libre comercio entre Perú y Canadá dispone: “El solo hecho de que una medida o una serie de medidas de una Parte tenga un efecto adverso en el valor económico de la inversión, no determina que ha ocurrido una expropiación indirecta”. La misma tendencia se observa también en tratados multilaterales sobre inversión extranjera como el Convenio CAFTA-República Dominicana.

55. La preocupación de proteger la norma consuetudinaria de derecho internacional comentada se refleja igualmente en los Modelos recientes de TBIs de países tales como los de los EE.UU., Canadá, Noruega, etc... Por ejemplo, en el Anexo B del “2004 US Model BIT” se hace el comentario final siguiente en relación con su artículo 6 relativo a expropiaciones: “Except in rare circumstances, non-discriminatory action by a Party that are designed and applied to protect legitimate public welfare objectives, such as public health, safety, and the environment, do not constitute indirect expropriations”. A su vez el “2012 US Model BIT” dispone que: “The Parties recognize that each Party retains the right to exercise discretion with respect to regulatory, compliance, investigatory, and prosecutorial matters, and to make decisions regarding the allocation of resources to enforcement with respect to other environmental matters determined to have higher priorities”.
56. Estos nuevos desarrollos y su detallado y preciso lenguaje se explican, sin duda, por la alarma creada por algunas decisiones arbitrales en materia de inversiones extranjeras que han desconocido o tratado a la ligera la norma consuetudinaria de derecho internacional que comentamos, sin perjuicio de que dichos desarrollos y precisiones constituyan también un importante reconocimiento adicional de la antigüedad y la plena vigencia de la mencionada norma consuetudinaria. Para evitar equívocos, conviene recordar igualmente que una norma consuetudinaria de derecho internacional general es siempre aplicable o susceptible de aplicación, excepto cuando haya sido expresamente excluida por las partes del acuerdo o tratado de que se trate. La jurisprudencia de la CIJ es absolutamente clara al

respecto: “(an) important principle of customary international law should (not) be held to have been tacitly dispense with, in the absence of any words making clear an intention to do so” (*ELSI, Judgment, ICJ Reports 1989*, p. 15, párr. 50). En el presente caso, el TBI Argentina-Austria no solo no ha expresamente excluido la norma consuetudinaria que estamos considerando, sino que ha enumerado en su artículo 8 (6) entre el derecho aplicable “los principios del derecho internacional en la materia”, como lo hace también el Artículo 42 (1) del Convenio CIADI.

57. En conclusión, la norma consuetudinaria derecho internacional considerada es aplicable a la presente controversia: (i) por enunciar un principio relevante importante de derecho internacional consuetudinario no excluido expresamente por el TBI Argentina-Austria; (ii) por lo dispuesto en el artículo 8 (6) del TBI y en el artículo 42 (1) del Convenio CIADI; y (iii) por haberla expresamente invocado la Parte Demandada, Estado Contratante del TBI aplicable, contra los reclamos de los Demandantes en el presente arbitraje.

B. Reconocimiento general de la aplicabilidad de la norma en los arbitrajes internacionales sobre inversiones extranjeras

58. Como es frecuentemente citado, incluido en el presente arbitraje por ambas Partes, el tribunal de *Saluka c. República Checa* declaró en su laudo parcial de 17 de marzo 2006 que: “It is now established in international law that States are not liable to pay compensation to a foreign investor when, in the normal exercise of their regulatory powers, they adopt in a non-discriminatory manner bona fide regulations that are aimed at general welfare” (párr. 255 del laudo). Y, asimismo, que en opinión del tribunal:

“the principle that a State does not commit an expropriation and is thus not liable to pay compensation to a dispossessed alien investor when it adopts general regulations that are ‘commonly accepted as within the police power of States’ forms part of customary international law to day. There is ample case law in support of this proposition. As the tribunal in *Methanex v. USA* said recently in its final award, ‘(i)t is a principle of customary international law that, where economic injury results from a *bona fide* regulation within the police powers of a State, compensation is not required’” (párr. 262 del laudo).

59. El reconocimiento explícito en los arbitrajes internacionales sobre inversiones extranjeras de la aplicabilidad de esta norma consuetudinaria del derecho internacional aunque relativamente tardío fue sin embargo anterior a *Saluka*. Por ejemplo, ya en el año 2000 fue aplicada por el Tribunal del caso *SD Myers c. Canadá* (Laudo Parcial de 13 de noviembre 2000, párr. 263), en 2001 por el tribunal *Genin c. Estonia y CME c. República Checa*, en 2002 por el tribunal *Feldman c. México* y en 2005 por el Tribunal *Methanex c. United States* el cual declaró al respecto:

“.. en cuanto al derecho internacional general, una norma no discriminatoria que cumple un fin público, redactada de conformidad con el debido proceso y que afecta, entre otros, a un inversor o a una inversión extranjera, no se considera expropiatoria y no da lugar a indemnización salvo que se hayan violado compromisos específicos asumidos por el gobierno frente al inversor extranjero putativo respecto de la inversión que el gobierno debió eximir de dicha regulación” (párr. 7, p. 4, capítulo D, parte IV) (esta versión española es la que figura en el laudo de *El Paso c. Argentina*, párr. 243).

60. La aplicabilidad en el presente caso de esta norma de derecho internacional consuetudinario comentada es pues incuestionable dada su vigencia, su relevancia para la resolución de la presente controversia, la referencia a “los principios de derecho internacional en la materia” en la definición el “derecho aplicable” que enuncia el artículo 8 (6) del TBI Argentina-Austria y la invocación de la norma por la Demandada. Además, ambas Partes así lo han reconocido en sus alegatos. Por su parte, la Demandada ha señalado también a la atención del Tribunal Arbitral varios ejemplos recientes de la aplicación de la norma consuetudinaria comentada por tribunales arbitrales internacionales de inversiones en relación con alegadas violaciones por el Estado anfitrión de los estándares de protección enunciados en los TBIs y en relación tanto con las expropiaciones directas o indirectas como con el trato justo y equitativo. Así lo demuestra una simple lectura *prima facie* de laudos tales como *Crytallex c. Venezuela* (2016) y *Koch Minerals Sárl c Venezuela* (2017) relativos a la expropiación indirecta, *Burlington c. Ecuador* (2012) y *Quiborax c. Bolivia* (2015) a la expropiación directa y *Philip Morris c. Uruguay* (2016) al trato justo y equitativo.

61. La norma de derecho internacional consuetudinario comentada es susceptible por lo tanto de ser invocada, como hace la Demandada, contra todos y cada uno de los tres estándares

de protección de la inversión extranjera que los Demandantes alegan haber sido violados en el presente caso por la Demandada. El laudo del tribunal *Philip Morris c. Uruguay* también precisa que la norma tiene un alcance general en el sentido de que su ámbito de aplicación no se limita a decisiones administrativas de autoridades ejecutivas o de entes reguladores sino que abarca también decisiones de carácter legislativo siempre y cuando las nuevas reglas se asienten en bases racionales y no sean discriminatorias (párr. 430 del laudo).

C. Deferencia de los tribunales arbitrales internacionales por las decisiones adoptadas en foro domestico por el órgano competente del Estado

62. La Demandada ha subrayado toda la deferencia que manifiestan los tribunales arbitrales internacionales por las decisiones adoptadas en foro doméstico por los entes reguladores y demás autoridades de supervisión o aplicación competentes del Estado anfitrión en cuestiones relacionadas con el tratamiento otorgado a los inversores extranjeros y/o a sus inversiones. En efecto, son muy frecuentes las referencias en los laudos y otras decisiones de los tribunales internacionales a la deferencia o al alto nivel de deferencia debida a las decisiones domésticas, *inter alia*, por la experiencia y competencia superior que se supone en las autoridades nacionales competentes.
63. Esto se explica, en primer lugar, por el hecho de que las derogaciones o limitaciones de la soberanía territorial de los Estados no se presumen en el derecho internacional público, pero también, y sobre todo, porque la mencionada deferencia es parte integral de la norma de derecho internacional consuetudinario que dispone que los efectos adversos que eventualmente ocasione a la persona o bienes extranjeros el ejercicio ordinario o regular por los órganos del Estado de sus potestades o poderes de regulatorios y de policía no es constitutivo de un hecho ilícito internacional y, por consiguiente, no conllevan la obligación de reparar el daño eventualmente causado, ni mediante compensación ni mediante ninguna otra de las formas de reparación admitidas en las normas de derecho internacional codificadas en los Artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre la “Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos” mencionados *supra* en esta opinión (Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 12 de diciembre de 2001).

64. Los tribunales arbitrales internacionales de inversiones también han reconocido la *normatividad* del elemento de la deferencia como parte de la norma comentada. Por ejemplo, el laudo del tribunal del caso *SD Myers c. Canadá* (2000) declara que “ The determination (de si el inversor ha sido tratado de una manera injusta o arbitraria) must be made in the light of the high measure of deference that international law generally extends to the right of domestic authorities to regulate matters within their own borders” (párr. 263 del laudo parcial) y, por su parte, el tribunal del caso *Koch Minerals Sárl c. Venezuela* (2017) que “...the standard of review of a State’s conduct to be undertaken by an international tribunal includes a significant measure of deference toward the State making the impugned measure. Such a tribunal cannot simply put itself in the position of the State and weigh the measure anew, particularly with hindsight” (párr. 7.20 del laudo). El Laudo mayoritario no respeta el elemento de “deferencia” que conlleva la norma comentada.

D. El alto nivel de exigencia de las excepciones a la norma

65. Los tribunales arbitrales internacionales subrayan con frecuencia que una decisión doméstica reguladora o adoptada en el ejercicio de la función reguladora por el ente regulador u otra autoridad competente del Estado anfitrión de la inversión no debe ser arbitraria ni discriminatoria ni irracional pero que no basta con afirmarlo o declararlo para descartarla. Quien así lo invoque debe probarlo debidamente y los estándares del derecho internacional consuetudinario al respeto son particularmente exigentes.
66. Por ejemplo, el tribunal del *Glamis Gold c. Estados Unidos* (2009) declaró en relación con la interpretación del artículo 1105 de la NAFTA que la medida “*must be sufficiently egregious and shocking*” de modo que la sola tarea del tribunal arbitral sería la de decidir si el Demandante “has adequately proven that the agency’s review and conclusions exhibit a **gross** denial of justice, **manifest** arbitrariness, **blatant** unfairness, a **complete** lack of due process, **evident** discrimination, or **manifest** lack of reasons so as to rise to the level of the breach of the customary international standard embedded in Article 1105” (laudo de 8 de junio de 2009, párr 779).
67. En otras palabras, no es suficiente que los Demandantes aleguen o incluso prueben que la medida adoptada es, por ejemplo, meramente injusta o arbitraria. Lo que deben probar en el presente contexto es que la medida cuestionada ha ocasionado, o dado lugar a que se

ocasiona, una injusticia o arbitrariedad calificadas de un calibre tal que pueda definirse, por ejemplo, como una “grave denegación de justicia” o una “arbitrariedad manifiesta” para poder concluir que existe *in casu* una violación del estándar de derecho internacional relevante que prevalezca sobre la norma consuetudinaria invocada por la Demandada o descarte su aplicación. Es decir, los Demandantes deben probar que en el caso de que se trate concurren circunstancias o elementos de injusticia o arbitrariedad de un grado de gravedad tal que el derecho internacional rechaza de plano. Los siguientes párrafos del laudo del tribunal *Tza Yap Shum c. Perú* de 19 junio 2009 exponen con claridad un ejemplo de lo que debe ser probado *mutatis mutandis* por los Demandantes en el presente contexto:

“180. Aun cuando el Tribunal reconoce que la potestad regulatoria del Estado merece un trato deferente, es esencial hacerlo sin perder de vista las razones que lo ameritan.

181. El examen de un número de laudos arbitrales que han considerado argumentos sobre expropiación indirecta resultante de la conducta de autoridades Tributarias, evidencia que frecuentemente han sido desestimados. Estos laudos sin embargo también revelan un consenso considerable entorno a que la imposición y la aplicación de medidas tributarias *puede adquirir un carácter expropiatorio* si es confiscatoria, arbitraria, abusiva o discriminatoria” (itálicas añadidas)

68. Por lo tanto, en el presente caso corresponde a los Demandantes probar que la revocación de la Licencia de ENJASA por el ENREJA, Ente Regulador y Autoridad de Aplicación de la Ley 7020, fue una medida de una gravedad tal que desplaza la aplicación de la norma consuetudinaria invocada por la Demandada relativa al ejercicio regular por el órgano competente de la Provincia de Salta de su función sancionadora en respuesta a violaciones o incumplimientos graves y reiterados por ENJASA de sus obligaciones de Licenciataria. Pero esta prueba no ha sido administrada por los Demandantes entre otras cosas porque su teoría de la “conspiración política” se fue desvaneciendo a medida que el procedimiento fue desarrollándose hasta perder todo viso de credibilidad durante la fase oral.
69. La jurisprudencia de la CIJ en el caso *ELSI* (1989) ha definido la noción de “arbitrariedad” en el derecho internacional como sigue: “(arbitrariness is) no so much something opposed to a rule of law, as something opposed to the rule of law”(Reports ICJ, 1989, parr. 128). Esta definición confirma el alto nivel o grado de exigencia que tiene que revestir la “arbitrariedad” cuando se la invoca para descartar la aplicación de la norma

consuetudinaria de derecho internacional comentada. Sin embargo, cuando los Demandantes afirman en sus alegatos que la revocación de la Licencia de ENJASA fue “arbitraria” no utilizan dicho término en el sentido especial que tiene la noción de “arbitrariedad” en el derecho internacional tal como lo ha definido la CIJ. Esto significa que aunque los Demandantes hubiesen probado, lo que tampoco han hecho, una arbitrariedad en el sentido ordinario del término ello no hubiese sido suficiente para descartar en el presente caso la aplicación de la norma consuetudinaria de derecho internacional invocada por la Demandada que ampara en el plano internacional la revocación por el ENREJA de la Licencia que tenía ENJASA en tanto que una manifestación particular del ejercicio las potestades reguladoras y de policía del Estado argentino. La revocación de una licencia o una concesión como sanción por el incumplimiento de sus obligaciones por el licenciatario o concesionario, según sea el caso, no es en absoluto una medida contraria sino favorable a la afirmación del “*rule of law*”, siempre y cuando como sucede en el presente caso se respete el debido proceso y el derecho de defensa.

70. Por otra parte, el presente Laudo mayoritario incurre en *infra petita* dada la escasa consideración prestada a la norma consuetudinaria de derecho internacional invocada por la Demandada como defensa de fondo frente a los reclamos de los Demandantes, a pesar de que la medida controvertida - la revocación de la licencia de ENJASA - es consecuencia de una sanción impuesta a la empresa por las autoridades competentes de la Provincia argentina de Salta debido a violaciones o incumplimientos previos por la empresa de la legislación marco provincial aplicable y de lo estipulado en su propio contrato de licencia. En otras palabras, la sanción impuesta a ENJASA es consecuencia del ejercicio normal por el ENREJA de sus obligaciones como Ente Regulador y Autoridad de Aplicación en la jurisdicción provincial y como tal participa de la potestad de reguladora y de policía del Estado argentino en relación con la gestión y explotación por la empresa de los juegos de azar que en Salta es una actividad de titularidad pública que ejercen las Autoridades Provinciales a través del otorgamiento de licencias a particulares.
71. En cuanto medida controvertida como tal, debe destacarse que la decisión revocatoria cumple en efecto todos y cada uno de los elementos constitutivos del estándar que – según admiten los propios Demandantes (EPA, párr. 299) – determinaría en el derecho

internacional la legalidad de la revocación de una licencia que, por ejemplo, el laudo del tribunal *Quiborax c. Bolivia* define en los términos siguientes:

“The Tribunal must thus consider whether, in the light of all the circumstances the Revocation Decree, was a legitimate cancellation of the Claimants’ concessions in the exercise of Bolivia’s sovereign power to sanctions violations of Bolivian law and is therefore not a compensable taking or whether it is a veritable taking disguised as the exercise of the State’s police powers. This will depend on whether (i) the Revocation Decree is based on actual violations of Bolivian law by the Claimants; (ii) whether those violations of Bolivian law are sanctioned with the termination of the concessions (whether by revocation, cancellation, annulment or otherwise); and (iii) whether the revocation was carried out in accordance with due process” (laudo de 16 de septiembre 2015, párr. 207).

72. La revocación de la licencia de ENJASA por el ENREJA cumple en efecto las tres condiciones del texto arriba citado: (i) está basada en reiteradas y probadas violaciones previas por la empresa de la legislación pertinente de la Provincia de Salta (Ley N° 7020) y del propio contrato de licencia; (ii) las violaciones en cuestión podían ser eventualmente sancionadas con la revocación de la licencia por disposición de la Ley 7020; y (iii) la revocación se efectuó por el ENREJA, Ente Regulador y Autoridad de Aplicación de la Ley 7020, de acuerdo con la legislación vigente en la materia y respetando antes, durante y con posterioridad a la revocación el debido proceso. La ratificación de la decisión del Ente Regulador por decreto del Poder Ejecutivo de la Provincia de Salta se hizo sin perjuicio del recurso administrativo de reconsideración ante el ENREJA ejercido por los Demandantes y del proceso contencioso-administrativo que incoaron posteriormente ante el tribunal provincial competente solicitando la anulación de las Resoluciones N° 240/13 y N° 315/13 del ENREJA.
73. El propósito público de la medida no admite discusión puesto que los motivos que determinaron la sanción de la revocación fueron violaciones o incumplimientos por ENJASA de sus obligaciones legales y contractuales relativas al control del lavado dinero y a la contratación de terceros operadores sin la autorización del ENREJA en un contexto histórico de reiteradas violaciones o incumplimientos durante el período 2005- 2013 que ya habían dado lugar, previamente a la revocación, a más una veintena procedimientos administrativos formales contra ENJASA concluidos con otras tantas sanciones impuestas por el ENREJA y con ocasión de los cuales la empresa ya había sido advertida en más de

una ocasión de la posibilidad de que se le revocara la Licencia si no cesaban sus violaciones o incumplimientos.

E. E. Admisión por los Demandantes de la existencia de una norma consuetudinaria de derecho internacional relativa al ejercicio por el Estado de sus poderes de regulación y de policía y cuestionamiento de la aplicación de la norma en el presente caso

74. Los demandantes reconocen la existencia en el derecho internacional consuetudinario de la norma relativa a la potestad reguladora y de policía del Estado invocada por la Demandada, pero cuestionan su aplicación en el presente caso (EPA, párr. 280 y siguientes). Al respecto, los Demandantes subrayan lo que describen como condiciones de aplicación de la norma que, a su juicio, estarían reflejados en el artículo 4 (2) del TBI Argentina-Austria. En apoyo de este alegato, los Demandantes adoptan como punto de partida de su posición ciertos pasajes de los laudos de *El Paso c. Argentina* (laudo de 31 de octubre de 2014, párr 240) y *Methanex c. Estados Unidos* (laudo de 3 de agosto de 2005, parte IV, capítulo D, p. 4, párr. 7).
75. El laudo de *El Paso*, es invocado por los Demandantes con el fin de identificar los elementos constitutivos de las alegadas condiciones enunciadas en el artículo 4 (2) del TBI que, a su juicio, servirían para distinguir entre el ejercicio de una regulación general legítima y una expropiación. Sin embargo, la cita que hacen los Demandantes de dicho laudo en el párrafo 281 de su EPA es confusa pues mezcla la conclusión del laudo de que en principio las normas de carácter general no constituyen una expropiación indirecta con la cuestión de las eventuales excepciones a dicho principio cuando dichas normas generales sean “irrazonables”. En cuanto al principio general, la conclusión de *El Paso* no puede ser más precisa:

“En resumidas cuentas, una norma de carácter general es un acto legítimo y no constituye expropiación si no es discriminatoria, si persigue el interés público y se adopta de conformidad con el debido proceso. En otras palabras, *en principio, una norma de carácter general no discriminatoria, dictada de conformidad con el principio de la buena fe y el debido proceso no da lugar a indemnización*”.(párr. 240 del laudo) (itálicas en el texto citado).

En consecuencia, a toda medida o decisión administrativa adoptada por la autoridad competente de conformidad con la norma de carácter general razonable de que se trate no

da lugar en principio a indemnización. El tribunal de *El Paso* admite también en palabras textuales que “en principio una norma de carácter general – cuyo objeto no sea la expropiación misma, como sucede en el caso de la expropiación directa – no constituye expropiación indirecta” (párr. 236 del laudo).

76. Dicho lo anterior, el tribunal de *El Paso* - que comparte el argumento sociológico del tribunal del caso *Pope & Talbot* de que “una excepción general de todas las medidas regulatorias” sin más crearía una gran laguna en la protección internacional de las inversiones contra las expropiaciones – admite a continuación que hay excepciones al principio de que las normas de carácter general no constituyen una expropiación aunque las mismas: “no debilitan en absoluto el principio de que determinadas apropiaciones o privaciones no son compensables”. Simplemente, le recuerdan al legislador o al decisor (*sic!*) que lo que denomina la ‘excepción del poder policía’ no tiene carácter absoluto” (pár. 235 del laudo). Acto seguido, el tribunal de *El Paso* se pregunta si “por excepción, las normas de carácter general *irrazonables* pueden constituir expropiación indirecta” concluyendo al respecto que:

“Si las normas generales son irrazonables, es decir arbitrarias, discriminatorias, desproporcionadas o injustas, por el motivo que fuera, puede considerarse que constituyen expropiación indirecta si provocan la neutralización de los derechos de propiedad del inversor extranjero” (párr. 241 del laudo).

77. Estas “normas generales irrazonables” de *El Paso* son calificadas por dicho laudo de “excepciones” y, por consiguiente, son de interpretación restrictiva y, en todo caso, en lo que concierne la presente controversia irrelevantes pues los Demandantes no han alegado que la Ley N° 7020 sea una norma general irrazonable, ni tampoco que intencional u objetivamente sea discriminatoria, ni que los derechos revocados fuesen derechos de propiedad. En cuanto al término de “irrazonable” parecería inspirado en la expresión “interferencia irrazonable” del artículo 10 (3) (a) del Proyecto de Convención de Harvard sobre la Responsabilidad de los Estados mencionado *supra*. También señala el laudo de *El Paso* la exigencia de racionalidad y proporcionalidad en las medidas que adopta el Estado según lo dicho al respecto por otros tribunales como, por ejemplo *LG&E c. Argentina* y *Tecmed c. Mexico*.

78. En relación con la proporcionalidad, noción proteica que se presta al abuso, conviene tener presente que dentro del marco particular del derecho internacional vigente relativo a la protección de las inversiones extranjeras dicha noción no es ni opera como un principio o estándar autónomo (como lo es, por ejemplo, la buena fe o el trato justo y equitativo), sin perjuicio de que pueda ser objeto, en determinados contextos o situaciones, de aplicaciones de carácter complementario en tanto que principio general de derecho o bien por estar la noción incorporada en una norma legal de derecho interno y/o en una norma de derecho internacional que forme parte del “derecho aplicable” a la solución de la controversia en virtud del TBI aplicable. Esto ocurre en el presente caso en el que la Ley 7020 de la Provincia de Salta aplicada a la revocación de la licencia de ENJASA incorpora *inter alia* en el contexto de la ponderación de la sanción el criterio de la proporcionalidad sin que, por otra parte, los Demandantes hayan probado que hubiese habido en el procedimiento administrativo seguido disfunciones en la aplicación de dicho criterio por el ENREJA. Conviene también precisar que el universo de las sanciones administrativas domésticas de los ordenamientos jurídicos estatales no debe confundirse con el instituto de las “contramedidas” del derecho internacional público relativas a las relaciones entre Estados en el que la proporcionalidad entre la contramedida y el perjuicio sufrido desempeña en efecto una función determinante (ver artículo 51 de los Artículos de la CDI sobre la Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos).
79. Como consecuencia de las consideraciones generales arriba mencionadas, este árbitro no puede estar de acuerdo con que el alcance y papel de la “proporcionalidad” en el derecho internacional relativo a la protección de la inversión extranjera sea o se corresponda con la operatividad que la “proporcionalidad” tiene en la jurisprudencia de la Corte Europea de los Derechos Humanos. En todo caso, la proporcionalidad es un concepto ajeno a la definición del ámbito material de aplicación de la norma consuetudinaria del derecho internacional según la cual los efectos adversos eventuales para el inversor extranjero resultado del ejercicio ordinario por los Estados de sus potestades reguladoras y de policía no están sujetos a reparación. Como tampoco nos parece admisible que una concepción subjetiva del concepto de las “expectativas del inversor” pueda alterar de algún modo la aplicación de la mencionada norma consuetudinaria o cercenar el ámbito material de su

aplicación. En esta cuestión estoy plenamente de acuerdo con el siguiente pasaje de la decisión sobre anulación del comité *ad hoc* en *MTD Equity c Chile*:

“... Por ejemplo en *Tecmed* la aparente confianza del Tribunal en las expectativas del inversionista extranjero como la fuente de obligaciones del Estado receptor (tal como la obligación de indemnizar) es cuestionable. En principio, las obligaciones del Estado receptor hacia los inversionistas extranjeros derivan de los términos del tratado de inversión aplicable y no de algún conjunto de expectativas que los inversionistas pueden tener o reclamar. Un tribunal que busca deducir a partir de dichas expectativas un conjunto de derechos distintos de aquellos contenidos en, o que pueden hacerse cumplir bajo, el TBI bien podría extralimitar sus facultades y, si la diferencia fuese sustancial, podría excederlos manifiestamente” (párrafo 67 de la decisión de anulación).

80. La doctrina también confirma que una inversión está ciertamente protegida por el TBI aplicable, pero el TBI no debe ser utilizado como un medio para rescribir los contratos de licencia como el del presente caso u otros arreglos eventuales acordados con el inversor extranjero (ver, por ejemplo, James Crawford, *“Treaty and Contract in Investment Arbitration”*, Kluwer Law International 2008, vol. 24. Issue 3, p. 374). En el presente caso no sería, por ejemplo, aceptable invocar “expectativas legítimas” subjetivas de los Demandantes en este arbitraje para rescribir el contrato de licencia exclusiva que tenía ENJASA dentro el marco regulatorio de los juegos de azar de la Ley N° 7020 de la Provincia de Salta en virtud del cual se había otorgado a la empresa la licencia revocada por el ENREJA.
81. En cuanto a la cita del caso *Methanex c.EE.UU* en el párrafo 282 del EPA de los Demandantes, cabe preguntarse en primer lugar la razón de la misma en el presente contexto. Este árbitro entiende que su propósito sería el de prestar apoyo al alegato de los Demandantes de que lo dispuesto en el artículo 4 (2) del TBI Argentina-Austria equivaldría a una especie de promesa específica que la República Argentina habría hecho a los inversores putativos austriacos, es decir a los Demandantes CAI y CASAG en el presente caso, de abstenerse de ejercer en todo o en parte su potestad reguladora y de policía cuando invirtieron en ENJASA con ocasión de la privatización de la empresa. En otras palabras, lo dicho en el artículo 4 (2) del TBI equivaldría a un compromiso particular asumido por la República Argentina hacia CAI y CASAG de que su inversión en ENJASA estaría al abrigo de todos o de algunos de los efectos eventuales adversos que pudiesen resultar del

ejercicio por el ENREJA, Ente Regulador y Autoridad de Aplicación, de sus competencias y funciones.

82. Si esa fuese la razón de la mencionada cita de *Methanex* estaríamos ante una falacia en toda regla puesto que el artículo 8 (6) del TBI Argentina-Austria distingue con toda claridad, por un lado, “las disposiciones del presente Convenio” y, por el otro lado, “los términos de eventuales acuerdos específicos concluidos en relación con la inversión” y sobre estos últimos no hay en el expediente del presente caso ningún elemento de prueba de que se hubiese concluido de ningún acuerdo específico con los Demandantes cuando se privatizó ENJASA, eximiéndolos de los eventuales efectos adversos del ejercicio por el ENREJA de sus obligaciones como Ente Regulador y Autoridad de Aplicación de la Ley 7020 de la Provincia de Salta. Ninguno de los documentos relevantes del expediente remitidos al Tribunal Arbitral menciona o se refiere a ningún tipo de acuerdo, promesa o exención a favor de los Demandantes respecto de dichos efectos eventuales. Por ejemplo, el Contrato de Transferencia de las Acciones clase “A” de ENJASA cuyo artículo 2.1 define y enumera “las normas específicas aplicables y documentos integrantes del contrato” no menciona ninguna promesa, exención o trato de favor ni para los Demandantes, ni para BOLDT y/o IBERLUX. Tampoco hay prueba de ningún acuerdo específico en la materia posterior a la fecha de la inversión. El Acta-Acuerdo (UNIREN) no exime a ENJASA o a sus accionistas de los eventuales efectos adversos de las sanciones que el ENREJA podría imponer a la empresa en caso de violaciones o incumplimientos de sus obligaciones legales y/o contractuales.
83. En relación con eventuales excepciones a la norma consuetudinaria de derecho internacional de que la privación sufrida por el invasor extranjero no amerita compensación cuando es resultado del ejercicio regular de las potestades de regulación y de policía del Estado, los Demandantes han alegado que la sanción revocatoria de la licencia que tenía ENJASA había tenido un carácter expropiatorio por no cumplir las siguientes cuatro condiciones liberalmente autodefinidas: “propósito público y buena fe”, “adecuación y proporcionalidad”, “debido proceso” y “no ser arbitraria”. A propósito de cada una de estas categorías, los Demandantes han citado referencias alegadamente pertinentes de laudos de tribunales arbitrales de inversiones, pero no han administrado la prueba correspondiente de un solo aspecto de una sola de esas amplias categorías de condiciones, es decir de que la

sanción revocatoria no persiguió un propósito público, se adoptó de mala fe, fue inadecuada, desproporcionada o arbitraria, o violó el debido proceso.

84. Tampoco han probado los Demandantes que debido a un entorno o evento particular exterior a la sanción revocatoria del ENREJA como tal, dicha sanción haya podido adquirir en el derecho internacional un carácter expropiatorio por “confiscatoria, arbitraria, abusiva o discriminatoria” para utilizar la terminología del tribunal arbitral del caso *Sr. Tza Yap Shum c. República del Perú* (párr. 181 de la decisión sobre jurisdicción y competencia de 19 de junio de 2009). Además, para que una medida sancionadora determinada pueda en el derecho internacional llegar a calificarse de “irrazonable” cuando ha sido adoptada por el órgano competente del Estado en cuestión en el ejercicio de sus competencia y funciones, lo “irrazonable” de la medida debe serlo de un grado o nivel superlativo para ser susceptible de prevalecer sobre la norma consuetudinaria que regula las potestades reguladoras y de policía de los Estados soberanos.
85. Una conclusión ajustada al derecho internacional en la materia requiere, en efecto, como señalan los tribunales arbitrales y la doctrina, demostrar mediante un análisis pormenorizado de los elementos concretos de hecho y de derecho del caso el mencionado grado o nivel superlativo de la medida sancionadora en cuestión, pues las excepciones admitidas a la aplicación de la norma consuetudinaria comentada no se proponen debilitar dicha norma, sino como dice con todo acierto el tribunal de *El Paso* recordar al legislador o al adjudicador que su potestad reguladora y de policía no es absoluta. Los Demandantes, sin embargo, no han probado tampoco que la revocación de la licencia decidida por el ENREJA haya sido en las circunstancias del caso una medida tan “irrazonable” que permita concluir a un tribunal arbitral internacional que la aplicación de la norma consuetudinaria que regula las potestades reguladoras y de policía del Estado haya quedado en la especie desplazada.
86. Las consideraciones precedentes confirman que los Demandantes no han hecho la demostración que requiere la prueba de la existencia *in casu* de una excepción a la norma consuetudinaria invocada por la Demandada y, en consecuencia, este árbitro rechaza el alegato de los Demandantes de que dicha norma consuetudinaria de derecho internacional

general sería inaplicable en la presente controversia. Estima por el contrario que no sólo es plenamente aplicable sino determinante para la adjudicación de la presente controversia.

F. El tratamiento de la norma consuetudinaria de derecho internacional invocada por la Demandada y admitida por los Demandantes en el Laudo mayoritario

87. El Laudo de la mayoría trata de ignorar los efectos que tiene en la resolución de la presente controversia la norma consuetudinaria de derecho internacional invocada por la Demandada y admitida por los Demandantes, a pesar del reconocimiento, alcance vigencia y actualidad que tiene dicha norma en el arbitraje internacional contemporáneo sobre inversiones extranjeras. Esta postura de la mayoría es una de las principales razones de que, en opinión de este árbitro, la decisión del Laudo esté errada de manera manifiesta por no aplicar debidamente el “derecho aplicable” tal como lo define el artículo 8 (6) del TBI Argentina-Austria lo que explica, a su vez, esta extensa y detallada Opinión Disidente.
88. No es aceptable que la aplicación de una norma de derecho internacional consuetudinario de importancia general para el hacer cotidiano de los Estados como la invocada por la Demandada, plenamente vigente y determinante para la resolución conforme al derecho aplicable a la presente controversia sea ignorada o apartada como lo hace la mayoría, constatación que me lleva a citar una vez más la jurisprudencia de la CIJ en el caso *ELSI*: “(an) important principle of customary international law should (not) be held to have been tacitly dispense with, in the absence of any words making clear an intention to do so” (*ICJ Reports, 1989, Judgment, p. 15, párr. 50*).
89. Además, marginar la consideración de la norma consuetudinaria de derecho internacional invocada por la Demandada es en las circunstancias del presente caso particularmente erróneo. Hay razones de orden sistémico y procesal que aconsejan que la norma comentada sea tratada como una cuestión previa antes de abordar la consideración de los reclamos de los Demandantes dado que, si se confirma que la medida cuestionada es efectivamente resultado del ejercicio regular por el Estado receptor de sus potestades de regulación o de policía, no hay lugar a considerar los mencionados reclamos con finalidades determinativas, sin perjuicio de poder hacerlo a efectos confirmatorios o por razones de orden cautelar.

90. Este parecer es independiente de la naturaleza de cada uno de los tres reclamos de los Demandantes, a saber “expropiación indirecta”, “expropiación directa” y “trato justo y equitativo”. Por ejemplo, el tribunal del caso *Burlington c. Ecuador* acierta cuando comienza su análisis del estándar de “expropiación directa” con la siguiente consideración:

“Burlington alega que la toma de los Bloques constituyó una expropiación directa de su inversión. Ecuador no objeta revisar la toma en virtud del estándar aplicable a la expropiación directa y el Tribunal está de acuerdo. Por lo tanto, una medida del Estado constituye una expropiación bajo el Tratado si (i) la medida priva al inversor de su inversión, (ii) la privación es permanente y (iii) *la privación no está justificada por la doctrina del poder policial. El Tribunal examinará estos elementos en orden inverso*”(decisión sobre la responsabilidad de 14 de diciembre de 2012, párr. 506). (itálicas añadidas).

En un caso relacionado con el análisis de una alegada “expropiación indirecta” el tribunal *Quiborax c. Bolivia* (laudo de 26 de septiembre de 2015, párr. 200) adoptó un enfoque similar. Este es también el modelo de exposición seguido en la presente Opinión Disidente dado que en las circunstancias del presente caso es también conforme con la lógica procesal examinar en primer lugar si está justificada la aplicación de la norma consuetudinaria de derecho internacional invocada por la Demandada en su defensa.

91. En busca de excepciones a la norma consuetudinaria de derecho internacional invocada por la Demandada, el Laudo de la mayoría descarta algunas de las alegadas por los Demandantes, por ejemplo, la violación del debido proceso, pero se acoge artificialmente a otras, tales como la arbitrariedad y la proporcionalidad con razonamientos que este árbitro considera sin fundamento a la luz los hechos probados o admitidos por cada una de las Partes y del derecho aplicable enunciado como venimos repitiendo en el artículo 8 (6) del TBI Argentina-Austria. En suma:

(i) ninguna de las citas de los laudos invocados por los Demandantes relativos a la proporcionalidad y al debido proceso se trataba de medidas sancionadoras adoptadas por una autoridad provincial competente del Estado en respuesta a violaciones o incumplimientos previos por la licenciataria de la legislación aplicable y del contrato de licencia. Los Demandantes han mencionado laudos relativos a licencias o concesiones como, por ejemplo, *Tecmed c. Mexico*, pero no laudos en los que el alegado efecto adverso de la medida cuestionada por la parte demandante fuese resultado de una sanción legítima impuesta por el ente regulador competente a la licenciataria por haber violado o incumplido sus obligaciones legales y/o contractuales;

(ii) la legislación provincial aplicable dispone expresamente que la revocación de la licencia es una de las sanciones que pueden acarrear dichas violaciones o incumplimientos y que, en consecuencia, tanto ENJASA como los accionistas Demandantes después de la privatización de la empresa, asumieron sin reservas dicho riesgo con anterioridad a la sanción revocadora de la licencia. Cabe recordar al respecto que el “riesgo” es uno de los elementos definitorios de la noción generalmente aceptada del término “inversión”;

(iii) los Demandantes optaron por acudir al CIADI por lo que tuvieron que desistir del proceso contencioso-administrativo que habían incoado ante los tribunales de Salta sobre la nulidad de las Resoluciones N° 240 y N° 315 del ENREJA relativas a la revocación de la licencia ENJASA por disponerlo así el artículo 8 (4) del TBI Argentina-Austria y que, como consecuencia de dicho desistimiento las decisiones del ENREJA sobre la revocación de la licencia que tenía ENJASA han adquirido firmeza en el ordenamiento doméstico de la Demandada;

(iv) no hay lugar a concluir que la Demandada haya incumplido el “debido proceso” dado que los Demandantes desistieron de remediar el perjuicio que alegan haber sufrido mediante una sentencia del tribunal contencioso-administrativo competente de Salta al que habían acudido. Ello es así no porque los Demandantes estuviesen sujetos por el BIT Argentina-Austria o por el Convenio CIADI a la obligación del agotamiento previo de los recursos internos para poder iniciar este arbitraje, sino por el hecho de que dicha carencia imposibilita constatar en el plano internacional la existencia eventual de una expropiación de la inversión o de un tratamiento injusto o no equitativo de la misma por las autoridades de Salta. Como dice con acierto el laudo de *EnCana c. Ecuador* (2006): “The question is not whether the claim is admissible but whether the relevant rights have been expropriated as a matter of substance” (nota de pie de página 138 de dicho laudo). No hay duda de que en el derecho internacional una acusación de incumplimiento en el plano doméstico por un Estado demandado del “debido proceso” no puede prosperar si el inversor demandante acude a un tribunal internacional cuando todavía tiene a su disposición medios de arreglo domésticos que no utiliza (ver, por ejemplo, el laudo *Parkerings c. Lituania* (2007)). Podrá eventualmente incoar un arbitraje internacional pero no probar que la demandada ante dicho procedimiento arbitral ha incumplido el estándar del “debido proceso” en el plano doméstico;

(v) no hay tampoco lugar a concluir que el procedimiento administrativo regular seguido al término del cual el ENREJA revocó la licencia de ENJASA haya incumplido un criterio de

proporcionalidad ordenado por el derecho internacional consuetudinario dado que incluso para los propios Demandantes las referencias a dicho eventual criterio en el presente contexto no pasa de ser una mera “*dominant position*” (EPA, párr 286) y no un criterio jurídico consolidado que forme parte integral de la norma consuetudinaria del derecho internacional invocada por la Demandada, sin perjuicio de lo que pueda disponer u ordenar al respecto un tratado determinado o de los criterios de proporcionalidad enunciados en disposiciones de derecho doméstico aplicables, como efectivamente lo establecen en el presente caso tanto el artículo 13 de la Ley provincial 7020 como el contrato de Licencia que tenía ENJASA;

(vi) las conclusiones del Laudo mayoritario no están debidamente motivadas respecto de sus propias conclusiones. No demuestran que cuando ocurrió la revocación de la licencia de ENJASA se hayan producidos eventos susceptibles de dar lugar a una excepción admitida por el derecho internacional a la aplicación de la norma consuetudinaria invocada por la Demandada y admitida por los Demandantes. Por ejemplo, el Laudo no demuestra que se haya producido nada remotamente semejante a eventos “*egregious and shocking*” como los mencionados por *Glamis* (*supra*, párrafo 66) o circunstancias que conlleven excepciones como las enunciadas en el Proyecto de Convención de Harvard citadas en *Saluka* (párr. 257 del laudo). Por último, el Laudo mayoritario se inhibe de tomar en consideración la normalidad de la situación en la Provincia de Salta cuando se revocó la licencia de ENJASA en el marco de un Estado democrático de derecho que es la República Argentina. No hay por lo tanto ninguna razón para extrapolar al presente caso presunciones de anormalidad como sucede en el marco de otros arbitrajes internacionales pasados y presentes;

(vii) el Laudo de la mayoría incurre además en una serie de incongruencias al no dar el efecto debido a la doble circunstancia de que, en primer lugar, los Demandantes no eran propietarios de la licencia revocada (como tampoco lo era ENJASA) y, en segundo lugar, que la decisión revocatoria de la licencia de ENJASA como sanción por las previas violaciones o incumplimientos de sus obligaciones no neutralizó de manera permanente y completa inversión de los Demandantes en la empresa. Una mera reducción del valor de una inversión, incluso cuando es significativa, no constituye una “expropiación indirecta”, Además, no se cumple en el caso la condición de la desaparición permanente y completa de todos los elementos esenciales de un derecho de propiedad (o contractual asimilable) de la licenciataria dado que ENJASA no poseía cuando se le revocó la Licencia un derecho semejante y su licencia era de naturaleza revocable (ver: Charles Leben, « *La liberté normative de l’Etat et la question de l’expropriation indirecte* » en « *Le contentieux arbitral*

international relatif à l'investissement », Arthemis, 2006, p. 173-174, citado en el laudo de *El Paso*, párr. 233).

92. Este árbitro entiende que la referencia por los Demandante a la “*dominant position*” arriba mencionada es apropiada únicamente en lo que atañe a aquellos que participan de la doctrina llamada de los “*sole effects*”, doctrina en retroceso por excesiva e incompleta como ya puso de relieve, por ejemplo, en 2006 el tribunal en *LG&E v. Argentina* (párr. 194 del laudo) Además, y sobre todo, esa doctrina es perfectamente inadecuada en el presente caso, pues la revocación de la licencia adoptada por el ENREJA no fue una medida cualquiera sino una **sanción** expresamente prevista en Ley provincial 7020 (y en la Licencia) que se le impuso a ENJASA por haber violado o incumplido reiteradamente sus obligaciones legales como Licenciataria (así como las disposiciones del contrato de licencia). Por otra parte, la sanción revocatoria del ENREJA - como lo prueba la documentación en posesión del Tribunal Arbitral – fue adoptada al término de un debido proceso administrativo en el ejercicio por el Ente Regulador y Autoridad de Aplicación de las competencias, facultades y poderes ordinarios que le otorga la Ley 7020 de la Provincia de Salta respecto de los juegos de azar, que es una actividad pública de jurisdicción provincial en dicha Provincia, sin perjuicio de los recursos administrativos correspondientes y/o del control judicial por los tribunales de Salta de la decisión del ENREJA.
93. Como toda sanción, la revocación de la licencia de ENJASA fue una medida que tuvo por definición efectos adversos para la empresa (el contrato de Licencia utiliza el término “penalizaciones” para referirse a dichos efectos). También puede serlo, indirectamente, para los inversores en dicha empresa. Pero se trata de una medida que por su naturaleza misma y su objeto y fin no es generadora *ex origen* de responsabilidad internacional de la Demandada respecto de ENJASA o de los Demandantes, ni da lugar, por consiguiente, a una indemnización ni a ENJASA ni a los Demandantes. La mencionada doctrina de los “*sole effects*” se elaboró hace unos años en el seno de algunos tribunales arbitrales de inversiones que no prestaron en sus inicios la atención debida a las potestades reguladoras y de policía de los Estados que el derecho internacional reconoce y ampara. En todo caso, carece de una normatividad acreditada para poder prevalecer frente a una norma

consuetudinaria de derecho internacional inherente a la soberanía de los Estados de la relevancia de la invocada en su defensa por la Demandada. Por otra parte, hoy en día la mencionada doctrina está en la práctica claramente superada y los tribunales arbitrales internacionales de inversiones, en su generalidad, hacen la distinción que se impone entre “medidas regulatorias y de policía del Estado” y “medidas de expropiación indirecta”. Ya no cabe confundir o asimilar ambos tipos de medidas.

G. Conclusión sobre la norma consuetudinaria invocada por la Demandada

94. La revocación de la Licencia fue una medida legítima adoptada por el ENREJA en el ejercicio de sus funciones de Ente Regulador y Autoridad de Aplicación de la Ley 7020 como sanción a ENJASA por violaciones o incumplimientos serios y reiterados por la empresa de sus obligaciones legales y contractuales en su condición Licenciataria. Por su naturaleza misma, así como por su objeto y fin, dicha medida fue un acto del ENREJA adoptado de conformidad con sus competencias y facultades legales ordinarias reconocidas y amparadas tanto por el ordenamiento jurídico interno de la República Argentina en la Provincia de Salta, como por la norma del derecho internacional consuetudinario invocada por la Demandada.
95. Los efectos adversos o privaciones para los Demandantes resultado del ejercicio por las autoridades provinciales competentes de la Provincia de Salta de las potestades reguladoras y de policía del Estado argentino no violan en el presente caso los estándares alegados por los Demandantes relativos a la expropiación directa o indirecta o al trato justo y equitativo enunciados en el TBI Argentina-Austria. Ciertamente el comportamiento de las mencionadas autoridades provinciales es atribuible a la Demandada, pero si dicha atribución no va acompañada de una violación por la Demandada de una obligación internacional a su cargo hacia los Demandantes no hay hecho internacionalmente ilícito que es, precisamente, lo que acontece en el presente caso. En otras palabras, como en este caso el elemento objetivo de la responsabilidad internacional está ausente, no existe un hecho internacionalmente ilícito, y sin un hecho internacionalmente ilícito no hay responsabilidad internacional de la Demandada, y si no hay responsabilidad internacional de la Demandada ésta no está obligada a reparar el perjuicio que los Demandantes alegan haber sufrido por la revocación de la licencia de ENJASA mediante una indemnización

(artículos 1, 2, 28 y 31 de los Artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre la Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos).

96. El Laudo mayoritario llega a conclusiones contrarias a las arriba mencionadas que este árbitro considera injustificadas a la luz de la información contenida en el expediente y de los elementos de prueba administrados por las Partes. En el Laudo la mayoría evita tomar en consideración hechos sumamente relevantes y debidamente probados o admitidos en la resolución de la presente controversia. El Laudo también mutila una parte del “derecho aplicable” a la controversia definido en el artículo 8 (6) del TBI. Los *efectos adversos* para ENJASA de la revocación de la Licencia son inherentes a la noción misma de sanción y dicha eventualidad fue conocida y asumida por los Demandantes cuando invirtieron en la empresa. Por otra parte, dichos efectos no agotan en absoluto los elementos que este Tribunal Arbitral tiene la obligación de sopesar o ponderar para adjudicar del presente caso.
97. Por otra parte, además de los *efectos*, hay que tener en cuenta las *causas* de dichos efectos, la *naturaleza* de la medida que en el presente caso es una sanción por violaciones o incumplimientos por la sancionada de sus obligaciones y el *tipo* de derechos afectados por la sanción. Sin ponderar todos estos elementos ni este Tribunal ni cualquier otro puede llegar a conclusiones conformes al derecho aplicable a la presente controversia. No se pueden eludir o pasar por alto en la ecuación: (i) las causas de revocación de la licencia (violaciones o incumplimientos previos por ENJASA del Artículo 5 la Ley N° 7020 y de la Licencia); (ii) la naturaleza de la medida adoptada por el ENREJA (sanción legítima expresamente prevista en el Artículo 13 de la Ley N° 7020); (iii) el número, la gravedad y reiteración de violaciones o incumplimientos de ENJASA a pesar de las advertencias previas del ENREJA de la que hay abundante prueba documental en el expediente del caso; y (iv) el tipo de derechos revocados por la sanción (derechos administrativos de explotación y gestión de la Licenciataria) que no son derechos susceptibles de ser expropiables en el derecho doméstico argentino de la Demandada. La mayoría no ha examinado con la atención debida todas estas cuestiones, ni otras igualmente relevantes, con el resultado de que su Laudo incurre lamentablemente en *infra petita* respecto de la consideración de la norma consuetudinaria de derecho internacional invocada por la Demandada en su defensa.

98. La medida sancionadora cuestionada no fue más allá de la revocación de la Licencia que tenía ENJASA. No afectó, por ejemplo, derechos de propiedad u otros derechos reales de la empresa. ENJASA era ciertamente “licenciataria” pero no “propietaria” de la Licencia y los derechos administrativos de gestión de una actividad de titularidad pública, como es en Salta la explotación de los juegos de azar de jurisdicción provincial, no pueden por definición haber sido objeto de expropiaciones directas o indirectas por parte del Poder Ejecutivo Provincial que es la autoridad que otorga las licencias. Nadie se expropia a sí mismo. Ahora bien, si no hay en el derecho doméstico la posibilidad de expropiar los derechos o activos en cuestión no hay tampoco lugar para afirmar en este arbitraje internacional que hubo una expropiación, dado que tal afirmación sería, *inter alia*, contraria a lo que dispone el artículo 1 (*in fine*) del TBI Argentina-Austria sobre el contenido y alcance de los derechos correspondientes a las diversas categorías de activos enumeradas en dicho artículo. Tampoco puede pasarse por alto que en el presente caso el Poder Ejecutivo Provincial podía perfectamente, de acuerdo con el contrato de licencia no solo ratificar una revocación de licencia decidida por el Ente Regulador como así sucedió, sino también declarar extinta o caduca de pleno derecho la licencia dado que ENJASA incumplió las obligaciones que le imponía el artículo 5 de la Ley provincial 7020 (artículo 6 del contrato de licencia).
99. La revocación de la licencia tampoco infringió el principio de legalidad como han pretendido los Demandantes pues tanto los artículos 5 y 13 de la Ley N° 7020 como los que en la misma Ley definen las competencias y facultades del ENREJA son perfectamente claros y no fueron cuestionados sino asumidos por ENJASA mientras fue Licenciataria, así como por los Demandantes cuando invirtieron en la empresa tanto con ocasión de su privatización como cuando, más adelante, se convirtieron en accionistas mayoritarios mediante la adquisición de alrededor del 60% del capital de la empresa o cuando después de la Resolución N° 240 del ENREJA adquirieron prácticamente el resto de las acciones de la empresa. Ni ENJASA ni los Demandantes cuestionaron en ninguno de esos momentos ante los tribunales de la Provincia de Salta las competencias, facultades o el poder sancionador del Ente Regulador, ni tampoco las sanciones que le fueron impuestas a ENJASA a lo largo de los años por dicho Ente con anterioridad a la Resolución N° 240. Solamente acudieron al tribunal contencioso administrativo de la Provincia de Salta

después del rechazo por la Resolución N° 315 del ENREJA del recurso de reconsideración de la decisión revocatoria de la Licencia de la Resolución N° 240. Tampoco recurrió ENJASA en alzada ante el Ejecutivo Provincial contra ninguna de las sanciones que le fue imponiendo el ENREJA.

100. Por último, la instancia contencioso-administrativa incoada en Salta por los Demandantes solicitando la anulación de las Resoluciones 240 y 315 del ENREJA concluyó mediante un desistimiento temprano, dado que los Demandantes (inversores mayoritarios en ENJASA y gestores en control de la empresa desde hacía años) optaron por acudir al arbitraje CIADI alegando que, como consecuencia de la revocación de la licencia de ENJASA, la Demandada habría violado determinadas disposiciones del TBI Argentina-Austria. No esperaron a que el tribunal contencioso/administrativo provincial se pronunciase en foro doméstico sobre la nulidad de las mencionadas Resoluciones 240 y 315 las cuales, en consecuencia, han adquirido firmeza en el ordenamiento doméstico argentino que es una de las fuentes del derecho aplicable a la resolución de la presente controversia por ser según lo que dispone el artículo 8 (6) del TBI Argentina-Austria “el derecho de la Parte Contratante () parte en la controversia”.

PARTE II: DE LA EVENTUAL RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DE LA DEMANDADA POR LOS ALEGADOS HECHOS INTERNACIONALMENTE ILÍCITOS QUE LE ATRIBUYEN LOS DEMANDANTES

101. Habiendo concluido que los alegados efectos adversos para los Demandantes de la revocación de la Licencia de ENJASA no constituyen un hecho internacionalmente ilícito sino que es consecuencia del ejercicio por el órgano competente de la Demandada de sus facultades sancionadoras de las violaciones o incumplimientos de la empresa y que como tal es una medida amparada por la norma consuetudinaria de derecho internacional relativa al ejercicio por el Estado de sus potestades regulatorias y de policía, la Demandada no ha incurrido en responsabilidad internacional alguna hacia los Demandantes por dichos alegados efectos adversos. Los tres reclamos de los Demandantes son por lo tanto rechazados. Sin embargo, este árbitro ha decidido *abundantia cautela* examinar a continuación de manera pormenorizada los méritos de cada uno de dichos reclamos concluyendo también al respecto que la Demandada no ha violado una obligación internacional hacia los Demandantes y que en ausencia de este elemento objetivo de la

responsabilidad internacional la Demandada no ha podido haber incurrido en los hechos internacionalmente ilícitos que le imputan los Demandantes. Las conclusiones del análisis de los reclamos de los Demandantes son, por consiguiente, semejantes a las conclusiones resultado del análisis de la norma consuetudinaria de derecho internacional invocada por la Demandada en su defensa.

A. Primer reclamo de los Demandantes: Alegada violación por la Demandada del Artículo 4 (1) y (2) del TBI (expropiación indirecta)

(a) Textos relevantes

(i) El Convenio entre la República Argentina y la República de Austria para la promoción y la protección de las inversiones de 7 de agosto de 1992 en vigor desde el 1 de enero de 1995

102. Los Demandantes invocan en relación con este primer reclamo las disposiciones de los apartados (1) y (2) del Artículo 4 (Indemnizaciones) del TBI Argentina-Austria cuyo texto dice lo siguiente:

“(1) El término expropiación comprende tanto la nacionalización como toda otra medida que tenga un efecto equivalente.

(2) Las inversiones de los inversores de una Parte Contratante no podrán ser expropiados en el territorio de la otra Parte Contratante mas que por causa de utilidad pública, en virtud de un procedimiento legal y mediando indemnización. El monto de la indemnización corresponderá al valor que tenía la inversión inmediatamente antes del momento en que la expropiación efectuada o inminente se hizo pública. La indemnización deberá ser pagada sin demora indebida y deberá producir intereses hasta el momento del pago, de acuerdo con la tasa bancaria usual del Estado en cuyo territorio haya sido realizada la inversión; deberá ser efectivamente realizable y libremente transferible. La determinación y el pago de la indemnización deberán ser previstos de manera adecuada a más tardar en el momento de la expropiación”.

