

**CENTRO INTERNACIONAL DE ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A  
INVERSIONES**

Enel Green Power S.p.A.	)	
	)	
Demandante,	)	
	)	
c.	)	Caso CIADI No. ARB/13/18
	)	
La República de El Salvador	)	
	)	
Demandado.	)	

**DÚPLICA DE LA REPÚBLICA DE EL SALVADOR**  
**A LA SOLICITUD DE MEDIDAS PROVISIONALES DE LA DEMANDANTE**

Fiscalía General de la República  
de El Salvador

Foley Hoag LLP

## ÍNDICE

I.	Introducción .....	1
II.	Las medidas provisionales solicitadas por la Demandante no cumplen con los requisitos y por lo tanto no pueden ser otorgadas.....	5
A.	La Demandante no ha probado que las medidas provisionales que ha solicitado sean necesarias. ....	5
B.	La Demandante no ha probado que las medidas provisionales que ha solicitado sean urgentes. ....	10
1.	La medida solicitada sobre la decisión de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia y su cumplimiento por la Asamblea Legislativa de El Salvador no es urgente .....	12
2.	La medida solicitada sobre los procedimientos ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia tampoco es urgente .....	13
3.	La medida solicitada con respecto al proceso penal tampoco es urgente.....	15
C.	No existe un derecho materia de la controversia que se encuentre amenazado.....	22
D.	Razones adicionales para no otorgar las medidas provisionales solicitadas por la Demandante. ....	29
III.	Es evidente a primera vista que no existe jurisdicción .....	31
A.	Los argumentos de la Demandante intentando justificar su Solicitud de Medidas Provisionales son la mejor evidencia que la Solicitud de Arbitraje fue presentada prematuramente. ....	31
B.	Otros asuntos de jurisdicción deberán esperar hasta una futura fase de este arbitraje. ....	34
IV.	Conclusión .....	34
V.	Petición .....	37

## ÍNDICE DE AUTORIDADES LEGALES

### CASOS

<i>Burimi S.R.L. and Eagle Games S.H.A v. Republic of Albania</i> , ICSID Case No. ARB/11/18, Procedural Order No. 2 (Provisional Measures Concerning Security for Costs) .....	11
Case concerning <i>Certain Criminal Proceedings in France</i> (Republic of the Congo v. France), Request for the Indication of a Provisional Measure, Order of 17 June 2003, I.C.J. Reports 102. 8	
<i>CEMEX Caracas Investments B.V. and CEMEX Caracas II Investments B.V. v. Bolivarian Republic of Venezuela</i> , ICSID Case No. ARB/08/15, Decision on the Claimants' Request for Provisional Measures, Mar. 3, 2010 .....	6, 9, 24
<i>Emilio Agustín Maffezini c. El Reino de España</i> , Caso CIADI No. ARB/97/7, Decisión del Tribunal sobre Excepciones a la Jurisdicción, 25 de enero de 2000 .....	22, 28
<i>Helnan International Hotels A/S v. The Arab Republic of Egypt</i> , ICSID Case No. ARB/05/19, Decision on Claimant's Request for Provisional Measures, May 17, 2006 .....	29
<i>Inceysa Vallisoletana S.L. c. República de El Salvador</i> , Caso CIADI No. ARB/03/26, Laudo, 2 de agosto de 2006.....	4
<i>LaGrand Case</i> (Germany v. United States of America), Request for Indication of Provisional Measures, Order of 3 March 1999, I.C.J. Reports 9 .....	8
<i>Lao Holdings N.V. v. The Lao People's Democratic Republic</i> , ICSID Case No. ARB(AF)/12/6, Ruling on Motion to Amend the Provisional Measures Order, May 30, 2014.....	16
<i>Occidental Petroleum Corporation y Occidental Exploration and Production Company c. la República del Ecuador</i> , Caso CIADI ARB/06/11, Decisión sobre medidas provisionales, 17 de agosto de 2007 .....	passim
<i>Phoenix Action, Ltd. v. The Czech Republic</i> , ICSID Case No. ARB/06/5, Decision on Provisional Measures, Apr. 6, 2007 .....	6, 28
<i>Plama Consortium Ltd. v. Republic of Bulgaria</i> , ICSID Case No. ARB/03/24, Order [on Provisional Measures], Sept. 6, 2005.....	7, 9, 23, 27
<i>Plama v. Bulgaria</i> .....	28
<i>Quiborax S.A., Non Metallic Minerals S.A. y Allan Fosk Kaplún c. Estado Plurinacional de Bolivia</i> , Caso CIADI No. ARB/06/2, Decisión sobre medidas provisionales, 26 de febrero de 2010.....	9, 16

<i>Saipem S.p.A v. The People's Republic of Bangladesh</i> , ICSID Case No ARB/05/07, Decision on Jurisdiction and Recommendation on Provisional Measures, Mar. 21, 2007.....	30
<i>SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Islamic Republic of Pakistan</i> , ICSID Case No. ARB/01/13, Procedural Order No. 2 [on provisional measures], Oct. 16, 2002 .....	28
<i>Tanzania Electric Supply Company Limited v. Independent Power Tanzania Limited</i> , ICSID Case No. ARB/98/8, Decision on the Respondent's Request for Provisional Measures (Appendix A to the Award), Dec. 20, 1999 .....	30
<i>Tethyan Copper Company Pty Limited v. The Islamic Republic of Pakistan</i> , ICSID Case No. ARB/12/1, Decision on Claimant's Request for Provisional Measures, Dec. 13, 2012 .....	7
<i>Tokios Tokelès v. Ukraine</i> , ICSID Case, No. ARB/02/18, Order No. 3, Jan. 18, 2005.....	7, 8, 27

## **LEYES**

<i>Código Procesal Civil y Mercantil de El Salvador</i> , Decreto Legislativo No. 712, 18 de septiembre de 2008, publicado en el Diario Oficial No. 224, Tomo 381 del 27 de noviembre de 2008, <i>reformado por</i> Decreto Legislativo No. 319, 15 de abril de 2010, publicado en el Diario Oficial No. 100, Tomo 387 del 31 de mayo de 2010.....	21
<i>Código Procesal Penal de El Salvador</i> , Decreto Legislativo No. 904, 4 de diciembre de 1996, publicado en el Diario Oficial No. 11, Tomo 344 del 20 enero de 1997 .....	21

## **OTRAS**

Christoph H. Schreuer, <i>The ICSID Convention: A Commentary</i> (2nd ed. 2009).....	6
OECD, <i>Issues Paper on Corruption and Economic Growth</i> .....	3

## I. INTRODUCCIÓN

1. Este es un caso simple, pero no por las razones que aduce la Demandante. Es un caso simple porque puede verse a simple vista que la Demandante inició este arbitraje prematuramente el 2 de agosto de 2013 para tratar de mantener abierta la única posibilidad de acceso a un arbitraje bajo el Convenio del CIADI antes de que la reforma a la Ley de Inversiones de El Salvador entrara en efecto el 4 de septiembre del 2013. El caso también es simple porque puede verse sin mucho esfuerzo que ENEL intenta utilizar la posibilidad de solicitar medidas provisionales bajo el Convenio del CIADI para que este Tribunal le ordene al Estado salvadoreño que no ejerza sus funciones legítimas y soberanas de investigar actos de corrupción. Finalmente, el caso es simple porque las medidas provisionales solicitadas por la Demandante no pueden ser otorgadas, puesto que, simplemente, no cumplen con los requisitos necesarios bajo el Convenio del CIADI.

2. La Demandante pretende a través de su solicitud de medidas provisionales que este Tribunal:

- le ordene a la Asamblea Legislativa de El Salvador que no cumpla una decisión vinculante de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, *emitida un año antes de que la Demandante presentara su Solicitud de Arbitraje;*
- le ordene a la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia detener proceso contencioso administrativos *que iniciaron tres meses antes de que la Demandante presentara su Solicitud de Arbitraje;*
- le ordene a la Fiscalía General de la República y a jueces del sistema judicial salvadoreño, que detengan un proceso penal contra nueve personas naturales, de las cuales sólo una es un ex empleado de ENEL, y de otros procesados civilmente, como resultado de una investigación *que comenzó y fue públicamente conocida seis meses antes de que la Demandante presentara su Solicitud de Arbitraje;* y

- le ordene a todos los órganos e instituciones del Estado salvadoreño que no ejerzan a futuro ninguna de sus facultades soberanas con respecto a la Demandante, sujeto a lo que la Demandante a su propio criterio decida que puede afectar sus intereses.

3. Nunca en la historia del CIADI ha sido solicitada, ni mucho menos admitida, una Solicitud de Medidas Provisionales con un alcance y un grado de interferencia tan grande en el ejercicio de las funciones soberanas de un Estado como lo que pretende ENEL con su Solicitud.

4. El Salvador considera que el objetivo principal de la Demandante con su Solicitud de Medidas Provisionales es detener las investigaciones penales en El Salvador. Sin embargo, el interés legítimo del Estado por determinar la legalidad del proceso por el cual ENEL fue seleccionado como socio estratégico de CEL es contundente, indiscutible e incuestionable. Este proceso forma parte de una lucha general contra la corrupción entre los funcionarios y políticos de alto nivel en El Salvador.

5. Sin duda el Tribunal tendrá en cuenta la importancia de la lucha contra la corrupción globalmente, y en El Salvador en particular. Un reciente informe de la OECD concluye lo siguiente respecto a los efectos nefastos de esta lacra en el mundo:

A widely quoted estimate by the World Bank (2013) puts the total amount of bribes paid in both developing and developed countries in 2001/2002 at 1 trillion dollars, about 3 % of world GDP at the time. This estimate does not include embezzlement of public funds or theft of public assets, which are extremely difficult to estimate, although it is known by now that deposed kleptocrats in Indonesia, Nigeria, and Zaire for example embezzled tens of billions of dollars while in office. Shocking as these figures may be, they are not a good measure of the cost of corruption because they represent transfers of financial assets between individuals, or from the state to the kleptocrat, affecting income and wealth distribution, but not necessarily output.

The real (social) cost of corruption is inflicted indirectly by changing individuals' and firms' incentives structures, which can lead to lower productivity of scarce resources, including labour as well as physical and human capital. In addition it is likely to reduce the accumulation of both physical and human capital and/or

lower their quality. Corruption's detrimental effect on the efficiency of resource allocation operates through the weakening of market mechanisms, the reduction in the quantity and quality of public goods supplied by governments, the diversion of entrepreneurial talent and real resources to rent seeking, and the subversion of government regulation aimed at mitigating the effects of externalities.<sup>1</sup>

6. Además, como señala la OECD, la corrupción no se limita al soborno de funcionarios públicos, que es solamente una de las tres categorías de corrupción identificadas por la OECD con un efecto corrosivo sobre la economía mundial y las economías nacionales de los Estados. Las otras dos son abuso de recursos públicos y favoritismo, que la OECD define de la siguiente manera:

**Theft of public assets** can occur as unilateral embezzlement by public officials or through the collusion of public officials and private agents. Apart from the illegal transfer of real or financial public assets at below-market prices, it includes evasion of taxes and other legal payments to the public sector, as well as diversion of public funds from their intended use into private pockets.