103. Los Demandantes CAI y CASAG de nacionalidad austriaca son accionistas indirectos de la empresa argentina *Entretenimientos y Juegos de Azar S.A* (ENJASA) a través de una UTE (Unión Transitoria de Empresas) en la que poseían en el momento de la revocación el 13 de agosto de 2013 de la Licencia de la empresa por la Resolución N° 240 del Ente Regulador el ENREJA alrededor del 60% de las acciones de la misma y desde noviembre

de 2013 el 99,94% de las acciones. En su condición de accionistas los Demandantes afirman en el presente arbitraje que la mencionada revocación de la Licencia que tenía ENJASA por sanción del Ente Regulador tuvo el efecto de una interferencia en su inversión equivalente al de una “expropiación indirecta” lo que violaría las disposiciones de los apartados 1 y 2 del Artículo 4 del TBI Argentina-Austria arriba citadas.

104. El texto de estos apartados del artículo 4 del TBI Argentina-Austria presenta algunas variantes respecto de lo podría denominarse la formulación más común en los TBIs. En primer lugar, el título del artículo es “Indemnización” en lugar de “Expropiación”. En segundo lugar, el apartado 1 define el término “expropiación” mediante una fórmula más restrictiva que la de otros TBIs pues se menciona solamente “nacionalización” por un lado y “toda otra medida que tenga un efecto equivalente” por otro, frase esta última que remite textualmente solo al término “nacionalización” que no es la única forma posible de expropiación. A su vez, el apartado 2 del artículo 4 como ya hemos mencionado en la Introducción de esta Opinión no exige que la compensación sea “pronta, adecuada y efectiva” sino que “la indemnización deberá ser pagada *sin demora indebida*” y que “la determinación y el pago de la indemnización deberán *ser previstos de manera adecuada* a más tardar en el momento de la expropiación”. (itálicas añadidas)
105. En toda operación interpretativa llevada a cabo conforme a las disposiciones sobre la interpretación de los tratados de los artículos 31 a 33 de la Convención de Viena hay que tener en cuenta *inter alia* el “contexto” que representan las demás disposiciones del tratado objeto de la interpretación. En el caso del TBI Argentina-Austria el intérprete debe tener en cuenta las Definiciones de su artículo 1 cuyos apartados relevantes disponen lo siguiente:

“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;

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.”

106. Finalmente, a los efectos de la aplicación de los apartados 1 y 2 del artículo 4 del TBI debe tenerse también en cuenta que el derecho de la República Argentina y, por lo tanto, el de su Provincia de Salta es “derecho aplicable” a la presente controversia en virtud de lo que dispone, como también hemos señalado en la Introducción, el artículo 8 (6) del TBI Argentina-Austria.

(ii) El derecho aplicable de la República Argentina

107. En el presente caso, los instrumentos directamente relevantes del derecho argentino aplicable son instrumentos jurídicos de la Provincia de Salta que es la entidad constitucionalmente competente para la explotación de “Juegos de Azar” en dicha jurisdicción provincial. Para este arbitraje los instrumentos básicos son los siguientes:

1. La Ley N° 7020 de la Provincia de Salta publicada 12 de enero de 1999 (y su modificatoria N° 7133 de 2001);

2. El Decreto 3616 del Poder Ejecutivo de la Provincial de 1 de septiembre de 1999 creando ENJASA y otorgándole la Licencia (las disposiciones del contrato de licencia están contenidas en el Anexo1 de este Decreto);

3. Decreto 419 del Poder Ejecutivo Provincial de 15 de febrero de 2002 aprobando el Contrato de Transferencia de Acciones de ENJASA suscripto el 14 de febrero de 2000 entre el Ministerio de la Producción y el Empleo y la UTE (Casinos de Austria Internacional Holding, Boldt y Iberlux Internacional) al que acompaña el texto de dicho Contrato.

4. Texto del Acta-Acuerdo 2008(Unidad de Revisión y Renegociación de Contratos (UNIREN)).

5. Decreto 5313 de 25 de noviembre de 2008 aprobando el Acta-Acuerdo entre UNIREN y ENJASA.

108. Todos estos instrumentos han sido facilitados al Tribunal por las Partes que los han invocado o citado con frecuencia en sus alegatos escritos y argumentos orales. Sus textos forman por lo tanto parte de la documentación del expediente del presente caso. No se

reproducen en esta Opinión por razones de economía. Todos ellos están en el dominio público.

(b) Consideración del reclamo

(i) La revocación de la licencia de ENJASA no fue una “expropiación indirecta”

109. Como es evidente, la revocación por el ENREJA de la Licencia de ENJASA como sanción por violaciones o incumplimientos del artículo 5 de la Ley 7020 y de la propia Licencia no fue una expropiación de las acciones de L&E y/o ENJASA, a menos que el lenguaje jurídico haya dejado de ser un medio de comunicación entre los juristas. Como dice el tribunal *S.D. Myers c. Canada*: “In general, the term expropriation carries with it the connotation of a ‘taking’ by a government-type authority of a person’s property with a view to transferring ownership of that property to another person, usually the authority that exercised de jure or de facto power to do the taking” (laudo parcial de 13 de noviembre de 2000, párr. 280).
110. En el presente caso, la medida adoptada, es decir la revocación de la Licencia de ENJASA, no puede ser calificada de “*taking*” porque ENJASA no era la propietaria de la Licencia sino la titular de la licencia, es decir una “licenciataria” no una “propietaria”, por lo que no pudo haber transferencia alguna de una propiedad inexistente. Lo que si hubo fue una sanción a ENJASA por el Ente Regulador y Autoridad de Aplicación de la Ley 7020 debido a violaciones e incumplimientos serios y reiterados por la empresa de sus obligaciones de Licenciataria en materia de prevención del lavado de dinero enunciadas en el artículo 5 de la Ley 7020, la casi totalidad de las cuales, por otra parte, tuvieron lugar cuando los Demandantes en la presente arbitraje eran ya accionistas mayoritarios, y que no solo controlaban sino que también gestionaban y dirigían directamente la empresa que cometió las violaciones o incumplimientos que fueron la causa de la sanción revocadora. Es decir, que los Demandantes incoaron en el CIADI el presente arbitraje contra la República Argentina (con objeto de obtener una compensación económica por el alegado efecto adverso para sus acciones resultado de la pérdida por ENJASA de su antigua licencia por violaciones o incumplimientos de sus obligaciones legales y contractuales) cuando ellos controlaban, gestionaban y dirigían la empresa.

111. Conscientes de la inexistencia de “*taking*” y al mismo tiempo decididos a acudir al artículo 4 (1) y (2) del TBI Argentina-Austria, los Demandantes han formulado su reclamo principal en términos de la llamada “expropiación indirecta” buscando apoyo para este propósito en decisiones de tribunales arbitrales internacionales en materia de inversiones extranjeras adoptadas con el fin de paliar situaciones de hecho y de derecho consecuencia de la adopción de medidas que tienen poco o nada que ver con la revocación sancionadora del presente caso.
112. Así pues, lo que persiguen los Demandantes es utilizar la figura de la “expropiación indirecta” o “expropiación *de facto*”, justificada en otras situaciones por razones elementales de justicia, con objeto de tratar de obtener una compensación económica para remediar las consecuencias adversas para ellos de una sanción legal impuesta a ENJASA por incumplir sus obligaciones de Licenciataria en materia de prevención del lavado de dinero (que forma parte de la lucha emprendida por los Estados contra el narcotráfico y el terrorismo) cuando en el momento en que se adoptó la sanción revocatoria hacía unos diez años que la empresa era controlada, gestionada y dirigida por los propios Demandantes en este arbitraje. Esto no tiene nada que ver con la “expropiación indirecta”. En el lenguaje de los tribunales arbitrales internacionales el concepto de “expropiación indirecta” ha sido descrito de varias maneras pero su sentido original es claro. Se trata de medidas que tienen por lo general efectos negativos menores a los de una expropiación directa pero que son, sin embargo, de una magnitud tal que dejan los derechos de propiedad afectados por la interferencia hasta el punto de privar al propietario del uso o beneficio económico de su derecho o del control de su activo, sin que haya sin embargo habido una transferencia de propiedad. Como señaló, por ejemplo, el tribunal del caso *Metalclad c. Mexico*:

“expropiación ... incluye no sólo la confiscación de la propiedad de manera abierta, deliberada y con conocimiento de causa, tal como una confiscación directa o una transferencia formal u obligatoria de títulos en favor del Estado receptor, pero también una interferencia disimulada o incidental del uso de la propiedad que tenga el efecto de privar, totalmente o en parte significativa, al propietario del uso o del beneficio económico que razonablemente se esperaría de la propiedad, aunque no necesariamente en beneficio obvio del Estado receptor”. (laudo de 30 de agosto de 2000, párr.103).

113. Normalmente se trata de medidas de carácter permanente cuya interferencia ocasiona una pérdida de valor total o casi total de la inversión o una pérdida de control de la empresa que priva al inversionista de obtener los beneficios económicos asociados a su inversión. Numerosos reclamos de expropiación se han rechazado precisamente porque el inversionista continuaba en el control de la empresa como sucede en el presente caso (*Feldman c. Mexico, Methanex c. Estados Unidos, Sempra c. Argentina, CMS c. Argentina, Azurix c. Argentina, LG&E c. Argentina*). También es cierto que en los comienzos de los arbitrajes sobre inversiones la “expropiación indirecta” fue invocada por los demandantes y ponderada por los tribunales arbitrales en función principal o exclusivamente de los efectos de las medidas estatales en la inversión del inversor, visión unilateral del concepto que entró inevitablemente en conflicto con las potestades regulatorias y de policía de los Estados. Pero, esa etapa ya ha sido superada en la práctica de los tribunales arbitrales de inversiones.
114. En todo caso, la cuestión central de la presente controversia no es en absoluto, como pretenden los Demandantes, la adopción por las autoridades de la Provincia de Salta de una medida susceptible de ser calificada de “expropiación indirecta” por las siguientes consideraciones: (i) se trata de una medida sancionadora de violaciones o incumplimientos previos por ENJASA de las obligaciones de la Licenciataria enunciadas en el artículo 5 de la Ley 7020; (ii) la sanción fue impuesta por el Ente Regulador competente en el ejercicio normal de sus funciones de Autoridad de Aplicación de dicha Ley; (iii) se siguió el procedimiento del expediente administrativo ordinario aplicado a toda licenciataria por el Ente Regulador y Autoridad de Aplicación; (iv) dicho procedimiento se desarrolló de conformidad con las prescripciones del debido proceso y se garantizó plenamente el derecho de defensa de ENJASA; y (v) tanto dicho procedimiento como la Ley 7020 era perfectamente conocidos de los Demandantes y fueron asumidos por ellos cuando, con ocasión de la privatización, decidieron invertir en ENJASA a través de su participación en una Unión Transitoria de Empresas (UTE) así como cuando, más adelante, convertidos en accionistas mayoritarios gestionaron la administración de la empresa y controlaron su actividad empresarial.
115. A diferencia de lo sucede a veces en las disputas entre inversores y Estados anfitriones, en el presente caso la controversia no se ha generado por modificaciones significativas

relevantes del marco regulatorio legal y/o del contrato de licencia entre la fecha en que los Demandantes decidieron comenzar a invertir en ENJASA y la fecha en que el Ente Regulador y Autoridad de Aplicación decidió la revocación de la Licencia que tenía ENJASA por sus serias y reiteradas violaciones o incumplimientos de las obligaciones enunciadas en el artículo 5 de la Ley 7020, violaciones que incumplían también, es oportuno recordarlo, lo dispuesto expresamente sobre dicho artículo 5 en el propio contrato de la Licencia revocada. Ni tampoco concierne, por ejemplo, cuestiones relacionadas con la actualización o la renovación de una licencia o concesión. En consecuencia, una buena parte de los laudos sobre inversiones o concesiones que se han ido sucediendo en la práctica tienen poco o nada que ver con el objeto de la presente controversia como ocurre, para citar un ejemplo, con el laudo del caso *Tecmed c. Mexico* frecuentemente citado por los Demandantes en el presenta arbitraje.

(ii) La teoría denominada “sole effects” es inaplicable en el presente caso

116. Los Demandantes no solo han acudido a la figura de la “expropiación indirecta” sino que lo han hecho apoyándose en una versión unidimensional de dicho concepto, a saber, la teoría llamada de los “*sole effects*” que excluye en la ponderación cualquier otro elemento, aspecto o consideración salvo los efectos adversos de la medida cuestionada. Esta teoría que está hoy superada es, en todo caso, inaplicable en el caso de una controversia como la presente. Por lo tanto, el apoyo que los Demandantes han buscado citando decisiones arbitrales sobre la “expropiación indirecta” basadas en la teoría de los “*sole effects*” no ayudan a la resolución del presente caso. Sostener que se pondere como único factor para determinar la existencia de una “expropiación indirecta” el grado de interferencia de los efectos de la medida adoptada, es decir de la revocación de la licencia que tenía ENJASA, en derechos de propiedad de la empresa o de los Demandantes no tiene ningún sentido. Afirmarlo es tanto como solicitar que este Tribunal Arbitral motive su decisión en consideraciones absurdas o irrazonables.
117. La doctrina de los “*sole effects*” que se desarrolló sobre todo en el contexto particular del Tribunal Mixto Irán- EE.UU. ha tenido cierto predicamento en un sector de la doctrina que ha desconocido o pretendido desconocer el mencionado contexto. Conviene, por lo tanto, recordar los orígenes de esta doctrina como se hace en este pasaje de otro sector doctrinal:

“El Tribunal (Mixto) parece efectivamente haber asumido que una pérdida de propiedad en las circunstancias prevalecientes en Irán entre 1978 y 1981, si eran atribuibles a Irán, eran el resultado de medidas irregulares e inconsistentes con el derecho internacional” (Alejandro Faya Rodríguez, *¿Cómo se determina una expropiación indirecta bajo tratados internacionales en materia de inversión? Un análisis contemporáneo*”, Universidad Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas 2013, p.,230).

118. En la Provincia de Salta, tanto antes como después de la adopción de la sanción revocadora de la Licencia que tenía ENJASA, las circunstancias eran y continúan siéndolo pacíficas y de completa normalidad constitucional y democrática. Por otra parte, el TBI Argentina-Austria no es precisamente la “Declaración de Argelia” que otorga al mencionada Tribunal Mixto una jurisdicción que va más allá de la expropiación al extenderse también a “otras afectaciones de propiedad”. No es, por lo tanto, de recibo que el presente Tribunal Arbitral CIADI asuma o presuma que la mencionada sanción a ENJASA sea resultado de medidas inconsistentes con el derecho argentino, las disposiciones del TBI o el derecho internacional, aunque los Demandantes lo hayan intentado una y otra vez esgrimiendo el argumento de una llamada “conspiración política” que han sido incapaces de probar.
119. El argumento de la “conspiración política” ha venido a menos en el curso de las audiencias de la presente fase, pero los Demandantes lo han seguido utilizando en su Escrito Posterior a la Audiencia (EPA). Por su parte, el Laudo mayoritario mantiene una cierta ambigüedad al respecto en el sentido de que, por un lado, afirma no tomar dicha teoría en cuenta en sus determinaciones mientras, por otro lado, no declara como debería haber hecho que los Demandantes han sido incapaces de administrar la menor prueba de la veracidad de su alegada “conspiración política” relato instrumental utilizado para dar credibilidad a sus reclamos, en particular al de la de “expropiación indirecta”.

(iii) La práctica arbitral y la doctrina contemporánea rechazan la teoría de los “sole effects”

120. En la práctica más reciente, inclusive en la relativa a la “expropiación indirecta” propiamente dicha, hay un claro rechazo de la doctrina de los “sole effects”. Es poco razonable afirmar que por el simple hecho de que una medida ocasione un efecto adverso a una inversión extranjera existe inexorablemente y de manera concluyente una

“expropiación indirecta” ilícita. La severidad del impacto de la medida no es el único elemento que debe ponderarse puesto que en el ordenamiento jurídico internacional no se pueden presumir sin más que los Estados al admitir la figura jurídica de la “expropiación indirecta” hayan implícitamente admitido simultáneamente la limitación de las potestades regulatorias y de policía inherentes a su soberanía. Ello iría en contra de principios sistémicos de derecho internacional tales como que tanto las limitaciones de la soberanía Estatal como la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente no se presumen.

121. En general, el ejercicio de dichas potestades regulatorias y de policía no da lugar a un severo impacto económico adverso en las inversiones, pero existen ocasiones en que puede producirse un impacto de ese nivel sin que ello genere en el inversor derecho a una compensación en virtud de la norma consuetudinaria de derecho internacional examinada *supra* en esta Opinión. Y una de esas eventuales ocasiones es precisamente la revocación por el Ente Regulador competente de una licencia o de una concesión por incumplimientos o violaciones de las obligaciones de la licenciataria o concesionaria en cuestión como sucedió en el presente caso.
122. Para determinar cuándo en un caso concreto se está ante una regulación o sanción legítima con efectos adversos no compensable para el inversor, como en el presente caso, o ante una “expropiación indirecta” compensable, los tribunales arbitrales de inversiones sopesan a la luz de las circunstancias particulares del caso las potestades del Estado anfitrión para regular y sancionar en interés público las actividades que se desarrollan en su territorio (inclusive las de los inversores extranjeros) y los derechos de los inversionistas extranjeros al beneficio de su inversión. Como se describe en el siguiente comentario doctrinal: “La tendencia dominante nos muestra un reconocimiento, explícito o implícito, de que la naturaleza de la medida, conjuntamente con sus efectos, son los elementos necesarios para determinar la existencia (o no) de una expropiación indirecta. Por ello, los tribunales normalmente se alejan de versiones extremas y consideran tanto el carácter como el impacto práctico de la medida” (Alejandro Faya Rodríguez, *op. cit.*, p. 232). A este comentario general que comparte este árbitro añadiría para ser más precisos las causas y el contexto de la medida como lo precisó expresamente en el 2006 el tribunal *LG&E v. Argentina* en el siguiente pasaje:

“La opinión de este Tribunal es que debe haber un equilibrio en el análisis, es decir, ha de tratarse de un análisis que alcance tanto a las causas como a los efectos de (la) medida, a los fines de identificarla como expropiatoria. Es importante distinguir el derecho del Estado de adoptar ciertas políticas con su facultad de dictar medidas expropiatorias. Esta determinación es importante, pues una de las bases para distinguir, desde la perspectiva de un tribunal internacional, entre una medida regulatoria, expresión normal de la autoridad estatal en ejercicio del poder de policía, que trae consigo una disminución de los bienes o derechos del particular, y una expropiación de facto, que priva de toda sustancia real a tales bienes o derechos” (laudo de 3 de octubre de 2006, párr.194) (itálicas y negrilla añadidas).

123. En el presente caso, la revocación de la licencia de ENJASA no fue un acto extraordinario o irregular, ni discriminatorio o arbitrario. Ni una privación que por su naturaleza misma pueda calificarse de expropiación directa o indirecta, puesto que la privación en este caso es el resultado de una medida adoptada en el ejercicio normal de las potestades regulatoria y de policía del Estado - a través del Ente Regulador y Autoridad de Aplicación competente de la Ley 7020 y con un propósito de interés público general, nacional e internacional, como es la prevención del lavado de dinero negro - mediante una sanción prevista en dicha Ley después de previas, serias y reiteradas violaciones o incumplimientos por ENJASA de las obligaciones legales y contractuales que había asumido en su calidad de Licenciataria, así como de haberle advertido el ENREJA que de no rectificar se exponía a que la Licencia le fuese revocada en aplicación del artículo 13 de la mencionada Ley como, finalmente, sucedió.
124. Esta es ciertamente la conclusión de todo análisis que tenga debidamente en cuenta el conjunto de los factores que deben ponderarse (efectos; causas; contexto; naturaleza de la medida). En todo caso, este árbitro ha llegado a sus conclusiones sobre el reclamo de “expropiación indirecta” de los Demandantes ponderando no sólo los efectos de la medida (revocación de la Licencia de ENJASA) sino también sus causas (violaciones e incumplimientos previos de ENJASA de sus obligaciones legales y contractuales de Licenciataria), la naturaleza de la medida adoptada (sanción por violación o incumplimiento de las obligaciones enunciadas en el artículo 5 de la Ley 7020) y la clase o tipo del activo en cuestión afectado por la medida (derechos contractuales de explotación de los juegos de azar de jurisdicción provincial de ENJASA como Licenciataria).

(iv) ¿Eran los derechos de la Licenciataria susceptibles de expropiación?

125. El primer reclamo de los Demandantes parece asumir que los derechos de la Licenciataria eran susceptibles de expropiación pues de no ser así no podrían haber sido objeto de la expropiación indirecta que alegan haber sufrido como consecuencia de la sanción revocatoria de la licencia. Este árbitro reconoce que mientras en los ordenamientos domésticos sólo los derechos reales como la propiedad son susceptibles de expropiación por regla general, no sucede lo mismo en el derecho internacional. En este último ordenamiento el término “expropiación” puede tener según las circunstancias un alcance más amplio y abarcar derechos de naturaleza contractual o incluso algún tipo de intangibles, aunque sin llegar al extremo de algunos tribunales arbitrales que han llegado a afirmar, en relación con las inversiones, que cualquier interés con valor económico puede ser objeto de expropiación, como si se tratase de una regla generalmente aceptada. Este exceso extrapola una vez más a los arbitrajes CIADI y CPA sobre inversiones, tendencias aplicadas en el Tribunal Mixto Irán-EE.UU. que como hemos señalado *supra* desarrolla sus actividades en el marco particular de la Declaración de Argelia. En el presente caso, el marco en que se desarrolla este arbitraje no es dicha Declaración sino el TBI Argentina-Austria de 7 de agosto de 1992, en vigor desde el 1 de enero de 1995, y la Convención CIADI.
126. En los arbitrajes de inversiones basados en un tratado el alcance del ámbito de lo “expropiable” puede ser más o menos amplio en función de lo que disponga el TBI o el tratado de que se trate, sea directamente, al regular la expropiación, o bien indirectamente como, por ejemplo, al definir el significado del término “inversión” en el TBI o tratado en cuestión. En el presente caso, debido precisamente a que el artículo 1 (*in fine*) del TBI Argentina-Austria dispone que el contenido de las categorías de derechos enumeradas protegidas por el TBI - incluida la invocada por los Demandantes (derechos de participación y otras formas de participación en las empresa) - es determinado “por las leyes y reglamentaciones de la Parte Contratante en cuyo territorio la inversión está situada” el ámbito de lo que puede ser “objeto de expropiación” a los efectos de la aplicación del TBI Argentina-Austria es el que dispongan las leyes y reglamentaciones de la República Argentina. No hay por lo tanto lugar a extrapolar al respecto lo dicho por otros tribunales arbitrales internacionales de inversiones o por la doctrina pertinente.

127. Además, también en virtud del mencionado TBI, en su artículo 8 (6), no puede haber la menor duda de que el derecho argentino se aplica como una de las tres fuentes jurídicas que componen el “derecho aplicable” a la resolución de la presente controversia por haberlo decidido así la Argentina y Austria en su TBI. No existe, por lo tanto, razón alguna que permita cuestionar lo declarado por el tribunal *Encana v. Ecuador* de que “... para que exista la expropiación de una inversión o beneficio, los derechos afectados deben existir en virtud de la legislación que los crea “(laudo de 3 de febrero de 2006, párr. 184). En este caso es en virtud de la legislación de la República Argentina y/o de su Provincia de Salta, pero los Demandantes no han demostrado que dicha legislación contemple la expropiación de los beneficios o derechos administrativos que tenía ENJASA en su condición de licenciataria.
128. Por lo tanto, están completamente fuera de lugar todas aquellas presentaciones de los Demandantes o del Laudo mayoritario que afirmen o infieran que ENJASA era propietaria de la Licencia revocada, denominada en la Ley 7020 “*contrato de licencia*”. ENJASA tenía en virtud de dicha Licencia un permiso o autorización para explotar en la Provincia de Salta los juegos de azar de manera exclusiva durante treinta años dentro del marco regulatorio de la Ley 7020 y de lo establecido en el propio contrato de Licencia, pero de ninguna manera, ni en ningún momento, fue la dueña o propietaria de la Licencia. La definición del objeto de la Licencia en su artículo 1 excluye toda idea de dominio o propiedad del Licenciatario sobre la licencia al disponer lo siguiente:

“1.1. La licencia tiene por objeto autorizar la explotación de los Juegos de Azar de la provincia de Salta *con los alcances y las limitaciones establecidas a continuación*
...

1.2. La autorización comprende *la gestión, gerenciamiento, comercialización y explotación* de todos los juegos de azar de jurisdicción de la provincia ...

1.3. La licenciataria podrá *comercializar* los juegos de azar de la provincia, objeto de esta licencia tanto en el territorio de la provincia como en el resto del país.

1.4. El licenciatario deberá sujetar su actividad en todo lo relacionado con el desarrollo de la licencia, *a las previsiones de la Ley 7020, su decreto reglamentario y a las normas que el Ente Regulador del juego de azar decreta en el marco de su competencia.* (itálicas añadidas).

129. En resumen, en Salta la facultad de regular los juegos de azar compete a la Provincia y la Ley provincial 7020 otorgó en su artículo 4 la facultad de otorgar licencias para la explotación de dichos juegos al Poder Ejecutivo Provincial. Fue por consiguiente dicho Poder Ejecutivo el que mediante el Decreto 3616 de 1 de septiembre de 1999, otorgó la Licencia a ENJASA sociedad argentina creada por el mismo decreto y posteriormente privatizada. Por lo tanto, es evidente que los derechos contractuales de ENJASA en su condición de Licenciataria no eran derechos reales de propiedad ni derechos contractuales susceptibles de expropiación directa o indirecta por la Provincia de Salta, a menos que se admita el absurdo que uno pueda expropiarse a sí mismo. En suma, los derechos contractuales que tenía ENJASA como licenciataria no eran un activo susceptible de ser objeto de una expropiación cuando se revocó la Licencia *pues por su misma naturaleza jurídica no constituían un activo expropiable en la Provincia de Salta*. La Licencia podía revocarse, extinguirse o declararse caduca, pero no expropiarse directa ni indirectamente por lo que no cabe afirmar en el plano internacional que la revocación de la Licencia que tenía ENJASA fue una medida de “expropiación indirecta”.

(v) ¿Ha existido una privación total o casi total del valor o del control de la inversión de los Demandantes?

130. Como señala la doctrina, una “expropiación” afecta de manera permanente a la totalidad del bien o activo de que se trate. No se conciben expropiaciones parciales pues la noción perdería su sentido. Sin embargo, en el caso de inversiones formadas por una variedad de derechos y activos la expropiación de un componente específico puede admitirse en ciertos supuestos, siempre y cuando el componente en cuestión no sea económicamente hablando parte integrante del mismo negocio jurídico y sea por su naturaleza un bien expropiable. Este supuesto no se da en el presente caso.

131. En el presente caso, una eventual violación del estándar de expropiación del TBI exigiría que se determine previamente si los Demandantes han sido privados substancial y permanentemente de los beneficios económicos correspondientes a su inversión. Esto implicaría a su vez decidir en primer lugar si la revocación de la Licencia de ENJASA constituyó un ejercicio regular de los poderes regulatorios del ENREJA, pero si no fuese así *quad non* habría que determinar *inter alia* la interferencia de la sanción revocadora de

la licencia en la inversión de los Demandantes en ENJASA habida cuenta de la totalidad de los activos de esta última, es decir, tanto de las ganancias obtenidas como licenciataria exclusiva de la explotación de los juego y loterías en la Provincia de Salta como la propiedad y explotación del Hotel Sheraton Salta y otros eventuales activos de la empresa. Como declaró el tribunal *Vivendi c. Argentina*, la doctrina mayoritaria distingue entre una “privación parcial del valor” de la inversión (que no es una expropiación) y una “privación total o casi total del valor” de la inversión (que puede ser una expropiación) (laudo de 20 de agosto de 2007, párr. 7.5.11). Otra forma de interferencia que podría llegar a calificarse de expropiación sería la pérdida de control de la empresa o subsidiaria de que se trate, con independencia del grado de pérdida de valor de la inversión, pero en el presente caso los Demandantes no perdieron el control de ENJASA ni de sus acciones en la empresa.

132. Habiendo concluido *supra* que la revocación de la Licencia que tenía ENJASA por la Resolución N° 240 del ENREJA, Ente Regulador y Autoridad de Aplicación de la Ley 7020, constituyó una manifestación particular del ejercicio regular por dicho órgano de las potestades regulatoria y de policía de la República Argentina como Estado soberano, este árbitro no tiene la obligación de determinar también si dicha revocación privó substancial y permanentemente a los Demandantes de los beneficios de su inversión en ENJASA. Sin embargo, dado que esta última cuestión ha sido muy debatida entre las Partes daré también mi opinión *abundantia cautela* sobre dicha cuestión. La Demandada en su Escrito Posterior a la Audiencia señala que:

“Con respecto a la propiedad y explotación del Hotel Sheraton Salta, la revocación de la Licencia no afectó su propiedad y explotación. En efecto, ENJASA continuó siendo la propietaria de dicho hotel y obtuvo importantes beneficios económicos derivados de este. Asimismo, se ha comprobado que el hotel fue construido mediante franquicias y beneficios impositivos y, luego, fue vendido a precio de mercado. Por esta operación de venta, ENJASA obtuvo una importante utilidad contable”. (Estados Contables de ENJASA al 31/12/2017, Notas 3.15, 19 y 20 (Exhibit-299). En la Nota 3.15 se consigna que la utilidad obtenida por la venta fue de ARS 20.590.902) (párr. 266 del EPA)

133. Los elementos de hecho mencionados por la Demandada en esta cita están debidamente documentados y no han sido desmentidos en lo esencial por los Demandantes. En cuanto a la construcción del Hotel Sheraton Salta está probado que fue construido por “Complejo

Monumento Güemes S.A.” mediante franquicias y beneficios impositivos provinciales y nacionales como se indica en el Balance General del 31 de mayo de 2002 de dicha empresa y se confirmó el tercer día de la Audiencia en el curso del interrogatorio del Señor Ortiz Fernández ((versión inglesa 78:4-79:99). En lo que concierne la venta del Hotel, ENJASA transfirió el 5 de diciembre de 2016 el fondo de comercio del Hotel Sheraton Salta a “Inversiones Hoteleras Salta S.A.” (A RA 260) y posteriormente, según Cedula Parcelaria de 27 de marzo de 2019, vendió el 1 de marzo de 2017 el Hotel a dicha empresa por el precio de USD 4,020.000. Así pues, la empresa ENJASA además de ser la Licenciataria exclusiva de la explotación de los juegos de azar de jurisdicción provincial en Salta era también propietaria y explotaba un hotel de cinco estrellas, el arriba mencionado Hotel Sheraton Salta. ENJASA explotaba en efectos esos dos elementos económicos que fueron objeto de un mismo negocio jurídico como lo prueba *inter alia* el propio “Contrato de Transferencias de Acciones” de ENJASA anexo al Decreto N° 419 de 15 de febrero de 2000 concluido entre la UTE (Casinos, Boldt e Iberlux) y la Provincia de Salta con ocasión de la privatización de la empresa en el que no solamente se acuerda la compraventa y transferencia de las acciones de ENASA a la UTE sino que también define las obligaciones del comprador, es decir de dicha UTE, que consisten en lo esencial (i) en el pago del canon anual por la Licencia de explotación de los juegos de azar de ENJASA y (ii) en la construcción del mencionado Hotel Sheraton en el marco del llamado “Plan de Desarrollo Turístico”. Ambas obligaciones son por lo tanto partes integrantes de un mismo y único negocio jurídico, la transacción de la privatización de ENJASA concluida entre la mencionada UTE y la Provincia de Salta.

134. Las propias ofertas hechas por la UTE (Casinos, Boldt e Iberlux) abarcaron tanto propuestas relativas al canon anual en contrapartida por la Licencia de explotación en exclusiva por una duración de treinta años de los juegos de azar de jurisdicción provincial por ENJASA como a la financiación del Plan de Desarrollo Turístico, construcción del Hotel inclusive. La oferta económica mejorada de la UTE que fue la ganadora de la licitación propuso un canon anual por los tres primeros años de \$US 2.500.000, un canon anual para los subsiguientes veintisiete años de \$US 4.100.000 y una inversión total en el Plan de Desarrollo Turístico de \$US 20.700.000 según la información que proporciona el preámbulo del Decreto N° 419 mencionado en el párrafo precedente.

135. El Contrato de Transferencia de Acciones de ENJASA confirma sin lugar a dudas la unidad de negocio de lo convenido entre la mencionada UTE y la Provincia de Salta pues una vez definido en sus artículos 3, 4 y 5 las acciones vendidas, su precio, la forma de pago y el modo de transferencia de las acciones establece en su artículo 6 como *obligaciones del comprador inherentes al presente contrato* no solamente las relativas al pago del canon anual sino también las asumidas por la UTE en lo que concierne a la construcción del Hotel del Plan de Desarrollo Turístico.
136. No cabe la menor duda al respecto pues dichas “obligaciones del comprador inherentes al presente contrato” establecen, *inter alia*, que: (i) el pago del canon y el cumplimiento del Plan de Inversión en Desarrollo Turístico; (ii) que el comprador deberá cumplir en tiempo y forma con el Plan de Inversiones en Desarrollo Turístico; (iii) que el comprador deberá presentar por ante el Ente Regulador certificado en tiempo y forma de las inversiones comprometidas en la oferta para cada año; (iv) que el Ente Regulador fiscalizará y certificará el cumplimiento del Plan de Inversiones; (v) que el comprador elaborará y entregará al Ente Regulador bimestralmente un informe de avance de las obras realizadas durante el período; (vi) que los trabajos que demanden la ejecución de las obras comprendidas en el Plan de Inversiones, se ejecutarán por cuenta y riesgo del comprador siendo a su cargo todos los gastos necesarios hasta su total conclusión; y (vii) que en ningún caso el vendedor será responsable por las consecuencias derivadas de dichos trabajos ni de los contratos que celebre el comprador para su realización.
137. Ante la evidencia arriba descrita, este árbitro considera probado; (i) que las dos facetas económicas de la inversión de los Demandantes fueron objeto de una misma transacción, un negocio jurídico único e indivisible entre la UTE en cuestión y la Provincia de Salta; y (ii) que la revocación de la Licencia de ENJASA no privó por consiguiente a los Demandantes de la totalidad del valor de su inversión por no haber afectado a la propiedad y explotación del Hotel Sheraton Salta ni demás activos de la empresa, ni tampoco al control de la empresa y/o de sus acciones por los Demandantes. En consecuencia, la alegación de los Demandantes de haber sufrido una “expropiación indirecta” como resultado de la revocación de la Licencia que tenía ENJASA no se justifica.

(vi) La potestad del Ente Regulador como Autoridad de Aplicación de adoptar sanciones en caso de violaciones o incumplimientos del artículo 5 de la Ley N° 7020 y su modificatoria 7133

138. El Título I de la Ley N° 7020, titulado el “Marco Regulatorio de los Juegos de Azar”, dispone en su Capítulo I (Disposiciones Generales) que la explotación y administración de los Juegos de Azar en todo el territorio de la Provincia de Salta se ajustará a las pautas, procedimientos y condiciones fijadas en esta ley y su reglamentación (artículo 1), define lo que se entenderá por “Juegos de Azar” (artículo 2), declara que será Autoridad de Aplicación de la ley el Ente Regulador del Juego de Azar creado en el Título II de la misma (el ENREJA) y que dicho Ente tendrá facultades suficientes para el dictado de normas de carácter operativo destinadas a hacer cumplir la Ley (artículo 3), precisa que la explotación de los mencionados juegos en la Provincia de Salta se realizará a través de licencias otorgadas por el Poder Ejecutivo Provincial que será el que determinará sus términos y extensión (artículo 4) y que el licenciatario deberá someter su actividad a las disposiciones de la Ley 7020 y que será de su responsabilidad la selección y el empleo de métodos de explotación y mantenimiento que aseguren el cumplimiento de las normas de dicha Ley, así como que el licenciatario no podrá contratar operadores sin la autorización previa de la Autoridad de Aplicación y deberá designar un responsable del antiblanqueo de dinero que tendrá a su cargo una serie de obligaciones destinadas a prevenir dicho blanqueo (artículo 5).
139. Los siguientes artículos del Capítulo I del Título I de la Ley 7030 tratan de la confección de registros contables por el licenciatario (artículos 6 a 9), de las auditorias del Ente Regulador (artículos 10 a 12) y de las sanciones aplicadas por el Ente Regulador (artículo 13). Este artículo 13, titulado “Incumplimientos” es, junto con el artículo 5 arriba mencionado, sumamente relevante en el presente arbitraje y dispone que:

“Las violaciones o incumplimientos de la presente Ley, sus reglamentaciones, del contrato de Licencia, y de los reglamentos dictados por el Ente, serán sancionados por la Autoridad de Aplicación con:

- a) Apercibimiento.
- b) Multa.

- c) Inhabilitación.
- d) Suspensión de la Licencia.
- e) Revocación de la Licencia.

Tales sanciones serán aplicadas teniendo en cuenta la debida proporcionalidad entre las mismas y la falta cometida, sin perjuicio de la responsabilidad penal y contravencional”.

140. Estas sanciones del Título I de la Ley 7020 relativas a las “obligaciones de los Licenciarios” no deben confundirse con las sanciones administrativas del artículo 41, Capítulo IV Título II de dicha Ley titulado” Infracciones Administrativas” que puede también imponer el ENREJA a “personas físicas o jurídicas” que realicen, con autorización o sin ella, alguna de las actividades definidas como “juegos de azar” en el artículo 2 de la Ley 7020 y lo hagan en infracción a una o más normas de la Ley 7020, su decreto reglamentario y las resoluciones del Ente Regulador, sin perjuicio de las contravencionales, penales y de responsabilidad civil que corresponda a la persona física o jurídica infractora (artículo 40). Estas sanciones del artículo 41 de la Ley 7020 no son similares a las enunciadas en el artículo 13 pero ello no crea ningún conflicto por que las disposiciones de ambos artículos no sancionan los mismos supuestos ni persiguen los mismos fines. Las del artículo 41 son irrelevantes para este arbitraje pues son ajenas al supuesto y al objeto y fin de las enunciadas en el artículo 13 que sancionan las violaciones o incumplimientos por una licenciataria de sus “*obligaciones de licenciataria*” como son las establecidas en el artículo 5 de la Ley 7020.
141. La situación arriba mencionada no se presta a ningún equívoco. Basta con leer los artículos 13 y 41 en el contexto de la Ley 7020. Pero los Demandantes en este arbitraje han hecho alegaciones basadas expresa o implícitamente en el argumento de que ambos artículos son aplicables a los incumplimientos por una licenciataria de sus “obligaciones de licenciataria”. Esta afirmación, que es una auténtica falacia, repite lo mismo que alegó ENJASA al respecto en Salta y que la Resolución N° 240/13 del Ente Regulador y Autoridad de Aplicación de la Ley 7020 que rechaza expresamente en los siguientes términos:

“Que, en materia de las contravenciones y sus consecuencia y sus consecuencias, las disposiciones de la Ley 7020 y su modificatoria 7133 distinguen dos situaciones: a) Los incumplimientos o violaciones cuyas sanciones se encuentran contemplados en el artículo 13° y aplicables a los incumplimientos o violaciones a la ley, sus reglamentaciones, contrato de Licencia y demás reglamentos dictados por el Ente: *que serán* sancionados con Apercibimiento, Multa, Inhabilitación, Suspensión de Licencias y Revocación de la Licencia; de b) las Infracciones Administrativas cuyas sanciones se prevén en el artículo 41°, que *serán pasibles*, indistinta o conjuntamente de Multa, Inhabilitación, Comiso o Clausura.

Que ambas normas tienden a sancionar, no solo las desobediencias negativas (abstenciones u omisiones) sino también, las conductas generalmente comisivas encaminadas a contradecir una regla. Sin embargo, ofrecen un imperceptible distingo en el catálogo descriptivo, pues, por ejemplo, el artículo 13° autoriza a la suspensión y la revocación de la licencia mientras que el artículo 41° posee, a más de la inhabilitación y la multa, el comiso y la clausura. También es dable a observar que los incumplimientos son faltas a las leyes, al contrato y los reglamentos generales; las infracciones - dejan al margen al contrato y los reglamentos - refieren a la ley, decreto y a las resoluciones del Ente cuando estas no revisten el carácter de reglamentos” (página 30/31 de la Resolución 240) (itálicas en el texto).

142. El ENREJA decidió revocar la licencia de ENJASA por violaciones o incumplimientos por la empresa de las obligación legales y contractuales que tenía como Licenciataria para la explotación de los juegos de azar de jurisdicción provincial en Salta y lo hizo, como no podía ser de otro modo, mediante una sanción adoptada de conformidad con el artículo 13 de dicha Ley. Es evidente que, si hubiese correspondido aplicar el artículo 41, el ENREJA no hubiera podido revocar la licencia pues el artículo 41 no contempla como sanción la revocación de la licencia. La prueba irrefutable de que el artículo 41 no era aplicable *in casu* es el hecho probado de que en la Cedula de Notificación de la Resolución N° 240/13 el ENREJA hace saber a ENJASA que podría presentar contra dicha Resolución los recursos de aclaratoria, de reconsideración o de alzada, mientras que el artículo 50 de la Ley 7020 dispone que en el caso de las infracciones administrativas las resoluciones que apliquen sanciones de conformidad con el artículo 41 pueden ser recurridas únicamente mediante aclaratoria y/o revocatoria. Por consiguiente, las disposiciones sobre las “infracciones administrativas” del Capítulo IV del Título II de la Ley 7020 (inclusive la prescripción al año de las acciones y sanciones del artículo 49) fueron ajenas a la controversia entre ENJASA y la Provincia de Salta dado que la empresa pudo interponer contra la Resolución N° 240/13 un recurso de reconsideración, como son también ajenas

respecto del objeto del presente arbitraje CIADI entre los Demandantes (CAI y CASAG) y la Demandada (República Argentina).

143. Otra prueba confirmatoria de que las disposiciones sobre las “infracciones administrativas” del Capítulo IV del Título II de la ley 7020 son ajenas a la cuestión central del presente arbitraje es el hecho de que las “obligaciones legales” de toda Licenciataria que enuncia en el artículo 5 de la Ley 7020 en relación con las autorizaciones previas del ENREJA (primer párrafo del artículo) y con la prevención del lavado de dinero (segundo párrafo) son también “obligaciones contractuales” de la Licenciataria” en virtud de su “contrato de Licencia” que tenía ENJASA. En efecto, los artículos 4 (Obligaciones del Licenciatario), 5 (Sanciones) y 6 (Causales de Extinción y/o Caducidad) del “contrato de licencia” del Anexo I del Decreto 3616 del Poder Ejecutivo Provincial disponen, *inter alia*, lo siguiente:

Artículo 4

“4.1 Son obligaciones de la licenciataria las siguientes:

4.1.2. Cumplir en el ejercicio de la licencia con todas y cada una de las previsiones de la ley 7020 y su decreto reglamentario.

4.1.3. Cumplir en el ejercicio de la licencia todas y cada una de las normas que dicte el Ente Regulador del Juego de Azar en el marco de su competencia

Artículo 5

5.1. Cada una de las violaciones o incumplimientos a las obligaciones impuestas a la licenciataria en la presente licencia, la ley 7020 y su reglamento, y, en los reglamentos dictados por el Ente Regulador del Juego de Azar, *serán sancionados* con las

penalidades y graduación previstas en la ley 7020 y su Decreto Reglamentario. (itálicas añadidas)

5.2 La consideración, aplicación y graduación de la sanción será realizada por el Ente Regulador del Juego de Azar teniendo en cuenta la debida proporcionalidad entre la misma y la gravedad de la falta.

5.3. A los efectos de la graduación de la sanción el Ente tendrá en cuenta la gravedad de la naturaleza de la falta, la afectación que la misma produce a la seguridad jurídica, la moral y las buenas costumbres, los perjuicios que la misma irroque al Estado provincial y/o particulares, conmoción social provocada y los antecedentes de reincidencia de la licenciataria.

Artículo 6

6.1. Sin perjuicio de las causales que se establezcan en el contrato de transferencia de las acciones ... serán causales de extinción y/o caducidad automática y de pleno derecho de la licencia las siguientes:

* El incumplimiento de las obligaciones impuestas en el artículo 5° de la ley 7020.

* La explotación de cualquier Juego de Azar sin autorización previa del Ente Regulador del Juego de Azar.

* La cesión o transferencia total o parcial de las facultades otorgadas en la presente licencia sin autorización previa del Poder Ejecutivo Provincial.”

144. Estas disposiciones del “contrato de licencia” del Anexo I del Decreto 3616 fechado el 1 de septiembre de 1999 - en cuyo artículo 6 se menciona expresamente el artículo 5 de la Ley 7020 - no han podido reenviar a las disposiciones sobre las “Infracciones Administrativas” de los artículos 40 a 51 de dicha Ley por tres razones. La primera porque en 1999 dichas disposiciones no figuraban en la Ley 7020 pues fueron agregadas a la Ley 7020 por una modificatoria de 2001 (La Ley 7133/2001). La segunda porque como bien dice el pasaje de la Resolución N° 240 del ENREJA arriba citado las “infracciones” de la Ley 7020 agregadas en 2001 “*dejan al margen*” el contrato y los reglamentos, inclusive las resoluciones del Ente Regulador que tengan carácter reglamentario, y las “obligaciones de Licenciataria” de ENJASA tenían la doble condición de ser “obligaciones legales” y “obligaciones contractuales”. Por último, las sanciones del artículo 5 del “contrato de licencia” conciernen únicamente las sanciones del artículo 13 de la Ley 7020 relativas a las violaciones o incumplimientos de “obligaciones de una Licenciataria” por el doble motivo de que así lo dice el texto de la disposición y por el hecho de que en 1999 dicho artículo 13 era el único artículo sobre sanciones de la Ley 7020, ya que el actual artículo 41 todavía no había sido agregado a la Ley.
145. El artículo 31 del Título II de la Ley 7020 crea el Ente Regulador del Juego de Azar (ENREJA) de la Provincia de Salta - como una “Entidad Autárquica” del Gobierno - que “es investido en los términos de la presente ley, de las potestades necesarias y suficientes para atender a la regulación del Juego de Azar en todas sus formas”. Las categorías de competencias del Ente son enunciadas en artículo 32 de la cuales la más relevante en el

presente arbitraje es la contemplada en el apartado d) de dicho artículo cuyo texto dice lo siguiente:

“d) Ejercer el Poder de Policía en todo lo referente a la administración y desarrollo del Juego de Azar, en procura del estricto de las normas legales, dictando los reglamentos que fueran menester para el cumplimiento de tal cometido y aplicando las sanciones que correspondieren”.

Por último, a los efectos de la consecución de sus competencias el Ente queda investido en virtud del artículo 33 de la Ley 7020 de las siguientes potestades: a) Dictado de normas operativas reglamentarias; b) Jurisdiccionales administrativas; y c) sancionatorias

146. Estas competencias y potestades del ENREJA que le atribuye la Ley 7020 son incontestables y no han sido cuestionadas como tales por los Demandantes. Lo que los Demandantes alegan - como anteriormente lo hizo ENJASA en Salta – es el ejercicio por el ENREJA de esas competencias y potestades con ocasión de la revocación en agosto de 2013 de la licencia exclusiva por treinta años que el Poder Ejecutivo Provincial otorgó a ENJASA cuando creó la empresa en 1999 como una compañía argentina que, poco después, fue privatizada.
147. A las facultades del ENREJA enunciadas en la Ley 7020 se le han ido posteriormente agregando otras como confirma la documentación remitida por la Partes al Tribunal. Por ejemplo, el Decreto N° 5313 de 25 de noviembre de 2008 por el que el Gobernador de la Provincia de Salta - después de recordar *inter alia* que el ENREJA es un ente autárquico - decreta que el Ente Regulador “tendrá a su cargo las tareas de controlar, fiscalizar y auditar y ejercerá las acciones necesarias para el seguimiento y cobro del (nuevo) canon que ENJASA debe abonar al Estado Provincial en concepto de canon por la licencia para la explotación en forma exclusiva de los juegos de azar”. Esta decisión se debió a que el Acta-Acuerdo suscripto el 7 de mayo de 2008 entre la Unidad de Revisión y Negociación de los Contratos (UNIREN) y ENJASA cambió el método de cálculo del canon anual que la empresa abonaba a la Provincia por la mencionada licencia. El Acta-Acuerdo reemplazó en efecto el canon inicial por uno nuevo basado en un porcentual de los ingresos de ENJASA correspondientes al periodo inmediato anterior, razón por la cual resultaba necesario ejercer un control estricto de la base de cálculo de esos porcentuales ya que el

montante del canon a abonar por la empresa dependió desde entonces de los ingresos de ENJASA.

148. Como disponen los artículos 34 a 36 de la Ley 7020 el ENREJA está dirigido y administrado por un Directorio integrado por tres miembros designados por el Poder Ejecutivo Provincial por un mandato de tres años de duración, pudiendo ser designados nuevamente. Los Directores miembros del mencionado Directorio tienen dedicación exclusiva y sus inhabilidades e incompatibilidades son idénticas a las establecidas para los jueces de la Provincia. El Directorio es, por lo tanto, un órgano colegiado que elige un Presidente y un Vicepresidente. Se reúne cada vez que el Presidente lo convoca (siendo obligatoria al menos una reunión mensual) y adopta sus decisiones por mayoría de los miembros presentes. Las Resoluciones N° 240/13 y N° 7315/13 fueron adoptadas por unanimidad y no van acompañadas de opiniones individuales de ninguno sus tres miembros.
149. El artículo 38 de la Ley 7020 establece que el Directorio del ENREJA “ejerce todas las facultades y competencias otorgadas al Ente en el Marco Regulatorio del Juego de Azar” y hace una enumeración detallada de su funciones entre las cuales las más relevantes para el presente arbitraje son; (i) Aplicar las normas legales y reglamentarias del juego de azar en la Provincia y fiscalizar su cumplimiento ejercitando el Poder de Policía respectivo; (ii) Dictar los reglamentos necesarios para la consecución de sus fines y el desarrollo de sus competencias; (iii) Realizar las auditorías y demás técnicas de control para determinar la observancia de las obligaciones contractuales de los licenciatarios; (iv) y Confeccionar anualmente su Memoria y Balance e informar anualmente al Poder Ejecutivo Provincial de los resultados arrojados.
150. La Resolución N° 240/13 del ENREJA confirma en su considerando que “los artículos 34 y siguientes de la ley 7020 establecen el carácter plural del Ente Regulador y el modo en que sus decisiones deben ser adoptadas válidamente” y, sobre esa base legal, rechaza el argumento que había alegado ENJASA de la existencia de una autorización tácita en relación con la obligación de no contratar operadoras sin la autorización de la Autoridad de Aplicación, establecida en el primer párrafo del artículo 5 primer párrafo de la Ley 7020, en los términos siguientes:

“Que, tampoco es atendible el argumento seguido en relación a una supuesta autorización verbal. Pasando por alto su inexistencia y la ausencia de toda prueba al respecto, no es dable entender como una autorización tácita a los comportamientos ejecutados por el personal del Organismo, toda vez que estos se realizan en el marco general de la competencia asignada a sus cuadros inferiores para la realización de los actos preparatorios a la valoración de una petición y emisión del acto, menos aun en este caso, tener como acto administrativo un(a) supuesta autorización *verbal*. Esto es así por cuanto, esa afirmación contraviene la forma expresamente prevista en los artículos 37 y, en especial, el 39 por la LPAS (Ley del Procedimiento Administrativo de Salta), los que establecen que los actos deberán documentarse por escrito y, en los órganos colegiados mediante acta de cada sesión. En este sentido, los artículos 34 y siguientes de la ley 7020 establecen el carácter plural del Ente Regulador y el modo en que sus decisiones deben ser adoptadas válidamente” (página 5 de la Resolución 240/13).

151. En el presente arbitraje, los Demandantes también han dado a entender en ocasiones y con el mismo fin el argumento de la autorización tácita de ENJASA en Salta que este árbitro rechazaba por la Resolución N° 240. Además, es el Directorio del ENREJA quien de acuerdo con el artículo 38, apartado (L) de la Ley 7020 es el órgano colegiado que ejerce todas las facultades y competencias otorgadas al Ente en el Marco Regulatorio del Juego de Azar en la Provincia de Salta y, por otra parte, el texto del primer párrafo del artículo 5 de la Ley 7020 (“... *no pudiendo contratar operadores en ningún caso sin la autorización de la Autoridad de Aplicación*”) no admite ninguna excepción a la obligación de autorización previa que establece.
152. Debe también recordarse que si bien el ENREJA, como Ente Regulador y Autoridad de Aplicación, tiene la potestad indiscutible de sancionar una violación o incumplimiento del artículo 5 de la Ley 7020 por una licenciataria mediante, *inter alia*, la revocación de la licencia en aplicación del artículo 13 de dicha Ley, carece de competencia para otorgar nuevas licencias dado que de acuerdo con el artículo 4 de dicha Ley la facultad de otorgar licencias y determinar sus términos y extensión corresponde exclusivamente al Poder Ejecutivo Provincial. Por eso se entiende, por lo tanto, que una vez revocada la licencia de ENJASA por la Resolución N° 240/13 el Directorio de ENREJA acudiese acto seguido a informar de la revocación al Poder Ejecutivo Provincial. La crítica de los Demandantes al respecto está por lo tanto fuera de lugar a la luz de los textos aplicables.

153. En conclusión, la revocación de la licencia que tenía ENJASA fue adoptada por el Directorio del ENREJA en el ejercicio regular de sus facultades y competencias - dentro del marco regulatorio de los Juegos de Azar de la Provincia de Salta - como sanción a ENJASA por haber violado o incumplido seria y reiteradamente, en relación con la prevención del lavado de dinero, las obligaciones enunciadas en el artículo 5 de la mencionada Ley, perfectamente conocido y aceptado por los Demandantes cuando estos decidieron libremente invertir como accionistas en ENJASA a través de una UTA con ocasión de la privatización. Como recuerda la Resolución N° 315/13 del ENREJA:

“... el marco regulatorio del juego de azar fue preexistente a la privatización de las acciones de ENJASA y anterior a la creación de ésta, de modo que los inversionistas conocían de antemano las reglas de su explotación” (página 12 de la Resolución).

Además, cabe añadir que los Demandantes eran accionistas mayoritarios y dirigían y administraban directamente la empresa cuando acontecieron la mayor parte las violaciones o incumplimientos del artículo 5 de la Ley por la susodicha empresa que motivaron la revocación de la Licencia que tenía ENJASA.

154. Calificar dicha sanción, como hacen los Demandantes, de “expropiación indirecta” y pretender sobre la base de semejante alegación una compensación por una conducta empresarial reiterada sancionada por la Autoridad de Aplicación de la Ley 7020 como violatoria de dicha Ley y, también, contraria a lo que dispone el contrato de Licencia en cuestión no encuentra justificación en ninguna norma de las tres fuentes que conforman del “derecho aplicable” a la presente controversia definido en el artículo 8 (6) de TBI Argentina-Austria. Dicha calificación es, por lo tanto inadecuada y atenta, además, contra la seguridad jurídica en que descansa la relación entre un Estado receptor y un invasor privado extranjeros presidida en todo momento por el principio de la buena fe.