**Corruption in the form of patronage** (sometimes called favouritism, nepotism, clientelism) consists of the preferential treatment of firms and/or individuals by public officials regarding the compliance with government rules for the allocation of government contracts or transfer payments. The private sector counterpart consists of "special favours" in the form of financial rewards or professional opportunities granted to the public official involved.<sup>2</sup>

7. El Salvador está en medio de una difícil lucha contra cada uno de estos tres tipos de corrupción. La investigación en este caso se da en el contexto de una serie de irregularidades en el manejo de la CEL en el pasado con respecto a varias empresas extranjeras, con la pérdida

---

<sup>1</sup> OECD, *Issues Paper on Corruption and Economic Growth*, página 5, disponible en <http://www.oecd.org/g20/topics/anti-corruption/Issue-Paper-Corruption-and-Economic-Growth.pdf> (**Autoridad RL-23**).

<sup>2</sup> OECD, *Issues Paper on Corruption and Economic Growth*, página 6.

para el Estado de cientos de millones de dólares, sin la posibilidad de iniciar investigaciones penales en todos esos casos porque los posibles delitos ya habrían prescrito.<sup>3</sup> Pero en este caso, algunos de los posibles delitos aún no habían prescrito. El Fiscal General de la República y los tribunales de justicia de El Salvador han encontrado indicios suficientes de corrupción con respecto a la selección de ENEL como el socio estratégico en LaGeo, para justificar: 1) una investigación, 2) cargos penales y de responsabilidad civil y 3) medidas cautelares.

8. La Demandante intenta descalificar la lucha anti-corrupción de El Salvador, pintándola como un intento de interferir con la jurisdicción de este Tribunal. Pero en realidad la Demandante es quien está intentando utilizar este arbitraje para interferir con las investigaciones penales. El Salvador no pretende de ninguna manera interferir con el buen funcionamiento de este arbitraje. El Salvador es un Estado contratante del Convenio del CIADI y ha concluido múltiples tratados bilaterales y multilaterales aceptando la jurisdicción de tribunales internacionales. El Salvador ha sido demandado cuatro veces por inversionistas extranjeros en arbitrajes bajo el Convenio del CIADI y ha prevalecido en dos de estos arbitrajes. Entre ellos, El Salvador resultó victorioso en un arbitraje en el que el inversionista extranjero había efectuado su inversión utilizando medios fraudulentos.<sup>4</sup> Ahora ese laudo es citado como ejemplo del principio que una inversión realizada en contravención a las leyes de un Estado puede ser excluida de los beneficios de tratados o leyes de inversiones domésticas. Los otros dos arbitrajes, incluyendo el actual, están aún en curso. Por lo tanto, El Salvador no necesita utilizar los poderes del Estado

---

<sup>3</sup> Ver Geovani Galeas, *Nejapa Power, Duke Energy, ENEL. La danza de los millones perdidos*, La Página, 6 de mayo de 2014 (**Anexo R-12**).

<sup>4</sup> *Inceysa Vallisoletana S.L. c. República de El Salvador*, Caso CIADI No. ARB/03/26, Laudo, 2 de agosto de 2006 (**Autoridad RL-24**).

para defenderse contra reclamaciones infundadas convertidas en demandas de arbitraje internacional.

9. Además, El Salvador se ha comprometido a que los derechos de ENEL y de sus ex empleados serán respetados y que ellos podrán defenderse y gozar de las presunciones y garantías normales en los procedimientos ante las cortes salvadoreñas. Pero más allá de este compromiso, las medidas provisionales solicitadas por ENEL no pueden ser otorgadas porque no cumplen con los requisitos necesarios bajo el Convenio del CIADI.

## **II. LAS MEDIDAS PROVISIONALES SOLICITADAS POR LA DEMANDANTE NO CUMPLEN CON LOS REQUISITOS Y POR LO TANTO NO PUEDEN SER OTORGADAS**

10. La Demandante tiene la carga de la prueba con respecto a las medidas provisionales que solicita. La Demandante debía demostrar que cada una de las medidas provisionales que ha solicitado es 1) urgente y 2) necesaria 3) para prevenir daños irreparables a derechos materia de la controversia y, además, 4) la Demandante tiene que haber ofrecido los elementos que le permitan al Tribunal concluir que, a primera vista, existe una base jurisdiccional para su demanda.

11. Esta carga no ha sido satisfecha. Ninguna de las cuatro medidas provisionales solicitadas por ENEL puede ser otorgada, porque a todas ellas les falta al menos uno de estos requisitos.

### **A. LA DEMANDANTE NO HA PROBADO QUE LAS MEDIDAS PROVISIONALES QUE HA SOLICITADO SEAN NECESARIAS.**

12. Una medida es necesaria cuando se la requiere para prevenir un daño irreparable a un derecho en disputa (o si se trata de derechos de alcance general, como los derechos procesales, debe estar relacionado directamente con los que son materia directa de la

controversia).<sup>5</sup> La Demandante en sus Observaciones Adicionales a la Solicitud de Medidas Provisionales reitera su infundada y errónea afirmación de que no se requiere demostrar necesidad y urgencia como requisitos para el otorgamiento de medidas provisionales y sin dar más razones se remite a lo dicho en su Solicitud, en la cual arguye que tal exigencia no está contenida en el texto del artículo 47 del Convenio del CIADI.<sup>6</sup>

13. Es bien conocido que el artículo 47 del Convenio del CIADI se redactó teniendo en mente a la disposición equivalente del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia,<sup>7</sup> cuya jurisprudencia, como El Salvador recordó en su Respuesta,<sup>8</sup> es uniforme en cuanto a que el artículo 41 de dicho Estatuto, que tampoco menciona en su texto expresamente este requisito, sin embargo lo comprende. Así lo reconoció la CIJ en todos los casos ya mencionados por El Salvador en su Respuesta<sup>9</sup> y lo han reiterado también los tribunales del CIADI, como lo recuerda la decisión sobre medidas provisionales en el caso *Occidental contra Ecuador*, que califica a la exigencia de estos requisitos como un "principio firmemente establecido":

---

<sup>5</sup> Respuesta de la República de El Salvador a la Solicitud de Medidas Provisionales de la Demandante, párrafos 84, 88 ("Respuesta de la República de El Salvador a la Solicitud de Medidas Provisionales"). Al respecto, *Occidental Petroleum Corporation y Occidental Exploration and Production Company c. la República del Ecuador*, Caso CIADI ARB/06/11, Decisión sobre medidas provisionales, 17 de agosto de 2007, párrafos 59-61 ("*Occidental Petroleum c. Ecuador*") (RL-1).

<sup>6</sup> Observaciones Adicionales a la Solicitud de Medidas Provisionales de la Demandante, párrafo 74 ("Observaciones Adicionales a la Solicitud de Medidas Provisionales").

<sup>7</sup> Ver Christoph H. Schreuer, *The ICSID Convention: A Commentary* (2nd ed. 2009), página 759 (RL-2(bis)). Ver también, *CEMEX Caracas Investments B.V. and CEMEX Caracas II Investments B.V. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB/08/15, Decision on the Claimants' Request for Provisional Measures, Mar. 3, 2010, párrafos 40-41 ("*CEMEX v. Venezuela*") (RL-11); *Phoenix Action, Ltd. v. The Czech Republic*, ICSID Case No. ARB/06/5, Decision on Provisional Measures, Apr. 6, 2007, párrafo 33 ("*Phoenix Action v. Czech Republic*") (RL-12); *Occidental Petroleum c. Ecuador*, párrafo 59 (RL-1).

<sup>8</sup> Respuesta de la República de El Salvador a la Solicitud de Medidas Provisionales, párrafo 84.

<sup>9</sup> Respuesta de la República de El Salvador a la Solicitud de Medidas Provisionales, párrafo 84, nota 36.

Otro principio firmemente establecido es que sólo pueden concederse medidas provisionales en situaciones de necesidad y urgencia, para proteger derechos que a falta de esas medidas se perderían definitivamente. Es un hecho no controvertido que las medidas provisionales son medidas extraordinarias, que no pueden recomendarse a la ligera. En otros términos, se requieren, conforme al artículo 47 del Convenio del CIADI, cuando son necesarias para salvaguardar los derechos de una parte y cuando esa necesidad es urgente, para evitar un daño irreparable. La jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia en la materia es firme: una medida provisional es necesaria cuando los actos de una parte "pueden causar o amenazan causar un perjuicio irreparable a los derechos que se invocan", y es urgente cuando "es probable que se realicen actos perjudiciales para los derechos de cualquiera de las dos partes antes de que se adopte esa decisión definitiva."<sup>10</sup>

14. En sus Observaciones Adicionales a la Solicitud de Medidas Provisionales, la Demandante parece entender que la necesidad y la urgencia son una misma cosa y que se resumen ambas en la constatación de si "la conducta que se pretende evitar podría tener lugar antes del laudo final."<sup>11</sup> Más que de una confusión, se trata simplemente de un intento de la Demandante por esquivar la carga de probar la necesidad, con todo lo que ello conlleva. Al negar la existencia de este requisito y confundirlo con la urgencia, intenta pasar por alto los elementos que integran el concepto de necesidad aplicado a las medidas provisionales y que, por ello, debieron ser materia de prueba: el daño que amenaza a un derecho en disputa, debe ser irreparable.<sup>12</sup>

---

<sup>10</sup> *Occidental Petroleum c. Ecuador*, párrafo 59 (RL-1). La misma exigencia se reitera, por ejemplo en *Plama Consortium Ltd. v. Republic of Bulgaria*, ICSID Case No. ARB/03/24, Order [on Provisional Measures], Sept. 6, 2005, párrafos 38, 40 ("*Plama v. Bulgaria*") (RL-14). Igualmente en *Tokios Tokelès v. Ukraine*, ICSID Case, No. ARB/02/18, Order No. 3, Jan. 18, 2005, párrafo 8 ("*Tokios Tokelès v. Ukraine*, Order No. 3") (RL-13). Ver también, *Phoenix Action v. Czech Republic*, párrafos 32-34 (RL-12); *Tethyan Copper Company Pty Limited v. The Islamic Republic of Pakistan*, ICSID Case No. ARB/12/1, Decision on Claimant's Request for Provisional Measures, Dec. 13, 2012, párrafo 118 (**Autoridad RL-25**).

<sup>11</sup> Observaciones Adicionales a la Solicitud de Medidas Provisionales, párrafo 74.

<sup>12</sup> Respuesta de la República de El Salvador a la Solicitud de Medidas Provisionales, párrafo 92.

15. La jurisprudencia de la CIJ, así como la de los tribunales CIADI, han dejado bien establecido que la necesidad de medidas provisionales se define por la amenaza de un daño irreparable, como se aprecia particularmente en el caso de *Ciertos procedimientos criminales en Francia* (República del Congo contra Francia)<sup>13</sup> así como en el caso *LaGrand*,<sup>14</sup> en el cual las Demandantes intentan también apoyarse.<sup>15</sup> En este caso la Corte dice que el otorgamiento de medidas provisionales "*presupone*" que hay un daño irreparable que amenaza a un derecho.

16. La misma Demandante cita la decisión sobre medidas provisionales en *Tokios Tokelés contra Ucrania*,<sup>16</sup> un caso en que el tribunal en su Orden Procesal No. 1 sobre Medidas Provisionales confirma que la jurisprudencia aplicable al artículo 47 del Convenio del CIADI, incluye no solamente los requisitos de necesidad y urgencia, sino que menciona también el elemento que la Demandante ha intentado evitar: la inclusión de la naturaleza *irreparable* del daño entre las circunstancias bajo las cuales procedería que se ordene medidas provisionales.<sup>17</sup>

---

<sup>13</sup> Case concerning *Certain Criminal Proceedings in France* (Republic of the Congo v. France), Request for the Indication of a Provisional Measure, Order of 17 June 2003, I.C.J. Reports 102, párrafo 22 (RL-10) ("[T]he power of the Court to indicate provisional measures to maintain the respective rights of the parties is to be exercised only if there is an urgent need to prevent *irreparable prejudice* [...].") (énfasis añadido).

<sup>14</sup> *LaGrand Case* (Germany v. United States of America), Request for Indication of Provisional Measures, Order of 3 March 1999, I.C.J. Reports 9, párrafo 22 (MP-12) ("Whereas the power of the Court to indicate provisional measures under Article 41 of its Statute is intended to preserve the respective rights of the parties pending its decision, and presupposes that *irreparable prejudice* shall not be caused to rights which are the subject of a dispute in judicial proceedings [...].") (énfasis añadido).

<sup>15</sup> Solicitud de Medidas Provisionales por la Demandante, párrafo 85, nota 45 ("Solicitud de Medidas Provisionales").

<sup>16</sup> Solicitud de Medidas Provisionales, párrafo 90, nota 51.

<sup>17</sup> *Tokios Tokelés v. Ukraine*, Order No. 3, párrafo 8 (RL-13) ("The international jurisprudence on provisional measures indicates that a provisional measure is necessary where the acts of a party 'are capable of causing or of threatening *irreparable prejudice* to the rights invoked") (énfasis añadido).

17. No es cierto que la Demandante haya demostrado, como afirma,<sup>18</sup> la presencia en este caso de un daño irreparable. Alegando la supuesta futilidad de tal prueba,<sup>19</sup> ni siquiera se ha ocupado del concepto.

18. Daño irreparable es el que no puede remediarse con un laudo que ordene una compensación monetaria. Así lo advirtió El Salvador<sup>20</sup> remitiéndose a la decisión en *Plama contra Bulgaria*.<sup>21</sup> En *Occidental contra Ecuador* el tribunal estableció claramente que, aun cuando pudiere haber daño que amenace a un derecho en disputa, no puede considerarse ese daño irreparable si es susceptible de compensación monetaria<sup>22</sup> y más recientemente en *CEMEX contra Venezuela*, el tribunal ha hecho un recuento de la historia jurisprudencial del concepto de daño irreparable tanto en la CIJ como en los tribunales CIADI y ha concluido que solamente cuando el daño no podría ser completa o suficientemente compensado monetariamente, se ha otorgado medidas provisionales para proteger una inversión en beneficio de ambas partes.<sup>23</sup> Con este antecedente, el tribunal de *CEMEX* consideró que como el daño que las demandantes sufrirían con el embargo consistiría exclusivamente en una pérdida económica susceptible de compensarse monetariamente, no cabía que se otorgaran medidas provisionales.<sup>24</sup>

---

<sup>18</sup> Observaciones Adicionales a la Solicitud de Medidas Provisionales, párrafo 74.

<sup>19</sup> Observaciones Adicionales a la Solicitud de Medidas Provisionales, párrafo 74.

<sup>20</sup> Respuesta de la República de El Salvador a la Solicitud de Medidas Provisionales, párrafo 92.

<sup>21</sup> Respuesta de la República de El Salvador a la Solicitud de Medidas Provisionales, párrafo 92, nota 50. Ver *Plama v. Bulgaria*, párrafo 46 (RL-14).

<sup>22</sup> *Occidental Petroleum c. Ecuador*, párrafo 92 (RL-1). Véase también, *Quiborax S.A., Non Metallic Minerals S.A. y Allan Fosc Kaplún c. Estado Plurinacional de Bolivia*, Caso CIADI No. ARB/06/2, Decisión sobre medidas provisionales, 26 de febrero de 2010, párrafo 156 ("*Quiborax c. Bolivia*") (RL-6).

<sup>23</sup> *CEMEX v. Venezuela*, párrafos 49, 55 (RL-11).

<sup>24</sup> *CEMEX v. Venezuela*, párrafo 58 (RL-11).

19. En el presente caso, como El Salvador ha demostrado y se resume más adelante, no existe un derecho controvertido que se encuentre amenazado y menos por un daño que no pueda compensarse monetariamente. La única relación existente entre ENEL e INE—que es el vínculo que según la Demandante tiene con El Salvador—es una relación de naturaleza comercial en cuya virtud, según alega la Demandante, ENEL tendría derecho a participar como accionista de LaGeo y a incrementar su participación accionaria hasta controlar la compañía.<sup>25</sup> Aún en la hipótesis de que ese derecho existiese y fuese desconocido o arrebatado por completo mediante alguna acción ilegal, el daño sería plena y totalmente compensable con una indemnización monetaria, como lo reconoce la misma Demandante al pedir, en su Solicitud de Arbitraje que el Tribunal "[o]rdene a El Salvador compensar a ENEL por el daño causado, incluyendo interés pre y post laudo, y soportar todos los costos y costas de este procedimiento arbitral."<sup>26</sup> Como el alegado daño es monetariamente compensable de manera plena, no es entonces un daño irreparable. Al no haber daño irreparable, las medidas provisionales no son necesarias.

**B. LA DEMANDANTE NO HA PROBADO QUE LAS MEDIDAS PROVISIONALES QUE HA SOLICITADO SEAN URGENTES.**

20. Al reducir el requisito de urgencia a una simplista relación cronológica con la emisión del laudo, la Demandante evadió probar ese requisito y perdió la posibilidad de hacerlo. Aunque lo hubiese intentado, tal prueba habría resultado imposible, porque no hay en los hechos relatados en su Solicitud amenaza de daño que amerite una respuesta urgente bajo la forma de una medida provisional.

---

<sup>25</sup> Solicitud de Arbitraje por la Demandante, párrafos 27, 61, 63 ("Solicitud de Arbitraje").

<sup>26</sup> Solicitud de Arbitraje, párrafo 68(c).

21. Como El Salvador indicó en su Respuesta,<sup>27</sup> una medida es urgente cuando el daño irreparable que amenaza al derecho en disputa es:

- (1) Inminente: esto significa que su ocurrencia no solamente es próxima en el tiempo, sino que, sobre todo, no depende de la concurrencia de otros factores que podrían suceder o no. Así lo explicó al decidir sobre las medidas provisionales solicitadas por Albania el tribunal en *Burimi contra la República de Albania*. Luego de recordar, citando a *Occidental*, que las medidas provisionales están concebidas para proteger un derecho de un daño *inminente* y no de uno meramente potencial o hipotético,<sup>28</sup> agregó:

The measure is not necessary because the harm it seeks to avoid *is not imminent but contingent on future action or inaction* ... The Tribunal is unwilling to find imminent danger of harm based on the Respondent's speculation about the Claimants' future conduct.<sup>29</sup>

- (2) Ahora bien, para que sea inminente la amenaza de daño debe ser cierta, es decir no meramente especulativa o hipotética. El mismo tribunal en *Burimi*:

For similar reason, the matter *is not urgent*. Because the alleged harm is *speculative*, there is no basis for finding that the matter cannot await the outcome of an award.<sup>30</sup>

El mismo principio fue reiterado en *Occidental*:

Las medidas provisionales no están destinadas a brindar protección frente a los prejuicios potenciales o hipotéticos a que puedan dar lugar actos de los que no existe certeza, sino a brindar protección a la parte solicitante frente a perjuicios inminentes.<sup>31</sup>

22. Ahora bien, ninguno de los actos que las autoridades salvadoreñas realizaron en ejercicio legítimo de sus atribuciones y que según la Demandante constituirán una amenaza a los

---

<sup>27</sup> Respuesta de la República de El Salvador a la Solicitud de Medidas Provisionales, párrafos 94-95.

<sup>28</sup> *Burimi S.R.L. and Eagle Games S.H.A v. Republic of Albania*, ICSID Case No. ARB/11/18, Procedural Order No. 2 (Provisional Measures Concerning Security for Costs), párrafo 35 ("*Burimi v. Albania*") (**Autoridad RL-26**).

<sup>29</sup> *Burimi v. Albania*, párrafo 39 (énfasis añadido) (RL-26).

<sup>30</sup> *Burimi v. Albania*, párrafo 40 (énfasis añadido) (RL-26).

<sup>31</sup> *Occidental Petroleum c. Ecuador*, párrafo 89 (RL-1).

derechos en disputa, particularmente a sus supuestos derechos procesales, conlleva en realidad amenaza alguna de un daño inminente.

1. La medida solicitada sobre la decisión de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia y su cumplimiento por la Asamblea Legislativa de El Salvador no es urgente

23. La decisión de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador fue emitida el 27 de junio de 2012, *un año antes que ENEL presentara el 2 de agosto de 2013 su Solicitud de Arbitraje*. Se trata de una decisión adoptada dentro de un procedimiento de inconstitucionalidad de varias disposiciones legales y reglamentarias,<sup>32</sup> iniciado con mucha anterioridad, el 20 de noviembre de 2008.<sup>33</sup> La sentencia es una resolución de alcance general, no referida por consiguiente a la Demandante ni a sus derechos, ni siquiera referida específicamente a la concesión de LaGeo, sino a la potestad para otorgar concesiones y a la duración de éstas. En cuanto a las concesiones otorgadas con anterioridad a la declaratoria de inconstitucionalidad, según relata la propia Demandante, "se conservarán vigentes hasta que la Asamblea Legislativa revise las condiciones bajo las que fueron pactadas, debiéndoles, entre otras cosas, fijar un plazo para su finalización."<sup>34</sup> Varias conclusiones pueden obtenerse de lo dicho:

- (1) Siendo anterior a la Solicitud de Arbitraje, no puede decirse que agrave la supuesta disputa. De hecho, la emisión de la sentencia por la Sala de lo Constitucional es una de las razones invocadas por la Demandante para el surgimiento de la disputa, de manera que forma parte constitutiva de ésta. No es un acto posterior al sometimiento de la controversia al CIADI que altere el *status quo ante*, agravando la disputa.

---

<sup>32</sup> Así lo reconoce la Demandante en su Solicitud de Arbitraje, párrafo 45.

<sup>33</sup> Ver Página web de Consulta de Expedientes de la Sala de lo Constitucional, Expediente 28-2008 (R-9).

<sup>34</sup> Solicitud de Arbitraje, párrafo 45.