(vii) La firmeza de la sanción revocatoria del ENREJA y consideraciones y conclusiones de la Resolución N° 240 sobre las violaciones o incumplimientos por ENJASA del artículo 5 de la Ley N° 7020

155. La Cedula de Notificación de la Resolución N° 315 del ENREJA de 19 de noviembre de 2013 que rechaza el recurso de reconsideración de la Resolución N° 240 informó a ENJASA, de conformidad con la Ley provincial procesal N° 5348, que la decisión era definitiva y causaba estado pero que quedaba expedita la acción contencioso administrativa

- dentro de los treinta días siguientes a la notificación. ENJASA acudió a dicha vía, incoando una instancia contenciosa administrativa ante el tribunal competente de la Provincia de Salta solicitando la anulación de las Resoluciones N° 240 y N° 315 del ENREJA.
156. Posteriormente y sin esperar a la conclusión de dicho proceso contencioso administrativo en Salta, CAI y CASAG en su condición de inversionistas austriacos remitieron al CIADI una Solicitud de Arbitraje contra la República Argentina invocando al respecto el TBI Argentina-Austria y afirmando que lo actuado en la Provincia de Salta en relación con la revocación de la licencia de ENJASA por el ENREJA equivalía a una violación por la República Argentina de determinados estándares del mencionado TBI y solicitando una reparación en forma de una compensación económica por el perjuicio resultado de la alegada violación.
 157. Así, durante un cierto período de tiempo existieron simultáneamente dos procesos a propósito de los mismos eventos pero con diferentes *partes, causa y petitum*, por lo que hubo, por lo tanto, dos controversias, una en Salta sobre la anulación de las Resoluciones 240 y 315 del ENREJA revocatorias de la licencia de ENJASA y otra en el CIADI sobre la alegada violación por la República Argentina de determinadas disposiciones del mencionado TBI; en Salta con ENJASA de demandante y en el CIADI con CAI y CASAG (accionistas de ENJASA) como Demandantes. Esta situación no podía perpetuarse por ser contraria a lo que dispone la segunda frase del párrafo 4 del artículo 8 (4, segunda frase) del TBI, además de desafiar la lógica pues, por un lado, se perseguía la anulación de la revocación de la licencia de ENJASA y, por el otro lado, se solicitaba una compensación económica por los efectos de dicha revocación.
 158. La Decisión sobre Jurisdicción de este Tribunal puso fin a la situación arriba descrita al ordenar a los Demandantes de desistir del proceso contencioso administrativo de anulación seguido en Salta. Los Demandantes así lo hicieron mediante una solicitud de desistimiento que, una vez consentido por la parte Demandada, fue concedido por el tribunal contencioso-administrativo competente de Provincia de Salta.
 159. Como consecuencia de ese desistimiento, la disputa entre ENJASA y la Provincia de Salta se ha extinguido y el acto administrativo del ENREJA revocando de la licencia que tenía ENJASA ha adquirido plena firmeza en el ordenamiento doméstico de la República

Argentina. Este hecho sobrevenido no puede desconocerse o marginarse puesto que - como hemos mencionado *supra* en esta Opinión – el derecho argentino es uno de los componentes del “derecho aplicable” al presente arbitraje CIADI en virtud de lo dispuesto en el artículo 8 (6) del TBI Argentina-Austria. Desde el mencionado desistimiento la revocación de la licencia de ENJASA es un acto administrativo firme y, ciertamente, inapelable ante el presente Tribunal Arbitral de carecer éste de competencia para intervenir en una disputa contractual (*contract claim*) como la que existió en Salta entre ENJASA y la Provincia de Salta.

160. La inverosímil proposición de los Demandantes de que este Tribunal excluya del “derecho aplicable” a la presente controversia el derecho de la República Argentina que es la Parte Demandada en la presente arbitraje es una proposición absolutamente inaceptable por ser contraria a lo acordado por la Argentina y Austria en su TBI. Y, asimismo, porque el deber de los árbitros del CIADI es aplicar a la resolución de la controversia el “derecho aplicable” tal como lo haya definido el TBI pertinente y no el de suplantar la intención común los Estados Contratantes expresada en el texto del TBI en cuestión. El Convenio CIADI no conoce la figura del árbitro-legislador. Por otra parte, un Demandante no puede invocar un TBI para incoar un arbitraje CIADI y acto seguido ignorar las disposiciones del TBI que le incomodan. Los TBIs no son un menú a la carta.
161. El artículo 5 de la Ley N° 7020 es una de las cinco Disposiciones Generales del Capítulo I del Título I (Marco Regulatorio de los Juegos de Azar) de dicha Ley. Este lugar preeminente de las disposiciones que enuncia relativas, *inter alia*, a la prevención del lavado de dinero de la Ley – aspecto subrayado por la Resolución N° 240 del ENREJA - demuestra la importancia atribuida por el Legislador Provincial a dichas disposiciones en el marco de una actividad propicia a la comisión de ese tipo de delitos, actividad que en Salta, conviene recordarlo, es una función pública de competencia provincial cuya explotación se realiza a través de licencias otorgadas por el Poder Ejecutivo Provincial que es quien *determina los términos y extensión de las licencias* (artículo 4 de la Ley 7020). Y así sucedió con la licencia exclusiva otorgada a ENJASA por una duración de treinta años. Entre los términos de la licencia- a los que estaba sujeta ENJASA como Licenciataria - figuraban por lo tanto las obligaciones enunciadas en el artículo 5 de la Ley cuyo texto dice lo siguiente:

“El licenciario deberá someter su actividad a las disposiciones de la presente ley. Será responsabilidad del licenciario la selección y empleo de métodos de explotación y mantenimiento para asegurar el cumplimiento de las normas de esta ley, no pudiendo contratar operadoras en ningún caso sin la autorización de la Autoridad de Aplicación, la que fijará las exigencias y condiciones a cumplir por cada uno de los operadores.

El licenciario deberá designar un responsable del antiblanqueo de dinero que tendrá a su cargo:

- a) Centralizar todas las informaciones relativas a clientes, transacciones que conozca, sospeche o tenga razones para sospechar.
- b) Reportar toda transacción en la que una misma persona no guarde razonable relación con el desarrollo de las actividades declaradas.
- c) Identificar a través de D.N.I., L.C., L.E. o pasaporte todos aquellos clientes a los cuales se le extienda un cheque o se le efectúe una transferencia de fondos a cuentas radicadas en el exterior por importes superiores a pesos diez mil (\$ 10.000)”.

ENJASA fue sancionada por el ENREJA por violaciones o incumplimientos de las obligaciones enunciadas tanto en el primer párrafo como en el segundo del artículo 5 de la Ley N° 7020.

- 162. En relación con la obligación de no contratar operadores sin la autorización de la Autoridad de Aplicación del primer párrafo del artículo 5 de la Ley 7020, a saber el expediente (282-040/08), la Resolución N° 240 del ENREJA analiza la relación y/o contratos entonces existentes de Emsenor, Navarrete, Colloricchio, New Star, Noberto Herrera, Video Dome y Prodec y Dek con ENJASA señalando, *inter alia*, que esta última no había negado ni cuestionado la validez de los instrumentos base de los cargos que se le imputaban, que apenas había aportado pruebas de descargo, que sus presentaciones sobre la situación habían sido poco claras, cuando no contradictorias, y que las alegadas autorizaciones verbales o tácitas por comportamientos del personal subalterno no constituían autorizaciones del Directorio del ENREJA.
- 163. A este respecto, la Resolución reafirma que siendo el juego de azar una actividad administrativa de la órbita del Estado “sólo es factible su explotación por parte de particulares por los modos y formas establecidos en la ley, la que no prevé el otorgamiento

de licencias por parte del ENREJA y menos aún, por sus cuadros inferiores y de modo oral” (página 6 de la Resolución). El otorgamiento de licencias es privativo en Salta del Poder Ejecutivo Provincial.

164. Para la Resolución 240 la cuestión a decidir respecto a la obligación establecida en el párrafo primero del artículo 5 de la Ley 7020 se circunscribía a determinar si ENJASA **solicitó y contó** con la autorización de la Autoridad de Aplicación para contratar Operadores de juegos requerida por el artículo 5 de la Ley 7020, pues con ocasión de la tramitación por el Ente Regulador de determinados expedientes habían surgido “instrumentos –hasta ese momento desconocidos por el ENREJA- e informes que daban cuenta de la existencia de sujetos que siendo distintos a ENJASA, de alguna manera tenían activa intervención en la actividad lúdica desarrollada en la Provincia de Salta” (página 6 de la Resolución).
165. La Resolución 240 declara que lejos de haber efectuado un “*reordenamiento*” como había alegado la Licenciataria no quedaban dudas a la Autoridad de Aplicación de “que “ENJASA incorporó Operadores de juegos principalmente en el sector de máquinas tragamonedas y de juegos en vivo a los que contrató sin autorización del ENREJA” y que: “cualquiera que sea la definición que se haga sobre el término operador de juegos, ninguna duda existe acerca de que EMSENOR S.R.L., Enzo Colloricchio, Video Drome S.A., Sixto Rafael Navarrete, Prodec S.A., Dek S.A, y Newstar S.R. L. revisten tal carácter puesto que están o han estado interviniendo de un modo directo en salas de jugos y en la actividad lúdica de la Provincia de Salta pero, frente al ENREJA, detrás y a través de la figura y licencia de ENJASA” (página 9 de la Resolución).
166. También descarta la Resolución 240 que estos operadores tengan nada que ver con los permisos “*preexistentes*” otorgados en su día por el extinto Banco de Préstamos y Asistencia Social (página 10) y considera irrelevante si hubo “delegación de facultades” de ENJASA a favor de dichos terceros dado que lo neurálgico era la irregular contratación de un Operador “en flagrante violación a las normas que prevén el lavado de dinero”, concluyendo:

“Que, teniendo en cuenta lo expresado, ha quedado demostrado que ENJASA no inició el trámite tendiente a obtener el permiso (por consiguiente, menos aún contar

con una autorización), mediante la cual el Ente Regulador de Juego de Azar le hubiese permitido contratar a eso operadores – previo análisis de sus antecedentes y fijación de condiciones – tal como manda el artículo 5° de la Ley 7020 y su modificatoria sino, por el contrario, solo pretendió justificar las contrataciones. Tampoco explicó la razón por la cual excluyó de sus declaraciones juradas mensuales y anuales, los ingresos provenientes de algunas de esas salas de juegos ...Más adelante se merituará la gravedad del incumplimiento en relación a la singular importancia asignada por el legislador en el cumplimiento del ya mencionado artículo de la 5° Ley 7020”

(página 11 de la Resolución 240).

167. En lo que concierne a las violaciones o incumplimientos por ENJASA de las obligaciones enunciadas en el párrafo segundo del artículo 5 de la Ley 7020, la Resolución N° 240 sustanció los cargos formulados en dos expedientes: el expediente (282-215/11) y el expediente (282-302/12). El objeto del primero de esos expedientes fueron cargos formulados contra ENJASA relativos a pagos superiores a \$ 10.000 pesos sin registro ni cumplimiento de las normas antiblanqueo que se habían detectado en los juegos en vivo o de mesa de los casinos Golede Dream's y Salta. A su vez, el segundo expediente pretendía esclarecer, por un lado, el registro tardío de un pago caduco a un determinado cliente y, por otro lado, la omisión de registro de dos pagos superiores a \$10.000 pesos correspondientes a sorteos de tómbolas nocturnas.
168. En lo que respecta al expediente (282-215/11), la Resolución N° 240 rechaza la defensa de la prescripción de ENJASA, y explica que en los juegos en vivo al no existir medios electrónicos de control como en el caso de las máquinas tragamonedas (*on line system*) hay que recolectar elementos de prueba instrumental que den cuenta de los pagos efectuados a apostadores por premios obtenidos en las salas de juego y en las mesas de juego en vivo allí habilitadas (póker, ruleta, etc.) “dado que los controles de los ingresos y egresos a los fines el cálculo del canon y la tasa de fiscalización se efectúan sobre la base de las declaraciones juradas mensuales y anuales presentadas por ENJASA y de los procesos de las auditorías presenciales y manuales realizadas por áreas de ENREJA” (página 13 de la Resolución).
169. La Resolución también explica que hubo que cruzar la información de los pagos a los apostadores de las planillas y registros internos de ENJASA (*Daily Reports, Pagos*

Relevantes o Formularios de Raiting Cards) con la información del área de fiscalización del propio ENREJA y poder así, verificar si los movimientos financieros detectados coincidían con las declaraciones juradas mensuales y anuales presentadas por ENJASA. En los informes producidos en base a esa información se daba cuenta que “solo en el período auditado (agosto/2008) existían no menos de 52 pagos a apostadores superiores a \$ 10.000 (que involucran un movimiento total de ese mes de \$ 943.780,00) efectuados por premios obtenidos en las mesas de juego en vivo en los que no se respetaron las obligaciones de registro dispuestas por la Ley 7020 y modificatoria y Resolución N° 026/00” (Resolución 240, páginas 13 y 14).

170. Se mencionan asimismo en la Resolución N° 240 testimonios de los encargados de las mesas juego que indicaban: (i) que se pagaban montos claramente superiores a \$ 10.000; (ii) que las identificaciones de los beneficiarios resultaban imprecisas; (iii) que los movimientos de dinero de este tipo de juego de azar confirmaron esos testimonios; y (iv) que en algunos meses se llegó a pagar premios mensuales por un importe acumulado entre enero/septiembre de 2011 de \$ 57.837,542 (según DDJJ mensual informativa de ENJASA del casino Golden Dream's). Existía también, según la Resolución, la prueba palmaria (imágenes obtenidas del sistema de grabación de ENJASA reconocidas por testigos) de pagos en efectivo de premios superiores a \$ 10.000 que no fueron identificadas de acuerdo con la normativa contra el blanqueo.
171. Respecto de los casos del expediente (282/215/11), la Resolución N° 240 concluye que ENJASA no acreditó haber hecho los pagos correspondientes mediante cheque ni tampoco acreditó haberlos registrado en ninguno de los dos libros antiblanqueo habilitados a tal efecto. Dado que los datos comprobados revelaban que la última anotación de un pago relevante, es decir mayor de \$10.000 pesos, databa del 10/12/2009 en el caso del casino de Salta y en el caso del casino de Golden Dream's del 09/11/2011, y que:

“en consecuencia, el descargo de ENJASA ha sido ineficaz para desvirtuar la alteración de los artículos 5° de la Ley 7020 y 1° y 2° de la Resolución n° 026/00. Los hechos han quedado comprobados desde que ENJASA no ha acreditado haber registrado sus pagos en el libro antiblanqueo ni haberlo hecho del modo (pago de cheque) establecido en la segunda parte del artículo 5° de la Ley 7020 y de su reglamentación, contenida en la Resolución 026/00”. (página 16 de la Resolución 240)

172. En lo que concierne al expediente (282-302/12), los cargos fueron tres (i) el caso del pago de un premio caduco de un importe superior a \$ 10.000 pesos; (ii) la omisión del registro del pago de un premio correspondiente a un sorteo de tómbola por un importe de \$12.000 pesos; y (iii) la omisión del registro de un segundo pago correspondiente a otro sorteo de tómbola por un importe de \$ 15.000 pesos. En general, la Resolución N° 240 menciona (i) que ENJASA había reconocido los hechos; (ii) que la argumentación seguida por la defensa resultaba confusa y contradictoria (páginas 16, 17 y 18 de la Resolución).
173. Respecto del primer cargo, la Resolución destaca que ENJASA había reconocido los hechos en su totalidad “sea porque el pago se realizó cuando se encontraba caduco (y su registración tardía, un mes después), sea porque la falta de registro obedeció a que la filial no poseía () libro antiblanqueo, sea por una falla de su sistema” y considera inaceptables las explicaciones relativas a las deficiencias del sistema por sustentarse en procedimientos internos ajenos a la relación con el ENREJA (Resolución, páginas 17 y 18). Rechazadas las causas de justificación esgrimidas por ENJASA, la Resolución considera que el asiento del pago en cuestión, un mes y cinco días después de la fecha de caducidad del premio, resultaba sospechoso no solo por dar cuenta de un pago indebido (caduco) e inédito en la conducta de ENJASA_sino, además, porque:
- “al haberlo registrado en forma tardía permite presumir su falsedad toda vez que, los cupones de tómbola son instrumentos innominados y al portador ... lo que determina la imposibilidad de identificar a su tenedor si no es realizado en el mismo acto del pago. Hacerlo un mes después importa un acto imposible de constatar” (paginas 18/19 de la Resolución).
174. En cuanto a los dos pagos de premios de tómbola, la Resolución N° 240 explica que fueron detectados mediante medios informáticos que permiten la captura de apuestas y la determinación de ganadores del juego de tómbola en tiempo real y en línea (sistema aprobado por la Resolución de ENREJA N° 078/98). El pago del premio de \$ 12.000 pesos no fue asentado en el Libro habilitado a tal efecto y en el de \$ 15.000 pesos las correcciones manuales que pudieran haberse hecho no eran oponibles pues nunca fueron comunicadas al Ente Regulador (página 19 de la Resolución).
175. Al término de su consideración del expediente (282-302/12) en su conjunto, la Resolución concluye que existieron tres pagos a ganadores de premios superiores a los \$ 10.000 pesos

que no fueron asentados ni pagados del modo establecido por la normativa y que, en consecuencia, las explicaciones de ENJASA habían de nuevo resultado inútiles. ENJASA no había justificado, razonablemente:

“las causales por las que incurrió en los incumplimientos a las previsiones contenidas en la segunda parte del artículo 5 de la Ley 7020 con arreglo a las cuales, debía registrar: los pagos mayores a \$ 10,000 del modo indicado en la reglamentación vigente a esa época, Resolución n° 026/00. Tampoco es atendible el remanido recurso utilizado por ENJASA en torno al error, puesto que, por su envergadura, excede el máximo lógico de tolerancia para ser considerado como tal, ya que aparece recurrente y sobre aspectos esenciales del juego” ((página 19 de la Resolución).

176. La Resolución N° 240/13 de ENREJA explicita en sus secciones XII y XIII (páginas 30-33 de la Resolución) que la revocación de la licencia fue adoptada por la Autoridad de Aplicación como sanción de conformidad con el último inciso, inciso (e), del artículo 13 de la Ley 7020, y su modificatoria 7133. El artículo 13, titulado “Incumplimientos”, enumera de menos a más las sanciones aplicables por dicha Autoridad a las violaciones o incumplimientos de la Ley 7020, *inter alia*, de su artículo 5, de sus reglamentaciones, del contrato de licencia y de los reglamentos generales dictados por el Ente Regulador. La Resolución 240 distingue también, como ya se ha explicado *supra* en esta Opinión, esas sanciones de las explicitadas en el artículo 41 y siguientes de la Ley 7020 para el supuesto de las “Infracciones Administrativas”. Sin embargo, en su recurso de reconsideración ENJASA alegó que las faltas que se le habían atribuido “constituirían simples infracciones carentes de relevancia y sin mayores consecuencias prácticas en relación con toda la magnitud del negocio que maneja(ba)”. La Resolución N° 315/13 responde a este alegato de la empresa señalando lo siguiente:

“Que tal línea argumental confirma la poca relevancia que a lo largo de estos años le ha dado ENJASA a las leyes provinciales en materia de prevención del lavado de activos. Asimismo y por el contrario, los sumarios son una prueba cabal de que los hechos ocurrieron y que la Licenciataria fue gradualmente sancionada y apercibida. El propio Estado le hizo saber a través de las Resoluciones N° 031/08; 032/08; 232/08; 106/10 y ya, apercibiendo de la intolerancia a nuevas conductas, en la Resolución N° 104/10, la importancia asignada al cumplimiento de las obligaciones contemplada con especial cuidado por el artículo 5 de la Ley 7020 y sus normas reglamentarias” (página 20 de la Resolución N° 315/13).

177. En el presente arbitraje los Demandantes, con la asistencia de alguno de sus expertos, han tratado, como ENJASA en Salta, de crear una cierta incertidumbre interpretativa sobre los respectivos ámbitos de aplicación de los mencionados artículos 13 y 41 de la Ley 7020 a los cuales no han sido inmunes ni la terminología ni el texto de ciertos pasajes del Laudo de la mayoría que, en mi opinión, están fuera de lugar y con los que, en todo caso, estoy en completo desacuerdo por lo errático. En todo caso, lo que importa recordar es que no hay duda posible de que para la Resolución N° 240 del ENREJA las conductas de ENJASA fueron constitutivas de graves y reiteradas violaciones o incumplimientos del artículo 5 de la Ley 7020 y, por consiguiente, la Autoridad de Aplicación las sancionó con la sanción más grave de las enumeradas en el artículo 13 de la Ley 7020, es decir, con la revocación de la Licencia que tenía entonces ENJASA.
178. Las sanciones de las “infracciones administrativas” del artículo 41 de la Ley 7020 son ajenas a las violaciones o incumplimientos de las obligaciones enunciadas en el artículo 5 de la Ley por las que fue sancionada ENJASA. Como también lo son, por razones similares, las disposiciones sobre la prescripción del artículo 49 de la Ley 7020 a propósito del cual la Resolución N° 240 comenta:

“Que, sin embargo, por su ubicación es evidente que la norma en cuestión no es aplicable a los casos aquí analizados, en razón de que el mencionado precepto solo alcanza los supuestos de infracciones contenidas en el artículo 40 (interpretación que condice con su carácter restrictivo), pero no a los incumplimientos contemplados en el artículo 5° de la citada Ley” (página 22 de la Resolución 240)).

Y, la Resolución añade que la prescripción de las acciones por dichos incumplimientos se rige por el artículo 59 siguientes del Código Penal por lo que el plazo sería de cinco años siempre y cuando no se encuentre interrumpido por reiteraciones ni por apertura de sumario (*ibid*).

179. Como toda medida sancionadora, la revocación de la Licencia por su naturaleza misma persiguió infringir una penalidad (el término es utilizado en el artículo 5.1 del contrato de Licencia) a ENJASA por haber incumplido o violado obligaciones que incumbían a la compañía en virtud de la Ley 7020; como también del contrato de licencia. Una medida sancionadora no puede por definición ser neutra en sus efectos dado que de lo que se trata es de castigar al autor por el incumplimiento o violación de una obligación u obligaciones

jurídicas a su cargo con objeto de restablecer la integridad de la norma o normas incumplidas o violadas.

180. Esta es una de las razones por las cuales la teoría llamada de los “*sole effects*” es, como hemos dicho, inaplicable en el presente caso, pues toda sanción tiene por definición un efecto adverso para el sancionado y, eventualmente, para todo aquel que haya invertido en el sancionado o esté asociado de alguna manera con el mismo, sin perjuicio de que dicha teoría pueda ser ajustada a derecho en otros contextos o en circunstancias diferentes. En consecuencia, la invocación en el presente caso de decisiones de tribunales arbitrales que hayan aplicado la teoría llamada de los “*sole effects*”, en ámbitos ajenos al de las sanciones, son irrelevantes como guía para la resolución de la presente controversia.
181. Por lo tanto, cuando las medidas adoptadas sean sanciones impuestas por la Autoridad de Aplicación competente a un Licenciatario por la violación o el incumplimiento de una o más de las obligaciones a las que esté sujeto, la teoría de los “*sole effects*” es inaceptable por absurda, pues implicaría admitir la existencia en el ordenamiento jurídico pertinente de un deber de premiar a los actores sociales por el incumplimiento de sus obligaciones. No hay ningún ordenamiento jurídico doméstico o internacional en que pueda tener cabida un oximoron de tal calibre. En todo caso, dicho deber no existe en ninguna de las tres fuentes del derecho aplicable a la presente en virtud del artículo 8 (6) del TBI Argentina-Austria.
182. La introducción de la mencionada teoría en el ámbito de las sanciones sería tanto como negar la potestad que tiene todo Estado de sancionar las violaciones o incumplimientos de su legislación con la consiguiente inseguridad jurídica, puesto que el ejercicio de dicha potestad responde a necesidades sociales y administrativas evidentes como lo recuerda la propia Resolución N° 240 en el siguiente pasaje en que expresa el convencimiento del ENREJA:

“... de que al derecho de ‘control’ que tiene la administración pública corresponde como lógica consecuencia un derecho de ‘sanción’ puesto que no alcanza con darle a la administración el medio para comprobar las faltas de su cocontratante; esta potestad sancionatoria o correctiva encuentra su fundamento en la necesidad de que la administración disponga de medios propios para reclamar al concesionario la prestación del servicio de acuerdo con las normas impuestas” (página 32 de la Resolución).

183. Se entiende que los Demandantes en este arbitraje hayan tratado, como lo hizo ENJASA en Salta, de ocultar, negar, disminuir, disimular o pasar de puntillas sobre las *causas* que determinaron la revocación de la licencia que tenía ENJASA. Por ejemplo, la ya mencionada teoría de la “conspiración política” (calificada de “falaz” en la Resolución N° 315, página 3) o la de la “xenofobia contra los austriacos” alegada también sin aportación de la prueba correspondiente, y otras como la “indefensión de ENJASA” o la “desproporción de la sanción”. En este contexto, corresponde recordar la llamada “teoría del olvido o perdón de UNIREM” con la que los Demandantes han intentado deslegitimar las consecuencias que ha tenido para la determinación del grado de la sanción impuesta por el ENREJA, la reincidencia o reiteración de ENJASA en la comisión de violaciones o incumplimientos acreditados del artículo 5 de la Ley 7020, a pesar de haber sido previamente apercebida al respecto por el ENREJA con la debida antelación.
184. La “teoría del olvido o perdón de UNIREM” ha sido expresamente rechazada tanto por la Resoluciones N° 240 (página 31) como por la Resolución N° 315 (página 3) del ENREJA. Sin embargo, ha vuelto a ser alegada por los Demandantes en el presente arbitraje. Es por lo tanto oportuno citar el pasaje de la Resolución N° 315 en el que el ENREJA rechaza el alegato de que el Estado habría aceptado o reconocido en el Acta- Acuerdo la inexistencia de “incumplimientos legales” de ENJASA:
- “Bien como lo indica la Resolución N° 240/13 es inexacto considerar que la cláusula segunda del Acuerdo que la licenciataria suscribiera con la UNIREN que fuera aprobado mediante Decreto N° 3428/08, haya implementado una suerte de ‘olvido’ o ‘perdón’ generalizado. Claramente y sin hesitaciones la cláusula bajo análisis alude a las obligaciones asumidas por la licenciataria en materia contractual (más específicamente, de inversión turística en oportunidad en que formulara la propuesta de compra de acciones que posteriormente se les adjudicara), nunca alcanzó ni podría haber alcanzado los incumplimientos legales” (página 3 de la Resolución n° 315).
185. Cabe subrayar que el decreto aprobando el Acta-Acuerdo del 7 de mayo de 2008 es posterior a varias Resoluciones de ENREJA sancionando a ENJASA por violaciones o incumplimientos de normas antiblanqueo posteriores a dicha fecha.
186. Por último, también debe tenerse presente que la revocación de la Licencia de ENJASA por sanción del ENREJA no debe confundirse con la potestad - reservada al Poder

Ejecutivo de la Provincia de Salta por el contrato de licencia - de declarar *en forma automática y de pleno derecho* la extinción o caducidad de la licencia por alguna o algunas de las seis causales enunciadas en el artículo 6 del contrato de licencia anexo al Decreto 3616/99. Así lo reconoce también, expresamente, la Resolución N° 240 cuando declara que la mencionada potestad solo podría ser ejercida por quien concedió la licencia, es decir por el Poder Ejecutivo de la Provincia de Salta (página 31 de la Resolución), si bien admite que una conducta desaprensiva en relación con las normas de prevención del lavado de dinero podrían haber derivado en un pedido de ENREJA al Poder Ejecutivo de declaración de caducidad de la licencia de conformidad con las previsiones del artículo 5 del contrato de licencia (página 29 de la Resolución).

187. Por lo tanto, es oportuno recordar que tres de las seis las causales de extinción o caducidad del contrato de licencia que tenía ENJASA enumeradas en el artículo 6 de dicho contrato son las siguientes (i) el incumplimiento de obligaciones impuestas por el artículo 5 de la ley 7020; (ii) la explotación de cualquier juego de azar sin la autorización previa de ENREJA; y (iii) la cesión o transferencia total o parcial de las facultades otorgadas en la licencia sin autorización previa del Poder Ejecutivo. A la luz de estas causales, es evidente que las violaciones o incumplimientos por ENJASA de las “obligaciones legales” que le imponía el artículo 5 de la Ley 7020 constatadas por la Resolución N° 240 del ENREJA constituyeron también otras tantas violaciones o incumplimiento de las “obligaciones contractuales” pertinentes del Contrato de licencia de ENJASA que como tales habilitaban, sin duda, al Poder Ejecutivo Provincial a declarar extinto de pleno derecho dicho contrato de licencia.
188. Las causales arriba mencionadas forman parte sin duda del contexto en que deben ponderarse algunas otras alegaciones y argumentos de los Demandantes como, por ejemplo, el de la “conspiración política” o el de la alegada “indefensión” de ENJASA en el procedimiento administrativo seguido en los tres sumarios resueltos por la Resolución N° 240, no obstante el hecho de que la empresa pudo ejercer y ejerció en cada etapa de dicho procedimiento su derecho de defensa, de interponer un recurso administrativo de reconsideración contra la Resolución 240 e incoar ante los tribunales de Salta una instancia contencioso-administrativa solicitando la anulación de las Resoluciones 240 y 315. Y todo esto sucedió cuando según los términos del contrato de licencia, el Poder Ejecutivo

Provincial de Salta hubiera podido declarar extinguida o caduca en forma automática y de pleno derecho la licencia mediante una decisión o decreto. Los alegatos de “conspiración política” y/o “indefensión” carecen de toda credibilidad ante esta posibilidad evidente de las autoridades de Salta.

189. La existencia de las mencionadas causales de extinción o caducidad en el contrato de licencia ponen de relieve toda la relevancia jurídica que tenía para la preservación de Licencia el estricto cumplimiento por la Licenciataria de todas y cada una de las obligaciones enunciadas en el artículo 5 de la Ley 7020, relevancia confirmada expresamente en el contrato de Licencia y en la propia Resolución N° 240. Asimismo - como indica esta Resolución - “si la violación del artículo 5 de la ley 7020 constituye una causal expresa de caducidad automática... (del contrato de licencia), cuanto más ese mismo incumplimiento será causa motivadora de la revocación de la licencia como sanción de la Autoridad de Aplicación” (página 32 de la Resolución 240).

(viii) Los Demandantes no han probado sus alegatos exonerando a ENJASA por sus violaciones o incumplimientos de las obligaciones sobre la prevención del lavado de dinero del artículo 5 de la Ley 7020

190. Los Demandantes en el presente arbitraje CIADI han tratado atenuar o incluso ignorar las consecuencias de la reiteración de las violaciones o incumplimientos por ENJASA de las disposiciones sobre prevención del lavado de dinero del artículo 5 de la Ley 7020 constatadas por las Resolución 240 y 315 del ENREJA que, como venimos diciendo, han adquirido firmeza en el derecho argentino que es una de las tres fuentes del derecho aplicable a la presente controversia en virtud de lo dispuesto en el artículo 8 (6) el TBI Argentina-Austria. Además, lo han hecho recurriendo con frecuencia a argumentos como los de ENJASA (ya rechazados por la Resoluciones 240 y 315), como si el presente Tribunal Arbitral CIADI fuese un tribunal de apelación de lo actuado en Salta por el Ente Regulador y Autoridad de Aplicación de la Ley 7020. También han ignorado la firmeza adquirida desde entonces por la decisión revocatoria de la Licencia que tenía ENJASA, así como el ámbito competencial del presente Tribunal Arbitral.
191. Sin embargo, los Demandantes apenas han presentado evidencia documental relevante en apoyo de los alegatos y argumentos que sostienen en la presente controversia con objeto

de minimizar o justificar las violaciones o incumplimientos por ENJASA de las obligaciones enunciadas en el artículo 5 de la Ley 7020 que fueron determinantes en la revocación por el ENREJA de la licencia exclusiva que tenía la empresa. En relación con la obligación enunciada en el *primer párrafo del artículo 5 de la Ley 7020*, los Demandantes han tratado, como hizo ENJASA en Salta, de atribuir al término “operadores” un sentido especial restrictivo, subjetivamente definido por ellos, en vez adoptar el sentido corriente que tiene el término de “persona o mecanismo que realiza determinadas acciones” según la definición del Diccionario de la Real Academia Española. También han pretendido limitar el alcance de la expresión “contratar operadoras” a contratos con un determinado objeto, mientras el ámbito de aplicación del norma abarca todo contrato con un tercero. Como explicó en la audiencia el Señor Marcer, experto legal de la Demandada, “es operador el que realiza alguna función que por la licencia le corresponde al licenciatario” y por tratarse de un “un concepto jurídico indeterminado (en la propia ley) corresponde a la administración (el Regulador) llenarlo” (día 5, 1385; 6-18, 1386: 12-15).

192. Por cierto, la omisión de solicitudes de autorizaciones al Ente Regulador fue una constante de la conducta de ENJASA no solamente en relación con la contratación de terceros sino también en relación con otras muchas otras cuestiones sujetas igualmente a autorización previa como se refleja en las Resoluciones N° 15/05, 244/08, 286/09, 39/10, 210/10 y 161/13. La Resolución 240 precisa al respecto que dichas autorizaciones deben de adoptarse por el Ente Regulador mediante un “acto administrativo” lo que excluye autorizaciones verbales o tácitas y que “el silencio de por si es tan sólo una conducta inexpresiva administrativa” (página 5/6 de la Resolución). En todo caso, la mayoría de las sanciones impuestas por el ENREJA a ENJASA lo fueron por no solicitar la empresa la autorización previa a la que estaba obligada. Lo que sorprende dado que los apartados (1) y (2) del artículo 1 de la Licencia que tenía ENJASA son perfectamente claros al respecto:

“1.1. Licencia tiene por objeto autorizar la explotación de los Juegos de Azar de jurisdicción de la provincia *con los alcances y limitaciones establecidos a continuación*, y los de otras jurisdicciones en el marco de los convenios oportunamente suscriptos.

1.2. La autorización comprende la gestión, gerenciamiento, comercialización y explotación de todos los juegos de azar de la provincia con exclusividad, salvo en el caso de los bingos y rifas explotados por cuenta y riesgo de entidades de bien público y sin fines de lucro, *que se desarrollen previa autorización del Ente Regulador del Juego de Azar.*” (itálicas añadidas).

193. También han pretendido los Demandantes que los terceros contratados por ENJASA eran en todo o en parte personas que tenían permisos otorgados por el antiguo Banco de Préstamos y Asistencia Social (BPAS) cuando dichos permisos, que siempre fueron precarios, quedaron extinguidos al transferirse sus acciones a ENJASA - en la nueva conformación societaria que resultó de su privatización - como se indica con claridad meridiana en las “Notas a los Estados Contables” de 2001 y 2007 (CEMA-26) del Señor Anselmi, gerente general de ENJASA. Estas Notas fueron remitidas en su día por la empresa al ENREJA y su contenido fue confirmado por el propio Señor Anselmi el segundo día de la audiencia. Ambas Notas son idénticas y su contenido es el siguiente:

“El contrato de transferencia de las acciones Clase “A” antes mencionadas fue aprobado por el Decreto N° 419/00 del Poder Ejecutivo de la Provincia de Salta con fecha 15 de febrero de 2000, momento desde el cual ENJASA, bajo nueva conformación societaria, comienza a desarrollar la explotación de los juegos de azar en la jurisdicción de la provincia la que, hasta ese entonces, estaba en cabeza del ex Banco de Préstamos y Asistencia Social ya que, tal como lo establecía el Artículo 12 del Decreto N° 2.126/98 del Poder Ejecutivo de la Provincia de Salta, al momento de la transferencia del paquete accionario debían quedar extinguidas todas las “relaciones obligacionales” de la mencionada entidad, cualesquiera fuera el estado de ejecución en que se encontrasen, así como también todas las deudas, créditos, obligaciones laborales, de hacer o de dar”.

194. Aclarado lo anterior, no hay la menor duda que correspondía a la privatizada ENJASA, en su condición de Licenciataria *exclusiva*, solicitar al ENREJA la autorización previa imprescindible para poder contratar con terceros tal como lo establece el artículo 5 (primer párrafo) de la Ley 7020. Sin embargo, los Demandantes no han podido presentar al Tribunal Arbitral la copia de una sola carta de ENJASA solicitando al ENREJA la autorización pertinente en relación con ninguno de los terceros con los que contrató que es lo que hubieran hecho si ENJASA hubiese cumplido con la mencionada obligación del artículo 5 de la Ley, disposición que refleja el principio general del derecho argentino de que en los contratos públicos el licenciatario o concesionario no subcontrata sin

autorización previa de las autoridades pertinentes, como explicó el día cinco de la audiencia el experto Señor Marcer. ENJASA no lo hizo ni antes del Acta-Acuerdo de 2008 (UNIREN) en relación con los UTEs de la empresa con Cachi Valle Aventuras y Video Drome, ni posteriormente, pues no hay ni una sola prueba de lo contrario en el expediente. Es decir, en ningún caso cumplió ENJASA con la obligación del artículo 5 (primer párrafo) de la Ley 7020 y por eso no están ahora los Demandantes en condiciones de presentar a este Tribunal Arbitral copia de una sola solicitud de autorización de ENJASA, lo cual evidencia, a su vez, que la empresa incumplió la mencionada obligación durante el período que se extiende desde que la empresa se privatizó en el 2000 hasta que se le revocó la Licencia en 2013.

195. De lo que hay pruebas en el expediente del caso es del hecho que durante las negociaciones del UNIREN una de las cuestiones más difíciles de resolver fue precisamente la situación de los UTEs no autorizados de ENJASA con Cachi Valle Venturas y de ENJASA con Video Drome sobre los que, al parecer, ya se habían abierto sumarios que investigaban esos contratos. En todo caso, al término de esas negociaciones, el Acta-Acuerdo resuelve: (i) cambiar el modo de calcular el monto del canon anual y (ii) tomar formalmente nota de la existencia de los mencionados UTEs no autorizados de ENJASA sin aplicar la sanción correspondiente a la empresa, mientras (iii) se mantienen sin la menor modificación la obligación de la Licenciataria enunciada en el artículo 5 (primer párrafo) de la Ley 7020. Sin embargo, ENJASA en Salta y los Demandantes en este arbitraje parecen pretender que el Acta-Acuerdo demostraría que la Administración habría asentido para la generalidad de los casos que la contratación con terceros, sin la autorización previa del ENREJA, no incumpliría la normativa antilavado. Pretensión jurídicamente imposible dado que tanto los negociadores del UNIREN como los del ENREJA que participaron en las negociaciones del Acta-Acuerdo carecían de toda competencia para modificar o enmendar el marco regulatorio de la Ley 7020 y, en consecuencia, la obligación que establece el artículo 5 (primer párrafo) de dicha Ley. En todo caso los Demandantes no han administrado la prueba de semejante pretensión.
196. La consideración de buena fe de los hechos relativos a la negociación y a lo convenido en el Acta-Acuerdo confirman también que no hubo la aquiescencia de las autoridades competentes de Salta que ahora pretenden o insinúan los Demandantes. Las referencias en

el Acta-Acuerdo de 2008 a los dos UTEs arriba mencionados conciernen el UTE de ENJASA con Video Drome y el UTE de ENJASA con Cachi Valle Aventuras exclusivamente (como testimonió en el tercer día de la audiencia el testigo Gómez Naar en el curso de su interrogatorio por la Señora Etchegorry). Pero ENJASA siguió contratando con terceros sin solicitar ni una sola vez la autorización previa del ENREJA - tal como se describe con todo detalle en el considerando de la Resolución 240/13 - a pesar de haber participado en las negociaciones del Acta-Acuerdo y de las ulteriores advertencias por escrito que recibió del ENREJA. Y fueron esos contratos con terceros ulteriores al Acta-Acuerdo los que constituyeron uno de los motivos por los que el ENREJA sancionó a ENJASA con la revocación de la licencia. La subcontratación por ENJASA no había sido algo ocasional, sino que, para entonces, se configuraba ya como un verdadero patrón de conducta que desconocía las obligaciones legales y contractuales de una Licenciataria que atentaba contra la integridad de las competencias y funciones atribuidas por el legislador al ENREJA en su doble condición de Ente Regulador y Autoridad de Aplicación de la Ley 7020.

197. En cuanto a las obligaciones de registro y modalidades de pago de premios superiores a \$ 10.000 pesos - norma enunciada en el *segundo párrafo del artículo 5 de la Ley 7020* (y reglamentada por la Resolución 26/00 del ENREJA de 10 de abril de 2000) - el Ente Regulador ha interpretado y aplicado dicha norma de una manera uniforme, coherente y reiterada que tiene muy en cuenta que el objeto y el fin de la norma es la prevención del lavado o blanqueo de dinero negro. Tanto la Resolución 26/00 como en las subsiguientes sobre esta norma del ENREJA como las Resoluciones N° 31/08 (C- AÑADIR), 32/08(C-151), 232/08 (C-155), 104/10 (C-152), 106/10 (C-156) y 161/10 (C-157) interpretan la norma de manera similar a como lo hicieron las Resoluciones 240/13 y 315/13.
198. Los Demandantes en este arbitraje no pueden pretender haber tenido respecto de la interpretación y aplicación de la norma enunciada en el artículo 5 (segundo párrafo) de la Ley 7020 expectativas legítimas defraudadas por las decisiones adoptadas al respecto por el ENREJA por los siguientes hechos probados: (i) haber admitido ENJASA expresamente por escrito en el 2005 y en años subsiguientes el alcance de la obligación del artículo 5 (segundo párrafo) de la Ley 7020 tal como lo ha interpretado y aplicado el ENREJA; (ii) haber abonado ENJASA, con anterioridad a la Resolución 240/13, las multas que le fue

imponiendo el ENREJA como sanción por violaciones o incumplimientos de dicha obligación sin apenas oponerse mediante la interposición de alguno de los recursos administrativos disponibles; y (iii) no haber incoado aparentemente ENJASA una instancia, contencioso-administrativa, con anterioridad a la Resolución 240/13, ante los tribunales de la Provincia de Salta contra la interpretación y aplicación por el ENREJA de la obligación del artículo 5 (segundo párrafo) de la Ley 7020, ni globalmente ni en relación con ninguna de las sanciones particulares que le fue imponiendo sucesivamente el Ente Regulador y Autoridad de Aplicación por las violaciones o incumplimientos de dicha obligación por la Licenciataria.

199. Para el ENREJA, como explican sus resoluciones, la disposición del artículo 5 (segundo párrafo) de la Ley 7020 instituye *un sistema de prevención del lavado de dinero* que, por ejemplo, la Resolución 32/08 describe en los términos siguientes:

“... a través de la ley 7020 y su modificatoria, el legislador ha instituido un sistema de prevención del lavado y en este sentido en la segunda parte del artículo 5 se instituyó una serie de obligaciones a cargo de la licenciataria. El esquema seguido por la mencionada ley, en orden a la prevención del blanqueo de capitales contiene dos criterios para registrar las operaciones, uno cuantitativo pago de premios superiores a Pesos Diez Mil (\$10.000) mediante identificación del beneficiario y pago por cheque o, tratándose de extranjeros, por transferencia bancaria) y el otro cualitativo: transacciones sospechosa y las que no guardan razonable razón entre la persona y el desarrollo de las actividades declaradas” (C-151))

200. Para facilitar la aplicación de dicho sistema, las resoluciones del ENREJA han dispuesto también que la Licenciataria debe designar un responsable encargado de cumplir con el propósito que persigue el sistema, así como mantener un “libro antiblanqueo” en el que la empresa tiene el deber de registrar al cliente ganador del premio, el monto del premio a abonar y las formas de pago del mismo (cheque; transferencia bancaria) en el caso de premios superiores a los mencionados 10.000 pesos (Resolución 26/00). La finalidad del libro no es tanto el registro del premio como tal sino el registro de la identificación del cliente ganador que recibe el premio superior a los 10.000 pesos pues es mediante este registro que se puede hacer el seguimiento de la transacción y verificar si ha habido o no un blanqueo o lavado de fondos (Resolución 32/08). El mantenimiento del “libro antiblanqueo” no es por lo tanto, en el marco del sistema, una mera formalidad y su pérdida

puede ser causa de sanción, como le sucedió en una ocasión a ENJASA según consta en la documentación remitida al Tribunal Arbitral.

201. Las obligaciones específicas de la Licenciataria en el marco del sistema establecido por el artículo 5 (segundo párrafo) de la Ley 7020 han sido precisadas en función del objeto y fin del mismo por el ENREJA en el ejercicio de su competencia y potestad de dictar normas operativas “en procura del estricto cumplimiento de las normas legales, dictando los reglamentos que fueran menester para el cumplimiento de tal cometido y aplicando las sanciones que correspondiere” (artículos 32 y 33 de la Ley 7020). Estas obligaciones específicas fueron expresamente admitidas por ENJASA desde por lo menos el año 2005 como testimonian las siguientes citas de escritos remitidos por el apoderado de la empresa al ENREJA:

(i) “1. La Ley Antiblancqueo y la ley 7020 establece efectivamente que los premios superiores a los pesos diez mil debe ser abonado con cheque previa identificación de la persona que procede al cobro del premio, esto siempre se cumplió por parte de ENJASA” (carta de 30 de agosto de 2005 de ENJASA, firmada por el Señor, Petersen en su calidad de apoderado de la empresa) (RA-193);

(ii) “... el personal que se desempeña en ese sector no puso en conocimiento de las autoridades de ENJASA el premio pagado por las maquinas en cuestión, por lo que nos vimos impedidos de actuar como actuamos en situaciones similares, la identificación de la persona y medio de pago conforme a las leyes antiblanqueo, si bien los responsables ante el Ente es ENJASA, por cuestiones ajenas a nuestra voluntad no pudimos cumplir con las exigencias del Ente ,,,” (defensa de marzo 2008 de ENJASA, firmada por el Señor. Petersen en su calidad de apoderado de la empresa, contra la Resolución 70/10 del ENREJA) (RA-173)

(iii) “... lo que ocurrió fue lo que transparentemente dijimos en nuestro descargo, las personas que realizaron el pago de los premios desconocían la existencia de los requisitos que debían cumplir cuando se debía abonar premios superiores a \$10.000...”

(recurso administrativo de 20 de mayo de 2010 de ENJASA, firmado por el Señor Petersen en calidad de apoderado de la empresa, de reconsideración de la Resolución 104/10 del ENREJA) (RA-165). Confirmado por el Sr, Anselmi, general manager de ENAJSA en el segundo día de la audiencia. Este recurso de reconsideración es uno de los poquísimos recursos que interpuso ENJASA contra resoluciones sancionadoras de su conducta por el Ente Regulador con anterioridad a la Resolución 240/20.

202. Es evidente a la luz de estas citas que ENJASA no solo conocía, sino que también admitía, y esto es lo relevante, la interpretación y aplicación por el Ente Regulador del contenido, alcance y finalidad de la obligación marco establecida por el sistema del artículo 5 (segundo párrafo) de la Ley 7020. Por lo tanto, algunas alusiones, referencias o cuestionamientos de

los Demandantes al respecto relativas al principio de legalidad, la prescripción o las dificultades de aplicación en la práctica del criterio cualitativo del sistema establecido (el tratamiento de las llamadas “transacciones sospechosas”) no son de mayor trascendencia para la administración de la prueba de los hechos considerados en el contexto de esta Opinión. En relación con el principio de legalidad además de los artículos 32 y 33 de la Ley 7020 arriba mencionados hay que tener presente el contrato de licencia, en particular sus artículos 4 (Obligaciones del Licenciario), 5 (Sanciones) y 6 (Causales de Extinción y/o Caducidad), así como el hecho de que todas estas disposiciones relevan, en su interpretación y aplicación, del “derecho administrativo” que no debe confundirse con el “derecho penal” a efectos del principio de legalidad.

203. Respecto de la referencia a la prescripción es evidente que la regla del artículo 49 del título II, capítulo IV (Infracciones Administrativas) de la Ley 7020 no es aplicable al artículo 5 del título I, capítulo I (Disposiciones Generales del Marco Regulatorio) de dicha Ley como lo confirma la Resolución N° 240/13 del ENREJA. Finalmente, en cuanto a las llamadas “transacciones sospechosas” el Diccionario de la Real Academia Española define un “cliente sospechoso” como un “individuo cuya conducta o antecedentes inspiran sospecha o desconfianza”. Es indudable que el tratamiento de las transacciones de clientes sospechosos requiere una considerable dosis de competencia, profesionalidad y tacto por parte del personal de la empresa encargado de gestionarlas pero no parecen haber sido en absoluto una carga excesiva para una empresa de las dimensiones, medios y experiencia de ENJASA a la luz de las explicaciones del Señor Tucek, CAI CEO y miembro del directorio de ENJASA, durante su interrogatorio sobre dichas transacciones, el segundo día de la audiencia, así como del testimonio de antiguos funcionarios de la empresa de que los premios superiores a 10.000 pesos eran muy poco frecuentes. En todo caso, como explicó en la audiencia el Señor Kusa, experto de los Demandantes, en el 2018 la Corte Suprema de la República Argentina se pronunció sobre el concepto de “operación sospechosa” en un caso incoado contra la UIF estableciendo que: “... que es un concepto ambiguo, pero que no violaba el concepto de legalidad y que justamente cada sujeto informante tiene que tomar los recaudos necesarios para tratar de analizar cuando una operación califica como sospechosa o no” (día 6, 1480:4-14).

204. ENJASA también conocía perfectamente que tanto las violaciones o incumplimientos de la disposición del segundo párrafo del artículo 5 de la Ley 7020 como de la disposición del primer párrafo del mismo artículo, es decir de cualquiera de las dos disposiciones sobre la prevención del lavado de dinero, eran causales de sanción por el ENREJA tanto en virtud de dicha Ley como del contrato de Licencia. Tampoco es cuestionable que las sanciones aplicables en el supuesto de violaciones o incumplimientos de lo dispuesto en ambos párrafos del artículo 5 de la Ley 7020 son las previstas en el artículo 13 de dicha Ley cuya frase de introducción dispone que: “Las violaciones o incumplimientos de la presente Ley, sus reglamentos, del contrato de Licencia y de los reglamentos dictados por el Ente serán sancionados por la Autoridad de Aplicación”. Esta introducción al artículo 13 es suficiente para descartar por temeraria la tentativa de los Demandantes de tratar de transformar las violaciones o incumplimientos por ENJASA de las disposiciones del artículo 5 sobre la prevención del lavado en meras “infracciones administrativas” con objeto de poder objetar a la decisión del ENREJA de revocar la licencia.
205. Esta Resolución revocatoria de la Licencia impuesta por decisión del ENREJA se adoptó al término de un “debido proceso” sin incidente alguno y con pleno respeto del derecho de defensa de la sancionada debido a violaciones o incumplimientos por la empresa tanto de la obligación de prevención del lavado de dinero del primer párrafo del artículo 5 de la Ley 7020 como de la obligación de la prevención del lavado del segundo párrafo de dicho artículo. En lo que concierne la obligación del primer párrafo (contratación de operadores sin previa autorización del ENREJA) la apertura del sumario fue decidida por el Ente Regulador mediante la Resolución N° 384/12 y respecto de la obligación del segundo párrafo de dicho artículo mediante las Resoluciones N° 380/12 (omisión de registro en relación con premios de lotería superiores a 10.000 pesos) y N° 381/12 (omisión de registro en relación con premios en vivo superiores a 10.000 pesos). Se trataba omisiones de registro relativas a la identidad de la persona ganadora del premio o del registro del propio premio o de la forma de abonar por cheque el premio. También se cuestionaron las actividades de un individuo que en el interior de los casinos prestaba ilegalmente dinero a clientes en salas de juego.
206. ENJASA en su defensa se trató justificar su conducta mediante diversas alegaciones y argumentos, pero sin cuestionar, como tónica general, los hechos que se le imputaban y

por lo tanto admitiéndolos como tales. Y son estos hechos generalmente admitidos los que el ENREJA, en sus conclusiones, califica de violaciones o incumplimientos por ENJASA de las disposiciones del primero o del segundo párrafo, según el caso, del artículo 5 de la Ley en los tres sumarios juzgados. Los Demandantes en el presente arbitraje no están ahora en condiciones de cuestionar dichos hechos admitidos por ENJASA ni la calificación de los mismos por el ENREJA dado que desistieron de la instancia que habían incoado ante los tribunales de la Provincia de Salta solicitando la anulación de las Resoluciones 240/13 y 315/13 y ambas Resoluciones son desde entonces firmes en el derecho argentino que es parte integrante del “derecho aplicable” al presente arbitraje en virtud del artículo 8 (6) del TBI Argentina-Austria.

207. La revocación de la Licencia decidida por el ENREJA en su Resolución 240, confirmada por la Resolución 315/13 no puede ser considerada una sorpresa como pretenden los Demandantes por dos razones igualmente determinantes. La primera es que después de ir incrementado las multas debido a lo serio de los incumplimientos de ENJASA y su reincidencia, el ENREJA advirtió expresa y formalmente a la empresa, es decir mediante las Resoluciones 39/10 y 128/10, de que la revocación de la licencia era posible si seguía violando la Ley 7020 como finalmente sucedió en el año 2013. La segunda es que la sanción revocatoria de la Licencia fue precedida de veintiuna sanciones impuestas a la empresa mediante Resolución del ENREJA por violaciones o incumplimientos de sus obligaciones de Licenciataria, de las cuales seis por violaciones de las obligaciones relativas a la prevención del lavado de dinero del artículo 5, y tanto el artículo 13 la Ley 7020 como el artículo 5(2) del contrato de licencia disponen que en la aplicación de las sanciones se tendrá en cuenta “la debida proporcionalidad entre la misma y la gravedad de la falta cometida” y como en todo sistema de sanciones la reincidencia agrava la “gravedad de la falta”. La dirección de ENJASA hubiera debido haberlo tenido en cuenta para evitar ser sancionada con la revocación de su Licencia pues las advertencias le fueron dadas con una antelación más que suficiente para adoptar una conducta conforme a sus obligaciones de Licenciataria
208. La dirección de ENJASA tuvo tiempo a su disposición para adoptar medidas internas efectivas para evitar sanciones por violaciones o incumplimientos de obligaciones nucleares como son las relativas a la prevención del lavado de dinero del artículo 5 de la

Ley 7020, dado que por su naturaleza misma dicha categoría de violaciones o incumplimientos afectaban al alza la graduación de la gravedad de la sanción, como lo hace también la reincidencia. Pero ENJASA no lo hizo a pesar de las advertencias del ENREJA. Durante la época en que ocurrieron los hechos se desarrollaron las medidas contra el lavado de dinero, tanto a nivel nacional como internacional, y se introdujo un sistema *on line* que facilitaba el pronto conocimiento por el Ente Regulador de los ilícitos en las máquinas tragamonedas. La contribución por la empresa al agravamiento de las eventuales sanciones se presenta por lo tanto como evidente dado que la prevención del lavado de dinero caía de lleno dentro del ámbito de aplicación, tanto del artículo 5 de la ley 7020 como del artículo 5(3) del contrato de Licencia (citado *supra*) que dispone que “*a efectos de la graduación de la sanción se tendrán en cuenta*” los siguientes factores:

1. La gravedad de la naturaleza de la falta;
 2. La afectación que la misma produce a la seguridad jurídica, la moral y las buenas costumbres;
 3. Los perjuicios que la misma irrogare al Estado Provincial y/o particulares,
 4. La conmoción social provocada; y
 5. Los antecedentes de reincidencia de la licenciataria.
209. No hay pruebas en el expediente de que el directorio de ENJASA haya tenido o no presente esta disposición en sus intercambios escritos con el ENREJA. En cambio, el testimonio del Señor Tucek, CAI CEO y miembro del directorio de ENJASA, en el segundo día de la audiencia de la presente fase de este arbitraje arrojan alguna luz sobre las razones de que ENJASA abonase todas las multas que le fue imponiendo el ENREJA sin apenas interponer recursos administrativos y sin acudir en ninguno de esos casos a los tribunales contencioso-administrativos, incluso en los supuestos en que había alegado en su defensa que la sanción del ENREJA no estaba justificada. Según el Señor Tucek :

“... if there’s a fine of ARS 10.000 or 15.000 or 20.000, and if you consider the cost of a court case, and by going into court against the regulator for the fine of ARS 10.000/15.000/20.000 would basically jeopardise the relationship with the authorities and would cost more money than paying ARS 10.000 or 15.000”.

Uno entiende el criterio de facilidad que adoptó la empresa respecto de las multas según lo declarado por el Señor Tucek pero entonces no debería haberle sorprendido, como también

afirma, la noticia de la revocación de la licencia de ENJASA porque el abono de las multas equivale a la admisión del incumplimiento o violación en cuestión y esto equivale, a su vez, a ir acumulando antecedentes de reincidencia.

210. Es cierto, como declaró en la audiencia, que el Señor Tucek no es abogado y que no había leído la totalidad de las disposiciones legales del marco regulatorio de los juegos de azar en la Provincia de Salta y por lo tanto podía desconocer el artículo 13 de la Ley 7020 que prevé la revocación de la licencia por el ENREJA, aunque también lo hace el contrato de Licencia, pero la empresa tenía sus abogados que hubieran debido informarle a su debido tiempo de la existencia de dicho artículo 13 y también de que el cúmulo de multas abonadas sin interponer recursos y/o acudir a los tribunales de justicia tenía serios efectos jurídicos adversos para la Licenciataria. El primero, es que la acumulación de antecedentes de reincidencia incrementa el nivel de reincidencia con la consiguiente agravación de la naturaleza de las faltas subsiguientes y su correspondiente sanción como le sucedió a ENJASA. Y en segundo lugar, como reconoció el Señor Bianchi, experto jurídico de los Demandantes, al no acudir a los tribunales la admisión de la violación o incumplimiento causa de la sanción se convierte en definitiva o firme y, en consecuencia, no podrá ser alegada como ilegítima en lo sucesivo en otro proceso judicial (caducidad de la acción impugnatoria) (día 5, 1152:1-11). Los responsables de ENJASA fueron negligentes si no previeron que la gravedad de la violación de las disposiciones relativas la prevención del lavado de dinero, acompañada de reincidencia, podía muy bien dar lugar a la revocación de la Licencia como sanción. Esto es lo que finalmente sucedió, pero la Demandada no puede ser tenida por responsable de la negligencia o eventuales carencias del directorio de ENJASA en particular cuando, como en el presente caso, los Demandantes no eran accionistas ajenos al quehacer diario de la empresa, sino que controlaban, dirigían y gestionaban la actividad empresarial de ENJASA y administraban la empresa.
211. Las obligaciones de registro de la Licenciataria en virtud del artículo 5 (segundo párrafo) de la Ley 7020 se aplican solamente a “abonos de premios superiores a 10.000 pesos argentinos”. Este estándar se corresponde aproximadamente al estándar internacional del derecho europeo que, según se informó al Tribunal Arbitral, es el de “abonos de premios superiores a 2.000 euros”. En todo caso, lo que debe recordarse en el presente contexto es que todos los abonos de premios sancionados por la Resolución 240 del ENREJA fueron

superiores a los \$10.000 del estándar, concretamente fueron abonos de premios de 11.080, 12.000, 15.000, 11.480 pesos argentinos respectivamente. Estos montantes no han sido cuestionados por los Demandantes. Por otra parte, el abono de premios superiores a \$10.000 no era nada frecuente lo que permite concluir que cumplir con las obligaciones de registro consiguientes no era una carga que pueda calificarse de excesiva para una empresa de la entidad y medios de ENJASA. Como testimonió en la audiencia el Señor Frade, auditor de la empresa, en respuesta a la pregunta ¿con qué frecuencia ocurrían esos abonos?:

“... si tengo que decirle una frecuencia en loterías... dos o tres pagos por semana tranquilamente y en las salas grandes podíamos decir que había uno por semana. En las salas pequeñas del interior era mucho más variable: podía salir uno por mes, salvo en una sala que tenía unas máquinas muy buenas y ahí salía más seguido. Pero nunca superaba uno o dos por semana tampoco.” (día 4, 1051: 6-14).

212. Contrariamente a las pretensiones de los Demandantes, este recorrido permite concluir que los efectos adversos de la revocación de la Licencia que tenía ENJASA por la Resolución 240/13 del ENREJA para su inversión, no son en absoluto resultado del efecto adverso de una “expropiación indirecta” por la Demandada de la inversión de los Demandantes. Hubo, ciertamente, un efecto adverso para el inversor, pero dicho efecto no fue resultado de una “expropiación indirecta de la Demandada” sino consecuencia de violaciones o incumplimientos serios y recurrentes por ENJASA, controlada, dirigida y administrada por los Demandantes, de sus obligaciones legales y contractuales de Licenciataria en relación con la prevención del lavado de dinero negro. Son estas violaciones o incumplimientos lo que dieron lugar a que la autoridad competente de la Demandada en la Provincia de Salta se viera abocada a revocar la Licencia mediante la imposición a la empresa una sanción revocatoria prevista en la legislación que fue aplicada en el ejercicio del poder regulatorio y de policía del Estado Provincial de conformidad con las leyes, reglamentaciones, contrato de licencia y reglamentos dictados por el Ente Regulador y Autoridad de Aplicación de la Ley 7020.
213. Los Demandantes no han podido probar en este arbitraje que la revocación de la Licencia que tenía ENJASA fue una “expropiación indirecta” por las autoridades de Salta de su inversión en la empresa, que sería como tal constitutiva de un hecho internacionalmente

ilícito de la Demandada en virtud de lo dispuesto en el artículo 4 (1) y (2) del TBI Argentina-Austria. No han podido hacerlo porque dicho alegato no es conforme a lo realmente acontecido a la luz de los hechos probados o admitidos y el derecho aplicable a la presente controversia definido en el artículo 8 (6) de dicho TBI. La artificialidad del alegato es evidente y sólo se explica por el deseo transformar una disputa contractual de naturaleza doméstica en un arbitraje CIADI temprano contra la Demandada, es decir sin esperar a la decisión de los tribunales de Salta sobre la instancia que habían incoado solicitando la anulación de las Resoluciones 240 y 315 del ENREJA.

214. Como consecuencia de ese desistimiento de ENJASA la revocación de la licencia es ahora como hemos dicho *supra* una decisión firme en el ordenamiento jurídico de la República Argentina lo que a los efectos de este arbitraje constituye un nuevo efecto adverso para los Demandantes. Como hemos mencionado en el párrafo precedente, cuando sucedieron los incumplimientos o violaciones de ENJASA (causa de la revocación de la Licencia) quienes dirigían y controlaban la actividad de la empresa eran los Demandantes, como lo prueba el hecho de la doble condición del Señor Tucek como CAI CEO y miembro del Directorio de ENJASA, quien por cierto confirmó en la audiencia que ENJASA desde Salta informaba regularmente a CAI en Viena y es de suponer que Viena daba instrucciones a Salta. Los Demandantes no fueron en absoluto ajenos a lo actuado en Salta por ENJASA y por lo tanto comparten responsabilidades por las violaciones o incumplimientos por la empresa de las obligaciones enunciadas en el artículo 5 de la Ley 7020. Esto pone en contradicción a los Demandantes consigo mismos en este arbitraje pues en Salta ENJASA nunca alegó, a propósito de la revocación de su Licencia, que había sido víctima de ningún tipo de “expropiación”. Esta contradicción entre la reclamación de “expropiación indirecta” de los Demandantes en este arbitraje y su conducta anterior en SALTA relativa a los mismos hechos, no es admisible (*allegans contraria non audiendus est*) en la medida que la contradicción les beneficie en detrimento de la Demandada por ser contraria al principio de la buena fe y a la “doctrina de los actos propios”.
215. Finalmente, es oportuno recordar una vez más, que el marco regulatorio del juego de azar en la Provincia de Salta de la Ley 7020 fue preexistente a la creación de ENJASA y a la privatización de sus acciones de modo que los Demandantes conocían de antemano dicho marco cuando hicieron su inversión en la empresa, como recuerda el ENREJA en su

Resolución 315 del ENREJA (página 12 de la Resolución) y, por consiguiente, el deber de la empresa cumplir sus obligaciones de Licenciataria como las establecidas en el artículo 5 de la Ley 7020 y asumidas también por ENJASA en su contrato de licencia.

(ix) El debido proceso y del derecho de defensa de ENJASA fueron respetados en todo momento

216. Otro alegato de los Demandantes, una vez más sin evidencia de soporte, es que el Ente Regulador y Autoridad de Aplicación no respetó en el procedimiento administrativo seguido en relación con la revocación de la Licencia, ni el debido proceso ni el derecho de defensa de ENJASA. Sin embargo, el mensaje de los hechos probados o admitidos y el derecho aplicable llevan a la conclusión opuesta, a saber, que tanto el debido proceso como el derecho de defensa fueron escrupulosamente respetados por la Provincia de Salta.
217. El derecho procesal y material de dicha Provincia, aplicado en el procedimiento mencionado, se corresponde plenamente con el de un estado de derecho avanzado como es el de la Demandada y sus Provincias. El ENREJA revocó la Licencia por las violaciones o incumplimientos por ENJASA de las obligaciones de la Licenciataria enunciadas en el artículo 5 de la Ley 7020, conducta que también violaba o incumplía las disposiciones del propio contrato de licencia que tenía la empresa. La revocación de la Licencia no fue en modo alguno un acto administrativo arbitrario o caprichoso como tratan de caracterizarlo los Demandantes y el Laudo mayoritario, sino un acto administrativo reglado y ordenado que se desarrolló con absoluta normalidad y de acuerdo con las garantías del ordenamiento jurídico/ administrativo provincial de Salta y de la Demandada.
218. El inicio de la instrucción de cada uno de los expedientes sumariales del ENREJA con sus respectivos cargos fue notificado a ENJASA con la debida antelación mediante un acto formal del Ente Regulador para que la empresa pudiera organizar su defensa, a saber el expediente sobre la contratación de operadores sin previa autorización por la Resolución N° 384/12, el expediente sobre las carencias en el registro de pagos de premios de loterías por la Resolución 380/12 y el expediente sobre las carencias en el registro de pagos de premios de juegos en vivo o de mesa por la Resolución 381/12. El ENREJA tuvo conocimiento de los hechos que dieron lugar a la apertura de los mencionados expedientes

por denuncias de terceros o por inspecciones de sus propios funcionarios de los casinos o salas de juegos en cuestión.

219. En cuanto al derecho de defensa de ENJASA, a este árbitro le sorprende la afirmación de los Demandantes de que dicho derecho no fue debidamente respetado dado que toda la información contenida en el expediente del presente arbitraje lo desmiente, inclusive lo dicho en la audiencia por su experto, el Señor García Pullés, en relación con el cumplimiento de los cuatro elementos alegadamente constitutivos del derecho a ser oído. Según esta información, ENJASA en el ejercicio de su derecho de defensa presentó sus descargos, tuvo acceso y pudo hacer copias del contenido de los expedientes, solicitó ampliación de plazos, aportó evidencia en su defensa, obtuvo la Resolución 240 con un considerando detallado que explica los elementos de hecho y de derecho que motivaron la revocación de la Licencia, tuvo la oportunidad de recurrir administrativamente la resolución mediante aclaratoria, reconsideración o alzada y eligió el recurso de reconsideración; durante la tramitación de este recurso solicitó y se le otorgaron medidas cautelares de resguardo de sus derechos, obtuvo una resolución del mencionado recurso con la Resolución 315 que contiene igualmente un considerando detallado sobre las razones de su rechazo y, finalmente, introdujo ante el tribunal competente de Salta una instancia contencioso-administrativa pidiendo la anulación de las Resoluciones 240 y 315.
220. Las escasas quejas de los abogados de ENJASA que figuran en el expediente conciernen cuestiones tales como la estrechez de ciertos plazos y la imposibilidad de introducir nueva evidencia en el procedimiento sobre la reconsideración de la Resolución N° 240, cuestiones ambas reguladas por la Ley de Procedimientos Administrativos de Salta (LPAS) a la que estaba, evidentemente, sometido el ENREJA en sus actuaciones. Los primeros párrafos de la Resolución 315 tratan de esas cuestiones. Por un lado, la Resolución 315 declara que la “vía impugnatoria es admisible toda vez que el recurrente dio cumplimiento con el plazo legal previsto” en la LPAS y, por otro lado, señala que dicho ordenamiento adjetivo no permite la recepción de prueba “en aquellos procedimientos en los que el afectado por un acto haya sido parte, más cuando en las actuaciones sumariales de referencia se advierte la activa y amplia participación del recurrente en relación al derecho de defensa” (página 1 de la Resolución 315).

221. Dicho lo anterior, este árbitro estima que el alegato de que lo actuado en Salta no respetó el derecho de defensa de ENJASA cuando los Demandantes no han agotado las vías judiciales internas es una contradicción indefendible, en particular en el ámbito de su reclamo de expropiación indirecta. Además, debilita lo que deben probar para que ese reclamo pueda prevalecer frente a la defensa de fondo invocada por la Demandada ya que el mencionado “no agotamiento” de las mencionadas vías no se compagina con el sentido que tienen en el derecho internacional general nociones tales como, “grave denegación de justicia” o “manifiesta arbitrariedad” o “completa ausencia debido proceso” o “decisión evidentemente injusta”, etc. Todas estas situaciones no pueden darse en el derecho internacional sin el previo agotamiento de los recursos internos de la Demandada y el derecho internacional es una de las fuentes del “derecho aplicable” a la resolución de la presente controversia como dispone el artículo 8 (6) del TBI Argentina-Austria.
222. Por otra parte, este árbitro estima que como señaló el tribunal arbitral del caso *Metalclad c. Mexico* (2000) una “denegación de justicia” puede también venir referida a procedimientos administrativos locales como el seguido ante el ENREJA por ENJASA, pero los Demandantes en este su primer reclamo del presente arbitraje alegan haber sido víctimas de una “expropiación indirecta” por violación de artículo 4 (1) y (2) del BIT Argentina-Austria, no de una “denegación de justicia” por violación del derecho internacional consuetudinario relativo a alguno o algunos de los cuatro tipos de “denegación de justicia” identificados en la práctica arbitral por los tribunales de inversiones como , por ejemplo, el tribunal CIADI del caso *Azinian c. Mexico*, presidido por Jan Paulsson, en los siguientes párrafos del laudo:
- “102. Se podrá alegar una denegación de justicia si los tribunales pertinentes se niegan a considerar una demanda. Si la someten a demoras indebidas, o si () administran justicia de una manera seriamente inadecuada...
103. Hay un cuarto tipo de denegación de justicia, a saber la aplicación errónea clara y maliciosa de la ley...” (laudo de 1 de noviembre de 1999).
223. En todo caso, los Demandantes no han probado en el presente procedimiento arbitral que el ENREJA haya incurrido en ninguno de estos cuatro tipos de “denegación de justicia” del derecho internacional consuetudinario en el curso del procedimiento administrativo

seguido en relación con la revocación de la licencia que tenía ENJASA en la Provincia de Salta.

(x) La proporcionalidad de la sanción impuesta por el ENREJA

224. El hecho que la sanción aplicada por el ENREJA, es decir la revocación de la Licencia de ENJASA, haya sido la más severa de las previstas en el artículo 13 de la Ley 7020, ha sido alegada por los Demandantes como ejemplo de un antagonismo indebido hacia ellos cuando no de un abuso de derecho por parte del Ente Regulador y Autoridad de Aplicación. El Laudo de la mayoría acepta en parte ese alegato en su busca de alguna fisura que le permita determinar que la República Argentina es responsable (*liable*) de haber violado el Artículo 4 (1) y (2) del BIT Argentina-Austria y de ese modo poder alcanzar el dorado de una indemnización, indebida ajuicio de este árbitro.
225. El mencionado artículo 13 de la Ley 7020 dispone efectivamente *in fine* que las “sanciones serán aplicadas teniendo en cuenta la debida proporcionalidad entre las mismas y las faltas cometidas” y el artículo 5.2 del contrato de Licencia enuncia un criterio similar respecto de las “penalidades y graduación previstas en la Ley 7020 y su Decreto Reglamentario”. Por otra parte, este criterio de proporcionalidad se aplica tanto a las violaciones e incumplimientos de la Ley 7020 y sus reglamentaciones como a las disposiciones del contrato de Licencia y a los reglamentos dictados por el Ente Regulador. Finalmente, el artículo 5.3 del contrato de Licencia añade “a los efectos de la graduación de la sanción” los criterios que hemos enumerado *supra* en esta Opinión.
226. Para examinar esta cuestión conviene comenzar recordando lo que dice al respecto la propia Resolución N° 240 del ENREJA los elementos que ponderó su Directorio para determinar la sanción revocatoria de la licencia impuesta a ENJASA. Estos elementos fueron, según indica dicha Resolución, los siguientes:
1. Los antecedentes de ENJASA;
 2. La entidad de los incumplimientos comprobados;
 3. La afectación de esos incumplimientos a la actividad pública confiada a ENJASA; y
 4. Las sanciones que la ley autoriza.

En relación con el primero de esos elementos, es decir los antecedentes de la empresa, la Resolución 240 es particularmente específica. Nos dice, por un lado, que el Directorio ha tenido en cuenta “las innumerables situaciones que le ha tocado resolver frente a reiteradas conductas manifiestamente renuentes a cumplir con la ley” y, por el otro, que “no obstante las medidas adoptadas correctivamente, ENJASA (había) excedido toda tolerancia legal al pasar por alto las normas que regulan su actividad” (página 27 de la Resolución).

227. A continuación, y como prueba de esas afirmaciones, la Resolución N° 240 enumera los antecedentes de veintiuna Resoluciones del ENREJA - correspondientes al período febrero 2005- mayo 2013 - que sancionan incumplimientos por ENJASA de normas legales y/o reglamentarias reguladoras de su actividad como Licenciataria exclusiva de los juegos de azar en la jurisdicción provincial de Salta (páginas 27 a 29 de la Resolución). Seis de esas veinte Resoluciones sancionadoras anteriores a la Resolución 240 imponen a ENJASA multas precisamente por la violación de las disposiciones de los párrafos primero y segundo del artículo 5 de la Ley 7020 y su reglamentación entonces vigente (Resolución 026/00 de ENJASA) relativas a la prevención del lavado de capitales, como lo hace también en agosto de 2013 la propia Resolución 240 al sancionar, como hemos dicho *supra*, a ENJASA por contratar operadores sin la previa autorización ENREJA y/o realizar pagos de premios superiores a \$ 10.000 pesos sin registrar en el “libro antiblanqueo” la identidad del cliente ganador del premio y/o el propio pago del premio y/o el abono del premio mediante las modalidades de pago autorizadas, a saber pago por cheque o mediante transferencia bancaria según el caso.
228. Ni ENJASA en su momento ni los Demandantes en el presente arbitraje, han cuestionado la autenticidad de ninguna de las mencionadas resoluciones sancionadoras de la conducta de ENJASA enumeradas en la Resolución N° 240 como ejemplo de una conducta ilícita reiterada de la empresa. A esas sanciones debe añadirse por su relevancia para apreciar la proporcionalidad de la sanción de revocar la Licencia decidida por dicha Resolución del ENREJA los siguientes factores concurrentes: (i) los previos apercibimientos o advertencias de la Autoridad de Aplicación sobre la eventualidad de la revocación de la licencia si continuaban las violaciones o incumplimientos; (ii) la importancia e identidad

de las disposiciones legales y reglamentarias violadas en el ordenamiento jurídico de la Provincia de Salta en el que la explotación y administración de los juegos de azar es una competencia provincial; (iii) la sensibilidad social, económica y política existente sobre el delito del blanqueo de capitales en la lucha contra el narcotráfico y el terrorismo; (iv) el desarrollo de la cooperación internacional en la lucha contra la evasión fiscal, el narcotráfico y el terrorismo internacional durante el período en cuestión en la que participa activamente la República Argentina; (v) el hecho de que la función pública confiada a la gestión de ENJASA como Licenciataria (la gestión de casinos y juegos de azar en exclusiva) es objetivamente una actividad expuesta a ser utilizada por delincuentes para sus designios criminales; y (vi) los efectos adversos de no registrar debidamente las transacciones en cuestión para la determinación del montante del canon anual a cargo de ENJASA.

229. Teniendo en cuenta que los hechos admitidos o probados relativos a las violaciones o incumplimientos por la Licenciataria de sus obligaciones legales y contractuales sobre la prevención del lavado fueron serios y reiterados, es evidente para este árbitro que la sanción de revocar la Licencia de ENJASA, adoptada por la Resolución 240 de 13 de agosto de 2013, guardó la proporcionalidad que prescriben las disposiciones pertinentes tanto de Ley 7020 como del contrato de licencia que es la proporcionalidad que debía ponderar y ponderó el ENREJA en la graduación de la sanción que impuso a ENJASA de conformidad con el artículo 13 de la Ley 7020. Como dice el Directorio de ENREJA en la mencionada Resolución 240, dichas violaciones o incumplimientos revelaban, por su reiteración y gravedad, un modelo de conducta de la Licenciataria incompatible con las obligaciones enunciadas en el artículo 5 de dicha Ley 7020 dado que, según la Resolución:

“..la Ley 7020 puso de manifiesto, con toda elocuencia, los controles necesarios que debían cumplirse como condición de la explotación de un juego de azar para impedir el lavado de capitales de origen ilícito, asentando su plaza en la cúspide de la protección legal, asignándole un orden numérico (el artículo 5) donde no pasara inadvertido ni indiferente, incluyendo en ese precepto a todos los protagonistas de la actividad: a la Autoridad de Control, a los Operadores y a los Apostadores” (página 26 de la Resolución).

230. ENJASA no cumplió con esos controles legales necesarios y por eso fue sancionada con la pérdida de la licencia después de un largo periodo de tolerancia y las advertencias del

ENREJA el cual, finalmente, se vio avocado a adoptar la sanción de revocar la licencia de ENJASA en el estricto cumplimiento de sus deberes de Ente Regulador y Autoridad de Aplicación de la Ley 7020.

(c) Conclusión sobre el primer reclamo de los Demandantes

- 231.** A la luz del conjunto de las consideraciones precedentes, el reclamo de la “expropiación indirecta” de los Demandantes, alegadamente basado en las disposiciones convencionales del artículo 4 (1) y (2) del TBI Argentina-Austria, es rechazado por este árbitro por ausencia del elemento objetivo de la violación por la Demandada de una obligación internacional debida a los Demandantes, sin el cual no puede deducirse en el derecho internacional la existencia de un hecho internacionalmente ilícito de la Demandada lesivo para los Demandantes.
- 232.** La Demandada no solo no ha incurrido en ninguna conducta violatoria de dichas disposiciones del TBI al adoptar el Ente Regulador y Autoridad de Aplicación de la Ley 7020 de la Provincia de Salta la sanción revocatoria de la licencia que tenía ENJASA, sino que ha actuado de conformidad tanto con el derecho argentino de la Provincia de Salta como con la norma consuetudinaria de derecho internacional general que ampara el normal ejercicio por los órganos competentes de los Estados de las potestades reguladoras y de policía inherentes a su soberanía, ordenamientos que conforman, junto con el mencionado TBI, el “derecho aplicable” a la resolución de la presente controversia en virtud de lo dispuesto en el artículo 8 (6) del propio TBI.
- 233.** Lo actuado en la Provincia de Salta por el ENREJA con ocasión de la revocación de la licencia que tenía ENJASA – que ha adquirido desde entonces firmeza – no pudo violar o incumplir el estándar del artículo 4 (1) y (2) del TBI como afirman los Demandantes dado que el activo de ENJASA revocado (derechos administrativos de licenciataria) no eran por su naturaleza misma susceptibles de ser objeto de ningún tipo de expropiación en el ordenamiento jurídico argentino de la Provincia de Salta. Nadie se expropia a si mismo ni directamente ni adoptando medidas que tengan un efecto equivalente. Además, la revocación de la licencia que tenía ENJASA no ocasionó una pérdida total y permanente del valor de la inversión de los Demandantes en ENJASA ni del control de la empresa.

- 234.** En el presente caso, la medida revocatoria cuestionada por los Demandantes fue una “sanción” impuesta a ENJASA por el Ente Regulador y Autoridad de Aplicación de la Ley 7020 de la Provincia de Salta por violaciones o incumplimientos previos por la empresa de sus obligaciones de Licenciataria, al término de un procedimiento administrativo ordinario conocido y admitido por la empresa (y por los accionista extranjeros Demandantes) lo que hace inaplicable, en el presente caso, la llamada doctrina o criterio de los “*sole effects*” dado que, en el supuesto de sanciones revocadoras de licencias o de concesiones ponderar únicamente el efecto o efectos de la medida cuando la finalidad de toda sanción es por definición infligir un efecto adverso al o a la sancionada, conduce a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable, a un oximoron, salvo que se defienda que los inversores extranjeros gozan en el territorio del Estado receptor de la inversión del privilegio de una inmunidad inexistente en el derecho internacional, tesis que no ha sido alegada por los Demandantes.
- 235.** Los efectos adversos de la revocación de la licencia que tenía ENJASA no son compensables para los Demandantes, por no ser dicha medida un hecho internacionalmente ilícito de la Demandada generador como tal de una responsabilidad internacional a su cargo hacia los Demandantes, ni tampoco *quad non* por no haber probado ni los Demandantes ni el Laudo mayoritario que, con ocasión de dicha revocación, la Demandada hubiese incurrido en algún otro hecho “internacionalmente ilícito” con la entidad y nivel suficiente que exige el derecho internacional general para que los efectos de este eventual ilícito pudiesen prevalecer, como por ejemplo una “denegación de justicia”, sobre la norma consuetudinaria internacional invocada por la Demandada como defensa de fondo.
- 236.** Por último, en un caso como el presente, en el que la medida adoptada sancionó la conducta improcedente de ENJASA por reiteradas violaciones o incumplimientos de sus obligaciones legales y contractuales de Licenciataria, reclamar que la Demandada compense a los Demandantes por los alegados efectos adversos indirectos para su inversión de dicha sanción, es una proposición que desafía toda lógica y, en consecuencia, inaceptable por el absurdo al que conduce. También es inadmisibles por atentar contra la seguridad jurídica que debe presidir las relaciones entre inversionistas extranjeros y Estado receptor, tanto en el plano doméstico como en el internacional. Además, dado el hecho que en el presente caso fueron los propios Demandantes quienes controlaban, gestionaban,

dirigían y administraban ENJASA cuando sucedieron la mayor parte de las violaciones o incumplimientos sancionados, no procede reclamar una indemnización en un arbitral CIADI presidido por la buena fe.

B. Segundo reclamo de los Demandantes: Alegada violación por la Demandada del Artículo 4 (3) del BIT (expropiación directa)

(a) Textos relevantes

237. El TBI Argentina-Austria es un tratado autenticado en los idiomas español y alemán tal como dispone la siguiente cláusula final del instrumento “Hecho en Buenos Aires, el 7 de agosto de 1992, en dos originales, en lenguas española y alemana, los dos textos haciendo igualmente fe”. Ambos textos están debidamente firmados tanto por el representante de la República Argentina como por el representante de la República de Austria por lo que han quedado establecidos como auténticos y definitivos (artículo 10 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (CVDT)). Las Partes lo admiten y ninguna de ellas ha alegado la existencia de enmiendas o modificaciones del TBI con posterioridad al 7 de agosto de 1992, pero están en desacuerdo sobre el sentido y alcance de la disposición enunciada en el artículo 4 (3) del TBI. Basándose en el texto en alemán, los Demandantes afirman que la Demandada ha cometido una expropiación directa de su inversión por violar el artículo 4 (3) del TBI (Indemnizaciones), mientras que la Demandada, basándose en el texto en español, rechaza dicha alegación y considera inadmisibles el alegato de los Demandantes a la luz de lo dispuesto en el artículo 33 de la CVDT sobre la interpretación de tratados autenticados en dos o más idiomas.
238. En la fase sobre jurisdicción, la Demandada ya presentó una excepción preliminar por falta de jurisdicción *ratione materiae* respecto de este segundo reclamo, fundada en el hecho de que la participación accionarial de los Demandantes en ENJASA no era un “activo financiero” como dice expresamente el texto auténtico en español del artículo 4 (3) del TBI, a saber: “Cuando una Parte Contratante expropie los activos financieros de una sociedad ...”. Los Demandantes, por su parte, rechazaron esta excepción preliminar, alegando que el texto auténtico en alemán del artículo 4 (3) del TBI utiliza la palabra “*Vermögenswerte*” término de un alcance amplio que no limitaba el ámbito material de aplicación de la disposición a los “*activos financieros*”.

239. Se planteó entonces una controversia interpretativa entre las Partes sobre el sentido y alcance de la disposición enunciada en el artículo 4 (3) del TBI que no se zanjó en la Decisión sobre Jurisdicción adoptada por la mayoría y que, en consecuencia, el Tribunal Arbitral debe resolver ahora, en esta fase sobre el fondo - como cuestión previa al segundo reclamo de los Demandantes - aplicando el artículo 33 de la CVDT para poder pronunciarse sobre el fondo del segundo reclamo de los Demandantes. El texto del mencionado artículo 33 considerado por la jurisprudencia de la CIJ declaratorio del derecho internacional consuetudinario en la materia dice lo siguiente:

Interpretación de tratados autenticados en dos o más idiomas

1. Cuando un tratado haya sido autenticado en dos o más idiomas, el texto hará igualmente fe en cada idioma, a menos que el tratado disponga o las partes convengan que en caso de discrepancia prevalecerá uno de los textos.
2. Una versión del tratado en idioma distinto de aquel en que haya sido autenticado el texto será considerada como texto auténtico únicamente si el tratado así lo dispone o las partes así lo convienen.
3. Se presumirá que los términos del tratado tienen en cada texto auténtico igual sentido.
4. Salvo en el caso en que prevalezca un texto determinado conforme a lo previsto en el párrafo 1, cuando la comparación de los textos auténticos revele una diferencia de sentido que no pueda resolverse con la aplicación de los artículos 31 y 32 se adoptará el sentido que mejor concilie esos textos, habida cuenta del objeto y el fin del tratado,

(b) Consideración de la cuestión interpretativa previa al segundo reclamo

240. Dada la controversia interpretativa arriba descrita entre los Demandantes y la Demandada, el Tribunal Arbitral debe decidir en primer lugar dicha controversia antes de estar en condiciones de poder pronunciarse sobre el fondo (expropiación directa) del segundo reclamo de los Demandantes lo cual, a su vez, le obliga a verificar y determinar, mediante la aplicación del artículo 33 de la CVDT, el alcance del ámbito de aplicación material del artículo 4 (3) del TBI Argentina-Austria.

241. El artículo 33 de la CVDT se corresponde con el artículo 29 del proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados de la Comisión de Derecho Internacional (CDI) que sirvió de propuesta de base para los trabajos de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados. El texto del mencionado artículo 33 adoptado por la Conferencia, es materialmente idéntico al del artículo 29 del proyecto de la CDI, excepto *in fine* de su párrafo 4 en el cual Conferencia añadió al texto de la CDI las palabras “habida cuenta del objeto y el fin del tratado”.
242. Estas palabras fueron añadidas por el Comité de Redacción de la Conferencia después de considerar enmiendas que los EE.UU. y Australia que le había remitido la Comisión Plenaria. Ambas enmiendas proponían reforzar y facilitar la aplicación de la regla del “el sentido que mejor concilie los textos” propuesta por la CDI en el párrafo 3 de su proyecto de artículo 29. Dicha regla había sido codificada por la CDI por considerarla conforme al principio general del derecho internacional en la materia de la igualdad de los idiomas y la igual autenticidad de los textos respectivos, a falta de una cláusula específica en sentido contrario en el tratado objeto de la interpretación. Este principio fue aceptado sin la objeción de ninguno de los Estados participantes en la Comisión Plenaria de la Conferencia. Las referidas enmiendas fueron remitidas sin voto previo al Comité de Redacción para que éste considerara en qué medida podrían mejorar la aplicación de la regla codificada por la CDI, no con objeto de modificar o desvirtuar dicha regla.
243. Es en cumplimiento de dicho mandato que el Comité de Redacción añadió las palabras “habida cuenta del objeto y del fin del tratado” (en inglés “*having regard to the object and purpose of the treaty*”). El Comité de redacción estimó que dicho añadido facilitaba la aplicación del principio de “el sentido que mejor concilie los textos” del derecho internacional consuetudinario propuesto por la CDI. Finalmente, el Pleno de la Conferencia adoptó el artículo 33 de la CVDT con dicho añadido sin ningún voto en contra.
244. La aplicación por el Tribunal Arbitral del artículo 33 de la CVDT para los fines de resolver la mencionada controversia interpretativa entre las Partes en este arbitraje no plantea, por otra parte, dificultad competencial y/o procesal alguna por las siguientes razones: (i) lo permite la definición del “derecho aplicable” al presente arbitraje del artículo 8 (6) del TBI; (ii) tanto Argentina como Austria son Partes en la CVDT; (iii) en todo caso la CIJ ha

declarado expresamente que el párrafo 4 del artículo 33 de la CVDT refleja el derecho internacional consuetudinario (*LaGrand*, Fallo, *I.C.J. Reports 2001*, p. 502, párr. 101); (iv) los textos originales español y alemán del TBI están debidamente autenticados por las firmas de los representantes de las respectivas Repúblicas; y (v) la cláusula final del TBI, como hemos señalado *supra*, no puede ser más clara cuando dispone que el TBI: “Está hecho en Buenos Aires, el 7 de agosto de 1992 *en dos originales, en lenguas española y alemana, los dos textos haciendo igualmente fe*” (itálicas añadidas).

245. Una vez constatado, mediante la comparación de los textos auténticos español y alemán, que en el artículo 4 (3) del TBI coexisten efectivamente - como se desprende de lo alegado por las Partes - el término “*activos financieros*” en el texto en español y el término “*Vermögenswerte*” en el texto en alemán, este árbitro considera que el Tribunal Arbitral tiene la obligación, en virtud del “derecho aplicable” definido en el artículo 8 (6) del TBI – de aplicar para resolver esta disputa la regla de derecho internacional de “el sentido que mejor concilie los textos” tal como ha sido codificada en el párrafo 4 del artículo 33 de la CVDT. Además, debe proceder al respecto siguiendo la secuencia indicada en la propia regla codificada en dicho párrafo, es decir comenzando por “la aplicación de los artículos 31 y 32” de la CVDT y teniendo en todo momento presente la presunción legal de que “los términos del tratado tienen en cada texto auténtico igual sentido” como establece el artículo 33 (3) de la CVDT.
246. Las Partes en este arbitraje no facilitaron al Tribunal Arbitral ningún trabajo preparatorio del BIT Argentina-Austria, pero si remitieron los textos originales completos español y alemán del BIT debidamente autenticados mediante la firma. Esto permite conocer el contexto completo, texto incluido, de la disposición enunciada en el artículo 4 (3) del TBI y el objeto y fin de dicho Convenio a los efectos de una aplicación de la *Regla general de interpretación* del artículo 31 de la CVDT como preludio a la aplicación de la regla del “sentido que mejor concilie los textos” del artículo 33 (4) de la CVDT.
247. La disposición del artículo 4 (3) del TBI en su contexto, tal como éste es definido en el artículo 31 (2) de la CVDT, nos confirma que dicha disposición como las demás del TBI, enuncian derechos y obligaciones que, sin excepción, son derechos y obligaciones de carácter recíproco. Por otra parte, el objeto y fin del Convenio es sin lugar a dudas la

protección y promoción mutua de las inversiones de nacionales de un Estado Contratante en el territorio del otro Estado Contratante y viceversa de conformidad con lo que dispone el propio Convenio. El TBI Argentina-Austria como otros TBIs es, por lo tanto, un convenio bilateral basado en principios estrictos de mutualidad y reciprocidad y sus disposiciones enuncian sin excepción derechos y obligaciones consensuadas *ad idem* por Argentina y Austria.

248. Las conclusiones arriba mencionadas, resultado de seguir la secuencia de aplicar en primer lugar la regla general de interpretación del artículo 31 de la CVDT como dispone el párrafo 4 del artículo 33 de la Convención, no resuelven como tales la cuestión del igual sentido que debe darse a los términos español y alemán objeto de la controversia, pero allanan el camino para su resolución siguiendo la mencionada secuencia, es decir aplicando a continuación la regla de “el sentido que mejor concilie los textos”, habida cuenta del “objeto y el fin” del TBI.
249. Teniendo en cuenta que los derechos y obligaciones enunciados en el artículo 4 (3) del TBI son, como acabamos de concluir, de naturaleza recíproca, el sentido que en mayor medida puede conciliar el texto español y alemán es sin duda el término con un alcance material más limitado que, en el presente caso, es el término “*activos financieros*” del texto auténtico en español. Es solamente sobre el alcance material del término “*activos financieros*” del texto en español que puede afirmarse que los derechos y obligaciones del artículo 4 (3) del BIT son los mismos para los inversores nacionales de ambos Estados Contratantes, dado que el texto en alemán engloba los “*activos financieros*” del texto en español mientras que el texto en español no engloba el término “*Vermögenswerte*” del texto alemán. Como declaró la CPJI en el asunto de las *Concesiones Mavrommatis en Palestina* y cita la CDI en el párrafo 8) de su comentario al artículo 29 de su proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados:

“La Corte estima que cuando existen dos versiones que hacen igualmente fe y una de ellas parece tener un alcance mayor que la otra (la Corte) debe adoptar la interpretación más restringida que pueda estar en armonía con las dos versiones y que, en esa medida, corresponda sin duda a la intención común de las partes” (CPJI, 1924, Serie A, N° 2, p. 19) (traducción española de la CDI).

250. La jurisprudencia *Mavrommatis* presta firme apoyo al principio de conciliación o armonización de los textos y por eso lo propuso la CDI y lo aprobaron los Estados en la Conferencia de Viena que adoptó la CVDT. La mencionada jurisprudencia de la CPJI se corresponde plenamente con la regla del “sentido que mejor concilie los textos auténticos” hoy codificada en el artículo 33(4) de la CVDT. Por otra parte, la aplicación de dicha regla en el presente caso no plantea dificultad alguna dado que el TBI Argentina-Austria es un convenio bilateral de promoción y protección mutua y recíproca de las inversiones de inversores austriacos en Argentina y de inversiones argentinos en Austria mediante estándares convencionales idénticos para los nacionales de los dos Estados Contratantes del TBI.

(c) Conclusión sobre el segundo reclamo de los Demandantes

251. Dado que como resultado de la aplicación de los artículos 31 y 33 de la CVDT a la disputa interpretativa entre las Partes concerniente al sentido igual que debe darse en ambos idiomas a los términos en cuestión del artículo 4 (3) del TBI Argentina-Austria es el de “*activos financieros*”, el reclamo de los Demandantes relativo a “expropiación directa” es inadmisibile.

C. Tercer reclamo de los Demandantes: alegada violación por la Demandada del Artículo 2 (1) del TBI (trato justo y equitativo)

(a) Textos relevantes

252. El Artículo 2 (1) del TBI Argentina-Austria, titulado “Promoción y protección de las inversiones”, dispone que:

“Cada una de las Partes Contratantes promoverá en su territorio, en la medida de lo posible, las inversiones de los inversores de la otra Parte Contratante, admitirá esas inversiones conforme con su legislación y les otorgará en todo caso un tratamiento justo y equitativo”.

La Demandada ha asumido en virtud de esta disposición del TBI la obligación de otorgar un tratamiento justo y equitativo a las inversiones de inversores austriacos *admitidas en el territorio de la República Argentina de conformidad con su legislación* y Austria ha asumido una obligación de contenido y alcance similar respecto de las inversiones de inversores argentinos en su territorio.

253. Pero, como es frecuente en los convenios bilaterales de promoción y protección de inversiones extranjeras, el TBI Argentina-Austria no define el contenido y alcance del estándar del “trato justo y equitativo” (TJE; en inglés “FET” de “fair and equitable treatment”). Tampoco hay en dicho TBI referencia alguna a los criterios definitorios o a los componentes constitutivos del estándar del TJE que enuncia. Además, los Demandantes y la Demandada están en desacuerdo en este arbitraje sobre el contenido y alcance del mencionado estándar. Este árbitro considera práctico reproducir, como punto de partida en la consideración del estándar del TJE del TBI aplicable, una referencia general a la contribución doctrinal colectiva en la materia del Instituto de Derecho Internacional (IDI), a saber, al artículo 13 de la Resolución del Instituto titulada “*Legal aspects of recourse to arbitration by an investor against the authorities of the host State under inter-States treaties*” adoptada en su sesión de Tokio (2013) sobre la base de informes presentados por el relator del tema en el Instituto, el profesor Andrea Giardina. La Resolución, que es de dominio público, está publicada en el *Annuaire de l’IDI* de la mencionada sesión. El texto del mencionado artículo 13 dispone lo siguiente sobre el estándar del “trato justo y equitativo”:

“Fair and equitable treatment, which is a key standard of investment protection, must accord investors and investments, in particular: (i) due process, (ii) non-discrimination and non-arbitrary treatment, (iii) due diligence, and (iv) respect of legitimate expectations.

The notion of legitimate expectations, as applied to investors, shall not be construed to include mere expectations of profit, in the absence of specific engagements undertaken towards them by competent State organs.

Compensation due to an investor for violation of the FET standard shall be assessed without regard to compensation that could be allocated in case of an expropriation, in accordance with the damages suffered by the investor.”

254. Conviene también tener presente, dado que la cuestión se plantea de inicio en el presente caso, que la conducta de los Estados, sus respectivos Modelos de BIT, los tratados y otros instrumentos internacionales relevantes, y la práctica de los tribunales arbitrales internacionales de inversiones, revelan la existencia de una división fundamental sobre el contenido y alcance del TJE en tanto que estándar de protección de inversiones extranjeras que la UNCTAD ha descrito en los siguientes términos: “... whether the obligation to grant

‘fair and equitable treatment’ is synonymous with the minimum standard of treatment of foreign investment required under customary international law, or whether it means something different ... albeit with some overlap” (*Identifying Core Elements in Investments Agreements in the APEC Region*, UNCTAD Series on International Investment Policies for Development, 2008, p. 29).

255. En otras palabras, es el estándar del “trato justo y equitativo” un estándar autónomo y de ámbito más amplio de lo que dispone el derecho internacional consuetudinario como sostiene, por ejemplo, el tribunal del caso *Pope and Talbot*, o es idéntico al llamado “estándar mínimo de derecho internacional consuetudinario” como sostienen otros tribunales arbitrales de inversiones, sin perjuicio de evoluciones consuetudinarias eventuales de este llamado “estándar mínimo”.

(b) Consideración del reclamo

(i) La cuestión previa de la distinción entre derechos de la empresa y derechos de sus accionistas

256. En su tercera conclusión final los Demandantes afirman que debido a la revocación de la licencia de ENJASA la Demandada habría incurrido en una violación del “tratamiento justo y equitativo” enunciado en el Artículo 2 (1) del TBI Argentina-Austria respecto de su inversión en ENJASA. Esta conclusión plantea una cuestión previa dado que el derecho internacional general distingue entre los derechos de la empresa titular de la licencia, es decir ENJASA, y los derechos de sus accionistas, los Demandantes en el presente arbitraje, como lo refleja la jurisprudencia de la CIJ en los casos *Barcelona Traction*, *ELSI* y *Diallo*.
257. No cabe duda que esta distinción del derecho internacional puede motivar la presentación de una excepción sustantiva de inadmisibilidad como defensa en una fase de fondo de un caso determinado (vease: Gabriel Botini, *Admissibility of Shareholder Claims under Investment Treaties*, Cambridge University Press. Sin embargo, en el presente arbitraje la Demandada no cuestionó la facultad de los Demandantes de presentar directamente un reclamo por violación del estándar del trato justo y equitativo enunciado en el TBI aplicable. Lo que dividió a las Partes en el presente caso respecto de dicho trato fue la definición del contenido y alcance del estándar del TJE que debe aplicarse en el presente caso, no la admisibilidad del tercer reclamo de los Demandantes basado en dicho estándar.

258. La doble presencia en el presente arbitraje de los Demandantes como Parte y de la empresa argentina en la hicieron su inversión mayoritaria **indirecta** como accionistas **de L&E**, es decir de ENJASA como titular de la licencia revocada, es en una de las circunstancias particulares de la presente controversia. Este árbitro estima que el Tribunal Arbitral no puede pasar por alto, en relación con la consideración del tercer reclamo de los Demandantes, el principio de la buena fe dado que los Demandantes no solo eran accionistas mayoritarios **indirectos** de ENJASA, sino que gestionaban y dirigían directamente la empresa en su quehacer diario cuando se sucedieron la mayor parte de las violaciones o incumplimientos de sus obligaciones por la Licenciataria que fueron determinantes para la imposición por el ENREJA de la sanción de la revocación de la licencia prevista en el artículo 13 de la Ley N° 7020 de la Provincia de Salta.

(ii) La posición de la Demandada sobre el contenido y alcance del estándar del “trato justo y equitativo”

259. Para la Demandada el contenido y alcance del estándar del TJE se correspondería con lo que dispone la norma del derecho internacional consuetudinario que establece el nivel del trato que un Estado está obligado a acordar a los extranjeros y/o a sus bienes, denominada generalmente como la norma del “mínimo estándar internacional”. Este estándar, por otra parte, no afectaría la facultad del Estado de adoptar medidas reguladoras o de policía, aunque estas puedan tener efectos adversos para los inversores extranjeros, siempre y cuando no sean medidas que para ese “mínimo estándar” del derecho internacional consuetudinario estarían fuera de lugar por ser manifiestamente arbitrarias o injustas para dicho ordenamiento jurídico.

260. En otras palabras, el estándar del TJE no opera para la Demandada como una excepción a la norma consuetudinaria de derecho internacional relativa al ejercicio por el Estado de sus potestades regulatorias y de policía sino, por el contrario, la aplicación de dicho estándar está supeditada a la no aplicación de dicha norma en el caso de que se trate en el sentido de que los efectos adversos para el inversor extranjero del ejercicio por el Estado de las mencionadas potestades no están protegidos por el estándar del TJE aplicable a las inversiones extranjeras dado que, como dice el tribunal *Methanex c. EE.UU.* en su laudo final: “i(t) is a principle of customary international law that, where economic injury results

from a *bona fide* regulation within the police powers of a State, compensation is not required” (MethanexCorp. v. USA, Laudo Final, 3 de agosto de 2005, 44 ILM 1343, párr. 410 (2005)).

261. Por otra parte, la práctica de los tribunales arbitrales internacionales en materia de inversiones que comparte la Demandada sugiere que las medidas regulatorias o de policía estatales en cuestión deben ser adoptadas de buena fe, perseguir un propósito público legítimo y ser razonables en el contexto de las circunstancias del caso de que se trate (por ejemplo: *SD Myers c. Canadá*, laudo parcial de 13 de noviembre de 2000, párrs. 261-263; también *Saluka c. República Checa*, laudo parcial de 17 de mayo de 2006, párrs. 304-307)).
262. La Demandada recuerda también el amplio margen de apreciación que gozan las autoridades gubernamentales en la definición de las políticas públicas del Estado, citando al respecto el siguiente pasaje del tribunal del caso *Philip Morris c. Uruguay*:

“El estándar de trato justo y equitativo no constituye un estándar justiciable de buen gobierno, y el tribunal no es una cámara de apelación... Tenía que fijarse algún límite, y el equilibrio a alcanzar entre consideraciones contradictorias era en gran medida una cuestión a ser decidida por el gobierno... Las disposiciones tales como el Artículo 3(2) del TBI no le prohíben a los gobiernos que promulguen nuevas normas, aún si son en avance de la práctica internacional, siempre que cuenten con una base racional y no sean discriminatorias.” (laudo de 8 de julio de 2016, párrs. 418 y 430).

263. Esta cita es significativa para entender y aplicar el estándar del TJE según la tendencia que comparte la Demandada, si bien en el presente caso no se plantean cuestiones jurídicas de índole temporal causadas, por ejemplo, por una nueva legislación o nuevas reglamentaciones. Como hemos visto *supra* la modificatoria en 2001 de la Ley 7020 por la Ley 7133 no introdujo cambios legislativos que sean relevantes para la resolución de la presente controversia, aunque, en un determinado momento, se haya pretendido confundir al Tribunal Arbitral de lo contrario. Además, dicha modificatoria de 2001 es también anterior a los hechos relevantes del presente caso. La medida adoptada por la autoridad competente de la Provincia de Salta fue, como se ha demostrado en esta Opinión, una sanción de la Autoridad de Aplicación de la ley 7020 a la empresa ENJASA, en su condición de Licenciataria de una actividad (el juego de azar) de titularidad pública provincial, impuesta de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 7020 por

haber violado las obligaciones enunciadas en el artículo 5 de dicha Ley. Ninguno de estos dos artículos de la Ley 7020 fue objeto de modificaciones en el 2001 por la Ley 7133 ni, por supuesto, el contrato de licencia.

264. Cabe recordar que la República Argentina no está sola en su interpretación del contenido y alcance del estándar del TJE sino acompañada por otros Estados entre los que destacan, como es bien conocido, los Miembros de la NAFTA (Canadá, EE.UU. y México). El artículo 1105 (1) del tratado de la NAFTA dispone que las Partes Contratantes **otorgaran** a los inversores extranjeros protegidos un trato de acuerdo con el derecho internacional, incluido el tratamiento justo y equitativo. Esta disposición ha sido además objeto de una interpretación obligatoria de la “Free Trade Comisión” de NAFTA que dice *inter alia* lo siguiente:

“Establece el estándar mínimo de trato de extranjeros del derecho internacional consuetudinario como el estándar mínimo de trato de inversiones efectuadas por personas de la otra Parte. Los conceptos de ‘trato justo y equitativo’ y ‘protección y seguridad plenas’ *no requieren trato superior o más allá de lo requerido por el estándar mínimo de trato de extranjeros del derecho internacional consuetudinario*. La determinación de una violación de otra disposición del TLCAN o de otro acuerdo internacional no establece que hubo una violación del artículo 1105(1)” (CM de la Demandada, párrafo 561). (itálicas añadidas)

265. También otros Estados participan de este mismo enfoque como lo demuestra el siguiente párrafo del comentario al artículo 1 del Proyecto de Convención sobre la Protección de la Propiedad Extranjera de la OECD de 1967:

“La frase ‘trato justo y equitativo’, usualmente contenida en los acuerdos bilaterales relevantes, indica el estándar establecido por el derecho internacional con respecto al trato que cada estado debe otorgar a la propiedad de los nacionales extranjeros. Dicho estándar requiere que—sujeto a los intereses de seguridad esencial [véase Artículo 6(i)]—la protección otorgada en virtud del Convenio sea aquella generalmente otorgada por la Parte en cuestión a sus propios nacionales; sin embargo, al ser establecido por el derecho internacional, el estándar puede ser más estricto cuando las normas del derecho nacional o las prácticas administrativas nacionales no satisfacen los requisitos del derecho internacional. En efecto, el estándar requerido se encuentra en conformidad con el ‘estándar mínimo’ que forma parte del derecho internacional consuetudinario” (CM de la Demandada, párrafo 560).

266. Para la Demandada, el estándar del TJE aplicable es parte el derecho internacional general y su naturaleza es consuetudinaria dado que se corresponde con el mencionado “mínimo estándar internacional” del trato debido por los Estados a la persona o bienes de los extranjeros. Es este umbral lo que permite apreciar si el trato dado en un caso concreto a una persona extranjera o a sus bienes (por lo tanto, a sus inversiones) por un determinado Estado es o no conforme a lo que prescribe el derecho internacional. La Demandada cita con aprobación la fórmula clásica del “mínimo estándar internacional” de la Comisión de Reclamaciones EE.UU.-México en el caso *Neer* (1926) cuya aplicabilidad ha continuado siendo reconocida en el presente siglo por tribunales arbitrales de inversiones tales como, el tribunal arbitral *Glamis c. EE.UU.* (2009). La Demandada - sin perjuicio de admitir que en la actualidad el “mínimo estándar internacional” refleje evoluciones más recientes - destaca que el umbral para determinar la violación del estándar continúa siendo alto (en inglés “*grossly unfair or arbitrary*”) como así lo han reconocido varios tribunales arbitrales de inversiones tales como: *Thunderbird, Lauder, S.D. Myers, Genin, etc.*. El tribunal *Waste Management c. México* define una conducta violatoria del estándar del TJE en los términos siguientes:

“... el nivel mínimo de trato justo y equitativo es quebrantado por una conducta atribuible al Estado y es perjudicial para la demandante si dicha conducta es arbitraria, notoriamente injusta, antijurídica o idiosincrásica, y discriminatoria si la demandante es objeto de prejuicios raciales o regionales o si involucra ausencia del debido proceso que lleva a un resultado que ofende la discrecionalidad judicial, como podría ocurrir con un fracaso manifiesto de la justicia natural en los procedimientos judiciales o una falta total de transparencia e imparcialidad en un proceso administrativo. Al aplicar este criterio es pertinente que el trato sea contrario y violatorio de las declaraciones hechas por el Estado receptor sobre las que el demandante se basó en forma razonable” (laudo de 30 de abril de 2004, párr. 98).

267. La determinación de si una conducta viola o no el umbral del estándar del TJE depende, en gran medida, de su contexto fáctico, es decir de las circunstancias de hecho del caso de que se trate como señaló, entre muchos otros, el tribunal *Noble Ventures c. Rumanía* (laudo de 12 de octubre de 2005, párr. 181). En general, las partes en los arbitrajes internacionales sobre inversiones también admiten que no es posible determinar *in abstracto* si ha habido una violación del estándar del TJE y que la cuestión debe resolverse a la luz de las circunstancias precisas o particulares del caso de que se trate. En el presente caso, una de

las circunstancias más significativas es sin duda que la medida cuestionada entre las Partes, a saber, la revocación de la Licencia que tenía ENJASA, es una “sanción” impuesta por el órgano competente, el ENREJA, a la empresa sancionada por violaciones o incumplimientos de sus obligaciones de Licenciataria.