- (2) Tampoco es posible desde el punto de vista lógico que la sentencia dictada por la Sala de lo Constitucional interfiera con la exclusividad de jurisdicción del CIADI, porque se trata de un procedimiento jurisdiccional que concluyó ya, precisamente con la emisión de la sentencia.
- (3) En cualquier caso, la sentencia no afecta en absoluto los derechos sustantivos que la Demandante dice constituyen materia de la controversia, porque tales derechos se limitarían, según la propia Demandante, a su participación accionaria en LaGeo,<sup>35</sup> cuestión de la cual la sentencia de la Sala de lo Constitucional no se ocupa.
- (4) En cuanto a la futura determinación por la Asamblea Legislativa sobre la situación de las concesiones otorgadas con anterioridad a la sentencia, entre ellas la concesión a LaGeo, aún en la no admitida hipótesis de que amenazara de algún modo algún derecho de la Demandante, se trataría de un peligro incierto, meramente hipotético y, por consiguiente no entrañaría urgencia. En efecto, no se sabe cuándo la Asamblea Legislativa comenzaría a considerar y emitiría una decisión sobre el asunto, ni siquiera se sabe con certeza si llegaría a hacerlo algún día. Tampoco se sabe con certeza cuál podría ser el contenido de la hipotética resolución. No se sabe si confirmaría la concesión o la modificaría o hasta la revocaría. No se sabe si definiría un plazo de duración de un año o de treinta o más que eso. Nada se sabe en definitiva sobre lo que la Asamblea Legislativa hará o dejará de hacer y cuándo. Lo que se sabe es lo ya decidido por la sentencia de la Sala de lo Constitucional de que las concesiones deben ser otorgadas por la Asamblea Legislativa y deben tener un plazo. Esta es una interpretación de orden constitucional que no puede ser alterada o ignorada por la Asamblea Legislativa hoy o después del laudo final en este arbitraje. Es una interpretación constitucional que ni el laudo final en este arbitraje, y mucho menos una decisión sobre medidas provisionales, puede cambiar. Y, por supuesto, nada ha podido probar la Demandante en cuanto a la inminencia del hipotético daño.

2. La medida solicitada sobre los procedimientos ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia tampoco es urgente

24. Los procedimientos contencioso administrativos ante la Corte Suprema de Justicia se iniciaron en mayo y julio de 2013, es decir *antes de la presentación de la Solicitud de Arbitraje al CIADI*. El Salvador explicó ya el fundamento jurídico y las características de estos

---

<sup>35</sup> Solicitud de Arbitraje, párrafos 27, 61, 63.

procedimientos.<sup>36</sup> Ahora es preciso recordar solamente algunos aspectos directamente relacionados con el requisito de urgencia de las medidas provisionales y consiguientemente con la inminencia de la supuesta amenaza de daño. Estos aspectos son los siguientes:

- (1) El hecho de que los procedimientos se hayan iniciado antes del sometimiento de la controversia al CIADI es determinante en cuanto a la exclusividad de la jurisdicción del CIADI. Si ésta pudiera entenderse retroactivamente, es decir como la exclusión de cualquier procedimiento iniciado con anterioridad, significaría que un inversionista extranjero tendría el poder de eludir cualquier tipo de procedimiento local con solamente presentar una Solicitud de Arbitraje y requerir medidas provisionales, especialmente si éstas pudiesen otorgarse de manera tan relajada como la Demandante pretende.
- (2) Se trata de una acción dirigida en contra de resoluciones adoptadas por la Comisión Ejecutiva Hidroeléctrica del Río Lempa (CEL) entre febrero de 2000 y junio de 2002, es decir, mucho antes del planteamiento de la supuesta disputa ante el CIADI.
- (3) La CEL dejó de ser accionista de LaGeo en el año 2006<sup>37</sup> y el Laudo de la CCI excluyó a la CEL de la controversia contractual,<sup>38</sup> declarándose ese tribunal incompetente para conocer reclamo alguno en contra de dicho ente estatal.
- (4) La medida cautelar adoptada en octubre de 2013 mediante la cual se suspenden los efectos de las resoluciones emitidas por la CEL, no modifica en modo alguno el *status quo*, ni representa amenaza futura, porque INE, el socio mayoritario en LaGeo había, según la Solicitud de Arbitraje, manifestado ya "un expreso rechazo al derecho de ENEL que implicó desconocer abiertamente lo dispuesto en el Artículo 6 del Acuerdo y bloquear cualquier posible ampliación de capital a favor de ENEL."<sup>39</sup> Así dice la Demandante. Esto habría ocurrido ya en noviembre de 2007.<sup>40</sup> Efectivamente, de la lectura de la Solicitud de Arbitraje se concluye que la negativa a emitir las acciones que le permitirían a la Demandante asumir el control societario de LaGeo, sería un elemento constitutivo de la controversia, presente ya con anterioridad

---

<sup>36</sup> Respuesta de la República de El Salvador a la Solicitud de Medidas Provisionales, párrafos 59-64.

<sup>37</sup> Solicitud de Arbitraje, párrafo 33, nota 18.

<sup>38</sup> Respuesta de la República de El Salvador a la Solicitud de Medidas Provisionales, párrafos 46-49.

<sup>39</sup> Solicitud de Arbitraje, párrafo 36, nota 20.

<sup>40</sup> Solicitud de Arbitraje, párrafo 37.

al sometimiento de la disputa al CIADI,<sup>41</sup> de manera que la medida cautelar acordada por la Sala de lo Contencioso Administrativo no conlleva modificación alguna a lo que era ya materia de la controversia. Si la negativa causa daño, hipótesis que El Salvador no admite, el daño ya se habría producido. No sería inminente. Sería consumado. Hacerlo cesar sería materia no de una medida provisional, sino de un laudo sobre el fondo, porque entrañaría pronunciamiento sobre uno de los elementos de la controversia. Sobre este tema se volverá más adelante.

- (5) Según la Demandante, la emisión de acciones a la que dice tener derecho se daría como contrapartida a nuevas inversiones, a las cuales también dice tener derecho, pero que no ha hecho. De manera que el supuesto fáctico previsto en el Acuerdo de Accionistas para que se produzca la emisión de acciones todavía no ha ocurrido. Esta situación es la antítesis paradigmática de la urgencia, puesto que la emisión de nuevas acciones, que es lo que la medida cautelar suspende, sería un acontecimiento remoto.

3. La medida solicitada con respecto al proceso penal tampoco es urgente

25. *La investigación penal de la Fiscalía General de la República se inició antes de que ENEL presentara la Solicitud de Arbitraje, y esto fue de conocimiento público.*<sup>42</sup> Se trata además de una investigación en la que la Fiscalía General de la República ha encontrado indicios de corrupción por parte de funcionarios públicos.<sup>43</sup> No se resolverá en el proceso penal lo que la Demandante reclama en este arbitraje,<sup>44</sup> de manera que el proceso penal, como tal, no puede

---

<sup>41</sup> Solicitud de Arbitraje, párrafos 36-39.

<sup>42</sup> Ver Jessica Ávalos, *ES: Fiscal se reúne con presidentes de la CEL y LaGeo*, El Economista, 31 de enero de 2013 (**Anexo R-13**); Miguel Portillo y Tania Membreño, *CEL investiga traspaso de acciones de LaGeo*, La Prensa Gráfica, 5 de febrero de 2013 (**Anexo R-14**); *Fiscalía iniciará "de cero" investigación Caso LaGeo*, ContraPunto, 28 de febrero de 2013 (**Anexo R-15**). Estas tres notas de prensa demuestran que la investigación criminal comenzó antes que ENEL presentara la Solicitud de Arbitraje y la existencia de la investigación fue de conocimiento público. Al final del segundo artículo se hace referencia a la denuncia presentada por el presidente de CEL a la FGR el día anterior a la publicación del artículo (es decir, el 4 de febrero de 2013). El tercer artículo tiene el anuncio público sobre la conformación de la comisión especial por la FGR. Así es que todo esto era de conocimiento público desde febrero de 2013. ENEL presentó su Solicitud de Arbitraje el 2 de agosto de 2013, seis meses después.

<sup>43</sup> Respuesta de la República de El Salvador a la Solicitud de Medidas Provisionales, párrafos 68-74.

<sup>44</sup> Es erróneo lo que la Demandante dice en el párrafo 89 de sus Observaciones Adicionales a la Solicitud de Medidas Provisionales. En el proceso penal no se dilucida si la inversión de la Demandante en El Salvador es ilegal o no. Se dilucida si determinados funcionarios cometieron un delito de corrupción contra la Administración Pública.

calificarse como uno que se halle en conflicto con la exclusividad de jurisdicción prevista por el artículo 26 del Convenio del CIADI.

26. La jurisprudencia del CIADI ha reconocido que un arbitraje no puede servir de obstáculo al ejercicio de la potestad del Estado para perseguir delitos y combatir la corrupción. Así lo reconoció el tribunal en *Lao Holdings contra Laos*<sup>45</sup> y luego, citando a *Quiborax*, reiteró el principio según el cual un procedimiento penal en sí mismo no va contra la exclusividad de jurisdicción del CIADI ni agrava la disputa.<sup>46</sup> Reconoce esta reciente decisión, en la cual por cierto se amparan las Demandantes, que las normas destinadas a promover la inversión extranjera no pueden servir de escudo para proteger a los sospechosos de haber cometido delitos,<sup>47</sup> ni obstaculizar los esfuerzos gubernamentales para combatir la corrupción,<sup>48</sup> *particularmente cuando, como también ocurre en este caso, el Estado, al ser parte de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, está internacionalmente obligado a combatirla.*<sup>49</sup> En la medida en que las cuestiones relativas a la responsabilidad penal por definición están fuera de la órbita de competencia del CIADI, recalcó el tribunal de *Lao Holdings*, "algo más" debe ocurrir para que la prosecución de un proceso penal pueda ser de alguna manera materia sobre la que decida un tribunal en un arbitraje de inversiones. Ese factor adicional, que paradójicamente consta en el único párrafo sobre este asunto que la Demandante

---

<sup>45</sup> *Lao Holdings N.V. v. The Lao People's Democratic Republic*, ICSID Case No. ARB(AF)/12/6, Ruling on Motion to Amend the Provisional Measures Order, May 30, 2014, párrafo 17 ("*Lao Holdings v. Laos*") (MP-33).

<sup>46</sup> *Lao Holdings v. Laos*, párrafo 29 (MP-33) (citando a *Quiborax c. Bolivia*, párrafo 130 (RL-6)).

<sup>47</sup> *Lao Holdings v. Laos*, párrafo 21 (MP-33).

<sup>48</sup> *Lao Holdings v. Laos*, párrafo 17 (MP-33).

<sup>49</sup> *Lao Holdings v. Laos*, párrafo 17 (MP-33). El Salvador ratificó la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción el 1 de julio de 2004.

cita de la decisión en *Lao Holdings*,<sup>50</sup> es el que no existe en el presente caso: una situación que amenace la integridad misma del procedimiento arbitral. A diferencia de lo ocurrido en *Quiborax* y en *City Oriente*, aquí el proceso penal no afecta a los representantes legales ni a los abogados de la Demandante. Tampoco se trata de un proceso en el cual se intente, como en *Lao Holdings*, obtener evidencia en vísperas de la audiencia,<sup>51</sup> perjudicando o angustiando el derecho de defensa de la contraparte ni es necesario aquí, como lo fue en *Quiborax*, proteger la integridad de la prueba.

27. La Demandante dice que el proceso penal podría "interferir con la disponibilidad de prueba testimonial" y crea una situación de "asimetría probatoria."<sup>52</sup> ¿Qué prueba testimonial? ¿Cómo puede en este momento la Demandante profetizar desde ahora que las medidas alternativas a la prisión se mantendrán para cuando se requiera la comparecencia del testigo?<sup>53</sup> Entre los imputados penalmente está un ex empleado de la Demandante, quien ni es parte en la controversia, ni tiene que ver actualmente con las operaciones de la Demandante, ni afronta una situación que de alguna manera incida en el futuro de este arbitraje.<sup>54</sup> Tampoco tiene incidencia alguna en este arbitraje el allanamiento con orden judicial a las oficinas de ENEL El Salvador

---

<sup>50</sup> Observaciones Adicionales a la Solicitud de Medidas Provisionales, párrafo 92.

<sup>51</sup> Los hechos a los que la Demandante se refiere en el párrafo 99 de la Observaciones Adicionales a la Solicitud de Medidas Provisionales, se examinan más adelante.

<sup>52</sup> Observaciones Adicionales a la Solicitud de Medidas Provisionales, párrafo 96.

<sup>53</sup> La situación procesal de las personas imputadas y el alcance de las medidas dispuestas está explicado suficientemente en la Respuesta de la República de El Salvador a la Solicitud de Medidas Provisionales, párrafo 144.

<sup>54</sup> El señor Machado no está detenido, ni privado de la libertad, ni pesa en su contra medida de seguridad alguna que no sea la prohibición de salir del país y la obligación de presentarse una vez al mes ante un juez. Goza a plenitud del derecho de defensa, la presunción de inocencia y de las demás garantías que la Constitución contempla para las personas dentro de un proceso penal. En este caso, el proceso penal se encuentra en su fase inicial y no hay motivo para esperar un cambio en la situación procesal del señor Machado hasta por lo menos febrero de 2015.

("EES") y el "secuestro de importantes documentos societarios" de dicha empresa,<sup>55</sup> porque EES no es parte en la controversia sometida al CIADI. De manera que lo que la Demandante relata no es suficiente. No es ese "algo más" que reclama la jurisprudencia del CIADI para que el Tribunal pueda adoptar la extraordinaria decisión de interferir con el normal desarrollo de un proceso penal.

28. De todas formas, el proceso penal debería finalizar a mediados de febrero de 2015, cuando se celebre la vista pública que tiene que realizarse dentro de los treinta días siguientes al reporte de la Fiscalía General de la República, el cual tiene como plazo el 9 de enero de 2015, luego de que finalice la fase de instrucción el 23 de diciembre de 2014.<sup>56</sup> Para ese entonces, asumiendo que este arbitraje llegue a la fase de méritos del caso, la audiencia sobre el fondo ni siquiera estaría cerca. Después de febrero de 2015, una de las posibilidades es que José Vicente Machado quede libre de cargos, por lo que no tendría ningún problema en dar testimonio personalmente si la Demandante desea presentarlo como testigo. Pero aún en el caso de que el Sr. Machado tuviese restricciones a su libertad que le impidiesen salir de El Salvador a la fecha de la audiencia sobre el fondo del caso, como las tiene ahora, la Secretaría General del CIADI tiene experiencia sobre los diferentes tipos de arreglos que pueden hacerse para la presentación de testimonio oral de un testigo que no puede presentarse personalmente, aún en casos de personas que guardan prisión.

29. Contrario a los temores expresados por la Demandante, el estar involucrado en un procedimiento penal y tener restricciones para salir de El Salvador no han intimidado al Sr.

---

<sup>55</sup> Observaciones Adicionales a la Solicitud de Medidas Provisionales, párrafo 99.

<sup>56</sup> Ver Resolución Prórroga de Instrucción, Exp. 133-2013-12/Ref. Fiscal: 175-DEUP-13, 5 de junio de 2014 (**Anexo R-16**). Ver también, Juan Carlos Vásquez, *Amplían plazo de investigación del proceso penal CEL-ENEL*, El Mundo, 3 de julio de 2014 (**Anexo R-17**).

Machado ni le ha impedido dar declaraciones públicas. Por ejemplo, en una entrevista televisada esta misma semana, de fecha 8 de julio, es evidente que el Sr. Machado y su abogado defensor no solamente se sienten con la libertad suficiente para defenderse públicamente, sino que incluso no se sienten intimidados para acusar abiertamente a las autoridades de El Salvador de haber fabricado las acusaciones por razones políticas.<sup>57</sup> Es evidente que el Sr. Machado no sólo es capaz de defenderse en el proceso penal que se le sigue en El Salvador, sino que se siente con la libertad para expresarse libremente a pesar de los cargos en su contra y de la restricción para salir del país. Por lo tanto, no hay ninguna razón para suspender el procedimiento penal a causa de las acusaciones pendientes contra el Sr. Machado.

30. Con respecto a los documentos que ENEL alega necesitará para preparar su defensa y que están en poder de El Salvador como resultado de un allanamiento autorizado por una orden judicial,<sup>58</sup> es necesario aclarar tres cosas. Primero, como se dijo anteriormente, esos documentos estaban en poder de EES, que no es parte en este arbitraje, por lo que no son ni necesarios ni automáticamente relevantes para la presentación del caso por parte de la Demandante. Segundo, la Demandante se queja sobre el allanamiento para obtener esos

---

<sup>57</sup> Ver Mariana Beloso, *Insisten en legalidad del contrato firmado entre CEL y Enel*, La Prensa Gráfica, 9 de julio de 2014 (**Anexo R-18**); Óscar Iraheta, *Nuevos peritos en proceso CEL-Enel*, El Diario de Hoy, 9 de julio de 2014 (**Anexo R-19**); Resumen de la *Entrevista con Vicente Machado* (televisada), Diálogo con Ernesto López, 8 de julio de 2014 (el segmento relevante de la entrevista comienza a los 2 minutos y 18 segundos), disponible en <https://www.youtube.com/watch?v=AvnxbIUka2A&list=PLFF8B47A8BC0BD4AA&index=2> (**Anexo R-20**); Transcripción de *Entrevista con Vicente Machado* (televisada), Diálogo con Ernesto López, 8 de julio de 2014 (**Anexo R-21**). El video de la entrevista completa se adjunta como: *Entrevista con Vicente Machado* (televisada), Diálogo con Ernesto López, 8 de julio de 2014 (**Anexo R-22**). Durante la entrevista televisiva el Sr. Machado también exalta los supuestos beneficios que afirma que El Salvador ha obtenido sin costo alguno con la llegada de ENEL. Desafortunadamente, desde la perspectiva del Estado, hasta ahora esa relación no le ha traído ningún beneficio a El Salvador. La única inversión supuestamente útil que ENEL ha realizado en LaGeo, la construcción de la Unidad 3 de Berlín, fue tan mal diseñada que la inversión de \$100 millones por parte de ENEL ya ha costado más de \$60 millones en pérdidas al recurso energético por la ineficiencia causada por su mal diseño. El sustento de esta afirmación se dará en la fase de fondo del caso, de llegarse a esa fase. Mientras tanto, ver Geovani Galeas, *Seis mitos sobre los aportes de ENEL a la geotermia salvadoreña*, La Página, 26 de febrero de 2014 (**Anexo R-23**).

<sup>58</sup> Observaciones Adicionales a la Solicitud de Medidas Provisionales, párrafos 99-100.

documentos, pero omite informarle al Tribunal que el allanamiento se hizo necesario debido a que la Demandante evadió presentar esos documentos cuando fueron solicitados mediante una carta del Presidente de la Comisión de Investigación de la Fiscalía General de la República. Al contrario, la Demandante comenzó a mover esos expedientes de un local a otro, denotando una aparente intención de ocultarlos, lo cual motivó que la Fiscalía solicitara y obtuviera una orden judicial.<sup>59</sup> Y tercero, si la Demandante considera que necesita esos documentos para este arbitraje, la Demandante sabe o debería saber que los originales de esos documentos están bajo el control del juzgado con la responsabilidad sobre el proceso penal, que hasta recientemente esos documentos habían estado embalados, y que EES o la Demandante misma (si decide presentarse al juzgado para facilitar su propia notificación) puede en todo momento solicitar directamente a ese juzgado una copia completa de esos documentos. Por lo tanto, no es necesario en lo más mínimo detener el proceso penal para que la Demandante pueda tener acceso a copias de esos documentos.

31. La única relación cierta entre la Demandante y el proceso penal es el embargo preventivo por posible responsabilidad civil subsidiaria. Al respecto:

- (1) La Demandante tiene abiertos y a su disposición todos los medios legales que el derecho salvadoreño ofrece para defender sus derechos, tanto para dejar sin efecto el embargo preventivo, como para limitar su monto en función de las alegaciones que en sus Observaciones Adicionales a la Solicitud de Medidas Provisionales ha presentado.<sup>60</sup>

---

<sup>59</sup> Ver Carta del Dr. Saúl Ernesto Morales (Coordinador de la Comisión Especial de Investigación del caso CEL-ENEL de la FGR) dirigida al Dr. Francisco Rodolfo Bertrand Galindo (Asesor Legal Externo de ENEL), 9 de octubre de 2013 (**Anexo R-24**); Carta del Dr. Francisco Rodolfo Bertrand Galindo (Asesor Legal Externo de ENEL) dirigida al Dr. Saúl Ernesto Morales (Coordinador de la Comisión Especial de Investigación del caso CEL-ENEL de la FGR), 15 de octubre de 2013 (**Anexo R-25**).