268. Las fórmulas de los TBIs que enuncian el estándar del TJE no son uniformes e incluso pueden prestarse a confusión. Pero éste no es el caso del TBI Argentina-Austria cuyo artículo 2 (1) dispone simplemente que cada una de las Partes Contratantes promoverá en su territorio, en la medida de lo posible, las inversiones de los inversores de la otra Parte Contratante, *admitirá esas inversiones conforme con su legislación y les otorgarán en todo caso un tratamiento justo y equitativo*. La obligación de otorgar a las inversiones de inversores de la otra Parte Contratante un tratamiento justo y equitativo es por lo tanto indudable, como también que las inversiones protegidas por el estándar TJE del TBI son solamente aquellas “admitidas en el territorio del Estado receptor de la inversión conforme a su legislación”.
269. En el presente caso, la inversión de los Demandantes fue admitida con ocasión de la privatización de ENJASA, empresa argentina creada previamente en la Provincia de Salta, titular de una licencia exclusiva de explotación de juegos de azar de jurisdicción provincial de conformidad con la Ley provincial 7020 y sujeta en su actividad empresarial al marco regulatorio de dicha ley y del correspondiente contrato de licencia de la empresa. La violación o incumplimiento eventuales por la Licenciataria de sus obligaciones legales o contractuales estaba sujeto a sanciones por parte del Ente Regulador y Autoridad de Aplicación de la Ley 7020. Este “riesgo empresarial” fue conocido y asumido por los Demandantes cuando participaron en la UTE que adquirió las acciones de ENJASA y cuando más adelante adquirieron la mayoría de las acciones de dicha UTE y, a partir de ese momento controlaron, gestionaron, dirigieron y administraron ENJASA. La inversión de los Demandantes fue sin duda debidamente admitida en el territorio de la Demandada con ocasión de la privatización de acuerdo con una determinada legislación de la Provincia argentina de Salta y estaba, como tal, **protegida por** el estándar del TJE del TBI Argentina-Austria pero, evidentemente, siempre y cuando la empresa no conculcase dicha legislación y/o el contrato de licencia, en cuyo caso podía ser sancionada por el ENREJA, inclusive, como sucedió, mediante la revocación de la Licencia. Los Demandantes no son por

consiguiente ajenos a la conducta adoptada por ENJASA que determinó la sanción de la revocación de la licencia que tenía la empresa pues cuando acontecieron las violaciones o incumplimientos causa de la revocación, llevaban años controlando, gestionando, dirigiendo y administrando ENJASA, lo que **está** probado, más allá de toda duda razonable, por el comportamiento de los Demandantes después de la adopción por el ENREJA de la Resolución N° 240/13.

270. En su EPA, la Demandada alega que, en las circunstancias del presente caso, el Tribunal Arbitral debería decidir esencialmente dos cuestiones respecto del estándar del TJE aplicable. La primera determinar si el debido proceso y el derecho de defensa fueron respetados con ocasión de la revocación de la Licencia que tenía ENJASA y, la segunda, si la revocación de Licencia de ENJASA fue una medida razonable.

(iii) El contenido y alcance del “trato justo y equitativo” invocado por los Demandantes

271. Los Demandantes no comparten, sin embargo, el parecer de la Demandada sobre el estándar del TJE aplicable. Para los Demandantes el estándar en cuestión no vendría definido básicamente por el “mínimo estándar internacional” del derecho internacional consuetudinario, sino por un denominado “estándar convencional autónomo” (*autonomous treaty standard*). Este estándar convencional (*treaty standard*) sería no solo diferente, sino que también operaría con independencia (*autonomous*) del “mínimo estándar internacional” del derecho internacional consuetudinario y comprendería un cierto número de componentes o elementos que habrían sido identificados en la últimas décadas por tribunales arbitrales de inversiones establecidos en virtud de tratados interestatales como, por ejemplo, los TBIs. Este sería el estándar del TJE al que reenviaría – según los Demandantes - el artículo 2 (1) del TBI Argentina -Austria. La expresión “*autonomous treaty standard*” ya ha sido utilizada por algunos tribunales arbitrales como, por ejemplo, *Lemire c. Ucrania* (decisión sobre jurisdicción y responsabilidad de 14 de enero de 2010, párr. 284) pero su concepto y normatividad distan de ser claros, además de plantear interrogantes jurídicos que exigen en el presente caso ciertas puntualizaciones y comentarios.

272. En primer lugar, en el presente caso el “derecho aplicable” a la resolución de la presente controversia no releva de las Partes o de una de las Partes. Lo han definido Argentina y Austria en el artículo 8 (6) del TBI que concluyeron en 1992 el cual, como ya se ha mencionado en esta Opinión, no excluye en absoluto el derecho internacional consuetudinario sino todo lo contrario. En segundo lugar, la expresión “*treaty standard*” utilizada en el presente contexto por los Demandantes es particularmente equívoca pues no estamos en modo alguno ante un “*treaty standard*”, es decir, ante un estándar definido en un instrumento escrito concluido entre sujetos de derecho internacional y regido por dicho derecho según la definición de “tratado” del artículo 1 la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados. Por otra parte, la práctica de tribunales arbitrales internacionales *ad hoc* en materia de inversiones relativa al estándar del TJE presenta múltiples variantes, es con frecuencia contradictoria y no cabe catalogarla en modo alguno de “jurisprudencia” en el sentido que tiene dicho término en el artículo 38 el Estatuto de la CIJ. En tercer lugar, el “*treaty standard*” de los Demandantes carece de la fijeza y objetividad que debe tener todo estándar que se pretenda de naturaleza normativa pues el contenido y ámbito del mismo se presentan como una especie de menú a la carta que cada litigante puede configurar a su gusto descartando lo que le incomode.
273. Esta inseguridad jurídica inherente al “*treaty standard*” de los Demandantes lo descalifica como un estándar de naturaleza normativa de obligado cumplimiento para este Tribunal Arbitral. En todo caso, no tiene acomodo en ninguna de las tres fuentes del “derecho aplicable” a la presente controversia enunciadas en el mencionado artículo 8 (6) del TBI aplicable. Tampoco es admisible que mediante el alegado y solicitado estándar de TJE los Demandantes intenten desplazar normas de derecho internacional consuetudinario de indudable relevancia para la resolución de la presente controversia. Esta cuestión no es baladí, pues como han señalado acertadamente algunos tribunales arbitrales de inversiones, por ejemplo, el tribunal *Mondev c. EE.UU.* el estándar del tratamiento justo y equitativo debe ser determinado “*by reference to international law, i.e., by reference to the normal sources of international law determining the minimum standard of treatment of foreign investors*” (laudo de 11 de octubre de 2002, párr. 120).
274. Los Demandantes califican su alegado estándar de “autónomo” posiblemente con el propósito de liberarlo por completo del derecho internacional consuetudinario del mismo

modo que otros inversores demandantes recurren al término *lex specialis* con la misma finalidad, cuando ni siquiera los llamados “*regímenes autónomos*” (*self-contained regimes*) son tales respecto al derecho internacional consuetudinario general como ha explicado el estudio de 2006 de la Comisión de Derecho Internacional (CDI) sobre la fragmentación del derecho internacional recientemente citado por el tribunal del caso *Manuel García Armas (y otros) c. Venezuela* (laudo sobre jurisdicción de 13 de diciembre de 2019, párr. 702 y 703) el cual, siguiendo de cerca lo dicho por la CDI sobre dicho estudio, concluye con el siguiente párrafo aplicable *mutatis mutandis* al presente caso:

“También debe tenerse presente que la relación entre *lex specialis* y los *regímenes autónomos*, por un lado, y el derecho internacional, por el otro, no está sujeta a ningún acto concreto de ‘incorporación’. Los principios importados de la costumbre internacional general se aplican salvo derogación expresa. En otras palabras, el arbitraje internacional de inversiones no es una esfera enteramente divorciada del derecho internacional general. Y esto es particularmente cierto cuando, como en el presente caso, es el propio Tratado entre España y Venezuela en su artículo XI (4) (b) el que exige que el Tribunal aplique las “*reglas y principios de Derecho Internacional*” (*Ibid.* párr. 704 del mencionado laudo).

275. De acuerdo con el artículo 8 (6) del TBI Argentina-Austria, este Tribunal Arbitral debe decidir la presente controversia en base, *inter alia*, a “los principios del derecho internacional en la materia” Esta referencia confirma la plena aplicabilidad a la presente controversia del derecho internacional consuetudinario tal como se describe en el párrafo arriba citado Se confirma así que al no haber sido descartado expresamente del TBI Argentina-Austria el derecho internacional consuetudinario, sus principios y reglas relevantes son plenamente aplicables cuando proceda a la presente controversia. Las conclusiones de la CDI en su mencionado estudio de 2006, se corresponden con la jurisprudencia en la materia de la CIJ en el caso *ELSI* (1989) mencionada asimismo *supra* en esta Opinión. Por otra parte, el derecho de la Demandada es también aplicable por disponerlo así la norma de derecho internacional convencional del artículo 8(6) del TBI Argentina-Austria.
276. Como lo reconocen expresamente sus alegatos, los Demandantes han elaborado el llamado “*autonomous treaty standard*” a partir de citas de laudos y decisiones de tribunales arbitrales internacionales de inversiones que han seguido una tendencia más o menos

semejantes a la que defienden en este arbitraje y, de modo muy particular, en lo declarado por el tribunal del caso *Murphy c. Ecuador* en relación con la cuestión de si el estándar del trato justo y equitativo en virtud del Tratado se extiende o no más allá del estándar mínimo del derecho internacional consuetudinario (laudo parcial definitivo de 6 de mayo de 2016). El tribunal *Murphy*, que cita con reiteración laudos tales como *Tecmed*, *Duke Energy* y *Azurix*, comienza sus consideraciones sobre la cuestión planteada señalando que;

“El estándar mínimo internacional y **el estándar del tratado** continúan influenciándose uno a otro y, en opinión del Tribunal, estos estándares reencuentran cada vez más alineados. Esta opinión se ve reflejada en la “*jurisprudencia constante*”, no sólo del TLCAN, tal como se analizó *supra*, sino en la **jurisprudencia arbitral vinculada a los tratados bilaterales de inversión**. Algunos tribunales han llegado a decir que los estándares son esencialmente los mismos. El Tribunal considera que no existe una diferencia sustancial entre el estándar del derecho internacional consuetudinario y el estándar de TJE **en virtud del presente TBI**. Sin duda, el estándar del TJE del TBI no es inferior al estándar mínimo internacional. El Tribunal no considera necesario determinar a los fines del presente caso si el estándar del TJE **refleja un estándar autónomo** por encima del derecho internacional consuetudinario” (párr. 208 del laudo) (negrilla añadida).

277. Esta cita de *Murphy* sobre el estándar del TJE del TBI aplicable a dicho caso comienza distinguiendo entre el “estándar mínimo internacional” del derecho internacional consuetudinario y lo que denomina “estándar del tratado”, es decir *in casu* del TBI EE.UU.-Ecuador”, pero concluye absteniéndose de pronunciarse sobre la cuestión esencial de si este último estándar era o no “un estándar autónomo” respecto del estándar del derecho internacional consuetudinario y “superior” al mismo. En este arbitraje, los Demandantes **van** mucho más allá de la posición de *Murphy* puesto que para ellos solamente es pertinente el “estándar del tratado”, es decir, en el presente caso el estándar del TBI Argentina-Austria de 1992, el cual como hemos dicho no define el estándar del TJE por lo que en definitiva el “estándar del tratado” de los Demandantes no es otro que el menú a la carta arriba mencionado.
278. Además, según los Demandantes, su estándar **del** tratado sería “autónomo” respecto del estándar del derecho internacional consuetudinario. La intención subyacente a todo este planteamiento parece evidente. Los Demandantes tratan de cerrar a cal y canto la puerta no solo, como ya hemos visto en otro contexto, al derecho de la Demandada, sino también, en

el presente contexto, a toda aplicación en el presente caso del estándar del TJE del derecho internacional consuetudinario al que se pretende desplazar mediante una definición solicitada, subjetiva y extrema elaborada por ellos mismos que no se corresponde ni con las consideraciones del tribunal del caso *Murphy* que citan ni con el “derecho aplicable” a la presente controversia definido por el TBI Argentina-Austria que incorpora entre sus fuentes el derecho internacional consuetudinario.

279. Por último, el apoyo que los Demandantes buscan para su propia posición en el laudo del tribunal del caso *Murphy* se viene abajo sin remisión si uno compara las disposiciones pertinentes del TBI EE.UU.-Ecuador con las correspondientes del TBI Argentina-Austria. El artículo II (3) (a) del TBI EE.UU.-Ecuador no se limita a enunciar el deber de otorgar un TJE a las inversiones de los nacionales de la otra Parte Contratante del TBI, sino que añade el siguiente miembro de frase: “y, en ningún caso, se le concederá un trato menos favorable que el que exige el derecho internacional”. Ante este texto, el tribunal de *Murphy* acierta cuando distingue entre el estándar del derecho internacional consuetudinario que garantiza el texto y el estándar más elevado que pueda otorgarse que denomina “estándar del tratado”. Por otra parte, el TBI EE.UU.-Ecuador se basa en un modelo de TBI muy diferente al del TBI Argentina-Austria dado que: (i) trata de la prohibición de medidas arbitrarias o discriminatorias en un apartado separado del concerniente al TJE (artículo II (3) (b)); (ii) tiene una definición más amplia del término “inversión” (artículo I); y (iii) el artículo VI sobre la solución de las controversias inversor-Estado receptor carece de apartado sobre el “derecho aplicable”.
280. El TBI Argentina-Austria se limita a declarar, en su artículo 2 (1), el deber de las Partes Contratantes de otorgar a las inversiones de nacionales de la otra Parte “en todo caso un tratamiento justo y equitativo”, sin añadir al texto ningún aditamento, condición o cláusula de orden material o cualquier otro indicio que autorice al intérprete a concluir o presumir que para el TBI Argentina-Austria existan (i) dos estándares de TJE un “estándar del derecho internacional consuetudinario” y un “estándar del TBI” o (ii) solamente un “estándar del TBI” o de un tratado multilateral eventualmente aplicable. No hay ningún estándar convencional del TJE en el “derecho aplicable” a la presente controversia, solamente hay, en el TBI aplicable, la referencia a “un tratamiento justo y equitativo” que debe darse en todo caso y este tratamiento no puede ser otro que el que prescribe el

“estándar del derecho internacional consuetudinario” plenamente aplicable a la presente controversia en virtud de lo dispuesto tanto en el artículo 8 (6) del TBI Argentina-Austria como por la jurisprudencia de la CIJ en el caso *ELSI* . Es realmente paradójico, que los Demandantes invoquen un llamado “*autonomous treaty standard*” sin la menor prueba o indicio del instrumento donde se encuentra este alegado estándar y sin demostrar que la aplicación de dicho alegado estándar por el Tribunal Arbitral está autorizada por el TBI Argentina-Austria.

281. Como ya se ha explicado en esta Opinión, para excluir un principio o una regla del derecho internacional consuetudinario hay que explicitarlo así en el instrumento convencional correspondiente como ha declarado la CIJ, no a la inversa como parecen haberlo hecho algunos tribunales arbitrales de inversiones mencionados por los Demandantes. Para excluir un principio o una regla de derecho internacional consuetudinario hay que “*contracting out*” no “*contracting in*”. Es así de sencillo y la repetición del error por tribunales arbitrales *ad hoc* revela deficiencias de comprensión **sistémicas** en la aplicación del derecho internacional público por esos tribunales.
282. En el presente arbitraje, el llamado “*autonomous treaty standard*” del TJE es una construcción de los Demandantes que carece de virtualidad para poder desplazar la aplicación del estándar del TJE del derecho internacional consuetudinario. No hay ningún elemento de prueba en el expediente anterior, coetáneo o posterior al TBI de 1992, que permita concluir que cuando Argentina y Austria adoptaron la referencia al TJE en el Artículo 2 (1) del TBI, tuvieron la intención de definir este estándar de protección de la inversión en función de conclusiones alcanzadas años más tarde por otros tribunales arbitrales de inversiones en aplicación de tratados bilaterales concluidos entre otros Estados que habrían pactado entre ellos ir más allá del estándar mínimo del derecho internacional consuetudinario. Cuestión distinta es preguntarse si después de 1992 el estándar del TJE de la costumbre internacional ha desarrollado al alza su nivel de protección y, también, si Argentina y Austria tuvieron la intención común en 1992 de atribuir (en el artículo 2 (1) de su TBI) a la expresión “trato justo y equitativo” un sentido evolutivo o dinámico. En el presente arbitraje los Demandantes no han alegado o tratado de demostrar ni lo uno ni lo otro.

283. Por último, los Demandantes parecen dar a entender que el particular contenido que ellos atribuyen al TJE mencionado en el artículo 2 (1) el TBI sería de obligado cumplimiento para los miembros el presente Tribunal Arbitral. De confirmarse esta pretensión, este árbitro no puede más que rechazarla pues el solicitado “*autonomous treaty standard*” es una autoconstrucción sin efectos normativos para este Tribunal Arbitral en función de ninguna de las tres fuentes del “derecho aplicable” a la presente controversia enunciadas en el artículo 8 (6) del BIT Argentina-Austria.

(iv) La aplicabilidad del derecho internacional consuetudinario en la determinación del contenido y alcance del “trato justo y equitativo”

284. El intento de los Demandante de excluir el estándar del “trato justo y equitativo” del derecho internacional consuetudinario contradice, como ya se ha explicado *supra*, la jurisprudencia de la CIJ en el caso *ELSI* pues el TBI Argentina-Austria no ha descartado expresamente dicho estándar, y la jurisprudencia de la CIJ nos dice taxativamente que un “*important principle of customary international law should (not) be held to have been tacitly dispensed with, in the absence of any words making clear an intention to do so*” (*ELSI, Judgment, ICJ Reports 1989*, p. 42, párr. 50).

285. La aplicación del estándar del TJE del derecho internacional consuetudinario - como sucede con la norma consuetudinaria de que un Estado no está obligado a indemnizar a un inversor extranjero por los efectos adversos del normal ejercicio por sus órganos de sus potestades regulatorias y de policía - no ha sido expresamente excluida por el TBI Argentina-Austria y, por lo tanto, dicho estándar es también plenamente aplicable en este arbitraje CIADI a la resolución del tercero de los reclamos de los Demandantes. El artículo 8 (6) de dicho TBI lo confirma al ordenar aplicar, *inter alia*, “los principios de derecho internacional en la materia”, así como el artículo 42 (1) del Convenio CIADI con su referencia a “las normas de derecho internacional que pudieran ser aplicables”. Al respecto, debe tenerse presente que hay distinguir las citas de laudos o decisiones de tribunales arbitrales internacionales *ad hoc* en materia de inversiones que confirman o aclaran un determinado principio o norma de derecho internacional (como hace, por ejemplo, el laudo *Sikula*) de aquellas otras que son meros pronunciamientos del tribunal arbitral que las

enuncia y que, como tales, no son de obligado cumplimiento para otros tribunales arbitrales internacionales *ad hoc*.

286. No cabe duda que los Demandantes afirman que la Demandada ha violado el “trato justo y equitativo”, pero no lo afirman en función de que la Demandada haya violado el estándar objetivo del derecho internacional consuetudinario en la materia, sino de un alegado estándar de TJE calificado de “convencional y autónomo” (*autonomous treaty standard*) de su propia elaboración (que, por cierto, *tampoco ha violado la Demandada*) y sin probar la obligatoriedad del mismo ni para la Demandada ni para este Tribunal Arbitral. En todo caso, con la invocación de su llamado “*autonomous treaty standard*”, los Demandantes se sitúan al margen del “derecho aplicable” por este Tribunal Arbitral definido en el artículo 8(6) del TBI Argentina-Austria, pues la fuente del alegado estándar no es ni el derecho de la Demandada, ni las disposiciones de dicho TBI, ni los principios del derecho internacional en la materia.

(v) La afirmación de los Demandantes de que la Demandada ha violado su autodefinido estándar del “trato justo y equitativo” es errónea

287. Dada su posición de principio sobre el contenido y alcance del estándar del TJE convencional y autónomo que invocan como aplicable a la presente controversia, sorprende que los Demandantes no se hayan esforzado en explicar la normatividad y obligatoriedad de dicho estándar. Se han limitado a citar al respecto un cierto número de pasajes de laudos o decisiones de tribunales arbitrales *ad hoc* relativos a controversias entre inversores extranjeros y Estados anfitriones, que son ciertamente una parte de una práctica diversa (*case law*), pero no constituyen como tales, ya hemos señalado *supra*, una jurisprudencia que sirva de medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho internacional en el sentido del artículo 38 del Estatuto de la CIJ. Los arbitrajes *ad hoc* CIADI no son decisiones judiciales de un tribunal permanente como la CIJ y el Convenio CIADI no es como el Estatuto de la CIJ parte integrante de la Carta de las Naciones Unidas.
288. Sin embargo, es en la endeble base que procura una práctica de lo más diversa, que los Demandantes se apoyan para concluir en su EPA que la Demandada habría violado los siguientes componentes o elementos constitutivos de su llamado “estándar autónomo convencional” del TJE que dicen aplicar: (1) protección de legítimas expectativas y

obligación de actuar de buena fe; (2) obligación de actuar con transparencia; (3) protección contra conducta estatal arbitraria; (4) debido proceso; y (5) trato justo y equitativo y el principio de “*estoppel*” y aquiescencia.

289. Estos componentes del estándar de TJE de los Demandantes ni siquiera se corresponde con todos los componentes de dicho estándar invocados por los demandantes del caso *Murphy c. Ecuador* en el que dicen inspirarse. Estos últimos afirmaban que el estándar de TJE exigible a un Estado receptor serían: (1) proteger y respetar las expectativas legítimas del inversor; (2) asegurar la estabilidad y previsibilidad del marco legal y de negocios; (3) actuar de manera consecuente y transparente frente al inversor y su inversión; y (4) actuar de buena fe y tratar al inversor y su inversión sin coerción ni acoso (parr. 196 del laudo parcial definitivo de 6 de mayo de 2016, párr. 196). Una simple comparación *prima facie* confirma que para esta tendencia, que comparten los Demandantes, el contenido y alcance del estándar de TJE sería una especie de menú a la carta en permanente expansión construido por el inversor extranjero según sus necesidades o antojos en el caso de que se trate. En todo caso, tanto los componentes del estándar TJE de los Demandantes en el presente caso como los del estándar TJE de los demandantes en el caso *Murphy* son notablemente más numerosos que los identificados en el 2013 por el IDI en su resolución de Tokio, a saber: (1) debido proceso; (2) no discriminación y ausencia de arbitrariedad; (3) diligencia debida; y (4) respeto de las expectativas legítimas (ver *supra* párrafo 253 de esta Opinión).
290. En sus alegatos, los Demandantes aplican el estándar “convencional y autónomo” de TJE que han construido a lo que denominan un “análisis de los hechos” del presente caso. Dicho análisis es más bien un prolijo relato general de su relato sobre la alegada violación por la Demandada del estándar por ellos definido, relato que por otra parte no va acompañado de la indispensable evidencia de soporte de los hechos analizados, lo que no impide que concluyan afirmando en su EPA que: (i) el ENREJA incumplió elementos esenciales del principio del trato justo y equitativo, tales como la obligación de actuar de buena fe, con transparencia y de acuerdo con las legítimas expectativas del inversor; (ii) la conducta del ENREJA habría sido arbitraria e incumpliría nociones básicas del debido proceso; y (iii) la revocación de la Licencia sería arbitraria. Estas conclusiones se basan en “hechos

alegadamente analizados” que no van acompañados de la correspondiente prueba ni de la demostración que los mismos hayan sido admitidos por la Demandada.

291. Las consideraciones y conclusiones de este árbitro sobre la regularidad del “procedimiento administrativo” seguido por el ENREJA al término del cual se revocó la licencia que tenía ENJASA debido a probadas, serias y reiteradas violaciones o incumplimientos por la empresa de sus obligaciones legales y contractuales, desmienten sin embargo la totalidad de las conclusiones de los Demandantes arriba mencionadas y a ellas se remite también este árbitro en lo que atañe al presente tercer reclamo de los Demandantes. Dicho procedimiento seguido por el ENREJA al que puso término la Resolución N° 240/13, cumplió plenamente con las exigencias del debido proceso, se garantizó a ENJASA antes, durante y después de dicha Resolución el derecho defensa, y la revocación de la licencia fue una sanción prevista en la Ley N° 7020 promulgada, conocida y asumida por los Demandantes cuando, como miembros de la UTE en cuestión, participaron y ganaron la litigación administrativa seguida con motivo de la privatización de ENJASA lo que no hubiera podido suceder si no hubiesen aceptado ya en ese momento todas y cada una de las obligaciones de licenciataria de ENJASA enunciadas tanto en la mencionada Ley como en el contrato de licencia de la empresa. De no haber sido así, no se hubiera podido concluir el Contrato de Transferencia de la Acciones Clase “A” de ENJASA entre la mencionada UTE y la Provincia de Salta y, en consecuencia, no hubiera habido inversión alguna de los Demandantes en la explotación de los juegos de azar en la Provincia de Salta.
292. El ENREJA impuso a ENJASA la sanción de la revocación de la licencia que tenía la empresa en el ejercicio regular de su competencias y funciones de Ente Regulador y Autoridad de Aplicación de la Ley 7020 ante la reiteración de serias violaciones o incumplimientos por la Licenciataria de las obligaciones legales enunciadas en el artículo 5 de dicha Ley relativas *inter alia* a la prevención del lavado de dinero negro. Esas serias y reiteradas violaciones o incumplimientos tuvieron además lugar con posterioridad de haber el ENREJA expresamente advertido a la empresa, en más de una ocasión, que dicha conducta era incompatible con el propósito público de prevenir y perseguir el lavado y que, de continuar, podría dar lugar a la revocación de la Licencia, como finalmente ocurrió.

293. No existe en el expediente del caso información contemporánea de protestas de la ENJASA privatizada a propósito de la regularidad del procedimiento administrativo seguido contra ella al término del cual el ENREJA la sancionó con la revocación de la licencia, o de otras quejas, dignas de mención, de que el Ente Regulador y Autoridad de Aplicación hubiese conculcado en dicho procedimiento administrativo, en detrimento de la empresa, el debido proceso y/o su derecho de defensa. Cuando el ENREJA adoptó la sanción revocatoria cumplió simplemente con su obligación de proteger un interés público evidente y lo hizo de conformidad con la legislación vigente y el contrato de licencia de ENJASA y en el más estricto respeto de las garantías del debido proceso y del derecho de defensa. Todo esto está debidamente documentado y probado en el expediente del caso.
294. Los Demandantes en sus alegatos adoptan con frecuencia la postura de ser, por así decir, la parte ofendida por la revocación por el ENREJA de la Licencia cuando fue una medida adoptada por la Autoridad de Aplicación de la Ley 7020 como sanción por la conducta de ENJASA de violar o incumplir con reiteración sus obligaciones de Licenciataria. La causa de la revocación no fue el resultado de una indebida iniciativa del ENREJA sino una medida adoptada por el ENREJA *en respuesta* a una conducta ilegal reiterada de una ENJASA que estaba, cuando se sucedieron la mayor parte de los hechos relevantes, controlada, gestionada, dirigida y administrada por los Demandantes, que ahora solicitan una indemnización por los efectos adversos para su inversión de la sanción **del** ENREJA. En otras palabras, ¡los Demandantes solicitan a este Tribunal Arbitral que les otorgue una indemnización por las consecuencias adversas para ellos de la sanción por el Ente Regulador y Autoridad de Aplicación de la Ley 7020 de la conducta ilegal de una ENJASA que estaba bajo su control! En estas las circunstancias, las frecuentes referencias directas o indirectas a la mala fe o la arbitrariedad de la Demandada en los alegatos de los Demandantes tienen poco sentido además de no haber probado que no hay motivos para ello.
295. Por último, la “legítimas expectativas” de un inversor extranjero como los Demandantes no pueden consistir por definición, es decir por ser “legítimas”, en que el Estado receptor tolere en su territorio que la empresa nacional en la que han hecho la inversión viole o incumpla sus obligaciones legales y/o contractuales de Licenciataria. Es por esta razón que en el presente caso la alegación de violación de las “legítimas expectativas” de los

Demandantes no tiene razón de ser salvo que se admita que un inversor extranjero goce del privilegio de una total inmunidad respecto de los efectos adversos de los ilícitos cometidos o que pueda cometer la empresa en cuestión *cuando como en este caso el inversor gestiona y dirige directamente el que hacer diario de la empresa en cuestión* lo que, en todo caso, no ha sido alegado por los Demandantes.

296. Además, no parece ser esa la intención de Argentina y Austria cuando concluyeron en 1992 su TBI dado (i) que la definición del término “inversión” designa todo activo invertido *“siempre que la inversión haya sido realizada conforme con las leyes y reglamentaciones de la Parte Contratante en cuyo territorio ha sido efectuada ((la inversión) (artículo 1 (1));* (ii) que el contenido y alcance de los derechos correspondientes a las diversas categorías de los activos, serán determinados por las leyes y reglamentaciones de la Parte Contratante en cuyo territorio la inversión está situada (artículo 1, *in fine*); (iii) que el artículo sobre la “promoción y protección de las inversiones” dispone, *inter alia*, que cada una de las Partes Contratantes otorgará en su territorio un tratamiento justo y equitativo a las inversiones admitidas *“conforme a su legislación”* (artículo 2 (1)); y (iv) que el derecho de la Parte Contratante que sea parte en la controversia es, *inter alia*, derecho aplicable para decidir la solución de las controversias relativas a las inversiones (artículo 8 (6)).
297. Por último, en el arbitraje internacional sobre inversiones entre inversionistas y Estados anfitriones de la inversión ha habido varios casos relativos a la revocación, cancelación o negativas de licencias, concesiones o permisos, algunos de los cuales han sido citados o mencionados por las Partes o una de las Partes en el presente arbitraje pero en ninguno de ellos las circunstancias o los elementos de hecho y de derecho parecen similares a los de la presente controversia, en la que el perjuicio alegado por el inversor es resultado de una sanción legítima firme impuesta por el ente regulador y autoridad de aplicación competente del Estado anfitrión por violaciones o incumplimientos legales **de la** empresa en la que el inversionistas no solo era el accionista mayoritario **indirecto** cuando se cometieron la mayor parte de las mencionadas violaciones o incumplimientos sino que también controlaba, gestionaba, dirigía y administraba la empresa sancionada.

(vi) Las alegatos de los Demandantes sobre la arbitrariedad, el debido proceso y el derecho de defensa, la denegación de justicia y las expectativas legítimas, no han sido probados

298. Desde sus primeros alegatos, los Demandantes han afirmado que la Demandada violó el estándar del TJE: (i) por haber revocado arbitrariamente la licencia de ENJASA; (ii) incumplido el debido proceso cuando revocó dicha licencia así como compromisos específicos que habría alegadamente asumido la Provincia de Salta en relación con su inversión en ENJASA; y (iii) utilizado la función de supervisión del ENREJA para hostigar a ENJASA (párr. 430 de la Memoria) Pero, evidentemente una cosa es el relato que se hace a propósito de estas afirmaciones generales y otra muy distinta es probar lo que se afirma. Y en el presente caso, la prueba correspondiente no ha sido administrada por los Demandantes al Tribunal Arbitral.
299. En lo concerniente a la afirmación de que la revocación de la licencia de ENJASA fue arbitraria, los Demandantes no han presentado la menor prueba de que lo actuado por el ENREJA en el procedimiento administrativo seguido contra ENJASA por violaciones o incumplimientos como Licenciataria de las obligaciones enunciadas en el artículo 5 de la Ley 7020 fuese contrario al “*rule of law*”, que es lo que hay que probar para aducir en el derecho internacional la existencia de arbitrariedad. Como declaró la CIJ en su jurisprudencia del caso *ELSI*:
- “Arbitrariness is not so much something opposed to a rule of law, as something opposed to the rule of law. This idea was expressed by the Court in the *Asylum* case, when it spoke of ‘arbitrary action’ being ‘substituted for the rule of law’. It is a wilful disregard of due process of law, an act which shocks, or at least surprises, a sense of juridical propriety” (*ICJ Reports 1989*, p. 76, párr. 128).
300. El tratamiento dado en la Provincia de Salta a la empresa argentina ENJASA fue en todas y cada una de las sucesivas etapas de su creación, privatización y desarrollo de sus funciones conforme al derecho procesal y material en vigor en la Provincia aplicable a la explotación de los juegos de azar, derecho perfectamente conocido de ENJASA como Licenciataria y de los Demandantes como accionistas de la empresa a través de su participación en la UTE que ganó la licitación. No hubo arbitrariedad a ningún nivel en ningún momento sino todo lo contrario. El “*rule of law*” presidió el conjunto de las

actuaciones relevantes de las autoridades provinciales. Tampoco hubo aplicación de un derecho nuevo con ocasión de la revocación de la licencia de ENJASA susceptible de crear un efecto sorpresa a la empresa o a sus accionistas. Lo que es manifiesto en las mencionadas actuaciones es precisamente la total ausencia de arbitrariedad en la conducta de las autoridades provinciales competentes y su tolerancia con una empresa que entre 2005 y 2013 dio ocasión para que le abriera el Ente regulador y Autoridad de Aplicación de la Ley 7020 más de veintiún procedimientos administrativos formales por violar o incumplir sus obligaciones de Licenciataria que concluyeron con la imposición de una sanción, generalmente multas, que fueron abonadas sin que en casi ningún caso fuesen recurridas por la empresa.

- 301.** La revocación de la licencia no fue una medida arbitraria ni caprichosa sino una sanción prevista y necesaria para restablecer la integridad de las obligaciones asumidas por la empresa cuando se le otorgó la licencia. Estas obligaciones eran conocidas de los Demandantes cuando invirtieron en la empresa al privatizarse y ulteriormente, incluso después de revocada la Licencia por la Resolución N° 240/13 del ENREJA. Eso explica que los Demandantes no hayan podido probar en este arbitraje que ENJASA hubiese sido tratada en algún momento, y no solo en relación con la revocación de la licencia, con “arbitrariedad” y menos aún, evidentemente, que los Demandantes accionistas hubiesen sido objeto de una “arbitrariedad manifiesta” del nivel de gravedad exigido por el derecho internacional para ser susceptible de prevalecer, como excepción, respecto de la norma consuetudinaria relativa al ejercicio regular por el órgano competente de las potestades regulatorias y de supervisión o policía del Estado invocada por la Demandada.
- 302.** Sobre el “debido proceso” y el derecho de defensa, el profesor García Pullès, experto legal de los Demandantes, describió en su cuarto informe (párr.125) los elementos constitutivos del derecho a ser escuchado y, en la fase oral admitió, sin reservas, que ENJASA había tenido la posibilidad de ejercer su derecho de defensa respondiendo a los cargos, accediendo a los expedientes y haciendo copias de los mismos, y presentando evidencia en su defensa. A ello debe añadirse que (i) ENJASA recibió una resolución revocatoria de la Licencia debidamente motivada como sanción por violaciones o incumplimientos de sus obligaciones de Licenciataria; (ii) la empresa pudo acto seguido solicitar y obtener medidas cautelares suspendiéndose la aplicación de la decisión revocatoria mientras se sustanciaba

el recurso de reconsideración interpuesto por ENJASA; (iii) la empresa tuvo el derecho de recurrir contra la resolución revocatoria mediante dicho recurso de reconsideración o el de alzada que no utilizó; (iv) la empresa obtuvo una resolución denegatoria de la reconsideración en la que se especificaba con todo detalle las razones de hecho y de derecho justificativas de lo resuelto por la resolución revocatoria de la Licencia, inclusive sobre la cuestión procesal de que no hubiese lugar a una nueva aportación de prueba en el curso del recurso de reconsideración; (v) la empresa ejerció a continuación su derecho de acudir a los tribunales de justicia incoando una instancia contencioso/administrativa ante el tribunal competente de la Provincia de Salta en la que solicitó la anulación las Resoluciones del ENREJA 240 y 315; (vi) la empresa desistió de dicha instancia judicial contencioso/ administrativa en Salta como consecuencia de haber iniciado por iniciativa de los Demandantes el presente arbitraje CIADI y, por lo tanto, sin haber agotado previamente la vía judicial interna de la Provincia de Salta ni, eventualmente, la de la República Argentina. Todas estas acciones, procedimientos y expedientes se desarrollaron en la Provincia de Salta con absoluta normalidad jurídica y administrativa, es decir, sin incidentes y de una manera absolutamente pacífica y ordenada. No hay prueba de lo contrario en la documentación facilitada a este Tribunal Arbitral por ambas Partes.

303. A la vista de la enumeración no exhaustiva del párrafo precedente uno se pregunta ¿cómo los Demandantes pretenden que ENJASA sufrió en Salta una denegación del “debido proceso” y/o un atentado a su “derecho de defensa”? Y ¿cómo pretenden que eso haya podido ocurrir sin haber agotado la vía judicial interna de la Provincia de Salta y, eventualmente, de la República Argentina? El objeto de la presente fase de este procedimiento arbitral no es la cuestión del consentimiento de la Demandada al procedimiento de arbitraje CIADI regulado por el artículo 26 de la Convención CIADI, sino los derechos y obligaciones de las Partes en relación con los reclamos de fondo de la Solicitud de Arbitraje de los Demandantes y el rechazo por la Demandada de dichos reclamos de fondo. Por lo tanto, la norma del previo agotamiento de los recursos internos – calificada por la jurisprudencia de la CIJ de un importante principio del derecho internacional consuetudinario (*ICJ Reports 1989*, p. 42, párr. 50) – es plenamente aplicable dado que no ha sido expresamente descartada por el artículo 8 (6) ni por ninguna otra disposición del TBI Argentina-Austria. Es tan aplicable como lo fue en el caso *ELSI* cuando

la Sala de la Corte rechazó la objeción de los EE.UU. a la aplicación del principio del previo agotamiento de los recursos internos presentada por Italia. Eso explica que este árbitro considere no solo que los Demandantes no han probado el alegato de que hubo una denegación del “debido proceso” o un atentado al “derecho de defensa” de ENJASA, sino también que dicho alegato de los Demandantes es inadmisibile por el motivo de no haber agotado los recursos judiciales internos de la Demandada.

304. Independientemente de lo anterior, la documentación presentada al Tribunal Arbitral por las Partes demuestra que el “debido proceso” y el “derecho de defensa” de ENJASA fue respetado y aplicado por los órganos competentes de la Provincia de Salta en cada fase y momento de conformidad con el “Marco Regulatorio de los Juegos de azar” de la Ley 7020 y sus reglamentaciones, las normas operativas reglamentarias del ENREJA y la Ley provincial sobre el procedimiento administrativo de la Provincia de Salta. Por otra parte, como hemos venido exponiendo en esta Opinión, no hay pruebas de animadversión hacia ENJASA como han alegado los Demandantes. La empresa fue oída y escuchada por el ENREJA en todo momento. En los intercambios que se sucedieron después de la Resolución N° 240, según informaron testigos de los Demandantes del más alto nivel, se les ofrecieron los Casinos Salta y Boulevard. Incluso después del rechazo por la Resolución N° 315 del ENREJA del recurso de reconsideración de la revocación, la empresa fue invitada a participar en el Plan de Transición a los efectos de obtener una nueva licencia lo que fue rechazado por ENJASA situándose por cierto, a los efectos de una eventual reparación, en la situación de haber contribuido al perjuicio que alega haber sufrido (artículo 39 de los artículos de la CDI sobre la “Responsabilidad internacional del Estado por hechos internacionalmente ilícitos”).
305. Además - y sin perjuicio de lo dicho sobre el no agotamiento de los recursos internos de la Demandada - los argumentos de fondo de los Demandantes sobre la violación por la Demandada del “proceso debido” y el “derecho de defensa” de ENJASA se desvanecen cuando uno lee el contrato de licencia de la empresa. Este contrato autorizaba expresamente al Poder Ejecutivo Provincial, en el supuesto de violaciones o incumplimientos del artículo 5 de la Ley 7020, a declarar de pleno derecho extinta o caduca la Licencia de ENJASA. Sin embargo, no se procedió en Salta por esa vía ejecutiva, también legítima, sino por la vía de las garantías del “proceso debido” y del “derecho de defensa” del procedimiento

administrativo que sigue el ENREJA como Ente Regulador y Autoridad de Aplicación de la Ley 7020 y sus reglamentaciones y reglamentos, que conllevan la doble posibilidad de interponer recursos administrativos y acudir a los tribunales contencioso-administrativos competentes de la Provincia de Salta contra lo decidido por el ENREJA incoando una instancia judicial.

306. El no agotamiento de los recursos judiciales internos de la Demandada dispone sin necesidad de consideraciones adicionales, de otros alegatos explícitos o implícitos de los Demandantes como el de “arbitrariedad manifiesta” “evidente iniquidad” o el de “denegación de justicia”. Como recuerda el tribunal del caso *Toto Costruzione c .Libano*, citando a Paulsson (*Denial of justice in international law*, 2005, p. 306),:

“[...] National responsibility for denial of justice occurs only when the system as a whole has been tested and the initial delict has remained uncorrected ... The very definition of denial of justice encompasses the notion of exhaustion of local remedies. There can be no denial of justice before exhaustion” (decisión sobre jurisdicción de 11 de septiembre de 2009, párr. 164)

Sobre otras cuestiones frecuentemente citadas en relación con el TJE tales como las “obligaciones de vigilancia” (*due diligence*) no hubo prácticamente alegatos de los Demandantes en el presente arbitraje y el alegato de la “discriminación” quedó descartado por el Tribunal Arbitral en su Decisión sobre Jurisdicción.

307. La exigencia de una conducta transparente y consistente del Estado se cumple plenamente en el presente caso. El marco legal regulatorio provincial de los juegos de azar de Salta y el contrato de licencia de ENJASA son de dominio público y no sufrieron alteraciones imprevisibles con posterioridad a la inversión de los Demandantes en la empresa dado que, como ya se ha señalado *supra*, la modificación de los criterios de determinación del canon en 2008 se hizo mediante un Acta-Acuerdo (UNIREN) con la participación de ENJASA. Por lo tanto, cumplieron los requisitos de un marco jurídico predecible y de transparencia en las actuaciones.
308. En cuanto las “expectativas legítimas” de los Demandantes, ya hemos señalado *supra*, la razón por la cual en el presente caso es un alegato que carece de recorrido pues las expectativas en cuestión deben ser por definición “legítimas”. En este arbitraje, los Demandantes no están en una situación que les permita alegar que cuando invirtieron en

ENJASA tenían protegida la expectativa de que las violaciones o incumplimientos eventuales del artículo 5 de la Ley 7020 por la Licenciataria (mencionadas también expresamente en el “contrato de Licencia”) no serían eventualmente sancionados con la revocación de la licencia que tenía la empresa en la que invirtieron con pleno conocimiento de causa. Por otra parte, si se hubiese tratado de “expectativas legítimas protegidas” tampoco los Demandantes habrían podido quedar defraudados por las actuaciones de las autoridades provinciales de Salta pues éstas no adoptaron en ningún momento una conducta opaca o inconsistente en relación con las obligaciones legales y contractuales de Licenciataria que tenía la empresa en la que decidieron invertir a través de una UTE, ni tampoco respecto del alcance de las potestades sancionadoras del ENREJA en respuesta a violaciones o incumplimientos por la Licenciataria de sus obligaciones. En todo caso, los Demandantes no han presentado ningún elemento de prueba de que se les hubiese dado cuando invirtieron ningún tipo de garantía inimaginable que les permitiera tener la expectativa de que el ENREJA pudiese incumplir o moderar el ejercicio de su potestad sancionadora si ello ocasionara efectos adversos a la inversión de los Demandantes.

309. Dicho lo anterior y sin perjuicio de que las “expectativas legítimas” propiamente dichas puedan estar, sin duda, protegidas por el estándar del TJE aplicable, salvo que se trate, como se dice en la Resolución de Tokio del IDI, de “mere expectations of profit, in the absence of specific engagements undertaken towards (the investors) by competent State organs” de lo que no hay noticias ni pruebas en el presente caso. Y sin perjuicio también como ya hemos mencionado *supra* que:

“... las obligaciones del Estado receptor hacia los inversionistas extranjeros derivan de los términos del tratado de inversión aplicable y no de algún conjunto de expectativas que los inversionistas puedan tener o reclamar. Un tribunal que busca deducir partir de dichas expectativas un conjunto de derechos distintos a aquellos contenidos en, o que pueden hacerse cumplir bajo, el TBI bien podría extralimitar sus facultades y, si la diferencia fuese sustancial podría excederlos manifiestamente” (*MTD Equity c. Chile*, comité *ad hoc*, decisión de anulación, párr. 67).

310. Finalmente, no cabe la menor duda de que el principio general de derecho de la buena fe informa también del estándar del “tratamiento justo y equitativo”, pero es chocante que los Demandantes, accionistas mayoritarios directos de L&E e indirectos ENJASA, cuando se sucedieron los hechos causantes de la revocación de la licencia invoquen la buena fe contra

la Demandada, junto con referencias fuera de lugar al *estoppel* y a la aquiescencia, cuando fue bajo su control y gerencia que ENJASA cometió las serias y reiteradas violaciones o incumplimientos de las obligaciones de la Licenciataria enunciadas en ambos párrafos del artículo 5 de la Ley 7020 que fueron la causa de la revocación por el ENREJA de la licencia como sanción por dichas serias y reiteradas violaciones o incumplimientos.

311. La retórica de la acumulación de conceptos o epítetos en un procedimiento arbitral internacional no lleva normalmente muy lejos al proponente si el relato no va acompañado en cada uno de los cargos que se alegan de la correspondiente prueba. Además, en el presente caso, los Demandantes habían reconocido en su Réplica que el estándar del tratamiento justo y equitativo no elimina el derecho del Estado a adoptar medidas reguladoras que afecten los intereses de los inversores (párr. 469 de la Réplica), siempre y cuando las medidas se adopten de buena fe, persigan un interés legítimo y no sean irrazonables en las circunstancias particulares del caso. Los Demandantes no han probado que las actuaciones relevantes de las autoridades de la Provincia de Salta hayan estado presididas por la mala fe o perseguido un interés ilegítimo, ni que en las circunstancias particulares del caso la revocación de la licencia que tenía ENJASA fuese una medida irrazonable.
312. Además, hay que recordar que, frente a la defensa de fondo de la Demandada, no le basta a los Demandantes con probar que hubo una mera violación *quad non* por el ENREJA de un determinado elemento o aspecto del estándar del TJE del derecho internacional para prevalecer sobre la defensa de la Demandada como, por ejemplo, una “fragante violación del *rule of law*” o una “completa ausencia del proceso debido” o una “denegación de justicia”, etc... Es decir, hay que probar que la Demandada ha cometido una violación flagrante y manifiesta del derecho internacional consuetudinario del más alto nivel de gravedad. Los Demandantes no han intentado siquiera probar nada con un alcance semejante.

(vii) La racionalidad básica en que se sustenta la sanción revocatoria de la Licencia

313. Las obligaciones que tenía ENJASA como Licenciataria de la explotación de los juegos de azar en la Provincia de Salta eran perfectamente claras y conocidas por ambas Partes como

lo atestigua la documentación facilitada al Tribunal Arbitral. Dichas obligaciones no pueden ni deben soslayarse como trata de hacerlo el Laudo mayoritario con el propósito de acreditar la tesis de que hubo abuso o ausencia de razones por parte de las autoridades de la Provincia de Salta en la revocación de la Licencia de ENJASA.

314. Lo mismo puede decirse de la veracidad de la violaciones o incumplimientos de ENJASA que dieron lugar a la serie de sanciones que le fue imponiendo desde 2005 el ENREJA, sanciones que en su día no fueron apenas cuestionadas por la dirección de ENJASA (por lo menos desde 2007 en manos de los Demandantes) la cual como regla general trató de eludir la responsabilidad resultante de dichas violaciones o incumplimientos de la empresa pero sin refutar los hechos como tales, que quedaron admitidos por la empresa pues ENJASA cumplió las sanciones impuestas sin recurrirlas. Ha sido con posterioridad a la revocación de la licencia que algunos de esos hechos han sido cuestionados por ENJASA y/o por los Demandantes. Un poco tarde para poder evitar los efectos de sus admisiones en la administración de la prueba. Debe también recordarse que el ENREJA ponderó en todo momento la mayor o menor gravedad de la violación o incumplimiento en cuestión antes de imponer la sanción correspondiente, como se refleja en los motivos de las resoluciones relevantes. Ver, por ejemplo, las Resoluciones N° 32/008 (C-151), 39/2010 (C-164), 104/2010 (C-152), 128/2010(C-158), 129/2010 (C-159), 130/2010 (C-160), 151/2010 (C-161), 152/2010 (C-162), 153/2010 (C-163), 200/2010 (C-165) y 178/2012 (C-166).
315. Además, ENJASA fue una Licenciataria reincidente en sus violaciones o incumplimientos, en particular en relación con obligaciones relevantes para la prevención del lavado de dinero negro como son las enunciadas en el *Artículo 5 de la Ley 7020* lo que, finalmente, desembocó en la revocación de la Licencia decidida por el Ente Regulador y Autoridad de Aplicación en su Resolución 240/13 de conformidad con el artículo 13 de dicha Ley, después del “debido proceso” en el que se *respetó* plenamente el ejercicio del derecho de defensa de ENJASA. Cabe recordar que el artículo 4 del contrato de Licencia confirmaba *inter alia* que era obligación de la *Licenciataria* cumplir en el ejercicio de la licencia con todas y cada una de las previsiones de la Ley 7020 y su decreto reglamentario, así como con todas las normas que dictase el Ente Regulador en el marco de sus competencias

316. El artículo 5 de la Ley 7020 - cuya relevancia para la prevención del lavado de dinero negro en los casinos y salas de juegos es evidente - ocupa un lugar preeminente dentro del “marco regulatorio” de los juegos de azar en la Provincia de Salta, como se reflejaba también expresamente en el artículo 6 del contrato de licencia que tenía ENJASA el cual disponía que sería causal de extinción y/o de caducidad automática y de pleno derecho de la licencia el incumplimiento de las obligaciones impuestas *en el artículo 5 de la Ley 7020*. Es por lo tanto perfectamente comprensible que las violaciones o incumplimientos de las previsiones de dicho artículo 5 generaran alarma y la imposición por el Ente Regulador y Autoridad de Aplicación de sanciones cada vez más severas al ir concurriendo el agravante de la reincidencia hasta que, finalmente, la licencia fue revocada por el ENREJA en un procedimiento administrativo en el que se respetaron plenamente el “debido proceso” y el “derecho de defensa” de ENJASA como se ha explicado *supra*.
317. Además, el desconocimiento o incumplimiento reiterado de las autorizaciones, controles y registros previstos en el artículo 5 de la Ley 7020 no solo contravenían el interés público en la prevención del lavado de dinero negro sino también incidían en la determinación el montante del canon anual a cargo de ENJASA, dado que desde el Acta-Acuerdo (UNIREN) de 2008, el esquema de canon inicialmente estipulado fue reemplazado por un nuevo sistema de cálculo basado en un porcentual de los *ingresos debidamente registrados de ENJASA* correspondientes al período anual inmediatamente anterior, por lo que desde entonces fue absolutamente necesario para cumplir con el nuevo canon llevar un control estricto de los ingresos reales de ENJASA pues es sobre la base de esos ingresos que se calculaban los porcentuales anuales que, en definitiva, determinaban el montante del canon anual que debía abonar la empresa a la Provincia de Salta.
318. Sorprende que las Partes hayan sido poco locuaces sobre los efectos adversos que los incumplimientos del artículo 5 de la Ley 7020 tenían también para la determinación del montante anual del nuevo canon y, por lo tanto, para las finanzas públicas de la Provincia de Salta. Se instaló un sistema “*on line*”, pero este sistema servía solamente para controlar los ingresos y premios de las máquinas tragamonedas, no para controlar los ingresos de los juegos de mesa de los casinos. La preocupación por una estimación correcta del nuevo canon explica asimismo el Decreto de 26 de noviembre de 2008 en el que el Gobernador de la Provincia de Salta dispone que el ENREJA tendrá a su cargo “las tareas de controlar,

fiscalizar, auditar y ejercer las acciones necesarias para el seguimiento y cobro del canon que ENJASA debe abonar al Estado Provincial en concepto de canon por la licencia para la explotación en forma exclusiva los juegos de azar” (Boletín Oficial de Salta, Decreto N° 5313/08). En este Decreto los Demandantes tienen la respuesta a su queja de haber sido indebidamente hostigados por el ENREJA en los años que precedieron la revocación de la licencia. En otras palabras, las violaciones o incumplimientos por la Licenciataria de las obligaciones enunciadas en el artículo 5 de la Ley 7020 además de debilitar la lucha contra el lavado de dinero negro afectaban también, a la baja, las finanzas de la Provincia.

319. En el análisis de la racionalidad de la decisión del ENREJA de revocar la licencia de ENJASA deben ciertamente tenerse en cuenta el contexto cultural, social y geográfico de la Provincia de Salta donde sucedieron los hechos, pero también el contexto legal de la revocación que tuvo lugar después de que ENJASA hubiese sido sancionada por incumplimientos y violaciones de la Ley 7020 más de una veintena de veces y de haber sido apercibida por el ENREJA de que dicha conducta reincidente de la parte de una Licenciataria podía dar lugar a la revocación de la licencia como se dispone en el artículo 13 de dicha Ley. La finalidad y lo apropiado de la decisión del ENREJA estuvo además plenamente avalada por la preocupación creciente de los Estados y de la comunidad internacional de prevenir el delito del lavado de dinero negro que se desarrolló considerablemente en la década en que se sucedieron los hechos relevantes de la presente controversia, adoptándose en ambos niveles medidas, legislación y acuerdos para prevenir dicho lavado como parte instrumental de la lucha contra el narcotráfico, el contrabando y el terrorismo.
320. La responsabilidad y el deber de participación del ENREJA en dicha lucha, dentro del ámbito de sus competencias, es incuestionable y comprensible por dos motivos: primero porque corresponde constitucionalmente a la Provincia de Salta la competencia en la regulación y control de los juegos de azar y, segundo, porque los casinos y el sector de los juegos de azar son en general vulnerables a lavado de dinero y la localización geográfica fronteriza de la Provincia la hace particularmente expuesta a actividades criminales de lavado de dinero, lo que exige un control muy estricto y reglamentaciones severas como explicó detalladamente el experto de la Demandada Sr. Biagosh en sus informes y en la audiencia. Esto explica, sin duda, el carácter pionero de la legislación de la Provincia de

Salta en la materia. Recientemente, el órgano de seguimiento y control del cumplimiento de las FATF a nivel nacional en la República Argentina, la UIF (Unidad de Información Fiscal) ha impuesto la multa máxima a ENJASA y sus directivos, entre ellos al Sr. Tucek, por violación de reglas y recomendaciones contra el lavado de dinero. Al parecer esta causa está actualmente en apelación, pero ello no obsta para señalar que dicha decisión de la UIF confirma la conclusión general de que ENJASA violó o incumplió obligaciones en la materia que le incumbían como Licenciataria, lo que fue, también, la causa por la que el ENREJA la sancionó con la revocación de la Licencia causal.