<sup>60</sup> El embargo de bienes es una medida cautelar de orden civil que el artículo 342 del Código Procesal Penal autoriza adoptar para garantizar la responsabilidad civil que se establezca como consecuencia de una posible condena penal. Si bien los bienes embargados se confían a un depositario para que los mantenga y administre, en este caso se ha designado depositarios a los mismos propietarios de los bienes. En la práctica, la única restricción que pesa sobre los bienes embargados en el caso de ENEL es la prohibición de enajenarlos. ENEL está siendo demandado como

- (2) El efecto del embargo preventivo es impedir que se transfieran bienes a terceros, eludiendo así la posibilidad de hacer efectiva una eventual responsabilidad civil. Este arbitraje no se relaciona con los bienes de la Demandante. Según la Solicitud de Arbitraje, tiene que ver con su pretensión de incrementar su paquete accionario hasta adquirir el control societario de LaGeo y, siendo ésta la materia de la controversia, no se ve cómo la orden provisional de embargo preventivo puede amenazar la integridad misma del procedimiento arbitral, en el supuesto de que el Tribunal tuviese competencia.
- (3) Es obvio que un embargo de bienes afecta al propietario de esos bienes. Nadie duda de que el embargo preventivo ha afectado a la Demandante. Pero eso no es suficiente para acordar una medida provisional de este Tribunal orientada a revocarlo. En efecto, lo que la Demandante debió demostrar no es si el embargo se había ordenado sobre el monto correcto o era desmesurado, ni tampoco si había afectado a terceros que no son parte en la presente controversia. Lo único que debió demostrar es que ese embargo entrañaba un peligro inminente, capaz de afectar a la integridad misma de este procedimiento arbitral. Eso es precisamente lo que no ha hecho.
- (4) La Demandante no ha argumentado que el embargo preventivo afecte su capacidad de presentar su caso ante este Tribunal, o de otra forma impida el desarrollo de sus actividades comerciales a nivel mundial. Aun así, El Salvador ha demostrado su disposición por eliminar cualquier percepción sobre la existencia de un efecto negativo sustancial que el embargo preventivo pudiera haber tenido sobre la Demandante, al declarar que el embargo preventivo no será ejecutado afuera del territorio de El Salvador.
- (5) Con respecto al embargo preventivo dentro de El Salvador, un representante de alto nivel de la Demandante ha declarado públicamente que el congelamiento de las acciones de ENEL en LaGeo por medio del embargo preventivo no le ha afectado ni le puede afectar a ENEL, debido a que de

---

responsable civil subsidiario, razón por la que esa responsabilidad solamente puede existir si se comprueba la existencia del delito del o de los imputados por quienes responde subsidiariamente. El procedimiento de determinación de la responsabilidad civil camina paralelo al procedimiento penal dentro del cual se genera (artículos 42, 43 y 119 del Código Procesal Penal). Una vez que se ejerce la acción de responsabilidad civil, el juez debe ordenar su comparecencia mediante emplazamiento, a fin de que el presunto responsable civil puede ejercer su correspondiente defensa (artículo 125 del Código Procesal Penal). El responsable civil tiene las mismas facultades de las que goza el imputado respecto de la defensa de sus intereses civiles, con lo cual se le generan las mismas garantías procesales y constitucionales (artículo 126 del Código Procesal Penal). Lo anterior a su vez significa que el responsable civil puede hacer uso de todos los recursos que tiene el imputado penalmente, encontrándose dentro de esas alternativas, el ejercicio de las acciones o remedios de rango constitucional como podría ser el amparo ante una violación de sus garantías constitucionales. En *Código Procesal Penal de El Salvador*, Decreto Legislativo No. 904, 4 de diciembre de 1996, publicado en el Diario Oficial No. 11, Tomo 344 del 20 enero de 1997 (**Autoridad RL-27**) y *Código Procesal Civil y Mercantil de El Salvador*, Decreto Legislativo No. 712, 18 de septiembre de 2008, publicado en el Diario Oficial No. 224, Tomo 381 del 27 de noviembre de 2008, *reformado por* Decreto Legislativo No. 319, 15 de abril de 2010, publicado en el Diario Oficial No. 100, Tomo 387 del 31 de mayo de 2010 (**Autoridad RL-28**) constan transcritas las principales disposiciones aplicables a la situación descrita.

todas formas ENEL necesitaría del consentimiento de INE para poder realizar cualquier transferencia de acciones en LaGeo a terceros.<sup>61</sup> Por lo tanto, esa parte del embargo preventivo tampoco puede afectar a ENEL.

**C. NO EXISTE UN DERECHO MATERIA DE LA CONTROVERSIA QUE SE ENCUENTRE AMENAZADO.**

32. Aunque se admitiese y se tomase como cierto, *prima facie*, el relato de los hechos que hace la Demandante en su Solicitud de Medidas Provisionales, no podría concluirse que hay derechos controvertidos que se encuentren amenazados de manera inminente por un daño irreparable. Se ha demostrado que ninguno de los actos de las autoridades de El Salvador que según la Demandante justificarían las medidas provisionales, entraña o conlleva alguna amenaza de un daño inminente e irreparable. En esta sección se comprueba cómo ninguno de los derechos que la Demandante afirma que necesitan ser protegidos con medidas provisionales, requiere en verdad de tal protección, sin que esto signifique admisión de que la Demandante tenga en realidad los derechos que alega.

33. Algunas premisas de las ya presentadas por El Salvador en su Respuesta<sup>62</sup> hay que recordar aquí, antes de proseguir:

- (1) El derecho para el que se reclama protección con medidas provisionales debe ser uno que exista al tiempo de la solicitud, no un derecho hipotético, ni uno que se espera se concrete en el futuro.<sup>63</sup>
- (2) Debe ser un derecho cuyo titular sea parte en la controversia. No se puede con medidas provisionales buscar protección para derechos de terceros.

---

<sup>61</sup> Ver declaración en Jorge Ávalos, \$2,107,466,188 pidió Fiscalía en retención de bienes, Enel dice que embargo es una "expropiación", El Diario de Hoy, 13 de mayo de 2014 (**Anexo R-26**).

<sup>62</sup> Respuesta de la República de El Salvador a la Solicitud de Medidas Provisionales, párrafos 89-91.

<sup>63</sup> *Emilio Agustín Maffezini c. El Reino de España*, Caso CIADI No. ARB/97/7, Decisión del Tribunal sobre Excepciones a la Jurisdicción, 25 de enero de 2000, párrafos 12, 13 ("*Maffezini v. Spain*") (MP-22) ("Rule 39(1) specifies that a party may request provisional measures for the preservation of its rights [...]. The use of the present tense implies that such rights must exist at the time of the request, must not be hypothetical, nor are ones to be created in the future.").

- (3) Ese derecho debe ser uno de los derechos controvertidos o, si se trata de derechos de alcance general, como los derechos procesales, debe estar relacionado directamente con los que son la materia misma de la controversia.<sup>64</sup>

34. Por cierto, los derechos procesales son los únicos a los que se refiere la Solicitud de Medidas Provisionales.<sup>65</sup> Solamente en las Observaciones Adicionales a la Solicitud de Medidas Provisionales la Demandante se acordó de los derechos sustantivos y pretendió "aclarar" que también son merecedores de protección mediante medidas provisionales.<sup>66</sup> Como los derechos procesales no pueden invocarse por sí solos e independientemente como fundamento de medidas provisionales,<sup>67</sup> se examinará en primer lugar si los derechos sustantivos tardía e indebidamente invocados por la Demandante, merecen ser protegidos por medidas provisionales. Estos derechos serían:<sup>68</sup>

- (1) Protección de la concesión, luego de la decisión de la Sala de lo Constitucional;
- (2) Protección frente a una expropiación no compensada y derechos de propiedad; y
- (3) Los derechos contenidos en el laudo CCI.

35. El Salvador ha dejado en claro que ninguno de estos derechos existe en realidad y que no puede la Demandante invocarlos como parte de esta controversia.<sup>69</sup> Pero aun en la hipótesis de que tales derechos existiesen, en la hipótesis de que la Demandante hubiese reclamado oportunamente para ellos la protección de medidas provisionales, no podría el

---

<sup>64</sup> *Plama v. Bulgaria*, párrafo 40 (RL-14).

<sup>65</sup> Solicitud de Medidas Provisionales, párrafos 79-88.

<sup>66</sup> Observaciones Adicionales a la Solicitud de Medidas Provisionales, párrafo 64.

<sup>67</sup> Respuesta de la República de El Salvador a la Solicitud de Medidas Provisionales, párrafos 156-157.

<sup>68</sup> Observaciones Adicionales a la Solicitud de Medidas Provisionales, párrafo 64.

<sup>69</sup> Respuesta de la República de El Salvador a la Solicitud de Medidas Provisionales, párrafos 122-124.

Tribunal otorgárselas, porque tal como han sido caracterizados y descritos por la Demandante, es imposible que puedan sufrir amenaza inminente de un daño irreparable.

36. Sobre la alegada protección de la concesión frente a la supuesta amenaza que representaría la sentencia de la Sala de lo Constitucional, además de lo ya dicho,<sup>70</sup> hay que considerar que *la Demandante no es titular de concesión alguna*. No tiene ni ha tenido derecho a una concesión en El Salvador y, en realidad, no es eso lo que la Demandante ha sostenido y reclamado. Su alegado derecho consiste y se reduce a una participación accionaria en LaGeo, que es la sociedad concesionaria. Ni siquiera se trata de un reclamo porque se le impida convertir en acciones una inversión que ya ha realizado. La Demandante reclama el "derecho a invertir" para después convertir esa inversión en acciones. Como fuere, se dirá que, evidentemente, si LaGeo pierde una concesión o los términos de ésta se modifican disminuyendo de alguna manera su cobertura, los accionistas de LaGeo—y consiguientemente la Demandante—se verían perjudicados.<sup>71</sup> Aunque así fuese, cosa que El Salvador no admite, el perjuicio consistiría exclusivamente en una pérdida en el valor del paquete accionario. Sería un caso de incremento en el valor de los daños,<sup>72</sup> es decir, un típico caso en el cual por no haber daño irreparable posible, no cabe que se otorguen medidas provisionales.<sup>73</sup>

---

<sup>70</sup> Respuesta de la República de El Salvador a la Solicitud de Medidas Provisionales, párrafos 126-131.

<sup>71</sup> Solicitud de Medidas Provisionales, párrafo 55 ("Obviamente, LaGeo no vale nada sin sus concesiones porque sus plantas geotérmicas, que son sus bienes productivos, están situados en áreas concesionadas y operan porque explotan el vapor que se origina en el subsuelo que ha sido concesionado.").

<sup>72</sup> *Occidental Petroleum c. Ecuador*, párrafo 98 (RL-1); *CEMEX v. Venezuela*, párrafo 58 (RL-11).

<sup>73</sup> Sobre este aspecto, es pertinente mencionar que en el año 2011, después que el laudo CCI ya estaba dictado, la Superintendencia General de Electricidad declaró su intención de cancelar una concesión de LaGeo por incumplimiento de sus términos. En ese caso, abogados tanto de ENEL como de INE y LaGeo trabajaron conjuntamente para la defensa de la concesión, pues su pérdida hubiera afectado a todas esas empresas. Lo anterior demuestra que INE ha actuado en defensa de los intereses comunes en las concesiones de LaGeo, y no para avanzar sus propios intereses a expensas de los intereses de ENEL. Ver Respuesta de LaGeo a la Superintendencia General de Electricidad, 21 de noviembre de 2011 (**Anexo R-27**).

37. El segundo derecho sustantivo que la Demandante intenta tardíamente incorporar a su Solicitud de Medidas Provisionales es lo que denomina la "protección frente acciones que podrían derivar en una expropiación no compensada."<sup>74</sup> Este supuesto derecho no pasa de ser una ficción intrascendente. En la Solicitud de Arbitraje no hay reclamo alguno por expropiación. Ni en la más exagerada de sus imputaciones, la Demandante ha dicho que alguien haya expropiado sus acciones. No se ve cómo, entonces, podría haber una expropiación no compensada y mucho menos cómo podría ser éste uno de los derechos materia de la controversia. Más aún, si lo que se pretende proteger es la compensación correspondiente a una imaginaria expropiación, se trataría también de un daño exclusiva y estrictamente monetario, susceptible por lo mismo de satisfacerse plenamente con un pago en dinero en base a un laudo final de este Tribunal. Es decir, se estaría otra vez ante un daño que además de ser hipotético, no es irreparable.