321. Tiene también interés recordar en el presente contexto que la obligación de obtener autorización previa del ENREJA para poder contratar terceros operadores (su violación fue una de las causas de la revocación de la licencia), obligación asumida por ENJASA en virtud del artículo 5 (primer párrafo) de la Ley 7020 se corresponde con la recomendación 28 (a) de la FATF (FATF, 40 Recomendaciones, febrero de 2012) que dice lo siguiente:

“Los casinos deben estar sujetos a un amplio régimen de regulación y supervisión que asegure que éstos hayan implementado con eficacia las medidas ALA/CFT necesarias. Como mínimo:

- los casinos deben recibir licencia;
- las autoridades competentes deben tomar las medidas legales o normativas necesarias para prevenir que los criminales o sus cómplices tengan, o sean el beneficiario final de, o que tengan una participación significativa o mayoritaria en, o que ostenten una función administrativa en, o que sean un operador de, un casino; y
- Las autoridades competentes deben asegurar que los casinos estén supervisados eficazmente en cuanto al cumplimiento con los requisitos ALA/CFT.”

Se confirma así, por un tercero particularmente competente, que para la prevención del lavado de dinero el conocimiento de la identidad de los propietarios, operadores, gestores, empleados y otros tipos de personal de los casinos y las casas de juego facilita el seguimiento por los Estados de las actividades de dichas personas con el fin de impedir que participen directa o indirectamente en prácticas de lavado de dinero negro de los clientes.

322. Lo mismo sucede con las obligaciones de identificación y registro de los apostadores y de sus transacciones, así como de las modalidades de pago de los premios que excedan el

umbral de los 10.000 pesos argentinos, establecidas de conformidad con el artículo 5 (segundo párrafo) de la Ley 7020, que fue la segunda causa de la revocación de la Licencia de ENJASA. Este árbitro ya ha tenido ocasión de explicar *supra* en esta Opinión que la forma de proceder al pago y registrar dichos premios exigida por el ENREJA en aplicación de la legislación ya había sido aceptada en 2005 por ENJASA (carta al Presidente del ENREJA del Sr. Petersen apoderado de ENJASA de 30 de agosto de 2005, RA-193). No es razonable que los Demandantes sostengan, por un lado, la continuidad de ENJASA y, por el otro, cuestionen los efectos dicha admisión de la empresa una vez convertidos en socios mayoritarios de Leisure & Entertainment S.A.(L&E). Además, no cabe la menor duda al respecto porque el contrato de la Licencia de ENJASA enumeraba - entre las obligaciones a cargo de la Licenciataria - la obligación de “posibilitar y facilitar las medidas, procedimientos, control y fiscalización que ejercerá periódicamente el Ente Regulador del Juego de Azar” (artículo 4.1.7 de la Licencia de ENJASA).

323. Contrariamente a lo sucede con relativa frecuencia en los arbitrajes internacionales de inversiones, en este caso no hubo tampoco modificaciones legislativas o contractuales relevantes con posterioridad a la privatización de ENJASA susceptibles de afectar eventuales expectativas legítimas de los Demandantes, dado que la modificación del canon se realizó por el Acta-Acuerdo (UNIREN) concluido entre la Provincia y la empresa cuando los Demandantes ya eran accionistas mayoritarios de ENJASA a través de L&E. No hay lugar, por lo tanto, a referirse a “expectativas frustradas de los Demandantes” por cambios legislativos o revisiones del contrato de licencia de ENJASA. Por otra parte, como expliqué en mi Declaración anexa a la Decisión sobre Jurisdicción del Tribunal Arbitral, no comparto la opinión de que puedan considerarse “expectativas legítimas” protegidas por el TBI Argentina-Austria meras expectativas subjetivas de los inversores sin base en el contrato de licencia , en la Ley 7020 de la Provincia de Salta o, eventualmente, en acuerdos específicos entre ENJASA y/o sus accionistas y la Provincia de Salta de cuya existencia no hay la menor evidencia en el expediente del presente caso.
324. Así, por ejemplo, no sería admisible como “expectativa legítima” para este árbitro, la alegación por un demandante de que había creído cuando hizo su inversión en ENJASA que la licencia exclusiva era irrevocable durante los treinta años de su duración cuando las disposiciones pertinentes de la Ley 7020 y del Contrato de licencia prevén en determinados

supuestos la posibilidad de la revocación de la licencia en todo momento como sanción por la violación o el incumplimiento por la Licenciataria del artículo 5 de dicha Ley mediante decisión del Ente Regulador y Autoridad de Aplicación adoptada al término del correspondiente procedimiento administrativo y que el propio Contrato de licencia podía ser declarado extinto o caduco de pleno derecho por el Poder Ejecutivo Provincial con anterioridad al vencimiento de la Licencia si se daba alguna de las causales definidas en el propio Contrato de licencia.

325. Cuando un inversor extranjero alega que una determinada “expectativa legítima” suya ha sido frustrada por una determinada medida del Estado en cuyo territorio realizó la inversión debe ser lo más preciso posible en la identificación de la “expectativa legítima” alegadamente frustrada. No basta con repetir declaraciones generales de que sus expectativas han sido frustradas, hay que precisar que expectativa se ha frustrado y las razones de la alegada frustración, además de añadir el cuándo y el cómo. Por ejemplo, en el presente caso, cuando los abogados de los Demandantes se refirieron en más de una ocasión a las “expectativas legítimas” de sus representados lo hicieron sin mayores precisiones. Así, uno no sabe, por ejemplo, si se trata de las **expectativas** que tenían cuando poseían un 5% de las acciones de L&E, o cuando llegaron a ser socios mayoritarios con el 60%, o cuando, después de la revocación de la licencia de ENJASA, adquirieron aproximadamente el 40% restante, o bien si se trata de “expectativas legítimas” que mantuvieron en todo momento por ser, por su naturaleza misma, independientes del volumen de su paquete de acciones.
326. En el curso de sus últimos alegatos y en las audiencias los Demandantes y algunos de sus expertos trataron de difundir la idea de que, de alguna manera, las modificaciones de la Ley 7020/99 por la modificatoria 7133 de 2001 tendrían una cierta incidencia adversa a lo actuado por el ENREJA con ocasión de la revocación de la licencia de ENJASA. No hay lugar a tal confusión. Como ya se ha explicado en esta Opinión, lo relevante para la resolución de la presente controversia no son las disposiciones sobre las competencias y sanciones adicionales atribuidas al ENREJA por la modificatoria 7133/01 en materia de policía respecto de personas físicas o morales que incurran en infracciones de orden administrativo en relación con los juegos de azar en la Provincia, sino las disposiciones de la Ley 7020 relativas a las obligaciones de las licenciatarias como tales en sus relaciones

con la Provincia de Salta como las enunciadas en el artículo 5 de la Ley, y las sanciones aplicables a dichas licenciatarias en caso de violar o incumplir las mencionadas obligaciones son las previstas en el artículo 13 de la Ley. El Laudo mayoritario incurre en un error manifiesto al asumir al respecto, en todo o en parte, dichos alegatos de los Demandantes.

327. La Resolución 240 del ENREJA ya rechazó en su día el intento de ENJASA de pretender calificar las violaciones por ENJASA de las obligaciones enunciadas en el artículo 5 de la Ley 7020 de “infracciones administrativas” con objeto de presentar como un abuso que el ENREJA la sancionara mediante una de las sanciones previstas en el artículo 13 de la Ley como es la “revocación de la licencia”. Dado que los Demandantes han tratado de hacer algo parecido en el presente arbitraje es oportuno recordar que el ENREJA ha subrayado en todo momento que las potestades de las que está investido para la consecución de su competencia por el artículo 33 de la Ley 7020 comprende *dos situaciones diferentes*. Por ejemplo, las Resoluciones 030/10 y 128/10 de marzo y mayo de 2010 respectivamente declaran lo siguiente:

“...la Ley 7020 y su modificatoria () concedió (al Ente) facultades jurisdiccionales y disciplinarias (artículo 33) y en torno a estas últimas se debe distinguir dos situaciones: los incumplimientos o violaciones a la ley, sus reglamentaciones, contratos de licencia y los reglamentos dictados por el Ente, que serán sancionados con Apercibimiento, Multa, Inhabilitación, Suspensión de la Licencia y Revocación de la Licencia (artículo 13); de las infracciones administrativas, que a su vez serán pasibles, indistinta o conjuntamente, de Multa, Inhabilitación, Comiso y Clausura (artículo 41). Se debe agregar que en el ámbito de las sanciones el Decreto 3616/99, en su artículo 5, ha instituido seis causales de extinción y/o caducidad de licencia” (primera página de ambas Resoluciones).

328. Se confirma así, una vez más, la coherencia y racionalidad básica en que se sustenta la revocación de la licencia. El experto legal de la Demandada, Profesor Marcer, acierta cuando en su informe distingue con nitidez, en el “marco regulatorio” provincial de los jugos de azar la Ley 7020, las disposiciones aplicables a una licenciataria, como ENJASA, en sus relaciones en dicha calidad con la Provincia de Salta que incluyen las sanciones enunciadas en el artículo 13 de la mencionada Ley en caso de “*violaciones o incumplimientos por la licenciataria de las obligaciones enunciadas en el artículo 5 de Ley 7020*”, de las disposiciones de la Ley relativas a las “*infracciones administrativas*

cometidas por personas físicas o morales” añadidas a la Ley 7020 por la modificatoria 7133/01. La evidente ausencia de deferencia del Laudo mayoritario a lo actuado por el ENREJA y el Poder Ejecutivo de la Provincia de Salta en relación con la interpretación y aplicación de la Ley Provincial 7020 no es aceptable a la luz del “derecho aplicable” al presente caso y desconoce también la práctica y las advertencias de los tribunales arbitrales internacionales de inversiones en la materia.

(viii) La ponderación y graduación de la sanción y el alegado criterio de proporcionalidad

329. El criterio de “proporcionalidad” como tal no es un componente constitutivo del estándar del “tratamiento justo y equitativo”, ni controla directamente la aplicación de dicho estándar tal como lo hace, por ejemplo, la buena fe. Pero, puede suceder que el criterio de “proporcionalidad” forme parte integrante de una norma o principio o incida en la graduación de la gravedad eventual de la violación de que se trate. Esto es lo que sucede como hemos visto en el presente caso, debido a que, de conformidad con lo que dispone el artículo 8 (6) del TBI Argentina-Austria, el derecho argentino es “derecho aplicable” a la resolución de la presente controversia y tanto el artículo 13 de la Ley 7020 como el artículo 5 del contrato de licencia de ENJASA se refieren expresamente a la existencia de “proporcionalidad” entre la sanción y la gravedad de la falta cometida.
330. En efecto, como ya se ha mencionado *supra* en esta opinión, el artículo 13 de la Ley 7020 de la Provincia de Salta dispone *in fine* que el ENREJA cuando adopte sanciones en virtud de dicho artículo tendrá en cuenta “la proporcionalidad entre la sanción y la falta cometida, sin perjuicio de la responsabilidad penal y contravencional”. A su vez, el artículo 5(1) y (2) del Contrato de licencia de ENJASA precisaba que “cada una de las violaciones o incumplimientos de las obligaciones impuestas a la Licenciataria en la presente Licencia, en la Ley 7020 y su reglamento, y en los reglamentos dictados por el Ente Regulador ... serán sancionadas con las penalidades y graduación previstas en la Ley 7020 y su Decreto Reglamentario” y que “la consideración, la aplicación y la graduación de la sanción será realizada por el Ente Regulador teniendo en cuenta la debida proporcionalidad entre la misma y la gravedad de la falta cometida ...”.

331. No hay por lo tanto la menor duda de que el ENREJA tiene que tener en cuenta “la debida proporcionalidad” entre “la gravedad de la falta cometida, por un lado, y “la sanción”, por el otro, sin perjuicio evidentemente de los recursos administrativos y/o judiciales disponibles a la Licenciataria sancionada. También estaba reglado, como hemos señalado *supra* en esta Opinión, por el artículo 5 (3) del contrato de licencia cómo debía proceder el ENREJA cuando sopesase *in concreto* la imposición de una sanción, a saber, ponderando “la gravedad de la naturaleza de la falta, la afectación que la misma produce a la seguridad jurídica, la moral y las buenas costumbres, los perjuicios que la misma irroque al Estado provincial y/o particulares, la conmoción social (que provocaría) y los antecedentes de reincidencia de la licenciataria”.
332. El sistema no se presta por lo tanto a que el ENREJA proceda sin tener en cuenta la “proporcionalidad” debida en el caso de que se trate. Pero ello no es óbice para no preguntarse si el ENREJA, cuando decidió la revocación de la licencia de ENJASA, ponderó debidamente esa proporcionalidad del derecho argentino aplicable y si, de no haberlo hecho, puede concluirse que lo actuado violó el estándar del TJE del artículo 2 (1) del TBI Argentina-Austria. La cuestión quedó sin embargo zanjada para este árbitro cuando, en respuesta a la pregunta de cómo se define el concepto de proporcionalidad en el derecho argentino, el experto legal de los Demandantes Profesor Bianchi respondió en las audiencias que:
- “El principio de proporcionalidad: para decirlo con una sola palabra, la proporcionalidad es la razonabilidad. Si hay algo que es proporcional significa que es razonable. ¿Qué significa proporcional en el derecho argentino? Significa que los medios son adecuados para los fines. Esto significa el principio de proporcionalidad y de razonabilidad” (Audiencia sobre el fondo, día 5, 1280:11-19).
333. Esta respuesta del Profesor Bianchi no fue cuestionada por ninguna de las Partes. Así pues, en el derecho argentino la revocación de la Licencia de ENJASA fue proporcional puesto que fue una medida razonable adoptada para la consecución del fin legítimo de prevenir el lavado de dinero negro en una actividad proclive a la comisión de dichos crímenes como es la explotación y gestión de los juegos de azar y desarrollada, además, en una Provincia particularmente expuesta a tales crímenes por su localización geográfica fronteriza. Dicho esto, sin perjuicio de que las prácticas de lavado pueden tener también efectos adversos en

la determinación del montante del canon acordado en el Acta-Acuerdo. La sanción de la revocación de la licencia de ENJASA cumplió en consecuencia con el mencionado criterio de proporcionalidad puesto que fue una medida razonable, por apropiada y consecuente con su finalidad, adoptada para irradiar de la Provincia de Salta las mencionadas prácticas que ENJASA no pudo o no quiso atajar a pesar de las sanciones que se le impusieron y las advertencias de que fue objeto con anterioridad a la revocación de la licencia decidida por la Resolución 240/13 del ENREJA.

334. La documentación facilitada al Tribunal Arbitral por la Demandada confirma que ENJASA violó repetidamente sus obligaciones de Licenciataria y que estos incumplimientos se sucedieron de manera continuada sin que la empresa los negara, limitándose a alegar que no fueron intencionados o que fueron de poca monta, o simplemente que fueron errores de empleados mal informados. En todo caso, ENJASA pagó las multas o cumplió con las sanciones que le fue imponiendo el ENREJA durante el período que va de 2005 a agosto de 2013, sin presentar en casi ningún caso contra dichas sanciones recursos administrativos disponibles o acudir a los tribunales competentes de la Provincia de Salta. Estas admisiones confirman que ENJASA adoptó una conducta reiterativa de violación o incumplimiento de sus obligaciones de Licenciataria, inclusive con respecto a aquellas relativas a la prevención del lavado de dinero lo que finalmente determinó que el ENREJA adoptase la sanción de revocar la Licencia que tenía la empresa.
335. Esta sanción revocatoria no pudo ser ni para ENJASA ni para los Demandantes ninguna sorpresa dado que está documentalmente probado que fue precedida de más de una advertencia del ENREJA. Además, la sanción fue aplicada por el ENREJA en estricta conformidad con los preceptos legales aplicables de la Ley 7020, previamente aceptados y admitidos **por** ENJASA y bien conocidos de los Demandantes en su doble calidad de accionistas y directivos de la empresa, preceptos incorporados también en el contrato de Licencia de la Licenciataria. La relación que se hace en el considerando de la Resolución 240/13 de las 21 Resoluciones precedentes en que el Ente Regulador y Autoridad de Aplicación de la Ley 7020 tuvo que sancionar formalmente a ENJASA, testimonian, a la evidencia, la naturaleza recurrente de las anomalías registradas en la conducta de la Licenciataria y la necesidad de proteger la integridad del “marco regulatorio” de los juegos de azar en la Provincia de Salta de la Ley 7020 y del contrato de Licencia, cumplir con el

cálculo del montante legal del canon anual a cargo de ENJASA de conformidad con el Acta-Acuerdo y restablecer la propia autoridad del Ente regulador y Autoridad de aplicación de dicha Ley. El período de tolerancia que había durado unos años se terminó en agosto de 2013 cuando el ENREJA adoptó - respetando el principio de legalidad y el criterio de proporcionalidad del derecho argentino - la Resolución N° 240, sin perjuicio de los recursos administrativo y judiciales internos de la Demandada a los que tuvo acceso en todo momento ENJASA hasta que tuvo que desistir por haber incoado los Demandantes el presente arbitraje en el CIADI con anterioridad al agotamiento de los mencionados recursos internos.

336. No hay otro criterio de proporcionalidad que sea aplicable a la presente controversia puesto que no se enuncian ni en el TBI, ni en inexistentes acuerdos específicos concluidos en relación con la inversión, ni en el estándar del TJE del derecho internacional consuetudinario aplicables en la presente controversia. Tampoco integra la “proporcionalidad” la norma de derecho internacional consuetudinario invocada por la Demandada como defensa de fondo. Por otra parte, no hay margen en la definición del “derecho aplicable” del artículo 8 (6) del TBI para recurrir a guías, métodos o cálculos de proporcionalidad carentes de normatividad en el “derecho aplicable” que distorsionen o contravengan dicho “derecho aplicable” consensuado en el TBI por Argentina y Austria como, por ejemplo, la proposición de introducir artificialmente en el proceso decisorio del Tribunal Arbitral un sopesamiento abstracto entre los “derechos del inversor” y la “acción del Estado receptor” mediante la llamada “proporcionalidad *stricto sensu*”, mencionado pero no desarrollado por los Demandantes.
337. En todo caso, reducir la ponderación que deba hacerse a los “derechos del inversor” por un lado y la “acción del Estado receptor” por otro, implica ya de entrada solicitar o condicionar la respuesta. Lo que debe ponderarse, si hubiese lugar ello, son los “derechos y obligaciones del inversor extranjero” por un lado y los “derechos y obligaciones del Estado receptor” por el otro. Si no se hace así, el mencionado método es inaceptable en el ámbito del derecho internacional público cuyos sujetos primarios son los Estados. Por ejemplo, en un caso como el presente, la revocación de la licencia no es una mera “acción del Estado” sino una sanción legítima impuesta por el órgano competente en el Estado en respuesta a

la previa violación por la Licenciataria de los derechos del “Estado provincial” propietario y otorgante de la Licencia.

338. No es infrecuente que estos ejercicios doctrinales estén, consciente o inconscientemente, orientados a limitar los derechos del Estado receptor en interés de inversores extranjeros privados mediante la utilización de términos o conceptos *prima facie* equitativos, e incluso pretender hacerlo así en casos en los que la indemnización solicitada por el inversor no solo no está justificada en derecho sino que es a todas luces desproporcionada en relación con el capital invertido por el inversor como sucede en el presente caso según los indicios que figuran en el expediente del mismo. Digo indicios, porque este árbitro todavía no ha recibido de los Demandantes una respuesta clara a la pregunta que hizo a su primer testigo en la fase sobre la jurisdicción y reiteró en las audiencias sobre el fondo, sobre el monto total de la contribución en capital que hicieron como inversores cuando fueron invirtiendo en la empresa ENJASA.
339. Por haber sido remitidos por las Partes, el Tribunal Arbitral conoce tanto la oferta económica mejorada de la UTE (CAIH, Boldt S.A. e Iberlux Int. S.A.) como el contrato concluido entre dicha UTE ganadora de la licitación y la Provincia de Salta, es decir el denominado “Contrato de Transferencia de las Acciones” de ENJASA anexo al Decreto N° 419 de 15 de febrero de 2000. La oferta económica mejorada de la UTE consistió en un canon anual por los tres primeros años de U\$S 2.500.000, un canon anual para los 27 subsiguientes años de U\$S 4.100.000, y una inversión total del “Programa de Desarrollo Turístico” de U\$S 20.770.000 (párrafos 7 y 9 del considerando del Decreto N° 419 de 15 de febrero de 2000). A su vez, el artículo 3.1 de dicho Contrato de Transferencia de las Acciones a la UTE *Leisure & Entertainment (L&E)* titulado “Venta de las Acciones de Clase ‘A’” dispone que : “El vendedor vende y el comprador compra la cantidad de diez mil ochocientas (10.800) acciones ordinarias, nominativas, no endosables, Clase “A”, que representan el noventa por ciento (90%) del capital social de ENJASA, todas ellas de un peso (\$1) de valor nominal cada una). Por otra parte, la participación en la UTE en el momento de la compra de las mencionadas acciones Clase “A” de ENJASA de sus componentes era la siguiente: CAIH 5% de participación, Boldt 5% de participación e Iberlux 90% de participación.

340. A la luz de esta información el coste del 5% de las acciones de Clase “A” fue para CAIH más que probablemente el 5% de los 10.800 pesos que pagó la UTA por la totalidad de las acciones compradas, lo que supondría que el coste de sus primeras acciones de ENJASA fue para CAIH de alrededor de 1000 pesos argentinos. En cuanto al segundo aspecto de la transacción de la privatización, más concretamente la obligación del comprador de cumplir en tiempo y forma con el Plan de inversiones en Desarrollo Turístico, las Partes están de acuerdo en que se construyó el Hotel Sheraton Salta y que la construcción fue realizada por el Complejo Monumento Güemes (CMG). Además, la Demandada ha contribuido a aclarar cómo se construyó el Hotel facilitando las “Notas al estado de situación patrimonial” de CMG de 31 de mayo de 2002 (nota 2, en CEMA 27), más tarde el curso del interrogatorio del testigo Ortiz Fernández por la Señora Etchegorry (tercer día de la audiencia, 78:4-79:9) y, por último, en forma resumida en el párrafo 266 del Escrito Posterior a la Audiencia (EPA) en el que se dice lo siguiente:

“Con respecto a la propiedad y explotación del Hotel Sheraton Salta, la revocación de la Licencia no afectó su propiedad y explotación. En efecto, ENJASA continuó siendo la propietaria de dicho hotel y obtuvo importantes beneficios económicos derivados de este. Asimismo, *se ha comprobado que el hotel fue construido mediante franquicias y beneficios impositivos y, luego, fue vendido a precio de mercado. Por esta operación de venta, ENJASA obtuvo una importante utilidad contable*” (Referencia: Estados Contables de ENJASA al 31/12/17, Notas 3, 15, 19 y 20 (Exhibit -299). En la Nota 3.15 se consigna que la utilidad obtenida por la venta del Hotel fue de ARS 20.590.902).

341. El Tribunal Arbitral conoce: (i) que se construyó efectivamente el Hotel Sheraton Salta en el marco del Plan de inversiones en Desarrollo Turístico; (ii) que la revocación de la Licencia no afectó a la propiedad del Hotel ni a su explotación por ENJASA; (iii) que la Provincia de Salta contribuyó a la construcción del Hotel mediante el otorgamiento de franquicias y beneficios impositivos; y (iv) que después de la revocación de su Licencia ENJASA obtuvo mediante la venta del Hotel a Inversiones Hoteleras Salta S.A. el 1 de marzo de 2017 una utilidad contable del orden de ARS 20.590.902. Lo que sigue sin estar claro es si existió o no una relación entre las mencionadas franquicias y beneficios impositivos otorgados por la Provincia durante la construcción del Hotel y el compromiso de la UTE en su oferta económica mejorada de hacer una inversión total del Programa de Desarrollo Turístico del orden de U\$S 20.770,000 y si, eventualmente, existiese una

relación como se cuantifica dicha ayuda con respecto al compromiso de la oferta económica mejorada de la UTE.

342. En todo caso, la Provincia de Salta contribuyó a la construcción del Hotel sin reclamar una participación ni en la propiedad ni en la explotación del Hotel, es decir fue una ayuda a fondo perdido de la Provincia a la empresa. Otros momentos en que los Demandantes hicieron contribuciones de capital fue necesariamente en las dos transacciones en que incrementaron su participación accionaria, es decir, en el 2007, cuando incrementaron su participación en la L&E a 60 por ciento del 5% inicial y cuando en noviembre de 2013, pocos días antes de la Resolución N° 315/13 del ENREJA, aumentaron dicha participación a prácticamente el 100 por ciento del 60 por ciento de 2007.
343. Los Demandantes no han sido muy exactos sobre el precio que abonaron por las nuevas acciones de L&E adquiridas. En cuanto al incremento accionario de 2007 la oferta de compra a Iberlux fue por un precio de USD 23.000,000 (C-076, C-0077 y C-078) pero otros testimonios mencionan que el desembolso fue de alrededor de USD 17.4 millones más una inversión adicional de capital de USD 6,6 (día 8 de la audiencia, página 4 *in fine* de la versión inglesa del acta). En lo que concierne al incremento accionario posterior a la revocación de la Licencia del mes de septiembre (o noviembre) 2013 (compra a Iberlux del 40% de las acciones de L&E) el Señor Tucek se limitó a indicar en la audiencia que el desembolso fue una cuantía relativamente pequeña comparada con lo invertido por Casinos en Argentina desde 2000 (día 2 de la audiencia, página 246/247 de la versión inglesa del acta). Pero, el Primer Informe CEMA precisa al respecto que Casinos Austria pagó a Iberlux USD 2.82 millones por dicho paquete accionario, y la promesa de un pago adicional de USD 1 millón si la Provincia restableciera la Licencia de ENJASA lo que no sucedió (párrafo 184 del mencionado Informe). Según el testimonio del perito de los Demandantes Señor Rosen ENJASA “era muy rentable” (día 8, página 2107 de la versión española del acta) mientras que el capital invertido por los Demandantes en la compra de las acciones fue relativamente modesto y, como tal, no guarda proporción con la indemnización que solicitan los Demandantes en su Escrito Posterior a la Audiencia con el apoyo de los informes y el testimonio de su perito el Señor Rosen.

344. Es sin duda por dicha razón que la indemnización solicitada por los Demandantes está formulada en términos de “lucro cesante” y no de la suma de capital invertido en la inversión que hicieron en ENJASA a través de la L&E. Efectivamente el “lucro cesante” puede ser objeto de una indemnización cuando haya sido causado por un “hecho internacionalmente ilícito” inexistente en el presente caso y siempre y cuando dicho lucro haya sido debidamente comprobado (artículo 36 (2) de los Artículos de la CDI sobre la Responsabilidad internacional del Estado). Se excluye, por lo tanto, que en la determinación del lucro cesante se recurra a elementos especulativos, tal como lo hizo el Señor Rosen al tomar en consideración en su cálculo del lucro cesante que los Demandantes alegan haber sufrido la terminación del acuerdo existente entre ENJASA y Video Dromo, evento del que no hay la menor prueba en el expediente del caso.
345. Qué el conjunto de la *contribución de* capital invertido por los Demandantes en ENJASA fue relativamente modesto lo confirma el hecho de que su reclamación de indemnización en este arbitraje no está basada en la depreciación de esa contribución como consecuencia de la revocación de la licencia que tenía la empresa, sino en el lucro cesante para los Demandantes de sus ganancias o beneficios (dividendos) como accionistas de ENJASA a través de L&E. Los Demandantes pretenden por lo tanto que se les otorgue una indemnización más elevada que la que les hubiera correspondido, si hubiera lugar a ello, por la depreciación del capital invertido. En todo caso, las conclusiones de los informes y testimonio del Señor Rosen son a todas luces especulativas y desproporcionadas. No se corresponden con los elementos de hecho y de derecho de la presente controversia pues el perito adopta como punto de partida de su análisis “(el) valor de lo que fue confiscado” en Salta (día 8 de la audiencia, página 2138). En esta controversia nadie ha confiscado nada. Lo que si ha sucedido es que el órgano competente de la Demandada ha revocado una licencia como sanción por la violación por ENJASA de sus obligaciones de Licenciataria, teniendo en cuenta, *inter alia*, el criterio de proporcionalidad del derecho argentino de la Provincia de Salta que es “derecho aplicable” a la presente controversia convencional (*treaty claim*).
346. Ante tal deformación de la realidad fáctica y jurídica del presente caso, es decir de la transformación de una “revocación sancionadora” en una alegada “confiscación”, basta responder con la conocida frase del tribunal del caso *Azinian* de que “labelling... is no

sustitute for analysis”. Los informes y declaraciones del perito de la Demandada, el Señor Dapena, explican de manera convincente la naturaleza especulativa y desproporcionada de las conclusiones del Señor Rosen respecto de la indemnización que solicitan los Demandantes. A estas conclusiones del Señor Dapena debe añadirse, en el presente contexto, que se trata de una indemnización que los Demandantes solicitan sin haber previamente probado que la revocación de la Licencia que tenía ENJASA constituya un “hecho internacionalmente ilícito” hacia ellos que la Demandada tenga la obligación de reparar, como se ha demostrado en esta Opinión.

347. Lo que si corresponde mencionar aquí es que al presentar los Demandantes una indemnización basada en el lucro cesante de las ganancias o beneficios de ENJASA que ocasionó la revocación de la Licencia exclusiva por treinta años que tenía la empresa, han añadido una razón adicional a las ya mencionadas *supra* en esta Opinión que confirma la afirmación de la Demandada que no debe indemnización alguna a los Demandantes (EPA, párrafos 270 a 356). ¿Por qué ha sucedido esto? Porque el derecho internacional relativo a la promoción y protección de la inversión extranjera distribuye los factores de riesgo entre el Estado receptor o anfitrión de la inversión y el inversor extranjero de que se trate, asignando unos factores de riesgo al Estado y otros factores de riesgo al inversor extranjero. Por ejemplo, dicho derecho asigna al Estado correr con los efectos adversos resultado de una modificación del contrato, la legislación o el tratado que afecten las expectativas legítimas del inversor, mientras que asigna al inversor los efectos adversos de la gestión, dirección o administración de la empresa (o actividad o negocio económico) en el que invirtió, es decir el “riesgo empresarial” y cuando, en el presente caso, se cometieron las violaciones o incumplimientos que motivaron la revocación de la licencia, los Demandantes no solo eran los accionistas de la empresa; eran también los empresarios que la gestionaban, dirigían y administraban por lo que, dada su condición de inversores, corría por su cuenta los efectos adversos del “riesgo empresarial” inherente a la licencia de la empresa en que libremente invirtieron dado que dicha licencia era de naturaleza revocable y podía ser revocada, como sucedió, de acuerdo con la Ley Aplicable y el contrato de Licencia, en cualquier momento antes del término de los treinta años de duración. Así pues, en el presente caso los efectos adversos de la revocación de la licencia corren por cuenta de los Demandantes en su doble condición de inversor/empresario.

348. En resumen, el ENREJA aplicó debidamente el “criterio de proporcionalidad” del derecho argentino de la Ley 7020 de la Provincia de Salta y del contrato de Licencia de ENJASA y no corresponde a este Tribunal sustituir dicho criterio *por meros criterios de autores o por una llamada proporcionalidad “strictu sensu”* importada de fuentes ajenas al presente contencioso de inversiones dado (i) que la revocación de la licencia es una decisión que ha adquirido firmeza; (ii) que lo actuado en la Provincia de Salta no es objeto de la presente controversia sino derecho aplicable a la misma por disponerlo así el TBI Argentina-Austria; y (iii) que los Demandantes no aplican una proporcionalidad *strictu sensu* entre su inversión, por un lado, y el montante de la indemnización que solicitan, por el otro, como lo ha demostrado en sus informes y testimonio en el octavo día de la audiencia el Señor Dapena, experto de la Demandada .

(ix) De la conspiración política alegada por los Demandantes

349. Las referencias en los alegatos de los Demandantes a términos o expresiones tales como falta de transparencia, fines ocultos, mala fe, xenofobia, etc. de las autoridades de la Provincia de Salta, en relación con eventos anteriores, contemporáneos o posteriores a la revocación de la Licencia de ENJASA, forman parte de su relato sobre la existencia de una conspiración política de dichas autoridades, varias veces mencionada pero nunca demostrada, para excluirlos del sector de los juegos de azar en la jurisdicción de la Provincia. Aunque el argumento de la conspiración política ha ido perdiendo fuelle a medida que fue desarrollándose el presente procedimiento arbitral, los Demandantes le dedican todavía varios párrafos en su EPA lo que obliga a este árbitro a manifestar su posición sobre este infundado alegato.

350. La teoría de la conspiración fue en los inicios del presente arbitraje una construcción meramente argumental de carácter estratégico sin relación alguna con la situación real de los Demandantes en la Provincia de Salta. Posiblemente elaborada con la intención de crear la imagen de una presunción de responsabilidad del Estado receptor como la que refleja en general la práctica del Tribunal Mixto US-Irán creado por la Declaración de Argelia a raíz de la crisis internacional de los rehenes, presunción que opera como telón de fondo en la jurisprudencia de dicho Tribunal sobre la expropiación indirecta.

351. Pero este Tribunal Arbitral no es el Tribunal Mixto US-Irán, ni el TBI Argentina-Austria se asemeja a la Declaración de Argel, ni la revocación de la Licencia que tenía ENJASA responde o fue motivada por ningún acto de carácter revolucionario sino para restablecer la legalidad conculcada por la conducta impropia de la Licenciataria. Fue un acto pacífico adoptado al término de un procedimiento perfectamente organizado y ordenado, conforme a una legislación y reglamentaciones previas conocidas y asumidas por dicha Licenciataria y los Demandantes en este arbitraje, y aplicado a ENJASA por el Ente Regulados y Autoridad de Aplicación Provincial competente en el marco del Estado constitucional, democrático y de derecho de la República Argentina y de su Provincia de Salta. Una presunción como la del Tribunal Mixto US-Irán es, por lo tanto, absolutamente ajena al presente arbitraje pues la situación en la Provincia de Salta de la República Argentina antes, durante y después de la mencionada revocación, fue absolutamente normal, y las etapas de los procedimientos seguidos se desarrollaron de conformidad con los principio de legalidad, debido proceso y garantía del derecho de defensa de una Licenciataria que también violó tanto la Ley 7020 como su Contrato de licencia.
352. La revocación fue decidida por el órgano competente en el ejercicio normal de sus funciones como sanción a ENJASA por haber continuado violando o incumpliendo sus obligaciones de Licenciataria. Dicha revocación no violó, como hemos, visto la obligación de la Demandada de dar a la inversión de los Demandantes un tratamiento conforme al estándar del TJE del derecho internacional consuetudinario. La Demandada no violó dicho estándar por que el ENREJA no cometió ningún hecho internacionalmente ilícito cuando sancionó las serias y reiteradas violaciones o incumplimientos de ENJASA de las obligaciones que tenía como licenciataria en virtud de lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley 7020 cuya finalidad es prevenir el lavado de dinero negro en los casinos y salas de juego. Dicha decisión del ENREJA imputable a la Demandada no violó ninguno de los ordenamientos jurídicos que conforman el “derecho aplicable” a la presente controversia enumerados en el artículo 8 (6) del TBI Argentina-Austria y sin la presencia de este elemento objetivo de la responsabilidad internacional del Estado no hay hecho internacionalmente ilícito.
353. Al comienzo de este arbitraje los Demandantes recurrieron a invocar una conspiración política contra ellos con la finalidad práctica de facilitar, junto con la insistencia en la no

estricta aplicación del derecho aplicable, una cierta tolerancia del Tribunal respecto del no cumplimiento por los Demandantes de las condiciones a que está sujeto el consentimiento al arbitraje de la Demandada en el artículo 8 del TBI Argentina-Austria. Cumplida esta misión inicial, los Demandantes en la presente fase sobre el fondo no hicieron ningún esfuerzo probatorio digno de esa denominación para demostrar la existencia de la alegada conspiración, aunque siguieron recordándola de vez en cuando sin mayores elaboraciones y sin insistencia. La declaración del Señor Tucek en la audiencia, en el curso de su interrogatorio como testigo puso fin a todo eventual residuo de credibilidad de este alegato cuando reconoció que la proclama de ¡fuera los austriacos” quedaba reducida a un simple dicho de una tercera persona (un “*oui-dire*”) desconocida de este Tribunal Arbitral.

354. La verdad es que el alegato de la conspiración de los Demandantes no fue acompañado en ningún momento del desarrollo del presente procedimiento arbitral de elementos de prueba objetivos que acreditaran su veracidad. El alegato siempre ha carecido de credibilidad. En las audiencias, el Señor Tucek, interrogado sobre la existencia de un fin político oculto detrás de la revocación de la licencia de ENJASA, fue incapaz de demostrar que CAI hubiese sido objeto de ningún tipo de persecución. Reconoció haber firmado una carta que evidenciaba sus buenas relaciones con el presidente del ENREJA y, además, explicó que no tenía conocimiento personal directo del alegado acoso sufrido por ENJASA a manos del ENREJA y que, en realidad, se lo había escuchado decir a un compañero de oficina. Ante esta declaración del testigo de mayor rango de los presentados por los Demandantes no queda nada del relato de la conspiración política de los inicios de este arbitraje.
355. Pero la nostalgia por la alegación de conspiración política de los Demandantes ha dado lugar a que la mayoría de este Tribunal haga en el Laudo insinuaciones fuera de lugar a propósito de una carta posterior a la Resolución N° 315/13 que un operador denominado “Video Drome” envió al ENREJA el 25 noviembre 2012, y otros eventos sin relevancia para adjudicar el fondo de la presente controversia. De lo que si hay evidencia es que la revocación de la Licencia de ENJASA no tuvo el propósito oculto de excluir a los Demandantes del sector de los juegos de azar en la Provincia de Salta. Como ha sido admitido por el propio Señor Tucek y otros testigos de los Demandantes, en las conversaciones de los Demandantes con responsables de la Provincia de Salta y en los intercambios que se sucedieron inmediatamente después de la adopción de la Resolución

Nº 240/13, sus interlocutores de la Provincia de Salta le sugirieron que CAI aceptase quedarse con los Casinos Salta y Boulevard.

356. Esa propuesta no fue efímera como lo avala el hecho probado, ya mencionado en esta Opinión, de que los Demandantes tuvieron la oportunidad de participar en el “plan transitorio” de la Provincia de Salta, pero decidieron no hacerlo contribuyendo así al perjuicio que ahora alegan ante este Tribunal Arbitral. En efecto, el 2 de septiembre de 2013 el ENREJA inició un procedimiento interno de preparación de dicho plan que culminó en la adopción de la Resolución Nº 324/13 del 20 de noviembre 2013, mediante la cual ENREJA sometió al Ejecutivo Provincial el “plan transitorio” en la que se deja abierta a los accionistas de ENJASA, es decir a los Demandantes, la posibilidad de solicitar participar en el nuevo sistema de licencias en plan de igualdad con los demás “gerenciadores” o “administradores” participantes en dicho plan, con las siguientes palabras: “..., igualmente corresponde dejar pendiente la situación que se presenta en el caso Cachi Valle Aventura S.A. y Casinos Austria (sic) Casino Austria Gmb. H, especialmente esta última, reconocida internacionalmente como un Operador de Juego y Turismo, hasta cuando se reúnan mayores elementos de juicio;” (C-219). Esto contrasta con el hecho de que al Señor Collorichio, que había trabajado con ENJASA e infringido las regulaciones de prevención del lavado de dinero, no se le permitió participar en el reparto de las nuevas licencias, mientras que Casinos Austria y CAIH accionistas **indirectos** de la sancionada ENJASA hubieran podido **haberlo** solicitado, lo que confirma la no existencia de animadversión hacia los Demandantes
357. Esta prueba de la inexistencia de la alegada conspiración para expulsar a los Demandantes de la explotación de los Juegos de Azar en la Provincia de Salta es irrefutable y no fue refutada. Las medidas adoptadas por el Ejecutivo Provincial y el ENREJA en las fases del desarrollo del “plan transitorio” durante el periodo que extiende desde el rechazo por el ENREJA del recurso de reconsideración en noviembre de 2013 hasta la conclusión del mencionado plan con la distribución de las nuevas licencias el 29 de Mayo de 2014, tampoco muestran ningún signo de hostilidad hacia los Demandantes o de forcejeos o apresuramientos indebidos, ni tampoco tuvieron dichas medidas efectos adversos para el patrimonio de ENJASA. Hubo también cooperación o entendimientos mutuamente beneficiosos en la recolocación de la mayor parte del antiguo personal de ENJASA, sin

cargos para la empresa, entre los nuevos operadores y se concluyó algún que otro arreglo o acuerdo de ENJASA con nuevos licenciatarios para facilitar la transición como, por ejemplo, en el caso del Casino Golden Dream's. Durante todo este período transitorio y posteriormente los Demandantes continuaron controlando el Hotel y demás bienes patrimoniales de ENJASA. Es un hecho probado que en el 2017 el balance de las finanzas de ENJASA no arrojaba un saldo negativo.

358. Por último, “la teoría de la conspiración” no explicó nunca la necesidad para las autoridades de la Provincia de Salta de recurrir a la misma, pues si hubiesen tenido el propósito que les atribuyen los Demandantes hubieran podido simplemente aplicar el artículo 6 del contrato de licencia que tenía ENJASA que, como ya se ha mencionado *supra* en esta Opinión, dispone que “serán causales de extinción y/o caducidad automática y de pleno derecho de la licencia”, *inter alia*, el incumplimiento de las obligaciones impuestas en el artículo 5 de la Ley 7020, la explotación de cualquier juego de azar sin la autorización previa del Ente Regulador del Juego de Azar y la cesión o transferencia total o parcial de las facultades otorgadas en la presente licencia sin la autorización previa del Poder Ejecutivo Provincial.
359. En lugar de la alegada conspiración política, lo que la cronología de los hechos demuestra es que las sanciones del ENREJA por las violaciones o incumplimientos de ENJASA fueron aumentando a partir de dos eventos casi simultáneos acaecidos en 2007/2008, que invitan a una reflexión, a saber el control mayoritario por los Demandantes de L&E y ENJASA y el cambio de método del cálculo del canon adoptado por el Acta-Acuerdo. Sin embargo, las Partes han sido poco locuaces con respecto a los efectos eventuales de estos eventos en la generación de la presente controversia. A esos dos eventos se añade la coincidencia de que poco antes de la revocación de la licencia que tenía ENJASA, los Demandantes habían abandonado Chile con lo cual su negativa a participar en el “plan transitorio” de la Provincia de Salta puso fin a sus actividades empresariales en el Cono Sur de América.

(c) Conclusión sobre el tercer reclamo de los Demandantes

360. A la luz de los hechos probados o admitidos y el derecho aplicable definido en el artículo 8 (6) del TBI Argentina-Austria, este árbitro rechaza el tercer reclamo de las Demandantes y por lo tanto la responsabilidad de la República Argentina por la violación alegada del

estándar del “trato justo y equitativo” del derecho internacional consuetudinario debido a los Demandantes. Ni con ocasión del acto de revocación de la Licencia de ENJASA como tal, ni en el curso del procedimiento administrativo seguido al respecto por el ENREJA, ni del rechazo por el ENREJA del recurso de reconsideración, ni en la aplicación del “plan transitorio” subsiguiente del ENREJA y del Poder Ejecutivo Provincial se han adoptado medidas imputables a la Demandada que impliquen una violación por la República Argentina del estándar del TJE aplicable a la inversión **indirecta** de los Demandantes en ENJASA tal como dispone el artículo 2 (1) del mencionado TBI.

361. Los efectos adversos para los Demandantes de la revocación de la antigua licencia de ENJASA no fue resultado de una medida arbitraria o de una conspiración política. No hubo tal dramatismo ni la menor falta de transparencia. Lo que sucedió fue simplemente que una empresa nacional Licenciataria de una Licencia exclusiva por treinta años relativa a la explotación de los juegos de azar de jurisdicción provincial, violó o incumplió reiteradamente sus obligaciones de Licenciataria concernientes a la prevención del lavado de dinero, y *en respuesta* a dichas violaciones o incumplimientos el ENREJA, después de haber advertido a ENJASA del riesgo de la revocación si no modificaba su conducta, revocó la Licencia de conformidad con la legislación aplicable. Adoptada a nivel provincial en el ejercicio regular de las potestades regulatorias y de policía de la República Argentina como Estado soberano, dicha revocación no ha violado el estándar internacional del TJE susceptible de generar un derecho a ser indemnizado y menos aún una violación del grado o nivel necesario para prevalecer sobre la norma de derecho internacional consuetudinario invocada por la Demandada como defensa de fondo.
362. Además, el derecho internacional relativo a la promoción y protección de la inversión extranjera dispone como regla general que el “riesgo empresarial” corre por cuenta del empresario en cuestión (no del Estado receptor de la inversión) y, cuando sucedieron los hechos sancionados, los Demandantes, como se ha señalado *supra*, no eran solamente accionistas **indirectos** de ENJASA, también controlaban, gestionaban, dirigían y administraban la empresa como lo hace un empresario.

PARTE III: CONCLUSIÓN GENERAL

A. Conclusión general sobre la base del “derecho aplicable” enunciado en el artículo 8 (6) del TBI Argentina-Austria

363. Habiendo, por un lado, admitido como defensa de fondo la norma del derecho internacional consuetudinario invocada por la Demandada y, por otro lado, rechazado el primero y tercero de los reclamos de los Demandantes por razones de fondo y declarado inadmisibles el segundo de sus reclamos, este árbitro concluye sobre la base de ambas consideraciones lo siguiente:

1. Se admite la defensa alegada por la Demandada de que la revocación de la Licencia de ENJASA fue una sanción por previas violaciones o incumplimientos por la empresa de sus obligaciones de Licenciataria, adoptada por el órgano competente de la Provincia de Salta en el ejercicio regular de funciones que relevan de las potestades regulatorias y de policía de la República Argentina.

2. Se rechazan el primero y el tercero de los reclamos de los Demandantes concernientes respectivamente a la “expropiación indirecta” y al “trato justo y equitativo” por no haberse probado en el contexto de ninguno de ellos la comisión por la Demandada de la violación de una obligación internacional debida a los Demandantes, es decir por la ausencia del elemento objetivo indispensable para la existencia de un hecho internacionalmente ilícito de la República Argentina hacia los Demandantes.

3. Se declara inadmisibles el segundo de los reclamos de los Demandantes relativo a la “expropiación directa” en aplicación del artículo 33 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados relativo a la interpretación de tratados autenticados en dos o más idiomas

4. Dadas las conclusiones 1, 2 y 3 arriba mencionadas, la Demandada no ha incurrido en responsabilidad internacional alguna hacia los Demandantes,

5. En consecuencia, no hay lugar a la indemnización solicitada por los Demandantes.

B. Rechazo de las conclusiones del Laudo mayoritario por no basarse en el “derecho aplicable” definido por el TBI Argentina-Austria

364. Este árbitro rechaza la conclusión del Laudo mayoritario de que la Demandada ha incurrido en una “expropiación indirecta” generadora de una responsabilidad internacional hacia los Demandantes por el efecto adverso que ha tenido para ellos la revocación por el ENREJA

de la Licencia que tenía ENJASA, como sanción legal por violaciones o incumplimientos importantes y reiterados por la Licenciataria de las obligaciones que le imponía el artículo 5 de la Ley N° 7020 de la Provincia de Salta, con objeto de prevenir el lavado de dinero negro, propósito que persigue tanto la República Argentina como los demás Estados en su lucha contra las lacras contemporáneas de la evasión de capitales, el narcotráfico y el terrorismo. La Demandada no ha violado ninguna obligación internacional debida a los Demandantes y, por lo tanto, no ha incurrido en un hecho internacionalmente ilícito generador una responsabilidad internacional hacia los mismos por lo que no les debe reparación alguna, ni en forma de indemnización ni en ninguna otra de las formas admitidas en derecho internacional. Esta conclusión se basa en el “derecho aplicable” a esta controversia relativa a inversiones definido por Argentina y Austria en el artículo 8 (6) de su TBI y el artículo 42 (1, segunda frase) del Convenio CIADI, así como de la prueba de los hechos relevantes administrada por las Partes y sus admisiones respectivas.

365. Para poder llegar a concluir que hubo una “expropiación indirecta” indemnizable el Laudo mayoritario ha tenido, retórica aparte, que asumir funciones de *tribunal de apelación* que no le corresponden ni para las que tiene competencia y reemplazar el “derecho aplicable” a la solución de la controversia por un llamado “*Applicable Legal Standard*” auto-elaborado por la mayoría. Este estándar calificado por la mayoría de “aplicable” no es otra cosa que una manifestación extrema de la doctrina del “examen único de efectos” (*sole effects doctrine*) hoy superada y, en todo caso, inaplicable por sus resultados absurdos o irrazonables cuando la medida cuestionada es una sanción legal revocatoria de una licencia o concesión en respuesta a violaciones o incumplimientos previos por la licenciataria o concesionaria de sus obligaciones legales y/o contractuales. Es de sentido común que cuando la medida es *una sanción por violaciones o incumplimientos de la Licenciataria* de sus obligaciones examinar únicamente los efectos adversos de la medida para el inversor protegido como hace el Laudo mayoritario no es admisible dado que el propósito de toda sanción es por definición infringir una penalidad al sancionado por sus incumplimientos o violaciones. Un árbitro que en las circunstancias que concurren en el presente caso, pondere únicamente el efecto adverso que la sanción tiene para el inversor, desconoce el derecho de todo Estado a aplicar en dichos supuestos las sanciones previstas en su derecho interno a la empresa que no cumple con sus obligaciones, lo que la retórica de la mayoritaria niega

que sea su opinión, aunque los considerandos y las conclusiones de su Laudo digan exactamente lo contrario.

366. En todo caso, si se admite la evidencia de que los Estados tienen la potestad de sancionar tanto en el derecho interno como en el derecho internacional las violaciones o incumplimientos por los Licenciarios de sus obligaciones legales y/o contractuales hay que aceptar también que la doctrina llamada del *sole effects* del Laudo mayoritario es perfectamente inaplicable por absurda en el presente caso, y es en este absurdo que el Laudo mayoritario basa sus conclusiones. Cuando la medida controvertida es una *sanción revocatoria de una licencia* no hay duda de que es de sentido común que un tribunal arbitral tiene que ponderar también otros elementos y no exclusivamente los efectos adversos de la sanción para el accionista inversor como lo han señalado correctamente tribunales arbitrales y publicistas, so pena de incurrir necesariamente en un oximoron. Para evitar tal contradicción lógica y no caer en un error arbitral no hay más remedio que ponderar también otros elementos y entre ellos, en primerísimo lugar, *la causa de la medida y la naturaleza de los derechos de la empresa sancionada y el contenido y alcance de los derechos del accionista- inversor*.
367. Por lo tanto, rechazamos como contrario a la lógica y al derecho aplicable la afirmación del Laudo mayoritario que la primera cuestión a analizar sea: “si la cancelación de la Licencia de ENJASA ha alcanzado el umbral de privación sustancial y permanente de las tenencias accionarias de las Demandantes” (párrafo 352 del Laudo mayoritario). Y lo rechazamos tanto por lo solicitado de la fórmula como por la pretensión de que dicha cuestión deba ser examinada por el Tribunal Arbitral con anterioridad a la determinación de si la revocación de la licencia que tenía ENJASA fue o no una medida adoptada por el ENREJA en el ejercicio regular de las potestades regulatorias y de policía que tiene la República Argentina como Estado soberano y que ha invocado la Demandada en el presente arbitraje como defensa de fondo, dado que corresponde a la lógica en todo procedimiento internacional arbitral o judicial que las excepciones de la Demandada se examinan antes que las reclamaciones de los Demandantes. También en esta simple cuestión procesal se refleja el tratamiento obviamente *infra petita* que da el Laudo mayoritario a la defensa de fondo de la Demandada.

368. El ejercicio regular por el órgano competente, el ENREJA de las potestades de la Demandada para sancionar las violaciones o incumplimientos por ENJASA de las obligaciones legales o contractuales a su cargo, dada su condición de Licenciataria, no está en absoluto limitado por una obligación de derecho internacional consuetudinario o convencional del TBI Argentina- Austria. El umbral que establece al respecto el Laudo mayoritario no existe en el “derecho aplicable” a esta controversia definido por dicho TBI. Es una importación de otros casos relativos a otras medidas y a otro derecho aplicable que la mayoría ha incluido en su autodefinido “*Applicable Legal Standard*”. Dicha importación está fuera de lugar en el presente arbitraje. En este arbitraje, el ejercicio de la potestad sancionadora del ENREJA no estaba en absoluto circunscrita por una obligación internacional de la República Argentina que impusiese, a dicha potestad sancionadora, la limitación de que la sanción impuesta por el Ente Regulador y Autoridad de Aplicación al ENJASA no pudiesen tener eventualmente el efecto adverso de privar substancial y permanente de su valor las acciones de la empresa adquiridas por los Demandantes, sin que ello genere una responsabilidad internacional y/o un deber de reparar de la Demandada, lo que tampoco sucedió en el presente caso.
369. El TBI aplicable en este arbitraje no garantiza al inversor protegido que no pueda darse la eventualidad arriba mencionada o que de producirse la mencionada privación la Demandada deba indemnizar al inversor. El TBI Argentina-Austria no es un convenio sobre garantías, ni contiene tampoco ninguna disposición específica al respecto en relación con la inversión. En cuanto al derecho internacional consuetudinario, corresponde al inversor correr con el “riesgo empresarial” resultado de las actividades de la empresa, de la misma manera que atribuye al Estado receptor correr con otras clases de riesgos. Esta atribución de riesgos se explica porque el “riesgo empresarial” es uno de los elementos que distingue en el ámbito internacional “una inversión” de otras transacciones económicas. Además, como sucede en el presente caso, cuando se produjeron la mayor parte de las violaciones o incumplimientos de ENJASA sancionados por el ENREJA con la revocación de la licencia, los Demandantes no solo eran accionistas indirectos mayoritarios de ENJASA a través L&E sino que eran los que controlaban, gestionaban, dirigían y administraban a diario la empresa, como lo hace un empresario. Hubiera sido más prudente que el Laudo mayoritario se hubiese abstenido de referirse al principio de la buena fe en

relación con la Demandada, pues la buena fe no es un principio del que anden sobrados los Demandantes con su fábula de la “conspiración política” que el Laudo mayoritario expone, pero termina por descartar por falta de prueba.