38. Por último, en el orden de los derechos sustantivos, la Demandante dice haber reclamado protección mediante medidas provisionales para "los derechos contenidos en el Laudo CCI."<sup>75</sup> Curiosamente, se trata de derechos cuya certeza la misma Demandante pone en duda cuando enfáticamente argumenta que se trata de un laudo que no está firme.<sup>76</sup> Si no está firme, quiere decir que su contenido podría ser modificado y, consiguientemente la existencia de los alegados derechos sería, por propia admisión, incierta. Aunque así no fuese, son derechos que por su naturaleza estrictamente comercial son compensables en dinero. Tal como están descritos en la Solicitud de Arbitraje, ante la CCI la Demandante reclamó que se le permita aumentar su

---

<sup>74</sup> Observaciones Adicionales a la Solicitud de Medidas Provisionales, párrafo 64.

<sup>75</sup> Observaciones Adicionales a la Solicitud de Medidas Provisionales, párrafo 64.

<sup>76</sup> Observaciones Adicionales a la Solicitud de Medidas Provisionales, párrafos 26-27.

participación accionaria en LaGeo mediante la financiación de ciertos proyectos, que se le paguen los dividendos correspondientes a su participación accionaria y los daños y perjuicios.<sup>77</sup> De manera que si hubiese algún daño que amenace a estos inciertos derechos, este daño no sería irreparable. Por último, no hay que olvidar que el laudo CCI se dictó en una controversia entre INE y ENEL, sin que el Estado salvadoreño haya sido parte en esa controversia.

39. Los únicos derechos para cuya protección la Demandante solicitó medidas provisionales, tal como puede comprobarse leyendo su solicitud, son dos derechos de naturaleza procesal: el derecho a la exclusividad de jurisdicción del CIADI y el derecho a que no se agrave la controversia. Ya se recordó que la protección mediante medidas provisionales de estos derechos está supeditada a la necesidad y urgencia de proteger algún derecho en disputa.<sup>78</sup> Como no hay derecho en disputa que sufra amenaza inminente con un daño irreparable, simplemente no caben medidas provisionales. Pero aunque se admitiera - solo retóricamente en beneficio del argumento- que los derechos procesales merecen protección con independencia de los derechos en disputa, todavía se requeriría que los hechos que según la Demandante justificarían la adopción de las medidas provisionales, constituyan una amenaza real que interfiera con el arbitraje y que esa amenaza sea inminente y de tal naturaleza que no pueda sortearse sino con la emisión de la medida provisional.

40. El derecho a la exclusividad de jurisdicción del CIADI nace con el sometimiento de la controversia al CIADI y afecta a procedimientos que versen sobre la misma cuestión materia de la controversia sometida al CIADI. No es cierto que se requiera apenas alguna

---

<sup>77</sup> Solicitud de Arbitraje, párrafo 40.

<sup>78</sup> Respuesta de la República de El Salvador a la Solicitud de Medidas Provisionales, párrafos 156-157.

conexión entre los procedimientos locales y el arbitraje, como la Demandante sostiene.<sup>79</sup> La cita de *Tokios Tokelés contra Ucrania* en la que se apoya la Demandante define el alcance del artículo 26 del Convenio diciendo que *una vez que las partes han consentido al arbitraje CIADI, deberán abstenerse de iniciar o proseguir procedimientos ante cualquier otro foro con respecto a la controversia sometida al CIADI.*<sup>80</sup> Esto significa que la exclusividad de jurisdicción nace a partir del sometimiento de la controversia al CIADI y en cuanto a la materia, está limitada a solamente las cuestiones sometidas al tribunal arbitral. Ninguno de los procedimientos o actuaciones a los que la Demandante se refiere en su Solicitud de Medidas Provisionales cumple estas dos condiciones básicas. La Sentencia de la Sala de lo Constitucional es anterior y no es un procedimiento en curso. La Asamblea Legislativa no decidirá sobre si ENEL tiene derecho a realizar nuevas inversiones y a convertir esa inversión en acciones ni cuál es el porcentaje accionario que le corresponde a la Demandante en LaGeo, que es la materia de la supuesta controversia, ni tampoco decidirán sobre este tema los magistrados de la Sala de lo Contencioso Administrativo que examinan la legalidad de los acuerdos de la CEL, ni tampoco lo harán los que conocen el proceso penal.

41. El derecho a que no se agrave ni prolongue la controversia solamente se ve afectado cuando los hechos sobrevinientes (i) impedirían u obstaculizarían el cumplimiento de un eventual laudo<sup>81</sup> o (ii) alterarían el *status quo ante* en desmedro de la posición procesal de una

---

<sup>79</sup> Solicitud de Medidas Provisionales, párrafo 90.

<sup>80</sup> Solicitud de Medidas Provisionales, párrafo 82 ("*[O]nce the parties have consented to ICSID arbitration, they must refrain from initiating or pursuing proceedings in any other forum in respect of the subject matter of the dispute before ICSID.*") (énfasis añadido).

<sup>81</sup> *Plama v. Bulgaria*, párrafos 38, 45 (RL-14); *Tokios Tokelés v. Ukraine*, ICSID Case No. ARB/02/18, Order No. 1, July 1, 2013, párrafo 2 (RL-20).

de las partes.<sup>82</sup> La Demandante no ha demostrado que alguna de las dos situaciones se haga presente en este caso, con respecto de los dos únicos hechos sobrevinientes. La medida cautelar dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo, como se demostró, no modifica el *status quo ante*, ni interferiría en modo alguno con la hipotética indemnización que el Tribunal otorgue a la Demandante – que es lo único que se reclama como prestación positiva en la Solicitud de Arbitraje – en el supuesto de que el procedimiento llegara a culminar con un laudo favorable a la Demandante. En cuanto al embargo para asegurar la responsabilidad subsidiaria ordenado por la justicia penal, es una medida que aunque afecta los bienes de la Demandante en El Salvador, no guarda relación alguna con la materia controvertida en este arbitraje ni impediría u obstaculizaría el cumplimiento de un hipotético laudo favorable a la Demandante.

42. Mucho menos cabe una medida provisional destinada a proteger derechos procesales contra amenazas futuras indeterminadas, como ocurre con la cuarta de las medidas solicitadas en este caso. Ante similar pedido, el Tribunal en *SGS contra Pakistán* dijo:

Sub-item (4) of Request No.1 seeks a recommendation that the Respondent refrain from commencing or participating in "all proceedings in the courts of Pakistan relating in any way to this arbitration" in the future. *This is too broad* a request (...) The Supreme Court's Reasons for Judgment record the fact of the investigation into the origins of the PSI Agreement and its granting by a former government of Pakistan. There may be further proceedings in that connection in the future. *We cannot enjoin a State from conducting the normal processes of criminal, administrative and civil justice within its own territory. We cannot, therefore, purport to restrain the ordinary exercise of these processes.*<sup>83</sup>

---

<sup>82</sup> *Phoenix Action v. Czech Republic*, párrafo 37 (RL-12); *Plama v. Bulgaria*, párrafos 38, 45 (RL-14). *Maffezini v. Spain*, párrafo 14 (MP-22).

<sup>83</sup> *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Islamic Republic of Pakistan*, ICSID Case No. ARB/01/13, Procedural Order No. 2 [on provisional measures], Oct. 16, 2002, página 301 (RL-22).

**D. RAZONES ADICIONALES PARA NO OTORGAR LAS MEDIDAS PROVISIONALES SOLICITADAS POR LA DEMANDANTE.**

43. Además de que no hay necesidad ni urgencia, existen dos razones adicionales que le impiden al Tribunal acceder a la solicitud de la Demandante. La primera es que las medidas provisionales no pueden otorgarse cuando con ellas se pretende obtener el mismo resultado que se lograría con un laudo favorable. La segunda razón adicional es que no pueden otorgarse medidas provisionales cuando entrañan para la parte contra la cual se emiten un daño también irreparable o una carga desmesurada en relación con el daño que pretenderían evitar.

44. No puede pretenderse con las medidas provisionales obtener un laudo anticipado, como lo reconoció el tribunal en *Helnan contra Egipto*<sup>84</sup>. La jurisprudencia del CIADI ha recogido al menos dos situaciones diferentes en las que esto de produciría:

- (1) Cuando el otorgamiento de una determinada medida signifique una anticipación de criterio sobre un tema controvertido. Lo que reclama ENEL, según la Solicitud de Arbitraje, es el cumplimiento de un Acuerdo de Accionistas mediante el cual tendría derecho a realizar nuevas inversiones, convertirlas en acciones y alcanzar un porcentaje tal que le permitiría controlar LaGeo. Otorgarle las medidas provisionales que reclama la Demandante significaría dar por válido y reconocerle eficacia plena en el arbitraje al acuerdo entre los dos accionistas de LaGeo. Al enfrentarse a una situación semejante un tribunal del CIADI negó medidas provisionales con el razonamiento siguiente:

We do not go as far as to conclude that 'provisional measures' under Rule 39 can *never* include recommending the performance of a contract in whole or in part: it is not necessary for us to go that far. But where what is sought, is, in effect, performance of the Agreement, and where the only right said to be preserved thereby is the right to enjoy the benefits of that Agreement, we consider that the application falls outside the

---

<sup>84</sup> *Helnan International Hotels A/S v. The Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/05/19, Decision on Claimant's Request for Provisional Measures, May 17, 2006, párrafo 32 (**Autoridad RL-29**) ("[T]he Provisional Measures requested by Helnan would put it to a large extent in the situation it would be in case it succeeds on the merits.").

scope of Rule 39, and therefore is beyond our jurisdiction to grant.<sup>85</sup>

(2) Cuando el resultado de la aplicación de la medida equivale o corresponde a la situación fáctica resultante de un laudo favorable.

Es incuestionable que las medidas solicitadas por la Demandante coinciden con el *petitum* anunciado en la Solicitud de Arbitraje. Nótese que la Solicitud de Arbitraje de la Demandante solo tiene dos peticiones concretas (las de los literales b) y c) del párrafo 67). En la una reclama el pago de daños y en la otra pide al Tribunal que "Ordene a El Salvador que se abstenga de tomar las medidas que se han descrito como violatorias del derecho aplicable", que es exactamente lo que obtendría con las medidas provisionales. *En realidad, el intento de la Demandante, según se desprende del petitum de su solicitud no ha sido otro que convertir a este arbitraje en una gigantesca medida provisional para paralizar los procedimientos iniciados en El Salvador.*

45. Tampoco puede el Tribunal dejar de lado el daño irreparable y la carga desmesurada que la aplicación de las medidas provisionales solicitadas traería consigo para El Salvador. La jurisprudencia del CIADI de manera uniforme ha recalado que al acordar medidas provisionales los tribunales deben examinar la situación y los intereses de las dos partes, como se reconoció en *Saipem contra Bangladesh*, luego de resumir la jurisprudencia al respecto.<sup>86</sup> La Demandante pretende que su interés comercial prevalezca sobre las potestades soberanas del Estado y que El Salvador deje de cumplir e ignore una sentencia de su más alto tribunal de justicia, modifique la agenda y limite la posibilidad de decidir de su Asamblea Legislativa, el más alto poder del Estado, y suspenda las investigaciones iniciadas dentro de su lucha en contra de la corrupción. Semejante carga no guarda relación alguna con los supuestos daños que las

---

<sup>85</sup> *Tanzania Electric Supply Company Limited v. Independent Power Tanzania Limited*, ICSID Case No. ARB/98/8, Decision on the Respondent's Request for Provisional Measures (Appendix A to the Award), Dec. 20, 1999, párrafo 16 (**Autoridad RL-30**) (énfasis original).