370. Como hemos dicho, en un arbitraje como el presente no hay que ponderar solamente los efectos adversos de la sanción en la inversión del inversor sino también otros elementos como la causa de la medida, la naturaleza de los derechos de la empresa sancionada y el contenido y alcance de los derechos del accionista-inversor. La causa de la medida no ofrece duda alguna, la revocación de la Licencia que tenía ENJASA fue la respuesta con la que tuvo que sancionar el ENREJA, como era su obligación, las serias y reiteradas violaciones por ENJASA de las obligaciones de los Licenciarios enunciadas en ambos párrafos del artículo 5 de la Ley N° 7020 de la Provincia de Salta relacionadas ambas con la prevención del lavado de dinero. No fue consecuencia de una “conspiración política” contra los Demandantes. Tampoco de meras “infracciones administrativas” de ENJASA como han pretendido los Demandantes y recoge, para asombro de todo aquel que esté familiarizado por el expediente del caso, el Laudo mayoritario. La Ley 7020 dispone que la explotación de los juegos de azar de jurisdicción provincial se realiza a través de licencias otorgadas por el Poder Ejecutivo Provincial y que el ENREJA es investido en los términos de dicha ley de “las potestades necesarias y suficientes para atender a la regulación del Juego de Azar en todas sus formas”, entre las que figuran *inter alia* el dictado de normas operativas reglamentarias y sancionadoras. El ENREJA sancionó en el período 2005- Agosto de 2013, con independencia de su gravedad, cada una de las violaciones o incumplimientos por ENJASA expedientados del mencionado artículo 5 de la Ley 7020 con las sanciones enunciadas para dichos supuestos en el artículo 13 de dicha ley, que no tienen nada que ver con las sanciones previstas para meras “infracciones administrativas” del artículo 41 de la Ley 7020. El Laudo mayoritario para justificar sus conclusiones al respecto termina su análisis mezclando, como le invitaron los Demandantes, las sanciones para los supuestos del artículo 5 con las sanciones para los supuestos del artículo 41 de la Ley 7020, en nuevo *totum revolutum* aún más incomprensible que los de la Decisión mayoritaria sobre la Jurisdicción.
371. El Laudo mayoritario recuerda en varias ocasiones que la Licencia que tenía ENJASA era una licencia exclusiva de una duración de treinta años y que la revocación de la misma

tuvo lugar diecisiete años antes de su expiración. Esto es perfectamente cierto pero la inferencia que deduce el Laudo mayoritario de esa circunstancia es una auténtica falacia debido a que no va acompañada del menor análisis de la naturaleza de los derechos y obligaciones que ENJASA tenía como Licenciataria en virtud de la Ley 7020, así como del Contrato de Licencia del que el Laudo mayoritario prescinde completamente, a pesar de ser un instrumento de suma importancia para conocer la naturaleza de dichos derechos y obligaciones de ENJASA y de que dicho Contrato forma parte del “Contrato de la privatización” de ENJASA, es decir del conjunto de los documentación que conformaron el proceso de litigación seguido en la privatización de ENJASA ganada por la UTE L&E en la que los Demandantes participaron desde su constitución. A la luz de todos esos instrumentos es incontestable que la Licencia de ENJASA era de una duración de treinta años pero susceptible de revocación *en todo momento en caso de violación de las obligaciones que enuncia el artículo 5 de la Ley 7020 de conformidad con el artículo 13 de dicha Ley y del artículo 5 del Contrato de Licencia* mediante resolución del ENREJA como sucedió el 13 de agosto de 2013, así como también podía la Licencia, por el mismo motivo, ser declarada extinta o caduca de pleno derecho por decisión del Poder Ejecutivo Provincial como lo establecía el artículo 6.1 del Contrato de Licencia en los términos siguientes:

“Sin perjuicio de las causales que se establezcan en el contrato de transferencia de acciones como conclusión del proceso licitatorio encomendado en el art. 7º del Decreto Nº 2126/98, serán causales de extinción y/o de caducidad automática y de pleno derecho de la licencia (*inter alia* la siguientes): ... Incumplimiento a las obligaciones impuestas en el artículo 5 de la ley 7020.”

372. La naturaleza revocable de la Licencia que tenía ENJASA, independientemente de que su duración fuese de treinta años, es indiscutible, admitida y perfectamente conocida por los Demandantes cuando hicieron su inversión en ENJASA a través de L&E. Otra característica también relevante de la licencia para la adjudicación del reclamo de “expropiación indirecta” de los Demandantes es que la empresa no era propietaria de la Licencia. Su licencia no era en absoluto un activo patrimonial o asimilable de la empresa a los efectos de una expropiación. La Licencia pertenecía a quién la otorgó es decir al Poder Ejecutivo Provincial de Salta el cual, como dice el artículo 4 de la Ley 7020, no solo la otorga, sino que también determina “sus términos y condiciones”. Y tampoco era la

Licencia un activo que por su naturaleza misma fuese susceptible de ser objeto de una expropiación o medida similar en el derecho doméstico de la Demandada y no lo fue, como lo prueba el hecho de que ENJASA no acudió a los tribunales de justicia de Salta alegando haber sido expoliada por una expropiación injusta, ni tampoco hay en el expediente del presente arbitraje nada que permita inferir que en el derecho interno de la República Argentina la revocación de una licencia administrativa pueda ser calificada o considerada como el equivalente a una expropiación indirecta. En todo caso hubiese sido absolutamente absurdo que la Provincia de Salta se hubiese expropiado indirectamente a sí misma, cuando podía simplemente haber declarado extinta o caduca de pleno derecho la Licencia que tenía ENJASA por violación de artículo 5 de La Ley 7020 además de poder, como lo hizo, de revocar la Licencia por decisión del ENREJA. La Licencia no era un activo que por su naturaleza pudiese ser objeto de una expropiación por las autoridades de la Provincia de Salta, como tampoco lo es ante este Tribunal Arbitral internacional pues “para que exista la expropiación de una inversión o beneficio los derechos afectados deben existir en virtud de la legislación que los crea”, en este caso la legislación de la República Argentina (Laudo del tribunal *Ecana c. Ecuador* de 2006, párr. 184)

373. El TBI Argentina-Austria confirma expresamente más allá de toda duda razonable que ese es también el caso en el presente arbitraje. ¿Por qué es así? Por dos razones jurídicas. La primera razón por que la definición del término “inversión” de artículo 1(1) del mencionado TBI dispone *in fine* lo siguiente:

“El contenido y alcance de los derechos correspondientes a las diversas categorías de los activos, serán determinados por la leyes y reglamentaciones de la Parte Contratante en cuyo territorio la inversión está situada”

Por consiguiente, el contenido y alcance de la categoría de activo del artículo 1 (1) (b) del TBI invocado por los Demandantes al incoar en el CIADI el presente caso, a saber “los derechos de participación y otras formas de participación en las empresas”, deben ser determinados en este arbitraje por la leyes y reglamentaciones del derecho interno de la Demandada por mandato del TBI Argentina-Austria. ¿Y qué nos dicen dichas leyes y reglamentaciones? Que la Licencia de ENJASA, como acabamos de señalar en el párrafo precedente, no era un activo de la empresa susceptible de ser objeto de una expropiación directa o indirecta en foro doméstico. El Laudo mayoritario lo ignora incurriendo en un

serio incumplimiento del TBI pues construye su decisión sobre el reclamo de “expropiación indirecta” de los Demandantes ignorando la naturaleza no-expropiable de la Licencia en el derecho interno de la Demandada.

374. La segunda razón es porque como hemos venido señalando a lo largo de esta Opinión el TBI Argentina-Austria dispone, también expresamente, en su artículo 8 (6) concerniente a la solución de controversias relativas a inversiones que el órgano arbitral decidirá la controversia, *inter alia*, “en base al derecho de la Parte Contratante que sea parte en la controversia”, es decir, en el presente caso, en base *inter alia* del derecho interno o doméstico de la República Argentina. Sin embargo, el Laudo mayoritario en sus consideraciones y conclusión sobre el reclamo de “expropiación indirecta” de los Demandantes excluye radicalmente la aplicación del derecho interno de la Demandada como derecho aplicable a la solución de la presente controversia. Es un segundo grave e inexcusable desafío a lo mandado por el TBI Argentina-Austria
375. En efecto, el Laudo mayoritario adopta en su análisis, de manera radical, la llamada doctrina “sole effects” (aplicada, en circunstancias diferentes, por algunos tribunales arbitrales internacionales en materia de inversiones) y excluye por completo los condicionantes del reclamo de “expropiación indirecta” que provienen del derecho interno de la República Argentina aplicables en este arbitraje, limitando dichos condicionantes al único criterio de la mencionada doctrina, que este árbitro considera inaplicable en el presente caso por estar en plena contradicción con el “derecho aplicable” definido en el artículo 8 (6) del TBI Argentina-Austria. Según el párrafo 353 del Laudo la única cuestión que se plantearía sería determinar si: “[l]a revocación de la Licencia de ENJASA (...) privó permanente y sustancialmente a las Demandantes de su inversión indirecta en ENJASA y de su inversión directa en L&E”. El Laudo concluye que efectivamente ha sido así y, sin hacer más consideraciones la mayoría concluye en su párrafo 356 que efectivamente la revocación de la licencia constituyó una privación permanente y substancial de la inversión indirecta de los Demandantes en ENJASA y de su inversión directa en L&E. Eso es lo único requiere análisis según la mayoría. El Laudo, acto seguido, pasa a considerar el uso por ENREJA de sus poderes regulatorios.

376. Este árbitro ya ha refutado *supra* esta conclusión de la mayoría en su examen del reclamo de “expropiación indirecta” de los Demandantes, sin perjuicio de su conclusión principal de que la Demandada no incurrió en ninguna responsabilidad internacional hacia los Demandantes cuando el ENREJA revocó la licencia de ENJASA por haber actuado en el ejercicio regular de las potestades regulatorias y de policía de la República Argentina como Estado soberano y, en consecuencia, los efectos adversos de un ejercicio regular de dichas potestades por el órgano competente del Estado argentino no constituyen un hecho internacionalmente ilícito y, por lo tanto, no son compensables. En cuanto a la cuestión mencionada en el párrafo precedente relativa a la “expropiación indirecta”, mi rechazo de la conclusión del Laudo mayoritario está basada en toda una serie de consideraciones evidentes y debidamente documentadas en el expediente del caso tales como: (i) que la compraventa relativa a la privatización de ENJASA fue un negocio jurídico único integrado por dos componentes, la compra de las acciones de la empresa y una contribución económica al plan de desarrollo turístico provincial consistente, principalmente aunque no únicamente, en la construcción del Hotel Golden Dream’s de Salta. Toda la documentación relevante lo confirma, comenzando por la propuesta revisada con la que la UTE L&E ganó la licitación y terminando con el Acta-Acuerdo (UNIREM) de mayo de 2008 (C-131); (ii) que en ese negocio jurídico el precio pagado por la UTE por las acciones de ENJASA fue meramente formal (un peso argentino por acción), mientras que la contrapartida económica real de la UTE fue la promesa económica de invertir una suma de varios millones de dólares en el plan de desarrollo turístico; (iii) que la revocación de la licencia no afectó a la propiedad y explotación del Hotel ni a ningún otro patrimonio de ENJASA, ni disolvió ni nacionalizó la empresa; (iv) que los efectos adversos para los Demandantes no son totales sino parciales y corren a cargo de la empresa por ser resultado de una sanción legal consecuencia de haber previamente violado ENJASA las obligaciones enunciadas en el artículo 5 de la Ley 7020 que le imponía tanto dicha Ley como el Contrato de Licencia; (v) que el rechazo de ENJASA (bajo el control, dirección, gestión y administración de la empresa por los Demandantes) de la invitación a participar en la nueva distribución de licencias ha contribuido a que los efectos adversos parciales de la revocación para los Demandantes fuesen han sido mayores de lo que hubieran podido ser por haber declinado ENJASA participar en dicha distribución. Contrariamente a lo que dice el Laudo

mayoritario, esta última consideración no es en absoluto una cuestión únicamente relacionada con la determinación del monto de una eventual indemnización

377. Este árbitro cree firmemente que los arbitrajes CIADI de inversiones son “arbitrajes de derecho” y que, en consecuencia, los árbitros están llamados a interpretar y aplicar normas jurídicas preestablecidas a los hechos y circunstancias particulares del caso teniendo en cuenta la evidencia que le han facilitado las partes o que sea de dominio público, así como de las admisiones respectivas de dichas partes. En otras palabras, este árbitro rechaza que los árbitros asuman funciones de naturaleza legislativa que no le corresponden o consideren que están facultados por no se sabe quién a solucionar una controversia sobre inversiones sobre la base del libre albedrío del árbitro en lugar de hacerlo mediante la aplicación del “derecho aplicable” preestablecido por las partes en la controversia y, en su defecto, por el TBI que en el presente arbitraje, es el TBI que Argentina y Austria concluyeron en 1992. Desgraciadamente la mayoría de este Tribunal Arbitral es de otro parecer pues se repite el enfoque que denuncié en la fase sobre la jurisdicción. En aquella fase las víctimas fueron los apartados del artículo 8 del TBI relativos a las condiciones que acompañan la oferta de arbitraje de Argentina y Austria y en esta fase de fondo las víctimas son las disposiciones del TBI relativas a la definición de “inversión” (artículo 1(1)) y al “derecho aplicable” a la solución de la controversia (artículo 8 (6)) y las disposiciones sobre expropiación (artículo 4 (1) y (2)). Esta constatación me lleva a citar aquí por su relevancia un pasaje del Profesor James Crawford, Miembro hoy de la CIJ y antiguo Relator Especial de la CDI en el tema de la Responsabilidad Internacional del Estado, de la conclusión de su conocido artículo *“Treaty and Contract in Investment Arbitration”* - pasaje aplicable *mutatis mutandis* a un reclamo de “expropiación indirecta” - que dice lo siguiente

“What a BIT does is to provide an additional layer of protection for the one transaction: the investment is protected by the BIT, but the BIT should not be used as a vehicle to rewrite the investments arrangements ...At the level of the merits it must be borne in mind that the investment contract is itself an allocation of risks and opportunities, and that allocation is relevant in determining, in particular, whether there has been fair and equitable treatment under the BIT. In particular, the doctrine of legitimate expectations should not be used as a substitute for the actual arrangements agreed between the parties, or as a supervening and overriding source of the applicable law” (<http://www.kluwerarbitration.com/print.aspx?ids=ipn30591>, p. 25)

378. El Laudo mayoritario está construido sobre un equívoco inicial que necesita ser aclarado. Este equívoco consiste utilizar del *dictum* en el fallo de la CIJ en el caso *ELSI* citado en el párrafo 341 del Laudo mayoritario para justificar la inusitada conclusión de excluir el derecho doméstico de la Demandada del derecho aplicable a la solución de la presente controversia en plena y consciente contradicción con lo que dispone al respecto el artículo 8 (6) del TBI Argentina-Austria. El *dictum* de la CIJ es absolutamente correcto, pero lo que pretende inferir del mismo la mayoría en su Laudo es una falacia. Es evidente que la conformidad de un acto con el derecho interno o doméstico de un Estado y su conformidad con las disposiciones de un tratado internacional son cuestiones diferentes pero ello no implica que ambos ordenamientos jurídicos sean compartimentos estancos sin interrelación entre ambos. En la solución de una controversia de derecho interno pueden participar normas de derecho internacional y en la solución de una controversia internacional pueden ser aplicables normas de derecho interno. Es de lo más normal y frecuente en ambas direcciones por métodos o procedimientos de recepción bien conocidos de los juristas. En el presente caso, el Tribunal Arbitral está habilitado a aplicar el derecho interno de la Demandada y tiene además la obligación de hacerlo por mandato de la disposición que artículo 8 (6) del TBI Argentina-Austria, y también del artículo 42 (1) Convenio CIADI. El Laudo mayoritario no cumple con esta obligación.
379. Es evidente que dicho mandato no significa que el derecho interno de la Demandada debe aplicarse cuando no sea relevante, como sucede igualmente con las disposiciones del TBI y con las normas y principio de derecho internacional que conforman también el “derecho aplicable” a la presente controversia convencional (*treaty claim*). Pero, el Tribunal Arbitral está obligado aplicar el derecho interno de la Demandada, como los demás ordenamientos del “derecho aplicable”, siempre y cuando sea relevante para la solución de la controversia como es el caso para un considerable número de cuestiones jurídicas que se plantean en el presente arbitraje. Esta relevancia es absolutamente normal dado que el inicio del litigio fue la sanción revocatoria por el ENREJA de una licencia otorgada a ENJASA en aplicación de disposiciones legales y contractuales de derecho interno de la República Argentina. La mejor prueba de ello son los alegatos escritos de las Partes, los testigos y expertos que presentaron, la Decisión mayoritaria sobre Jurisdicción y el propio presente Laudo mayoritario con sus referencias a la Ley 7020 de la Provincia argentina de Salta y a

las resoluciones del ENREJA, hoy firmes, relativas la mencionada sanción, es decir la Resoluciones N° 240 que la adoptó y la N° 315 que confirmó la revocación. Por otra parte, la exclusión por la mayoría del derecho interno de la Demandada como derecho aplicable a la resolución de la presente controversia convencional (*treaty claim*) es jurídicamente aberrante y errónea. También es una violación del mandato del TBI Argentina-Austria sobre el “derecho aplicable” a la solución de la controversia sobre inversiones.

380. Las exclusiones por la mayoría del derecho interno de la República Argentina y de lo dispuesto sobre el “derecho aplicable” por el TBI Argentina-Austria en violación del mandato de este último no pone fin a dichas exclusiones. También es víctima de las mismas el derecho internacional. Como ya nos referimos en la Introducción de esta Opinión, la CIJ en el caso *ELSI* declaró que “the Chamber finds itself unable to accept that an important principle of customary international law should be held to have been tacitly dispense with, in the absence of any words making clear an intention to do so” (*ICJ Reports 1989, Judgment*, p. 42, párr.50). Ni el TBI Argentina-Austria ni las Partes en la presente controversia han descartado ninguno de esos principios o normas consuetudinarias de derecho internacional de la solución de la misma, Por lo tanto, todos esos principios o normas consuetudinarias son potencialmente aplicables en la medida en que sean relevantes para la solución de la presente controversia entre los cuales se encuentran, por ejemplo, los siguientes:

1. La norma que establece que un Estado no está obligado a indemnizar a un extranjero por los efectos adversos del ejercicio regular por sus órganos competentes de las potestades regulatorias y de policía del Estado inherentes a su soberanía (invocada por la Demandante).
2. La norma del previo agotamiento de los recursos internos cuando las normas primarias de derecho internacional sea una sujeta a dicha condición (art. 44 de los Artículos de la CDI sobre la Responsabilidad internacional del Estado).
3. La norma de que para que exista un hecho internacionalmente ilícito es indispensable, *inter alia*, un comportamiento del Estado consistente una acción u omisión que constituya una violación de una obligación internacional vigente del Estado (arts. 2 y 13 de los Artículos de la CDI)
4. La norma que establece que la responsabilidad internacional del Estado es consecuencia o nace de un hecho internacionalmente ilícito (art. 28 de los Artículos de la CDI)

5. La norma que establece que la obligación de reparación integra concierne exclusivamente el perjuicio causado por el hecho internacionalmente ilícito de que se trate (art. 31 de los Artículos de la CDI)
6. La norma que establece que para determinar la reparación se tendrá en cuenta la contribución al perjuicio resultante de la acción o la omisión, intencional o negligente, de toda persona o entidad en relación con la cual se exija la reparación (art. 39 de los Artículos de la CDI).
7. La norma de que los tribunales internacionales no tienen la potestad de substituir su propia interpretación del derecho interno de un Estado a la interpretación dada de dicho derecho por los órganos competentes del Estado de que se trate.
381. El Laudo mayoritario también excluye o margina todas esas normas consuetudinarias u otras de derecho internacional que puedan ser relevantes en este arbitraje CIADI. Se confirma así que dicho Laudo descarta en su solución de la presente controversia no solo el derecho interno de la República Argentina y las disposiciones pertinentes del TBI Argentina-Austria sino también el derecho internacional consuetudinario, es decir la totalidad del “derecho aplicable” definido en el artículo 8 (6) de dicho TBI. El criterio objetivo del “derecho aplicable” de la mencionada disposición del TBI es reemplazado en el Laudo por el llamado “*Applicable Legal Standard*” arriba mencionado que es un estándar subjetivo construido a su antojo por la mayoría del Tribunal Arbitral y sin previa comunicación a las Partes de este cambio trascendente para la adjudicación de la controversia. Como confiesa expresamente el Laudo la mayoría del Tribunal “considera apropiado concentrarse en el carácter manifiesto de los errores como indicio de la ausencia de buena fe y la presencia de arbitrariedad” de la Demandada (párrafo 350 del Laudo de la mayoría) Este inaudito y escandaloso perjuicio especulativo, aducido sin la menor evidencia que lo sustente en lugar del “derecho aplicable” del TBI, se descalifica por si mismo e impide, en opinión de este árbitro, que el presente Laudo mayoritario pueda ser calificado de un “laudo de derecho” de conformidad con el Convenio CIADI de 1965.
382. La conclusión del Laudo mayoritario de que la Demandada, debido a la revocación de la Licencia por el ENREJA incurrió en responsabilidad internacional hacia los Demandantes por una “expropiación indirecta” que violaría el artículo 4 (1) y (2) del TBI Argentina-Austria y que en consecuencia tiene el deber reparar el efecto adverso de la revocación para los Demandantes mediante una indemnización, se desarrolla en los párrafos 352-429 del

Laudo mayoritario. El Laudo comienzan con la consideración del uso por el ENREJA de sus potestades regulatorias (*ENREJA's Use of its Regulatory Powers*) y concluye con el respeto del debido proceso (*Respect of Due Process*). Entre esos dos temas el Laudo mayoritario considera las siguientes cuestiones: (a) el plan para echar a ENJASA fuera del sector de explotación del juego (*Plan to Oust ENJASA from operating in the Gaming Sector*); (b) las potestades de ENREJA para revocar la licencia de conformidad con el artículo 13 (*ENREJA's Power to Revoke the License under Article 13*); (c) las determinaciones por el ENREJA de las violaciones por ENJASA del marco regulatorio (*ENREJA's Determinations of ENJASA's Breaches of the Regulatory Framework*); y (d) proporcionalidad de la Resolución N° 240/13 (*Proportionality of Resolution N° 240/13*). Al término de la consideración de esos temas y cuestiones, el Laudo mayoritario concluye, en sus párrafos 427-429, lo siguiente:

1. Que el Tribunal no ha encontrado que haya habido violación del debido proceso, pero que sus conclusiones sobre arbitrariedad y falta de proporcionalidad son suficientes para concluir que el ENREJA no utilizó con propiedad sus potestades regulatorias y de supervisión cuando decidió la revocación de la de la licencia exclusiva de ENJASA;
 2. Que dicha revocación destruyó el negocio de ENJASA de explotación del juego y la inversión de los Demandantes en ENJASA,
 3. Que la revocación y subsiguiente transferencia de la explotación del juego a terceros operadores no puede ser considerada un ejercicio regular por el ENREJA de sus potestades regulatorias y de supervisión.
 4. Que en consecuencia la revocación constituyó una expropiación indirecta (sic?) de las acciones de los Demandantes en L&E e indirecta de sus acciones en ENJASA.
 5. Que dicha expropiación indirecta fue ilegal porque no se hizo por causa de necesidad pública y no fue acompañada de compensación como exige el artículo 4 (2) del TBI; y que
 6. En consecuencia, la Demandada es responsable de haber violado el artículo 4 (1) y (2) del TBI.
383. Estas son las conclusiones del Laudo mayoritario después de aplicar, a los hechos relativos al reclamo de “expropiación indirecta” de los Demandantes, su “*Application Legal Standard*” no el “derecho aplicable” definido por el TBI Argentina-Austria en su artículo

8 (6). Mi rechazo de esas conclusiones adoptadas sin aplicar a los hechos el mandato sobre el “derecho aplicable” del TBI a solución de la controversia es por ser completamente erróneas a la luz del derecho aplicable, en gran parte meramente especulativas, y desconocen los elementos de prueba administrados por la Demandada, incluidos los que procuran la Ley 7020 de la Provincia de Salta y la propia Resolución N° 240/13. Así lo demuestran las consideraciones y conclusiones *supra* pertinentes de esta Opinión enunciadas en la Introducción (párrafos 1-40), la Parte I relativa a la norma consuetudinaria de derecho internacional concerniente al ejercicio regular por los órganos competentes de las potestades regulatorias y de policía del Estado inherentes a su soberanía invocada por la Demandada (párrafos 41-100) y la Parte II (Sección A) relativa al primer reclamo de los Demandantes concerniente a “expropiación indirecta” por violación del artículo 4 (1) y (2) del TBI (párrafos 101-236). Por consiguiente, dichas consideraciones y conclusiones no necesitan ser repetidas en esta Conclusión General. Así que concluiré esta Conclusión general comentando las insuficiencias, contradicciones y silencios del Laudo a la luz del inadecuado estándar construido y aplicado por la mayoría en lugar del “derecho aplicable” definido por el TBI Argentina-Austria.

384. La primera constatación es que el Laudo mayoritario excluye de su análisis la norma consuetudinaria invocada por la Demandada como defensa de fondo contra los reclamos de los Demandantes, norma que es de naturaleza sistémica en el ordenamiento jurídico internacional. ¿Cómo lo hace? partiendo de la premisa equivocada de que la aplicación a la presente controversia de la norma consuetudinaria en cuestión - de alto rango y abolengo en el derecho internacional público por inherente a la soberanía del Estado - está limitada o subordinada, tanto en cuanto a su consideración como a las conclusiones a que se llegue, por la doctrina del “*sole effects*” promovida en el contexto del contencioso de inversiones por una anticuada tendencia y, además, que dicha limitación o subordinación es de tal alcance que la mencionada norma consuetudinaria puede ser descartada, sin un examen previo, cuando un reclamo de “expropiación indirecta” es admitido. Dicha proposición es en la generalidad de los casos un despropósito y en relación con un caso como el presente en que se trata de una sanción revocatoria de una licencia adoptada por el Ente regulador y autoridad competente en respuesta a violaciones serias y reiteradas por una Licenciataria de sus “obligaciones de licenciataria” es un auténtico oximoron. Sobre los incumplimientos

de ENJASA calificados por el ENRJEJA de “graves” y “gravísimos” ver párrafo 22 del EPA de la Demandada.

385. Otra insuficiencia del Laudo es que para llegar a su conclusión sobre el reclamo de “expropiación indirecta” de los Demandantes, la mayoría ha tenido nada menos desconocer la competencia del Tribunal Arbitral y atribuirle la función de *tribunal de apelación* de lo decidido en la Provincia de Salta por el ENREJA, en su calidad Ente Regulador y Autoridad de Aplicación de la Ley 7020. Y ¿cómo ha podido hacerlo? Desconociendo que el derecho interno de la Demandada es derecho aplicable a la solución de la presente controversia. Es decir, violando el mandato del TBI Argentina-Austria en la materia, dado que las Resoluciones N° 240 y N° 315 del ENREJA son resoluciones firmes en el derecho interno de la Demanda y, en consecuencia, también lo son en este arbitraje por disponerlo así el artículo el artículo 8 (6) del TBI. Es por esa razón que esta Opinión cita lo decidido en esas Resoluciones y se atiene a sus conclusiones y decisiones pues no compete a este árbitro participar en la revisión *ultra vires* que hace el Laudo mayoritario de las consideraciones, conclusiones y decisiones de las Resoluciones 240 y 215 del ENREJA en relación con las tres Resoluciones de investigación N° 380/12, 381/12 y 384/12 objeto de las mismas. Lo que si corresponde a este árbitro es recordar que las Resoluciones 240 y 315 han adquirido firmeza por el desistimiento por ENJASA (bajo el control, gestión, dirección y administración de los Demandantes) de la instancia contencioso-administrativa que había incoado en el tribunal competente de la Provincia de Salta debido a la incompatibilidad que establece el TBI entre el arbitraje internacional y una instancia judicial interna en curso. Y también corresponde recordar que la decisión del Tribunal Arbitral ordenando el desistimiento no contó con mi apoyo. Yo propuse como indiqué en una Declaración Disidente que se suspendiese el presente procedimiento arbitral CIADI mientras estuviese en curso la instancia judicial incoada por la empresa en la Provincia de Salta.
386. Una tercera insuficiencia del Laudo mayoritario es que desconoce completamente la naturaleza y el propósito de la medida cuestionada. En el presente caso la medida no es una mera medida administrativa adoptada por iniciativa de la Administración como ocurre en la mayoría de las controversias sobre inversiones relativas a licencias, concesiones o permisos. La medida es una *sanción* por la Administración de previas violaciones serias y reiteradas por parte de la Licenciataria de obligaciones legales y contractuales importantes

para el Legislador. El órgano administrativo competente adoptó la sanción en cumplimiento de sus deberes de supervisión y sanción y lo hizo después que ENJASA hubiese sido varias veces sancionada con multas por violación de dichas obligaciones y de haber sido advertida que, de no cambiar de conducta, su licencia corría el peligro de ser revocada, de todo lo cual los Demandantes estaban perfectamente al corriente. Pero, la conducta de ENJASA (bajo el control, gestión, dirección y administración de los Demandantes) no se modificó como lo prueban las Resoluciones de investigación del ENREJA mencionadas en el párrafo precedente. La nota de pie de página 23 al párrafo 23 del EPA de la Demandada reseña cuatro Resoluciones del ENREJA advirtiendo a ENJASA las consecuencias que los incumplimientos de la Licenciataria podían acarrear para su Licencia, aclarando inclusive que podían ameritar el retiro e la Licencia. Se trata de las Resoluciones 39/10 (C-164), 104/10 (C-152), 128/10 (C-158) y 161/10 (C-157).

387. Esto plantea también un problema de mala fe de los Demandantes que el Laudo mayoritario ignora completamente y que en cambio se reprocha como hemos visto *supra* a la Demandada en un ejercicio de “doble estándar” poco común en un arbitraje internacional. La revocación efectivamente terminó con el negocio de ENJASA e indirectamente afectó a los Demandantes en lo que atañe al lucro cesante de la empresa (no al capital invertido por los Demandantes ni a los bienes patrimoniales de la empresa). Es la consecuencia de una medida sancionadora aplicada a una ENJASA bajo la dirección y control de los Demandantes, y que después de ser advertida, siguió adoptando una conducta contraria a las “obligaciones de licenciataria” enunciadas en el artículo 5 de la Ley 7020.
388. La posibilidad de una sanción como la que fue impuesta a la empresa por el ENREJA fue asumida por los Demandantes cuando invirtieron en ENJASA como lo demuestra la documentación relativa a la privatización de la empresa y, en particular, por su precisión en materia de sanciones del Contrato de Licencia, ignorado por el Laudo mayoritario probablemente por lo explícito que es sobre las “obligaciones de una licenciataria”. Las sanciones de las administraciones públicas no son un capricho sino una necesidad tanto en la República Argentina como en la República de Austria y su propósito en ambas Repúblicas es por definición infligir una penalidad al sancionado por lo que la doctrina del “*sole effects*” es absolutamente inadecuada e inaplicable cuando las medidas cuestionadas son sanciones, como es del caso en el presente el arbitraje, y, por

consiguiente, toda los laudos arbitrales citados en el Laudo mayoritario que apliquen dicha doctrina a medidas que no son de naturaleza sancionadora son perfectamente irrelevantes para el presente arbitraje. Un efecto adverso para el sancionado de una sanción es un efecto natural. No tiene nada de extraordinario. Lo inaudito es pretender que el sancionado por la violación o incumplimiento de las obligaciones que motivaron la sanción sean recompensados por el sancionador con una indemnización. Esto si que carece de todo sentido. Finalmente, también hay evidentemente que tener en cuenta que, en las transacciones relativas a inversiones protegidas, el riesgo de sanción es un “riesgo empresarial” atribuido como tal al inversor/empresario, salvo estipulación en contrario en el TBI o en eventuales acuerdos específicos y, en el presente caso cuando se sucedieron las violaciones o incumplimientos de la Ley 7020 que fueron sancionados con la revocación de la Licencia. Los Demandantes no eran solo accionistas de la empresa, sino que controlaban, gestionaban, dirigían y administraban ENJASA como un empresario por lo que no son en absoluto un tercero respecto de dichas violaciones o incumplimientos. Sobre todas estas consideraciones el el Laudo mayoritario no tiene nada que decir salvo ¡que el ENJERA actuó de mala fe!

389. El Laudo no explica por qué la mayoría considera que la revocación de la licencia de ENJASA no puede ser considerada un ejercicio regular por el ENREJA de sus potestades regulatorias y de supervisión o policía. Este árbitro ha explicado detalladamente en esta Opinión las razones por la que considera dicha conclusión de la mayoría es contraria al derecho aplicable a la presente controversia Pero en este contexto la cuestión que debe analizarse es el motivo por el cual la mayoría considera que la revocación de la licencia no fue un ejercicio regular por el ENREJA de las mencionadas potestades. Al parecer a la luz la conclusión de los párrafos 395 y 427 del Laudo mayoritario, la decisión revocatoria habría sido arbitraria y falta de proporción. La primera cuestión que esta conclusión plantea es ¿respecto de qué hay para la mayoría arbitrariedad y desproporción? Esta Opinión ha demostrado que la decisión revocatoria del ENREJA no fue ni arbitraria ni falta de proporción a la luz del derecho interno argentino que el ENREJA tenía la obligación que aplicar y aplicó en la Provincia de Salta. Pero como el Laudo mayoritario no aplica el derecho interno argentino como derecho aplicable a la solución de la presente controversia, este árbitro asume que la arbitrariedad y falta de proporción de la conclusión del Laudo

mayoritario reenvían al “*Applicable Legal Standard*” construido por la mayoría y que este estándar sería según dicha mayoría un estándar de derecho internacional que incorporaría las condiciones de falta de arbitrariedad y de desproporción (sin definir las) como una limitación a la aplicación de la norma consuetudinaria de derecho internacional que reconoce y respeta las potestades de regulación y de policía o supervisión del Estado invocada por la Demandada..

390. Este planteamiento del Laudo mayoritario se enfrenta sin embargo en derecho internacional público a obstáculos jurídicos insuperables que confluyen en el presente arbitraje por lo que no cabe más opción que rechazarlo. En primer lugar, surge inevitablemente la pregunta ¿cómo puede concluir un laudo arbitral que la República Argentina violó los alegados estándares internacionales relativos a la inexistencia de arbitrariedad y a la falta de proporcionalidad al decidir el ENREJA la revocación de la Licencia cuando ni ENJASA ni los Demandantes han previamente agotado los recursos internos de la Demandada? No se puede mantener la conclusión de Laudo mayoritario si no se prueba que previamente se agotaron dichos recursos internos, puesto que mientras no lo hayan hecho la revocación de la Licencia por el ENREJA no puede constituir en derecho internacional un hecho internacionalmente ilícito generador de responsabilidad internacional para un tribunal arbitral que aplique el derecho internacional. Y no puede haberlo porque las normas primarias de derecho internacional relativas al tratamiento de la persona y los bienes de los extranjeros son normas derecho internacional *sujetas* al previo agotamiento de esos recursos antes de poder alegar que han sido violadas. Sin dicho agotamiento previo no cabe concluir que se ha producido una violación dichas normas primaria internacionales y por lo tanto las normas secundarias de la Responsabilidad internacional del Estado no admiten una reclamación internacional basada en una violación de dichas normas primarias puesto que no se ha producido una violación de las mismas mientras no se hayan previamente agotado de la vía de los recursos internos (artículo 44 de los Artículos de la CDI relativos a la Responsabilidad Internacional del Estado).
391. En el presente caso, la prueba del no agotamiento es evidente, pues ENJASA controlada, gestionada, dirigida y administrada por los Demandantes, desistió de la instancia judicial que había incoado en la Provincia de Salta como se ha señalado *supra* en el párrafo 385. Pero, además, y este es el segundo obstáculo, para que arbitrariedad y la falta de proporción

alegadas en el Laudo mayoritario puedan llegar a constituir una excepción admitida por el derecho internacional a la norma consuetudinaria invocada por la Demandada, no solamente deben cumplir con el previo agotamiento de los recursos internos. Tienen también que ser una arbitrariedad o falta de proporción de un grado de gravedad extremadamente elevado, es decir alcanzar un umbral altísimo de gravedad como, por ejemplo, para constatar una “denegación de justicia” como ya lo hemos señalado en la Parte I de esta Opinión. Tampoco demuestra el Laudo mayoritario que los Demandantes hayan probado haber cumplido, en el presente caso, con ese requisito indispensable. Dicho lo cual conviene examinar ahora por separado la alegada “arbitrariedad” y la alegada “falta de proporcionalidad”.

392. El Laudo mayoritario concluye que la decisión de revocar la licencia fue un acto arbitrario del ENREJA, pero no elabora respecto del contenido y alcance de la noción de “arbitrariedad” en derecho internacional. En el derecho internacional consuetudinario se admite en efecto que una arbitrariedad manifiestamente grave pueda constituir en determinadas circunstancias un límite a la aplicación de la norma consuetudinaria de derecho internacional invocada por la Demanda, limitación que en todo caso los tribunales internacionales aplican con una prudencia y deferencia notable que se echa de menos en el Laudo mayoritario. La razón es muy clara: dicha limitación afecta al ejercicio por el Estado de su soberanía y en el derecho internacional las limitaciones a la soberanía del Estado no se presumen. Además, como acabamos de decir, no es cualquier arbitrariedad la que puede limitar excepcionalmente la norma invocada por la Demandada. Debe tratarse, como acabamos de decir, de una arbitrariedad de una gravedad extrema y, evidentemente, en ningún caso por muy grave sea la arbitrariedad en cuestión queda derogada la norma consuetudinaria de derecho internacional que ampara las potestades de regulación y de supervisión o policía del Estado.
393. Estoy completamente de acuerdo con los Demandantes de que la fórmula de la jurisprudencia de la CIJ del caso *ELSI* consolida lo que debe entenderse en la actualidad como contenido y alcance de una arbitrariedad internacional susceptible de limitar la aplicación de la norma invocada por la Demandada. Según esta fórmula: “Arbitrariness is not so much something opposed to a rule of law, as something opposed to the rule of law” ((*ICJ Reports 1989, Judgment*, p. 76, párr.128). En la presente controversia la arbitrariedad

de derecho internacional del “*Applicable Legal Standard*” de los Demandantes debe ser una arbitrariedad que se oponga al “imperio de la ley” (*rule of law*). Por lo tanto, solo una arbitrariedad opuesta al “imperio de la ley” sería un obstáculo a la aplicación la norma consuetudinaria de derecho internacional invocada por la Demandada. Ninguna de las conclusiones del Laudo mayoritario sobre su “arbitrariedad” tiene objetivamente dicha entidad. Esto lo confirma otra conclusión del propio Laudo mayoritario cuando en su párrafo 426 declara que “no puede identificar una violación de algún derecho al debido proceso internacional, como arguyen las Demandantes”. Si no ha habido violación de los “derechos del debido proceso” no pudo haber habido, como no la hubo, una arbitrariedad opuesta al “imperio de la ley” (*rule of law*).

394. El Laudo mayoritario también concluye que la revocación por el ENREJA de la licencia fue una decisión desproporcionada en el párrafo 417 del Laudo mayoritario: que “inclusive si las acusaciones planteadas en la Resoluciones Nos. 380/12, 381/12 y 384/12 hubieran sido ciertas, y su evaluación legal conforme al derecho interno hubiera sido acertada, la revocación de la Licencia de ENJASA no habría sido proporcional conforme al derecho internacional y no habría constituido un ejercicio regular del poder regulatorio del ENREJA [...]”. Esta conclusión mezcla dos cuestiones. La primera es una cuestión de derecho interno argentina que esta Opinión ha examinado detalladamente y rechazado tanto en relación con el primer reclamo de los Demandantes (expropiación indirecta) como del tercer reclamo (trato justo y equitativo). A ellas me remito en el presente contexto. Por lo tanto en lo que se refiere a la “de falta de proporción” en el derecho interno argentino de la Resolución N° 240/13 del ENREJA declarada en el Laudo mayoritario se aplican evidentemente las mismas consideraciones y conclusiones que a la conclusión arriba mencionadas sobre la arbitrariedad, a saber (i) la firmeza de la Resolución N° 240 del ENREJA; (ii) la no existencia de un hecho internacionalmente ilícito por no haberse agotado los recursos internos de la República Argentina por disponerlo así las normas primarias del derecho internacional en la materia; y (iii) y no existir responsabilidad internacional sin una violación de una norma internacional, no basta con la existencia de atribución.
395. Pero, como decimos, la conclusión de la mayoría concierne también una cuestión de derecho internacional cuando declara que la decisión revocatoria del ENREJA “would not

have constituted a regular exercise of ENREJA's regulatory powers". Sin embargo, los párrafos 397 a 416 del Laudo mayoritario que preceden la conclusión relativa a la "*Proportionality of Resolución N° 240/13*" no mencionan una sola norma o instrumento de derecho internacional público que justifique o apoye la conclusión comentada. Para saber en que se basa la mayoría para declarar en el Laudo que la decisión revocatoria de la licencia no constituyó un ejercicio regular por el ENREJA de sus potestades regulatorias, hay que acudir a pasajes ulteriores del Laudo mayoritario en los que se explica que no se trata de una norma de derecho internacional sino del "*Autonomous Treaty Standars*" de los Demandantes que no pondera la decisión del ENREJA sobre la base del derecho internacional sino sobre la base de un estándar confeccionado por ellos mismos. La lectura de los mencionados párrafos también permite constatar que el "*Applicable Legal Standard*" del Laudo mayoritario no es más que una reformulación del "*Autonomous Treaty Standard*" de los Demandantes por lo que carece, como el original, de normatividad en el derecho internacional público como se ha demostrado en esta Opinión.

396. En otras palabras, el estándar aplicado por la mayoría no forma parte del "derecho aplicable" a la solución de la presente controversia definido por la Argentina y Austria en el artículo 8(6) del TBI. Está constituido, sin mayor análisis, por una amalgama de citas de declaraciones tomadas de la práctica de algunos tribunales arbitrales *ad hoc* de una determinada tendencia doctrinal sin tener en cuenta las particularidades del presente caso. Aunque parezca mentira, este es el llamado "estándar" en el que la mayoría del Tribunal se basa para afirmar que la Resolución 240/13 no fue resultado del ejercicio regular por el ENREJA de sus potestades regulatorias no, como ordena el TBI, en base a "los principios del derecho internacional en la materia" a los reenvía el TBI. Para "los principios del derecho internacional" la falta de proporcionalidad del Laudo mayoritario es irrelevante ya que por carecer de normatividad no tiene la capacidad de limitar, en nada, el alcance de la norma consuetudinaria invocada por la Demandada, y ello es así cualesquiera que sea el grado gravedad de la alegada desproporción. En otras palabras, la "proporcionalidad *strictu sensu*" de algunos publicistas no es una norma jurídica ni una condición de una norma jurídica que limite la norma consuetudinaria relativa al ejercicio regular por los órganos competentes de las potestades regulatorias o de supervisión o policía del Estado que invoca la Demandada.

397. Lo que sucede con la proporcionalidad tanto en los derechos domésticos como en el derecho internacional es que hay normas jurídicas particulares que la incorporan como hacen, por ejemplo, en el plano interno el Artículo 13 de la Ley 7020 de la Provincia de Salta y el artículo 5 del Contrato de la Licencia que tenía ENJASA o, por ejemplo, en el plano internacional las normas codificadas en los artículos 35 (Restitución), 37 (Satisfacción) y 51 (Contramidas) de los Artículos de la CDI sobre la Responsabilidad internacional del Estado. En lo que concierne a este arbitraje la proporcionalidad no limita el ámbito de aplicación de la norma consuetudinaria invocada por la Demandada, ni está el criterio de proporcionalidad integrado en ninguna otra norma de derecho internacional relevante. Ni tampoco cabe identificar la “proporcionalidad” de una norma o decisión jurídica con su “racionalidad”. En todo caso, el TBI Argentina-Austria no establece ningún criterio transversal de proporcionalidad en relación con las normas jurídicas que define como “derecho aplicable” a las controversias sobre inversiones como la presente, aunque tampoco excluye la proporcionalidad siempre y cuando el criterio esté incorporado en una norma de derecho interno o de derecho internacional que sea aplicable y relevante.
398. La proporcionalidad no opera en el derecho internacional general como, por ejemplo, la buena fe, de manera autónoma pues no es un “principio general de derecho”. En el presente caso, las únicas normas del “derecho aplicable” definido por el TBI que incorporan el criterio de reciprocidad son las normas derecho interno de la Demandada enunciadas en la Ley 7020 de la Provincia de Salta y en el Contrato de Licencia de ENJASA con las que cumplió plenamente la decisión revocatoria de la Licencia del ENREJA. El Laudo mayoritario está por lo tanto declarando la responsabilidad internacional de la República Argentina por “falta de proporcionalidad” en el plano internacional sin precisar que obligación de derecho internacional ha violado al respecto la Demandada en su relación con los Demandantes.
399. Pero las “deficiencias”, para emplear un término suave, del Laudo mayoritario hasta ahora mencionadas no son las únicas, pues si bien el Laudo: (i) desconoce el “derecho aplicable” definido por el TBI; (ii) reemplaza Resolución N° 240/13 por lo que resuelve la mayoría pues el Laudo juzga de nuevo lo juzgado por el ENREJA en Salta que es una Resolución firme; y (iii) reduce al *minimum minimorum* el número de violaciones por ENJASA del artículo 5 de la Ley 7020 constatadas por el ENREJA, todo ello no era suficiente para poder

justificar las conclusiones del Laudo, debido la condición de reincidente de ENJASA. Esta reincidencia se produjo durante el período 2005-Agosto 2013 y. en particular, desde 2007/2008 cuando los Demandantes adquirieron la mayoría de las acciones y controlaban y dirigían la empresa, evento que casi coincide con la modificación del método del cálculo del canon anual por el Acta-Acuerdo (UNIREM). Con anterioridad a la Resolución 240/13, ENJASA fue en efecto sancionada una veintena veces por violar el mencionado artículo 5 de a Ley 7020, de las cuales en seis ocasiones por violaciones semejantes a las que sancionas por la Resolución 240/13. Esta situación es inocultable. Además, la propia Resolución 240/13 menciona expresamente los cuatro criterios que el ENREJA tuvo en cuenta cuando adopto la sanción de revocar de la Licencia, siendo la primera de la enumeradas “los antecedentes de ENJASA” (ver *supra* párrafo 226de esta Opinión). A su vez, el Contrato de Licencia de ENJASA también mencionaba en su artículo 5 la “reincidencia” como uno de los elementos de graduación de las sanciones.

400. ¿Ante esta situación como procede el Laudo mayoritario en su tratamiento del hecho que ENJASA era una Licenciataria reincidente? Pues negando la mayor, es decir lo que dice el texto de la Ley N° 7020 de la Provincia de Salta. ¿Como lo hace? Mediante dos movimientos. El primero mezclando la distinción fundamental que hace la Ley 7020 entre “obligaciones particulares de una licenciataria” que son obligaciones exclusivas de los licenciarios (el artículo 5 de la Ley comienza con las palabras: “El Licenciario deberá someter su actividad a ...) y las “obligaciones generales” que la Ley denomina “infracciones administrativas” (el 40 de la Ley comienza: “Las personas físicas o jurídica que con autorización o sin ella, con o sin fines de lucro, realicen algunas actividades definidas en el artículo 2 ...). Y el segundo movimiento consiste en desconocer que, como dice la Ley, las sanciones por violaciones e incumplimientos de las obligaciones específicas de un licenciario del artículo 5 se enuncian en el artículo 13, mientras que las sanciones por infracciones de las obligaciones administrativas generales del artículo 40 de la Ley se enuncian en el artículo 41. Por eso el artículo 13 menciona la suspensión y la revocación de la licencia puesto que sanciona exclusivamente conductas contrarias a las obligaciones de un licenciario, mientras que el artículo 41 no menciona para nada la licencia porque el sujeto pasivo de las obligaciones administrativas violadas por las infracciones es cualquier persona física o jurídica. La presente controversia concierne exclusivamente la

violación por ENJASA de las obligaciones que tenía *en su calidad o condición de licenciataria* en virtud de lo dispuesto en artículo 5 de la Ley 7020 que violó o incumplió bajo el control y dirección de los Demandantes, dando lugar a que el ENREJA en el ejercicio regular de sus funciones y potestades la sancionara como reincidente, previa advertencia, con la revocación de la Licencia.

401. Todo esto es perfectamente claro en la Ley 7020 por lo que es suficiente una simple lectura de la Ley para poder aplicarla correctamente. Es verdad que, faltos de argumentos, los Demandantes con la ayuda de alguno de sus expertos intentaron crear confusión sobre los ámbitos respectivos de aplicación del artículo 5 y del artículo 40 de la Ley 7020. Pero un árbitro debe ver las cosas como son, no como nos dicen que son partes interesadas. Digo esto por una cuestión de principio, porque esta Opinión ya ha demostrado que el ENREJA ejerció correctamente su potestad sancionadora de conformidad con la Ley 7020 y sus reglamentaciones. Lo que en el presente contexto se está analizando es lo dice la mayoría en su Laudo sobre la Ley 7020, es decir ¿Por qué motivo la mayoría ha tratado de reescribir la Ley 7020 en vez de aplicarla? ¿Por qué pretende transformar las violaciones por ENJASA del artículo 5 de la Ley 7020 en infracciones administrativas de artículo 40? La explicación más verosímil es que con dicha transformación la mayoría ha tratado de superar la dificultad que le plantea la *reincidencia* de ENJASA en la violación del mencionado artículo 5 para poder sostener que el ENREJA aplicó una sanción excesiva, aunque tampoco lo consigue.
402. El Laudo mayoritario concluye que ENJASA solo cometió dos violaciones o incumplimientos del segundo párrafo del artículo 5 de la Ley y ninguna violación o incumplimiento del primer párrafo de dicho artículo. A partir de ahí, la mayoría presupone que a “menos número de violaciones” o “violaciones que considera de menor importancia” es posible reclasificar las violaciones del artículo 5 por ENJASA que ella reconoce en meras “infracciones administrativas”. ¿Y qué pasa si la Ley no lo permite? Pues se rescribe la Ley, lo que nos permitiría introducir además en la consideración de la presente controversia como hace el Laudo mayoritario todos los artículos del 40 a 51 del Capítulo IV (Infracciones Administrativas) del Título II de las Ley 7020, Lo que pasa es que la Ley 7020 no solo no admite, sino que excluye sin remedio la lectura que hace la mayoría de la misma, dado que para la Ley 7020 toda violación o incumplimiento de las obligaciones de

su artículo 5 (cualesquiera que sea su número o su grado de gravedad) es una violación o incumplimiento por la Licenciataria de sus *obligaciones de licenciataria enunciadas de dicho artículo y, en consecuencia, está sujeta a las sanciones del artículo 13 de la Ley y a ser ponderada en el marco de dicho artículo teniendo en cuenta, cuando sea del caso, la condición de reincidente en la violación de dichas obligaciones de la Licenciataria como lo era ENJASA*. En otras palabras, según la Ley 7020 las violaciones de las obligaciones del artículo 5 de la Ley por la Licenciataria obligada a cumplirlas no se transforma en una “infracción administrativa” en ningún caso, con independencia de su número o grado de gravedad, contrariamente a las conclusiones del Laudo mayoritario. La revocación de la Licencia no fue una sanción por haber violado las obligaciones administrativas generales del artículo 40 de la Ley 7020, sino que ENJASA fue sancionada por haber violado las obligaciones particulares de una Licenciataria del artículo 5 de dicha Ley. Es por ese motivo que ENJASA pudo interponer, e interpuso, un recurso de “reconsideración” contra la Resolución 240/13 pues para las “infracciones administrativas” el artículo 50 de la Ley 2070 solo admite los recursos de aclaratoria y revocatoria.

403. Para avalar su equivocada lectura de la Ley 7020, el Laudo mayoritario invoca un pasaje de la jurisprudencia de la CIJ en el caso *Diallo*, que dice lo siguiente:

“The Court does not, in principle, have the power to substitute its own interpretation for that of the national authorities, especially when that interpretation is given by the highest national courts (see, for this latter case, *Serbian Loan, Judgment N° 14, 1929, P.C.I.J., Series A, N° 20, p.46* and *Brazilian Loans, Judgment N° 15, 1929, P.C.I.J., Series A, N° 21, p. 124*). Exceptionally, where a State puts forward a manifestly incorrect interpretation of its domestic law, particularly for the purpose of gaining an advantage in a pending case, it is for the Court to adopt what it finds to be the proper interpretation” (*ICJ Reports 2010 (II), Judgment, p.665, párr. (in fine)*).

A continuación de esta cita, la CIJ declara, en el párrafo siguiente, que no había lugar a una interpretación diferente a la dada por las autoridades estatales en cuestión con estas palabras:

“although it would be possible in theory to discuss de validity of that interpretation, it is certainly not for the Court to adopt a different interpretation of Congolese domestic law for the purpose of the decision of the case”. Esta frase muestra toda la deferencia de la Corte Internacional de Justicia, órgano principal de las Naciones Unidas, a la interpretación por

un Estados de su propio derecho interno o domestico que, lamentablemente, la mayoría de este tribunal arbitral *ad hoc* se permite desdeñar por completo en el presente Laudo mayoritario. Este árbitro rechaza la total falta de deferencia de este Tribunal Arbitral hacia la Demandada en relación con las interpretaciones del derecho argentino por el Ente Regulador y Autoridad de Aplicación de la Ley 7020 designado por la propia Ley, es decir el ENREJA. El ENREJA sancionó a la empresa argentina ENJASA por violar sus obligaciones legales de Licenciataria en el territorio de la República, empresa que los Demandantes en el presente arbitraje - que habían hecho una inversión en la misma - controlaban y dirigían cuando ocurrieron el mayor número de las violaciones e incumplimientos que determinaron la mencionada sanción. Situación esta que un Laudo mayoritario tan preocupado en la buena fe de la Demandada hubiera debido de ponderar en relación con la buena fe de los Demandantes, en vez de guardar al respecto un silencio hermético.

404. En cuanto al derecho internacional en la materia, la CIJ en el pasaje arriba citado confirma la vigencia del principio de que los tribunales internacionales, incluida la propia CIJ, no tienen la potestad de substituir su propia interpretación del derecho interno de un Estado a la dada por las autoridades competentes del Estado de que se trate. Este principio de derecho internacional, que es “derecho aplicable” a la solución de la presente controversia, ha sido completamente conculcado por el Laudo mayoritario tanto en relación con la Resolución firme N° 240/13 del ENREJA como respecto a la Ley N° 7020 de la Provincia de Salta. En cuanto a la excepción relativa de las interpretaciones estatales que sean “manifiestamente incorrectas” de la cita, no es relevante en el caso de la revisión por la Demandada de dicha Resolución y de dicha Ley, porque el Laudo mayoritario no “interpreta” sino “revisa” ambos instrumentos de derecho interno argentino. Según confirmacion el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua para el cual: (i) el verbo “interpretar” significa “declarar o explicar el sentido de una cosa y principalmente de los textos faltos de claridad”; y (ii) el verbo “revisar” significa “someter una cosa a un nuevo examen para corregirla, enmendarla o repararla”. La pertinencia de la referencia en el Laudo mayoritario a la excepción sobre la interpretación de la cita comentada está, por consiguiente, fuera de lugar en el presente contexto.

405. Al término de sus motivos, el Laudo mayoritario concluye, sin mayores desarrollos, que la Demandada ha violado el artículo 4 (1) y (2) del TBI Argentina-Austria incurriendo por ello en responsabilidad internacional hacia los Demandantes por “expropiación indirecta” de su inversión en ENJASA porque no había causa de utilidad pública para la revocación de la licencia y por no haber mediado compensación por dicha alegada expropiación. Ninguna de estas dos razones son ciertas. En cuanto a la primera, la afirmación de la ausencia de “causa de utilidad pública”, uno no puede menos que preguntarse ¿cómo la mayoría puede afirmar tal cosa cuando la sanción de la revocación de la Licencia fue adoptada por el ENREJA en respuesta a las violaciones por la empresa de sus obligaciones legales de Licenciataria y restablecer así la integridad del violado artículo 5 de la Ley 7020? No tiene sentido afirmar que no hay causa de utilidad pública. Pero si además uno verifica la naturaleza de las obligaciones violadas y su propósito de prevenir el lavado de dinero en la lucha nacional e internacional contra la evasión de capitales, el narcotráfico y el terrorismo, así como que el hecho de que el lavado de dinero afectaba también las finanzas de la Provincia por su incidencia a la baja en la determinación del montante del canon anual de la empresa, la afirmación de la mayoría asombra. Es difícil encontrar tanta acumulación de “interés público” en la causa de una sanción administrativa.
406. En cuanto a la segunda razón, la falta de indemnización, hace tiempo que las decisiones judiciales y arbitrales y la doctrina han explicado que la ausencia de indemnización no hace la expropiación ilegal *per se*, en particular cuando exista como en el presente caso una controversia respecto de la existencia de la expropiación alegada o cuando la cuestión esté *sub judice*. Además, en este caso el artículo 4 del TBI Argentina-Austria no reproduce la “formula Hull” de los años veinte del siglo pasado. Citaremos aquí por su autoridad lo declarado al respecto por el tribunal CIADI del caso *Venezuela Holdings (y otros) c. Venezuela* (Guillaume, Kaufman-Kohler, El-Kosheri) en su laudo de 9 de octubre de 2014: “the mere fact that an investor has not received compensation does not in itself render an expropriation unlawful” (párr. 301 del laudo).
407. En suma, rechazo el presente Laudo mayoritario por ser una decisión que no aplica a la solución de la presente controversia el “derecho aplicable” definido por el TBI Argentina-Austria en su artículo 8 (6). Lo que hace el Laudo mayoritario es reemplazar el “derecho

aplicable” a la solución de la controversia por un llamado “*Applicable Legal Standard*” elaborado por la mayoría. En particular el Laudo mayoritario:

1. No aplica la Ley N° 7020 de la Provincia de Salta ni la Resoluciones firmes N° 240/13 y 315/13 del ENREJA que son derecho interno de la Demandada y, como tal, “derecho aplicable” a la solución de la presente controversia por disponerlo así el TBI Argentina-Austria, ni tampoco tiene en cuenta que las dos Resoluciones mencionadas son decisiones firmes por haber desistido ENJASA de la instancia contencioso-administrativa ante el tribunal competente de la Provincia de Salta solicitando la anulación de dichas Resoluciones;

2. No aplica las disposiciones del TBI Argentina-Austria relativas a (i) la definición del contenido y alcance “los derechos de participación y otras formas de participación de las empresas” (apartado b) del artículo 1) y (ii) al derecho aplicable (apartado (6) del artículo 8); y aplica equivocadamente (iii) las disposiciones sobre expropiaciones (apartados (1) y (2) del artículo 4);

3. No aplica la norma consuetudinaria del derecho internacional que los efectos adversos para terceros del ejercicio regular por los órganos competentes de las potestades regulatorias y de supervisión o policía de un Estado no son causal de responsabilidad internacional de dicho Estado y, en consecuencia, no son compensables, incurriendo el Laudo en *infra petita* respecto de dicha defensa invocada por la Demandada;

4. Sujeta la consideración de dicha norma consuetudinaria de derecho internacional invocada por la Demandada como defensa de fondo, a la previa constatación de que no exista una “expropiación indirecta” cuando dicha subordinación es ajena al derecho internacional, violando asimismo la norma procesal aplicada por los tribunales internacionales que estipula que la consideración de las excepciones precede a la de las reclamaciones;

5. Erra al considerar que la mera constatación de una “expropiación indirecta” tiene el efecto de excluir la consideración de la norma consuetudinaria de derecho internacional invocada por la Demandada por causales como la “arbitrariedad” admitida por el derecho internacional, cuando

dicha excepción a la aplicación de la norma consuetudinaria mencionada tiene que tener un grado o nivel tal que equivalga a negar el imperio de la ley (*rule of law*);

6. Erra al considerar que la “falta de proporcionalidad” del auto-proclamado “*Legal Standard*” que aplica la mayoría en lugar del “derecho aplicable” definido por el TBI Argentina-Austria sea como tal una de las causales de alto grado o nivel que por excepción el derecho internacional admite para excluir eventualmente la aplicación de la norma consuetudinaria invocada por la Demandada la cual ha cumplido con la condición de proporcionalidad del derecho argentino que es “derecho aplicable” a la solución de la presente controversia;

7. Declara en relación con las Resoluciones 240/13 del ENREJA revocatoria de la licencia de ENJASA que la Republica Argentina ha actuado arbitrariamente y con falta proporcionalidad sin que los Demandantes hayan agotado los recursos internos de la Demandada como lo exige en la materia tanto la norma primaria de derecho internacional pertinente como la norma secundaria del mismo derecho que proclama que la responsabilidad del Estado no podrá ser invocada cuando la reclamación esté sujeta por la norma primaria al agotamiento de los mencionados recursos internos (artículo 44 de los Artículos de la CDI relativos a la Responsabilidad internacional el Estado);

8. Declara que la Demandada ha incurrido en responsabilidad internacional sin que la República Argentina haya violado ninguna obligación internacional en sus relaciones con los Demandantes pues la “expropiación indirecta” que constata a cargo de la Demandada sobre la base del mencionado auto-proclamado “*Legal Standard*” no viola lo que dispone para las “expropiaciones directas” el artículo 4 (2) del TBI Argentina-Austria.

9. Desconoce la norma consuetudinaria relativa a las inversiones que establece la distribución de los riesgos entre el inversor y el Estado receptor de la inversión al no atribuir a los Demandantes que controlaban, gestionaban, dirigían y administraban la empresa el “riesgo empresarial” de la revocación de la Licencia por incumplimientos por ENJASA de sus obligaciones legales, sin que ni el TBI Argentina-Austria ni acuerdos particulares inexistentes entre las Partes hayan derogado en el presente caso la distribución de riesgos de la mencionada norma consuetudinaria;

10. Erra cuando, sin haberlo probado los Demandantes, cuestiona con ligereza inaceptable en algunos pasajes la buena fe de las Autoridades de la Provincia y del propio ENREJA en relación con la revocación de la licencia (e incluso con el “plan transitorio”) cuando la revocación se adoptó al término de un “debido proceso” y con pleno respeto del derecho de defensa ENJASA y, alternativamente, dichas Autoridades hubieran podido declarar la extinción y/o caducidad automática y de pleno derecho de la Licencia en aplicación del artículo 6 del Contrato de Licencia. En cambio, el Laudo mayoritario no muestra el mismo interés en analizar, en ningún contexto, la buena fe de los Demandantes que controlaban, gestionaban, dirigían y administraban ENJASA cuando la empresa violó repetidamente el artículo 5 de la Ley 7020. El tratamiento en el Laudo mayoritario del principio de la buena fe es completamente desequilibrado.

11. Substituye su alegada interpretación de la Ley 7020 y de la Resolución 240/13 del derecho interno argentino a la interpretación de dicha Ley y de dicha Resolución por los órganos competentes de la República Argentina en contradicción con el principio de derecho internacional declarado por la CIJ en el caso *Diallo* de que los tribunales internacionales no tienen la potestad de substituir su propia interpretación del derecho interno de un Estado a la dada por las autoridades competentes de dicho Estado.

PARTE IV: LA INDEMNIZACIÓN OTORGADA POR EL LAUDO MAYORITARIO A LOS DEMANDANTES

408. Como hemos señalado en el párrafo 26 la Introducción de esta Opinión, la resolución de la presente controversia no plantea ninguna cuestión relativa a la evaluación de perjuicios o efectos adversos puesto que la Demandada no ha incurrido en ninguna conducta violatoria del TBI Argentina-Austria. La mayoría sin embargo ha concluido equivocadamente que la Demandada ha incurrido en una responsabilidad internacional respecto de los Demandantes por violación del artículo 4 (1) y (2) de dicho TBI (expropiación indirecta) y, en consecuencia, que los Demandantes han sufrido como alegan un *perjuicio* que debe ser indemnizado por la Demandada. Los motivos del Laudo tratan de justificar las razones por las que la mayoría otorga a los Demandantes una indemnización cuyo *quantum* asciende a 21.160.000 US dólares más intereses compuestos (apartado (3) del párrafo 610 de la Decisión del Laudo mayoritario).

409. Como se ha expuesto en esta Opinión la Demandada: (i) ha ejercido como Estado soberano sus facultades de regulación y de supervisión o policía en su territorio al sancionar a ENJASA, una empresa de nacionalidad argentina, con la revocación de la Licencia que tenía para la explotación de los juegos de azar en la Provincia de Salta por no cumplir con las obligaciones de Licenciataria enunciadas en el artículo 5 de la Ley Provincial N° 7020; y (ii) en el ejercicio de dichas facultades soberanas no ha violado ninguna de las disposiciones del TBI Argentina-Austria invocadas por los Demandantes en relación con ninguno de sus tres reclamos. Por lo tanto, me limitaré en esta Parte de la Opinión a hacer algunas observaciones y comentarios críticos de orden jurídico que demuestran que también en el presente contexto la mayoría no ha aplicado correctamente el “derecho aplicable” a la presente controversia definido por el artículo 8 (6) el mencionado TBI.
410. Mi primera observación sobre esta parte del Laudo mayoritario dedicada a la indemnización es la siguiente: la mayoría del Tribunal Arbitral asume erróneamente que la Demandada ha incurrido en una responsabilidad internacional hacia los Demandantes por “expropiación indirecta” y que dicha “expropiación indirecta” es una condición *necesaria y suficiente* para que el Tribunal Arbitral pueda otorgar, sin más, una indemnización a los Demandantes y determinar su montante. Nada más erróneo, pues si bien dicha conclusión es ciertamente una condición *necesaria* no es, en cambio, una condición *suficiente*. Para que exista también una condición *suficiente* los Demandantes tenían que haber probado de conformidad con el principio general de la administración de la prueba (*actori incumbit probatio*) el *perjuicio* que alegan haber sufrido como efecto de la “expropiación indirecta” en que habría incurrido la Demandada por la violación del artículo 4 (1) y (2) del TBI Argentina-Austria según el Laudo mayoritario.
411. En mi opinión los Demandantes no han administrado dicha prueba, lo que el Laudo confirma al otorgarles una indemnización por un montante considerablemente inferior a la cifra mínima solicitada. Tampoco han probado haber sufrido un *perjuicio* por la cuantía que les otorga el Laudo mayoritario. La mayoría ha acudido en auxilio de los Demandantes al otorgarles la suma mencionada *supra*. Pero esto tiene un coste: agrava las disfunciones en la aplicación del “derecho aplicable” que caracterizan la decisión mayoritaria el presente Laudo.

412. La jurisprudencia de la CIJ es perfectamente clara al respecto: para otorgar una indemnización como reparación por la comisión de un hecho internacionalmente ilícito, es el demandante (no el propio tribunal, ni la demandada) el que debe probar que ha sufrido un *perjuicio* como consecuencia directa de dicho ilícito y el alcance del mismo, así como que el perjuicio en cuestión es susceptible de evaluación financiera. Según la CIJ para otorgar una indemnización debe establecerse con claridad, primero *si el daño está probado* y, luego, si el daño probado tiene una relación suficientemente directa con el acto ilícito que lo haya causado. En el asunto denominado *Certain Activities Carried Out by Nicaragua in the Border Area* el Fallo de la Corte sobre la indemnización de 2 de febrero de 2018 dice lo siguiente:

“In order to award compensation, the Court will ascertain whether, and to what extent, each of the various heads of damage claimed by the Applicant can be established and whether they are the consequence of wrongful conduct by the Respondent, by determining whether there is a sufficiently direct and certain causal nexus between the wrongful act and the injury suffered by the Applicant” (*ICJ Reports* 2018, p. 15, párr. 32).

413. En la práctica arbitral internacional en materia de inversiones se requiere también la existencia de un nexo suficiente entre el hecho ilícito y el *perjuicio* alegado y, además, se insiste que corresponde al demandante la carga de probar la existencia y alcance no solo del hecho internacionalmente ilícito del que ha sido objeto, sino también del *perjuicio* que alegue haberle causado el ilícito en cuestión. Son muy numerosos los laudos que declaran expresamente que para que haya lugar a indemnización el demandante debe de haber satisfecho la carga de probar el *perjuicio* sufrido. Por ejemplo:

“the burden is on (the Claimant) to prove the quantum of the losses in respect of which it put forward its claims; compensation is payable only in respect of harm that is proved to have a sufficient causal link with the specific NAFTA provision that has been breached” (*S.D. Myers c. Canadá*, laudo parcial, 13 de noviembre de 2000, párr. 316);

“a claimant has the burden of proving both the breach and the claimed loss or damage” (*Grand River c. Estados Unidos*, laudo, 12 de enero de 2011, párr. 237);

“queda claro que la Demandante tiene la carga de la prueba en relación con el hecho y el monto de la pérdida” (*Crystallex c. Venezuela*, laudo, 4 de abril de 2016, párr. 864);

“Constituye un principio básico en el arbitraje en materia de inversión que una demandante debe probar su presunta pérdida, debe mostrar, en otras palabras, qué presunto perjuicio o daño fue ocasionado por la violación de sus derechos legales.” (*Pey Casado c. Chile (II)*, laudo, 13 de septiembre de 2016, párrs. 205-206);

“(el) Tribunal considera que la carga de la prueba para demostrar la existencia de una pérdida o de un perjuicio sufrido por las Demandantes recae en ellas” (*Valores Mundiales v. Venezuela*, laudo, 25 de julio de 2017, párr. 695);

“le corresponde a la Demandante la carga jurídica de probar su argumento en materia de indemnización. Este principio general se encuentra ampliamente establecido con arreglo al derecho internacional: *onus probandi actori incumbit*. En la medida en que la Demandante no demuestre su argumento sobre la evaluación de la indemnización, resulta que su pretensión en materia de indemnización deberá ser reducida o, si no se estableciese pérdida, totalmente desestimada por el Tribunal” (*9Ren Holding c. España*, laudo, 31 de mayo de 2019. párr. 405).

414. La doctrina confirma que es el inversor el que tiene la carga de probar que ha sufrido un daño causado por la violación imputada al Estado receptor de la inversión y que no satisfacer esa carga de la prueba imposibilita que se le adjudique una indemnización. Ver, por ejemplo Meg Kinnear, *Damages in International Investment Arbitration*, en Katia Yannaca-Small, *Arbitration under Investment Agreements*, 2010, p. 556. También entre otros en el mismo sentido: Craig Miles y David Weiss, *Overview of Principles Reducing Damages*, en John A. Trenor, *The Guide to Damages in International Arbitration*, 2017, p 78.
415. Así pues, en el presente arbitraje corresponde a los Demandantes la prueba del *perjuicio* que alega haber sufrido por la revocación de la Licencia que tenía ENJASA, así como el montante de la indemnización que solicitan como reparación de dicho *perjuicio*. En principio, por lo tanto, no hay lugar indemnización si los Demandantes no satisfacen ambas pruebas. Los Demandantes en su Escrito Posterior a la Audiencia (PHB) solicitan al Tribunal Arbitral que les otorgue una indemnización *no inferior a 51.919.998 de dólares de EE.UU.* (puntos 4 y 5 de sus conclusiones finales) pero no han podido probarlo. En efecto, tanto para el Laudo mayoritario como el para el autor de esta Opinión, los Demandantes no han probado que el *perjuicio* que alegan haberles causado la mencionada revocación sea de una cuantía igual o superior a los mencionados *51.919.998 dólares*. El Laudo mayoritario dispone en efecto en el apartado (3) de su decisión (párrafo 610 del

Laudo) que la Demandada pague a los Demandantes una indemnización de 21.160.000 dólares de los EE.UU. más intereses, es decir una suma notablemente inferior a la indemnización solicitada por los Demandantes

416. Se constata así lo desmesurado de la indemnización solicitada por los Demandantes no solo por la cifra notablemente *inferior* a la suma que solicitaron sino también, sobre todo, si se tiene cuenta que la mayoría decide la suma de 21.160.00 dólares de indemnización al término de un razonamiento en el que va adoptando *in toto* o en lo fundamental el modelo de valoración, el flujo de efectivo o caja pertinente y la tasa de descuento o actualización de los planteamientos de los Demandantes y su perito Señor Rosen. Es respecto de la tasa de cambio entre pesos y dólares y en relación con el reclamo por los Demandantes de gastos alegadamente incurridos con posterioridad a la revocación de la Licencia de ENJASA que la mayoría adopta el planteamiento de la Demandada y su perito el Señor Dapena.
417. Por otra parte, la diferencia entre la suma solicitada por los Demandantes y la otorgada por la mayoría en su Laudo no es atribuible al hecho que los Demandantes habían solicitado una suma no inferior a 51.919.998 dólares de EE.UU por la alegada violación del TBI por la Demandada por tres motivos: (i) violación de los artículos 4(1) y (2) (expropiación indirecta); (ii) violación del artículo el 4(3) (expropiación directa) y (iii) violación del artículo el 2(1) (trato justo y equitativo), mientras que el Laudo declara, en el apartado (1) de la Decisión, que la Demandada ha violado los artículos 4(1) y 4 (2) del TBI (expropiación indirecta) y, en su apartado (2), no se pronuncia sobre los otros dos motivos alegados por los Demandantes mediante la fórmula siguiente: “The Tribunal makes no findings as to the claimed breaches by Respondent of Arts. 4(3) y 2(1), *as any such breaches would be consumed by the finding under (1).*” (itálicas añadidas). La conclusión general de este árbitro como ya se ha mencionado en el párrafo 363 de esta Opinión Disidente es que la demandada no ha violado el TBI por ninguno de los tres motivos alegado por los Demandantes.
418. Se confirma, por lo tanto, doblemente lo desmesurado de la indemnización solicitada por los Demandantes, lo que implica el reconocimiento implícito de que la evaluación del experto Señor Dapena sobre la base de cuyo peritaje la Demandada ha alegado que los fines *qua non* de una eventual reparación el monto no era superior a los 13 millones de

dólares de los EE.UU. era, a fin de cuentas, más acertada que la defendida por los Demandantes y su experto el Señor Rosen sobre la cuestión de *determinar el monto de la indemnización solicitada por los Demandantes*. En efecto, la indemnización otorgada por el Laudo mayoritario es mucho más cercana al *no más de los 13 millones* de la Demandada y su perito que al *no menos de los 51 millones* de los Demandantes y su perito. Y debería estar todavía más cerca de los 13 millones si la mayoría de este Tribunal Arbitral hubiese ajustado más su valoración a lo que disponen las normas aplicables de derecho internacional público sobre la evaluación del *perjuicio*, así como al valor relativo probatorio superior de los elementos de prueba administrados al respecto por la Demandada y su perito, a los elementos administrados sobre la cuestión por los Demandantes y su perito.

419. Las cuestiones jurídicamente más relevantes para la determinación del alegado efecto adverso (lucro cesante) sufrido por inversión de los Demandante consiguiente a la revocación son consideradas por el Laudo mayoritario en sus párrafos 530 a 543 bajo el título "*The relevant Cash Flow*" (El Flujo de Fondos Relevante). La evaluación de dicho efecto o perjuicio mediante el llamado método del "flujo efectivo (o de caja) actualizado" (en inglés: "*discounted cash flow*" (DCF)), implica la ponderación de diferentes elementos de riesgo y de probabilidad y exige, por lo tanto, rigor en su aplicación.
420. La mayoría adopta como base de su propio análisis conclusiones del peritaje del Señor Rosen que carece de rigor por utilizar como elementos de prueba (de varias cuestiones determinantes) meras instrucciones solicitadas dadas al perito por los Demandantes para los fines del presente caso, o planillas no contrastadas de una ENJASA dirigida por los Demandantes. La mayoría no tiene en cuenta los elementos de prueba objetivos, por ser estados contables o balances debidamente auditados, utilizados por el Señor Dapena, el último de los cuales corresponde al año 2012, ni las consideraciones lógicas basadas en la información histórica que procura al Tribunal Arbitral el agregado de esos estados contables o balances respecto del lucro obtenido durante trece años por las Demandantes, por su inversión en ENJASA a través de L&E.
421. El análisis que hace el Laudo mayoritario en los párrafos arriba mencionados asume las exageraciones no probadas de los Demandantes sobre su "lucro cesante" - por

intermediación del peritaje del Señor Rosen - con objeto de alcanzar el monto de 21.160.000 dólares de los EE.UU. que les otorga dicho Laudo como indemnización, sin que hayan probado que los flujos de caja de ENJASA en la fecha de la evaluación, es decir el 13 de agosto de 2013, justifique dicha suma. Un solo ejemplo de este proceder de la mayoría es suficiente para ilustrar lo que decimos. El párrafo 534 del Laudo mayoritario que califica de “[l]a diferencia real entre el análisis de flujos de fondos de ambos peritos comienza en el año 2014” en relación con los ingresos procedentes las máquinas tragaperras gestionadas por Video Drome en el marco de su contrato (*Joint Venture*) decide, en su párrafo 535, la cuestión con estas palabras: “[p]or este motivo, el Tribunal no está convencido que la base para las proyecciones del Sr. Rosen para el año 2013 sea defectuosa y llevaría a resultados inadecuados”. Es con esta frase que el Laudo mayoritario descarta la acertada crítica del Señor Dapena de que las proyecciones en cuestión del Señor Rosen no eran aceptables porque, en la fecha de la evaluación, los flujos de caja generados por las mencionadas máquinas tragaperras eran flujos “inciertos” de ENJASA, dado que en la fecha de la evaluación eran flujos de caja de Video Drome y el contrato pertinente de dicha empresa con ENJASA seguía en vigor en dicha fecha.

422. En todo caso, la decisión de incluir o excluir los mencionados flujos de caja es una cuestión de índole jurídica y los Señores Dapena y Rosen no testimoniaron como expertos jurídicos. Debe, por lo tanto, ser resulta de acuerdo con las disposiciones pertinentes del derecho internacional aplicable que rechaza sin paliativos, como contrario al derecho internacional, que un demandante pueda servirse de argumentos o elementos inciertos, especulativos o remotos como lo han hecho los Demandantes y su perito el Señor Rosen en este arbitraje y ha endosado el Laudo mayoritario. El Tribunal de Reclamaciones Estados Unidos-Irán declaró en 1987 de manera tajante que “(o)ne of the best settled rules of the law of international responsibility of States is that no reparation for speculative or uncertain damages can be awarded” (*Amoco International c. Irán*, laudo parcial, 14 de julio de 1987, párr. 238). Es sobre esa base de lo que dispone el derecho internacional aplicable que este árbitro rechaza las decisiones del Laudo mayoritario de añadir a los flujos de caja de ENJASA pertinentes: (i) los mencionados flujos de caja de Video Dromo por especulativos e inciertas en la fecha de la evaluación y (ii) los flujos de caja de Cachi Valle también añadidos por remotos respecto de la sanción revocación de la Licencia de ENJASA.

423. Los tribunales arbitrales en materia de inversiones comparten el principio declarado por el Tribunal de Reclamaciones Estados-Unidos-Irán arriba citado pues han declarado ellos mismos en numerosas ocasiones, en sus laudos, el mismo principio como lo acreditan las siguientes citas:

“En virtud del derecho internacional y los TBI, los Demandantes soportan la carga general de probar las pérdidas que fundamentan sus reclamaciones de indemnización. Si se determina que dichas pérdidas son demasiado inciertas o especulativas o no se verifica su existencia, el Tribunal debe rechazarlas, incluso si se resuelve que la Demandada es responsable” (*Gemplus c. México*, laudo, 16 de junio de 2010, párr. 12.56);

“damages cannot be speculative or uncertain” (*Khan Resources c. Mongolia*, laudo, 2 de marzo de 2015, párr. 375);

“[I]o que debe probarse es tanto la existencia de un perjuicio ocasionado a la parte demandante como que ese perjuicio en particular es la consecuencia suficientemente inmediata de la violación específica” (*Pey Casado c. Chile (II)*, laudo, 13 de septiembre de 2016, párr. 2118).

424. La proyección de las ganancias de ENJASA para los fines de determinar la cuantía del lucro cesante que los Demandantes alegan haber sufrido mediante el mencionado método del flujo de caja actualizado (*discounted cash flow*) han sido también indebidamente incrementadas por el Laudo mayoritario - en contradicción con las normas del derecho internacional aplicable - por el efecto jurídico de los dos factores siguientes: (i) una definición irrazonable de la “tasa de descuento utilizada” ; y (ii) el silencio sobre la “contribución de los Demandantes al perjuicio” que alegan haber sufrido por la revocación de la Licencia. Este último factor es considerado *infra* en los párrafos 439 a 446 de esta Opinión, pero el primero corresponde examinarlo en el presente contexto. Conviene señalar que en la medida que las Partes y sus expertos no se hayan pronunciado, en todo o en parte sobre dichos factores, este árbitro los considerara en virtud del principio *jura novit curia* definido por la CPJI en el asunto del *Lotus* en los términos siguientes:

“El principio *jura novit curia* significa que, para decidir que las conclusiones de las partes están fundadas en derecho, la Corte no debe apoyarse únicamente sobre las exposiciones de las partes relativas al derecho aplicable” (*CPJI, Serie A, n° 10*, p. 31) (traducción mía del original francés).

425. Para la consideración del primero de esos factores es conveniente tener presente que, de conformidad con el derecho internacional, cuando la evaluación financiera del perjuicio ocasionado por el hecho internacionalmente ilícito consiste en un “lucro cesante”, como en el presente caso, dicha evaluación puede efectivamente hacerse sobre la base de dicho lucro, pero solamente en la *medida en que el lucro cesante en cuestión sea debidamente comprobado* (artículo 36, párrafo 2, de la CDI). Un tribunal internacional tiene que comprobar por lo tanto en qué medida ha habido un “lucro cesante” antes de determinar el montante de la indemnización correspondiente. Además, cuando la evaluación financiera consiguiente del “lucro cesante comprobado” se realiza mediante un método que conlleva diferentes elementos de riesgo y de probabilidad, como es el del “flujo de caja actualizado” utilizado por el Laudo mayoritario, el tribunal debe extremar las cautelas pues como advierte la CDI en el párrafo 26) del comentario al artículo 36:

“...la aplicación del método del flujo de efectivo actualizado (discounted cash flow) para determinar el valor en capital a efectos de indemnización puede plantear dificultades. Este método analiza una amplia gama de elementos de índole intrínsecamente especulativa, algunos de los cuales influyen considerablemente en el resultado (por ejemplo, las tasas de actualización, las fluctuaciones monetarias, la tasa de inflación, el precio de los productos básicos, los tipos de interés y otros riesgos comerciales). Esto ha dado lugar a que los tribunales apliquen dicho método con cautela. De ahí que, aunque los métodos de evaluación basados en los ingresos hayan sido aceptados en principio, se manifiesta una marcada preferencia por los métodos basados en los activos”.

426. La mayoría no ha actuado con suficiente cautela pues el Laudo utiliza una tasa inadecuada de actualización o descuento. Dicha tasa refleja que cuando la Licencia de ENJASA fue revocada quedaban todavía diecisiete años de vigencia a la Licencia. Este elemento temporal es correcto, pero no es el único factor que debe tomarse en consideración respecto de la fijación de dicha tasa. Existía también la posibilidad de poner fin a la Licencia en cualquier momento, antes de su vencimiento, por revocación decidida por el ENREJA de acuerdo con la Ley Provincial 7020 o mediante extinción y/o caducidad automática y de pleno derecho de la Licencia por las causales enunciadas en el artículo 6 del Contrato de licencia. No es, en consecuencia, correcto utilizar en el cálculo de dicha tasa solamente el elemento temporal de los mencionados diecisiete años de vigencia que le quedaban todavía a la Licencia. Debe también tenerse en cuenta en dicho cálculo, además de las deudas de

la empresa, el riesgo de que la Licencia no llegue a su término por efecto de una revocación, caducidad o extinción anticipadas.

427. En otras palabras, a la proyección de las probabilidades de ganancias o ingresos de ENJASA durante los mencionados diecisiete años se le deben sustraer la deuda y además la proyección de las pérdidas como consecuencia de la cuantificación del mencionado riesgo de revocación, caducidad o extinción anticipadas, lo que no ha hecho el Laudo mayoritario. No es aceptable proyectar posibles ganancias y excluir posibles pérdidas. La proyección de ganancias futuras de un título de naturaleza revocable o sujeto a la posibilidad de caducar o de extinguirse antes de la terminación de su vigencia, como sucedía con la Licencia de ENJASA, no puede ser la misma que la de un título que no esté sujeto a dichos condicionantes.
428. La CDI en su comentario al artículo 36 (Indemnización) distingue “tres categorías de ganancias dejadas de obtener”. La tercera categoría concierne precisamente las reclamaciones por lucro cesante que se plantean en relación con las concesiones y otros derechos contractualmente protegidos, destacando la incidencia en la materia de las disposiciones contractuales y de otras limitaciones pertinentes:

“31) ...También en esos casos, la pérdida de renta futura ha sido a veces indemnizada. En el caso de los contratos, lo que se indemniza es la corriente de ingresos futuros hasta el momento en que concluya el reconocimiento legal del título. En algunos contratos ello es inmediato, por ejemplo, cuando el contrato puede ser resuelto a instancias del Estado, o cuando existe otro motivo de resolución del contrato. O puede producirse en una fecha ulterior fijada en las propias cláusulas del contrato.

32) En otras ocasiones, las ganancias dejadas de obtener quedaron excluidas basándose en que no habían sido suficientemente probadas como derecho jurídicamente protegido.... Las declaraciones sobre lucro cesante también están sujetas a la serie habitual de limitaciones del resarcimiento de los daños y perjuicios, como el nexo causal, el grado de proximidad de la causa, los requisitos de prueba y los principios de contabilidad, que tienden a descontar los elementos especulativos de las cifras (de ingresos) proyectadas”.

429. Además de la mencionada indemnización de 21.160.000 dólares de EE.UU. como suma principal, el Laudo mayoritario añade el apartado (3) de su Decisión (párrafo 610(3)) que

la Demandada “es responsable de pagar [...] intereses a una tasa de 4% anual capitalizable anualmente a partir de 13 de agosto de 2013 hasta completar la totalidad de dicho pago” de los mencionados 21.160.000 dólares. En los párrafos 36 a 39 de la presente Opinión ya hemos explicado que la norma del derecho internacional consuetudinario sobre la responsabilidad internacional de Estado que trata del otorgamiento de “intereses” está codificada en el artículo 38 de los Artículos de la CDI.

430. El artículo 38 dispone que debe otorgarse el pago de intereses solamente “en la medida que sea necesaria para asegurar una reparación íntegra” del perjuicio, pues el derecho internacional relativo a la reparación del perjuicio distingue claramente entre la “suma principal” de la indemnización y el otorgamiento de los “intereses” admitidos. Por lo tanto, lo primero que tiene que hacer un tribunal arbitral internacional para otorgar intereses es verificar si ello es necesario para asegurar la reparación íntegra del perjuicio causado por el hecho internacionalmente ilícito en cuestión y, en caso de que sea necesario, explicarlo debidamente en los motivos del laudo. El pago de intereses no pueda presumirse y su otorgamiento debe por lo tanto ser motivado, dado que, si no hay necesidad de pagar intereses para asegurar la reparación íntegra del perjuicio, un tribunal arbitral internacional no está facultado para otorgarlos. Como dice muy oportunamente la CDI en el párrafo (1) de su comentario al artículo 38 “los intereses no constituyen una forma autónoma de reparación” y “tampoco son en todos los casos una parte necesaria de la indemnización”. No se trata, por lo tanto, de intereses de naturaleza reparatoria ni, evidentemente, punitiva. Ni tampoco de utilizar la facultad de otorgar los intereses permitidos por el artículo 38 como una forma disfrazada de otorgar “suma principal” adicional no probada por la parte demandante.
431. Los motivos del Laudo mayoritario no explican de manera satisfactoria porqué *in casu* deben añadirse a la indemnización otorgada intereses para que la reparación íntegra del perjuicio probado quede asegurada. En otras palabras, los motivos no explican con claridad porqué el otorgamiento de intereses elevados es necesario. Además, cuando la suma principal otorgada a los Demandantes ha sido calculada en función del “lucro cesante” de sus ganancias como inversores debe aclararse (como se indica en el párrafo 32) del comentario de la CDI a su artículo 36 sobre la Indemnización) si la indemnización por las rentas dejadas de obtener y el otorgamiento de intereses no crean de hecho un doble

resarcimiento dado que, señala el comentario, el capital generador de las ganancias no puede simultáneamente generar beneficios y devengar intereses.

432. Lo que no tiene explicación posible a la luz de “derecho aplicable, es que los intereses otorgados por el Laudo mayoritario sean “intereses compuestos” dado que en el derecho internacional dichos intereses no son admisibles como lo confirma el rechazo de los tribunales internacionales a la adjudicación de dicho tipo de intereses. También lo confirma el párrafo 8) del comentario de la CDI a su artículo 38 (Intereses) en el que se indica que “la opinión general de que las cortes y tribunales internacionales” ha sido contraria al otorgamiento de “intereses compuestos”. Instituciones judiciales y arbitrales, tales como la CPJI, la CIJ o el Tribunal de Reclamaciones Irán-EE.UU. han denegado de forma consecuente la adjudicación de “intereses compuestos”.
433. Al respecto debe recordarse, una vez más, que este Tribunal Arbitral tiene por mandato del TBI Argentina-Austria la obligación de aplicar también a la reparación del perjuicio (erróneamente constatado por la mayoría) las normas pertinentes del derecho internacional público en vigor que son las consuetudinarias codificadas relativas a la “indemnización” (artículo 36) y a los “intereses” (artículo 38) adoptados por la CDI en 2001. En el párrafo 9) del comentario al artículo 38 la CDI declara que “dada la situación actual del derecho internacional, no puede decirse que un Estado lesionado tenga derecho al otorgamiento de intereses compuestos, en ausencia de circunstancias especiales que justifiquen cierto elemento de interés compuesto como aspecto de la reparación completa”. Si un Estado lesionado no tiene ese derecho en virtud del derecho internacional consuetudinario y el TBI Argentina-Austria no contiene ninguna disposición que derogue convencionalmente esa norma consuetudinaria en favor sus respectivos inversores privados nacionales, estos inversores tampoco pueden tener derecho a que este Tribunal Arbitral les otorgue “intereses compuestos”.
434. En la práctica de los arbitrajes CIADI los tribunales unas veces se han decantado por adjudicar intereses “intereses simples” (por ejemplo, en *CMS Gas Transmisión c. Argentina*, 2005) y en otros casos “intereses compuestos” (por ejemplo, en *MTD Equity c. Chile*, 2004). Ignoro las razones de que en estos últimos casos se hayan otorgado “intereses compuestos” y desconozco también si los “intereses compuestos” otorgados en dichos

casos se basaron en una norma jurídica que tenían la obligación de aplicar el tribunal o si los tribunales lo hicieron actuando a título discrecional. En todo caso, la adjudicación de “intereses compuestos” por los tribunales CIADI no ha ido acompañada, en general, de una adecuada motivación como cabría esperar dado el rechazo por del derecho internacional general del otorgamiento de dicho tipo de intereses.

435. La cita en el Laudo mayoritario del Tribunal *Gemplus c. Mexico* es una de las pocas que explican el otorgamiento de “intereses compuestos” y obviamente carece de autoridad para modificar el derecho internacional codificado por la CDI en su artículo 38. En cuanto al contenido del pasaje citado, la opinión de este árbitro es que la cita no puede ser más errada cuando denomina a la “práctica” de los tribunales internacionales de inversiones “jurisprudencia” y atribuye a esta llamada “jurisprudencia” la facultad de poder derogar el derecho internacional en vigor que este Tribunal Arbitral tiene el deber de aplicar para la determinación de los “intereses” que está facultado a otorgar en virtud del artículo 8 (6) del TBI Argentina-Austria.
436. En el presente caso no cabe la menor duda de que las Partes están en total desacuerdo sobre la cuestión de los “intereses compuestos”. Los Demandantes los han solicitado, pero la Demandada pide al Tribunal Arbitral que “de calcularse intereses, deberían ser bajo computo simple y tasa libre de riesgo a corto plazo” (párrafos 350-356 de su EPA). No hay tampoco por lo tanto un acuerdo entre las Partes en la disputa susceptible de desplazar la norma de derecho internacional general que rechaza los “intereses compuestos”. Así pues, la decisión del Tribunal Arbitral de otorgar “intereses compuestos” no se sustenta ni el derecho internacional aplicable, ni en TBI Argentina-Austria. ni en el acuerdo de las Partes en la controversia. Tampoco estamos en presencia de una de esas “circunstancias especiales” que según la CDI “justifiquen un cierto elemento de interés compuesto como un aspecto de la reparación completa” (Párrafo 9) del comentario de la CDI a su artículo 38).
437. Los “intereses compuestos” del Laudo mayoritario se aplican tanto al periodo anterior como al periodo posterior al Laudo y comienzan a devengarse a partir de la fecha de la adopción de la Resolución 240/13 revocadora de la Licencia, es decir el 13 de agosto de 2013. Esta fecha no tiene en cuenta que entre ella y la fecha de la adopción de la Resolución

315/13, ENJASA continuó con la explotación de los juegos de azar en la Provincia de Salta sin la menor alteración y, en consecuencia, las rentas o ganancias de los Demandantes que la controlaban en el periodo entre las fechas de ambas Resoluciones no parecen, salvo prueba en contrario, haber sido afectadas. Esta anomalía podría ser fuente de un doble resarcimiento. Por otra parte, la tasa de interés del 4% y la “computación anual” del interés compuesto que otorga el Laudo mayoritario son excesivas para la finalidad de asegurar una reparación íntegra en el presente caso. Es un error utilizar una tasa de interés que incorpora una prima de riesgo para actualizar el monto que el Laudo mayoritario otorga a los Demandantes porque la suma que adjudica como indemnización del perjuicio es una suma de dinero cierta y determinada, un activo sin riesgo, y, por consiguiente, debe ser actualizada mediante una tasa libre de riesgo de corto plazo que recompense exclusivamente el *valor tiempo del dinero*, actualización que debe realizarse, como es usual, con la tasa de rendimiento de los bonos del Tesoro de los EE.UU. a un año de plazo. Lo que hace el Laudo mayoritario es aplicar no solo la “prima de inflación esperada” sino también una “prima de riesgo” a un “activo sin riesgo”. Este proceder del Laudo mayoritario desnaturaliza la función limitada que desempeña otorgamiento de intereses de asegurar la reparación íntegra del derecho internacional sobre la responsabilidad internacional del Estado por un hecho internacionalmente ilícito.

438. En suma, ni los “intereses compuestos” ni su aplicación por el Laudo mayoritario están fundados en el derecho internacional aplicable. Por lo tanto, no es lícito ni justo que el Laudo mayoritario imponga a la Demandada dicho tipo de intereses, ni tampoco que en la fecha de 13 de agosto de 2013 comiencen a devengarse tanto los anteriores como los posteriores a la fecha del pronunciamiento del Laudo. En relación con los primeros hay también que ponderar, antes de otorgar ningún tipo de intereses si se justifican a la luz de ciertas consideraciones de equidad así como de los siguientes hechos probados: (i) los Demandantes no habían agotado los recursos judiciales internos de la Demandada en relación con la decisión revocatoria de la Licencia cuando incoaron el presente arbitraje CIADI; (ii) ENJASA continuó sin alteraciones sus actividades de negocio bajo control de los Demandantes hasta la adopción de la Resolución 315/13; (iii) la Demandada no es responsable del tiempo transcurrido por el procedimiento arbitral desde el depósito por los Demandantes de la Solicitud de Arbitraje en el CIADI hasta el depósito por ambas Partes

de los Escritos Posteriores a la Audiencia (24 de enero de 2020), dado que en su desarrollo se procedió según lo decidido por el Tribunal Arbitral en función de lo acordado por las Partes y/o después de haber sido ambas consultadas; y (iv) la Demandada no tiene la menor responsabilidad en que el Tribunal Arbitral haya necesitado para adoptar el Laudo alrededor de año y medio contados a partir de la fecha del depósito de los Escritos Posteriores a la Audiencia.

PARTE V: EL SILENCIO DEL LAUDO MAYORITARIO SOBRE LA CONTRIBUCIÓN DE LOS DEMANDANTES AL PERJUICIO QUE ALEGAN

439. El Laudo incurre también en otro subjetivismo inaceptable en relación con la determinación del *quantum*. Una vez más la víctima es el “derecho aplicable”. Nos referimos al silencio del Laudo mayoritario sobre la contribución de los Demandantes al perjuicio que alegan haber sufrido por la revocación de la Licencia que tenía ENJASA.
440. No es admisible invocar o aplicar el principio de la obligación de reparar íntegramente el perjuicio causado por la comisión de un hecho internacionalmente ilícito (enunciado por la CPJI en el asunto de la *Fábrica de Chorzów*) sin tener en cuenta la eventual contribución al perjuicio de la parte demandante dado que la parte demandada responsable del hecho internacionalmente ilícito en cuestión sólo está obligada a reparar los daños causados efectivamente por ella misma. La jurisprudencia de la CIJ así lo ha confirmado tanto con anterioridad a los Artículos de la CDI sobre la Responsabilidad internacional del Estado de 2001 (por ejemplo, en el caso *Gabcikovo-Nagymaros*), como posteriormente (por ejemplo, en el caso titulado *Certain Activities Carried Out by Nicaragua in the Border Area with Costa Rica*).
441. El texto del artículo 39 (Contribución al perjuicio) de la CDI no puede ser más claro:

“Para *determinar la reparación se tendrá en cuenta* la contribución al perjuicio resultante de la acción o la omisión, intencional o negligente, del Estado lesionado *o de toda persona o entidad en relación con la cual se exija la reparación*” (itálicas añadidas).

El comentario al artículo precisa, *inter alia*, que la disposición del artículo 39: (i) se refiere a situaciones llamadas en los ordenamientos jurídicos nacionales “culpa concurrente”, “*comparative fault*”, “*faute de la victime*” (párrafo 1); (ii) se corresponde al principio de

que el perjuicio, que es consecuencia del hecho internacionalmente ilícito, conlleva la reparación integra - pero nada más, así como que la disposición está en consonancia con la equidad (párrafo 2): (iii) se tienen en cuenta solamente las acciones u omisiones que puedan considerarse intencionales o negligentes, aunque la acción u omisión intencional o negligente no haya llegado a ser grave (párrafo 3); (iv) la pertinencia de cualquier negligencia para la reparación dependerá del grado en que haya contribuido al perjuicio, así como de las demás circunstancias de caso (*ibid*); y (v) la expresión “se tendrá en cuenta” del artículo 39 indica que el artículo trata de factores que pueden afectar tanto a la forma de la reparación como a la reducción de la cuantía.

442. Con posterioridad a la adopción por la CDI en 2001 de los mencionados Artículos sobre la Responsabilidad internacional del Estado y de su endoso ese mismo año por la Asamblea General de la ONU, tribunales arbitrales internacionales en materia de inversiones han declarado que la disposición del artículo 39 de la CDI es declarativa de derecho internacional consuetudinario y ,en la determinación de la reparación, han reducido el monto de la indemnización mediante la aplicación de un porcentaje calculado en función del papel desempeñado por el inversor demandante en la generación del daño o perjuicio que alega. Entre los ejemplos pertinentes al respecto de estos laudos suelen citarse los siguientes:

“BITs are not an insurance against business risks and the Tribunal considers that Claimants should bear the consequences of their own actions as experienced businessmen” (*MTD Equity c. Chile*, laudo, 23 de mayo de 2004, párr. 178);

“El Tribunal concuerda con la noción de que puede reducirse la compensación si la parte demandante tuvo culpa y esa culpa contribuyo al perjuicio sufrido y respecto de la cual quien evalúa los hechos, en ejercicio de su discrecionalidad, considera que la parte demandante debiera tener cierta responsabilidad” (*Occidental Petroleum c. Ecuador*. laudo, 5 de octubre de 2012, párr. 678);

“Art. 39 ILC requires that the Claimants’ conduct be taken into account in determining compensation. Indeed, in investment cases, Tribunals have reduced damages by a percentage reflecting the investor’s role in the events leading to a loss” (*Anatoli Stati c. Kazajistán*, laudo, 19 diciembre de 2013, párr. 1331);

“(A)n award of damages may be reduced if the victim of the wrongful act of the respective State also committed a fault which contributed to the prejudice it suffered and for which the trier of facts, in the exercise of its discretion, considers the

claiming party should bear some responsibility ... Having consider and weighed the arguments that the Parties have presented ...the Tribunal finds that, as a result of the material and significant mis-conduct by Claimants and by Yukos (which they controlled), Claimants have contributed to ... the prejudice which they suffered as a result of Respondent's destruction of Yukos", (*Yukos c. Rusia*, laudo, 18 de julio de 2014, párrs 1612 y 1637);

“(T)he general approach taken in all the decisions, whether treated as causation, contributory fault (based on wilful or negligent act or omission) or unclear hands, is materially the same, deriving from a consistent line of international legal materials. The Tribunal decides to apply that general approach in this case. As further explained below, it decides that the Claimant's injury was cause by both by the Respondent's unlawful expropriation and also by the Claimant's own contributory negligent acts and omissions and unclear hands. Given that the Tribunals draws no distinction between these different concepts for this case, it prefers to refer only to Article 39 of the ILC Articles” (*Copper Mesa c. Ecuador*, laudo, 15 de marzo de 2016, párr. 6.97).

443. Las reducciones del monto de la indemnización dependen evidentemente de la mayor o menor impacto que hayan tenido las acciones u omisiones intencionales o negligentes del inversor demandante en el perjuicio causado en el caso de que se trate, pudiendo llegar a ser muy importantes. Por ejemplo, en el caso *MTD Equity c. Chile* la reducción del monto de la indemnización por contribución al perjuicio del inversor fue de un 50% y en el caso de *Yukos c. Rusia* de un 25 %.
444. Dado que la Decisión del Laudo mayoritario cifra el valor del perjuicio sufrido por el 60% de las acciones de los Demandantes en L&E como efecto de la revocación de la Licencia que tenía ENJASA en un total de 21.660.000 dólares de EE.UU. (párrafo 565 del Laudo), la contribución a dicho perjuicio por CAI y CAIH evaluada por un perito designado por el Tribunal Arbitral debe restarse de dicha cifra para adecuar la conclusión de la mayoría a lo que dispone el artículo 39 de la CDI sobre la Responsabilidad internacional del Estado por hechos internacionalmente ilícitos.
445. En el presente caso no hay la menor duda de que los Demandantes mediante acciones u omisiones intencionales o negligentes han contribuido al perjuicio que alegan. Ellos controlaban, gestionaban, dirigían y administraban ENJASA cuando se fueron sucediendo la mayor parte de las sanciones adoptadas por el ENREJA en respuesta a serias y reiteradas violaciones o incumplimientos por la empresa de las obligaciones de Licenciataria

enunciadas en el artículo 5 de la Ley Provincial N° 7020. Las 21 Resoluciones sancionadoras que precedieron la Resolución 240/13 del ENREJA están probadas y ENJASA (salvo al parecer en uno de esos casos) controlada por los Demandantes admitió la comisión de dichas violaciones o incumplimientos pues no las cuestionó ni por vía administrativa ni acudiendo a los tribunales de justicia. A pesar de las advertencias del ENREJA las violaciones o incumplimientos continuaron lo que fue determinante para que el ENREJA le revocara la Licencia como sanción.

446. Los Demandantes son responsables de dicha “reincidencia inveterada” pues como gestores, dirigentes y administradores de ENJASA contribuyeron al perjuicio que dicen haberles causado la revocación de la Licencia. Además, los Demandantes contribuyeron también a aumentar el perjuicio que alegan por la conducta que adoptaron con posterioridad a la Resolución 240/13. Según los testimonios de los Señores Tucek y Schreiner en las conversaciones que tuvieron lugar durante las semanas siguientes a la revocación de la Licencia de ENJASA sus interlocutores provinciales les propusieron oralmente conservar los Casinos Salta y Boulevard, pero no aceptaron la propuesta. Después del rechazo por la Resolución 315/13 de la reconsideración de la sanción revocatoria, los Demandantes tuvieron, como está documentalmente probado, la oportunidad administrativa de participar en el “plan transitorio” lo que les hubiera permitido obtener la explotación de una nueva licencia o licencias, pero rechazaron la invitación y, de ese modo, la mitigación del perjuicio que alegan en este arbitraje CIADI. En opinión de este árbitro, la evaluación pericial de la contribución de los Demandantes al perjuicio que alegan haber sufrido debería abarcar tanto sus acciones u omisiones intencionadas o negligentes anteriores (que sean relevantes) como las posteriores a las Resoluciones 240/13 y 315/13.

PARTE VI: LA DECISIÓN DEL LAUDO MAYORITARIO SOBRE LOS COSTES DEL ARBITRAJE

447. Este árbitro rechaza la decisión mayoritaria relativa a los costes que en las circunstancias particulares del caso considera inapropiada y contraria a consideraciones elementales de equidad. Soy del parecer que cada una de las Partes corra con sus gastos respectivos y que los gastos comunes sean divididos a partes iguales entre ambas. En lo que respecta a la adición de “intereses” en materia de costes del arbitraje, como hace la fórmula mayoritaria,

me parece aberrante y absolutamente fuera de lugar, por no decir contraria al derecho internacional. El artículo 61 (2) del Convenio CIADI citado no hace ninguna referencia al otorgamiento de intereses. En cuanto a mi experiencia personal, en ninguno de los arbitrajes en materias de inversiones CIADI y CPA en los que he participado como árbitro, se le ocurrió a nadie mencionar o proponer el otorgamiento de intereses en materia de fijación y distribución de gastos.

448. En mi opinión, este Tribunal Arbitral CIADI está facultado para otorgar intereses simples sobre “la suma principal adeudada” para asegurar la reparación íntegra del perjuicio causado por un hecho internacionalmente ilícito de acuerdo con el artículo 38 de la CDI. Pero no lo está para otorgar intereses, cualesquiera que sea su tipo y forma de cálculo, en relación con la suma o sumas decididas sobre “la fijación y distribución de los gastos” del arbitraje, como lo hace la mayoría en el apartado (4) de la Decisión del presente Laudo en su párrafo 607. Estos intereses no guardan relación con la “suma principal adeudada” por la Demandada sino con la ejecución del presente Laudo, que es una cuestión regulada por el ordenamiento doméstico nacional de la sede del Tribunal Arbitral.
449. Tanto la Decisión sobre Jurisdicción como este Laudo sobre el fondo, se basan en decisiones mayoritarias que desconocen el “derecho aplicable” a la presente controversia, definido en el TBI y en la Convención CIADI. El criterio de la “prevalencia” de una parte sobre la otra es inaplicable a la luz del principio de la buena fe procesal que gobierna el arbitraje internacional. Dicha Decisión y este Laudo son decisiones que no están basadas en normas jurídicas de ninguno de los tres ordenamientos que componen el derecho aplicable a la presente controversia, a saber (i) el derecho argentino; (ii) el TBI Argentina-Austria; y (iii) el derecho internacional público. El derecho aplicable es reemplazado por meras interpretaciones subjetivas extremas de criterios doctrinales carentes de normatividad tales como los denominados del “sole effect” y de la “proporcionalidad *strictu sensu*” de los que no hay el menor indicio en el mencionado TBI o en la Convención CIADI.
450. Este Laudo mayoritario es una novedad pues entre los numerosos laudos en materia de inversiones citados por los Demandantes en sus alegatos escritos y orales, ninguno se asemeja a las circunstancias de hecho y de derecho del presente caso. Y es una novedad

negativa para el mantenimiento de un mínimo de seguridad jurídica en las relaciones entre inversores extranjeros y Estados receptores de la inversión. El que un tribunal arbitral CIADI se atribuya el papel de un tribunal de apelación y modifique una decisión administrativa firme, adoptada por el Ente regulador y Autoridad de Aplicación competente del Estado receptor, cuando el derecho interno de dicho Estado es por mandato del propio TBI derecho aplicable a la solución de la presente controversia, es sin duda un atentado inaceptable a la indispensable seguridad jurídica que debe presidir las relaciones entre inversores privados extranjeros y Estados receptores

451. La decisión sobre los costes del Laudo mayoritario agrava dicho efecto al disponer que un inversor extranjero que controla una empresa sancionada por no cumplir con sus obligaciones de Licenciataria relativas a la prevención del lavado de dinero negro pueda, acudiendo a un arbitraje CIADI obtener una declaración de ilicitud de la sanción en cuestión y una indemnización por los efectos adversos de la sanción para la inversión de dicho inversor sin tener que correr con ningún coste del arbitraje, es decir gratuitamente.
452. El mensaje que envía este Laudo mayoritario a dichos inversores extranjeros no puede ser más desestabilizador: (i) No se preocupen de que la empresa privatizada en la que han invertido no viole reiteradamente sus obligaciones legales y/o contractuales de licenciataria o concesionaria; (ii) Un tribunal internacional en materia de inversiones os indemnizará con creces por los efectos adversos que las sanciones que se le apliquen a la empresa por sus incumplimientos puedan tener para vuestra inversión; (iii) Además, lo hará independientemente de lo que disponga el TBI sobre el derecho aplicable a la solución de las controversias entre el inversor y Estados receptor; (iv) Tampoco tendrá en cuenta el hecho que controlabais gestionabais, dirigíais y administrabais la empresa cuando ésta violó las normas causantes de la sanción; y (v) Ni de que el riesgo empresarial corre a cargo del al inversor/empresario según el derecho internacional relativo a las inversiones.

PARTE VII: LAS REFERENCIAS DEL LAUDO MAYORITARIO A LA PRESENTE OPINIÓN DISIDENTE

453. El Laudo Mayoritario se refiere en algunas de sus notas de pie de página a cuestiones puntuales tratadas en la presente Opinión Disidente. Catorce de esas notas conciernen cuestiones relativas a la responsabilidad por expropiación indirecta, una a la

responsabilidad por expropiación directa, cinco a la indemnización y una a los gastos del arbitraje. La mayor parte de dichas referencias van acompañadas de comentarios o insinuaciones que rechazo en su totalidad por ser contrarias todas ellas al “derecho aplicable” a la presente controversia definido en el artículo 8(6) del TBI Argentina-Austria como ya se ha expuesto con todo detalle, en cada uno de los contextos relevantes, a lo largo de la presente Opinión. Por lo tanto, no considero necesario añadir nada a lo ya dicho en respuesta a los comentarios o insinuaciones de la mayoría en las mencionadas notas de pie de página.

Dr. Santiago Torres Bernárdez
Árbitro

Fecha: 25 de octubre de 2021