<sup>86</sup> *Saipem S.p.A v. The People's Republic of Bangladesh*, ICSID Case No ARB/05/07, Decision on Jurisdiction and Recommendation on Provisional Measures, Mar. 21, 2007, párrafo 175 (MP-10) ("Following *Pey Casado*, *Maffezini* and *CSOB*, the Tribunal considers that under Article 47 of the Convention a tribunal enjoys broad discretion when ruling on provisional measures, but should not recommend provisional measures lightly and should *weigh the parties' divergent interests* in the light of all the circumstances of the case.") (énfasis añadido).

medidas solicitadas estarían llamadas a evitar, todos susceptibles de satisfacerse con una compensación monetaria en el peor de los escenarios.

### **III. ES EVIDENTE A PRIMERA VISTA QUE NO EXISTE JURISDICCIÓN**

#### **A. LOS ARGUMENTOS DE LA DEMANDANTE INTENTANDO JUSTIFICAR SU SOLICITUD DE MEDIDAS PROVISIONALES SON LA MEJOR EVIDENCIA QUE LA SOLICITUD DE ARBITRAJE FUE PRESENTADA PREMATURAMENTE.**

46. *"En la Solicitud de Arbitraje ENEL definió el objeto de la disputa como el conjunto de medidas adoptadas por El Salvador con el propósito de socavar los derechos de ENEL e impedir, en particular, que alcance la mayoría accionaria en LaGeo."*<sup>87</sup> Esta es la mejor admisión de parte de la Demandante, que todo este arbitraje no es nada más que una gran Solicitud de Medidas Provisionales, para intentar proteger los derechos que ENEL alega tener en El Salvador y prevenir que se genere una verdadera disputa entre ENEL y el Estado. *Esta es la mejor demostración de que no existe jurisdicción prima facie.*

47. Los derechos reclamados por ENEL son todos de protección futura de derechos, no que le han sido violados derechos.<sup>88</sup> Por ejemplo, con respecto a la decisión de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, es precisamente porque la Asamblea Legislativa no ha actuado todavía que no hay una disputa. En efecto, lo que solicita ENEL en su Solicitud de Medidas Provisionales es contradictorio e ilógico. ENEL pretende que este Tribunal le ordene a la Asamblea que no actúe con respecto a las concesiones de LaGeo sino hasta después que este Tribunal emitido el laudo final en este arbitraje. Así las cosas, si la Asamblea Legislativa no actúa debido a que existe una medida provisional como la que solicita la Demandante, la Asamblea hipotéticamente podría retirar las concesiones de LaGeo después del laudo final, y

---

<sup>87</sup> Observaciones Adicionales a la Solicitud de Medidas Provisionales, párrafo 60.

<sup>88</sup> Observaciones Adicionales a la Solicitud de Medidas Provisionales, párrafo 64.

entonces sería cuando se generaría la verdadera disputa con el Estado y el daño verdaderamente ocurriría.

48. ENEL alega que está intentando proteger su activo central, las concesiones de LaGeo, el único propósito de haber iniciado el arbitraje. La Asamblea Legislativa, dice ENEL, puede "en cualquier momento retirar o modificar dichas concesiones" y esto "es, por sí sólo, suficiente para demostrar la necesidad de la medida para evitar un daño irreparable a ENEL."<sup>89</sup> Pero lejos de justificar una Solicitud de Medidas Provisionales, la Demandante demuestra que en realidad todavía no existe una disputa entre ENEL y el Estado capaz de ser sometida a arbitraje bajo el artículo 25 del Convenio del CIADI.<sup>90</sup>

49. La Demandante también se refiere al procedimiento contencioso administrativo como "un nuevo intento del Estado de destruir la inversión de ENEL en El Salvador."<sup>91</sup> Esto comprueba, una vez más, que ENEL inició este arbitraje para evitar que se destruya su inversión, no porque la inversión de ENEL ya haya sido destruida. Esto es iniciar un arbitraje prematuramente, antes que haya surgido una disputa legal entre el Estado y el inversionista extranjero bajo el artículo 25 del Convenio del CIADI.

50. ENEL nuevamente admite que al hacer reclamos sobre el procedimiento penal no se está refiriendo a daños que ya se hayan materializado, sino a prevenir lo que ENEL se refiere como "el objetivo final de dicho procedimiento es declarar ilegal la inversión de ENEL en El

---

<sup>89</sup> Observaciones Adicionales a la Solicitud de Medidas Provisionales, párrafo 77.

<sup>90</sup> Observaciones Adicionales a la Solicitud de Medidas Provisionales, párrafo 71.

<sup>91</sup> Observaciones Adicionales a la Solicitud de Medidas Provisionales, párrafo 80.

Salvador,"<sup>92</sup> lo cual es una situación que, de darse, sería a futuro. No es una realidad existente al momento de presentarse la Solicitud de Arbitraje, sino sólo una especulación futura y remota.

51. Nuevamente, este arbitraje es un ataque anticipatorio de ENEL sobre un posible daño que no se ha materializado todavía. Esto no es permitido en el arbitraje de inversión, y mucho menos en el arbitraje ante el CIADI, en el cual debe haber una disputa ya existente. Con respecto al procedimiento penal, ENEL se refiere a una intención a futuro, lo que demuestra que no existía una disputa legal al momento de presentarse la Solicitud de Arbitraje.<sup>93</sup>

52. Para propósitos de este examen inicial sobre jurisdicción, las consideraciones anteriores demuestran *a primera vista* que, al momento de la presentación de la Solicitud de Arbitraje el 2 de agosto de 2013, no existía una disputa legal entre ENEL y el Estado capaz de ser sometida a arbitraje ante un tribunal constituido bajo el artículo 25 del Convenio del CIADI.

53. Esta conclusión es independiente de si la posibilidad de la ejecución del laudo CCI ya prescribió. Sin embargo, es pertinente mencionar el argumento de la Demandante en el sentido que el laudo CCI no es un laudo firme.<sup>94</sup> Si tal y como afirma la Demandante el laudo CCI no está firme, entonces la consecuencia directa sería que ENEL no puede venir a reclamar ante este Tribunal que existe una disputa basada en el supuesto incumplimiento de un laudo CCI que aún no está firme. Por lo tanto, el argumento de la Demandante de que el laudo CCI no es un laudo firme sólo viene a reafirmar la falta de jurisdicción por la inexistencia de una disputa legal entre ENEL y el Estado.

---

<sup>92</sup> Observaciones Adicionales a la Solicitud de Medidas Provisionales, párrafo 89.

<sup>93</sup> Observaciones Adicionales a la Solicitud de Medidas Provisionales, párrafos 105-113.

<sup>94</sup> Observaciones Adicionales a la Solicitud de Medidas Provisionales, párrafo 27.

**B. OTROS ASUNTOS DE JURISDICCIÓN DEBERÁN ESPERAR HASTA UNA FUTURA FASE DE ESTE ARBITRAJE.**

54. Tal y como El Salvador anunció en la Respuesta sobre la Solicitud de Medidas Provisionales, El Salvador prevé la presentación de objeciones a la jurisdicción relacionadas a si la Demandante puede beneficiarse de la Ley de Inversiones de El Salvador para iniciar un arbitraje ante el CIADI, si el resultado de las investigaciones penales concluye que esa inversión no fue realizada de conformidad con las leyes de El Salvador. Este no es un asunto que el Tribunal necesita decidir en este momento. Por lo tanto, El Salvador se reserva el derecho de refutar los argumentos de la Demandante<sup>95</sup> y de presentar la evidencia relevante en su debido momento.

**IV. CONCLUSIÓN**

55. Desde el punto de vista puramente legal, la Solicitud de Medidas Provisionales de la Demandante no cumple con los requisitos para ser otorgada. La Demandante no ha identificado ningún derecho sustancial respecto del cual alguna de las medidas provisionales solicitadas sea necesaria y urgente para prevenir un daño irreparable. Además, las medidas frente a las cuales la Demandante supuestamente busca protección con medidas provisionales, ya existían desde antes que la Demandante presentara su Solicitud de Arbitraje.

56. También es evidente que no existe jurisdicción para este arbitraje, pues no había ninguna disputa legal entre la Demandante y el Estado al 2 de agosto de 2013, la fecha en que la Demandante presentó su Solicitud de Arbitraje. En realidad, la Solicitud de Arbitraje presentada por la Demandante no es más que una gigantesca Solicitud de Medidas Provisionales, con la cual busca protegerse contra potenciales acciones futuras en contra de sus intereses. No es una

---

<sup>95</sup> Observaciones Adicionales a la Solicitud de Medidas Provisionales, párrafos 114-141.

verdadera solicitud de arbitraje para resarcir daños reales y presentes, sino un intento de evitar potenciales daños futuros.

57. Por otra parte, la ejecución de cualquiera de las medidas provisionales solicitadas por la Demandante, tendría un efecto desproporcionado y excepcionalmente grave para El Salvador. Además, crearía un mal precedente al permitirle a cualquier inversionista extranjero que se vea investigado por supuestas ilegalidades, detener la investigación con solo presentar una solicitud de arbitraje y solicitar medidas provisionales. Por lo tanto la Solicitud de Medidas Provisionales de ENEL debe ser rechazada en su totalidad.

58. Ahora bien, desde un punto de vista puramente práctico, la Demandante debe también darse cuenta de que su postura en este arbitraje es contradictoria y por lo tanto tiene que tomar una decisión muy importante, y debe tomarla muy pronto.

59. La Demandante aduce que su intención al presentar esta Solicitud de Medidas Provisionales es proteger su inversión en El Salvador. Pero al mismo tiempo, los escritos de la Demandante hasta este momento han estado llenos de afirmaciones inflamatorias contra el Estado de El Salvador. La Demandante ha acusado a El Salvador de intentar destruir su inversión, de perpetrar "terrorismo legal" y de fabricar acusaciones falsas en su contra. Ante esto, uno tiene que preguntarse que si en realidad eso es lo que piensa la Demandante sobre El Salvador, ¿por qué desea ENEL permanecer en El Salvador? Si la Demandante no desea permanecer en El Salvador, no habría ninguna inversión que proteger con una genuina solicitud de medidas provisionales. En vez de solicitar medidas provisionales, ENEL debería mejor plantear una verdadera demanda por los supuestos daños que alegue han sido causados por el Estado.

60. La Demandante parece querer jugar con todas las opciones a la vez. Pero eso no es posible. La Demandante tiene que darse cuenta que no puede seguir insultando a un Estado y amenazarlo con la solicitud de medidas provisionales más abusiva de la historia del CIADI, y al mismo tiempo alegar que con esta misma solicitud está buscando proteger su inversión para permanecer indefinidamente haciendo negocios con ese Estado.

61. Parece que lo que en realidad la Demandante está intentando hacer es utilizar este arbitraje para intimidar al Estado para que ceda ante sus pretensiones de que cumpla un acuerdo de accionistas con cláusulas que fueron redactadas para beneficiar a ENEL a costa de los intereses del Estado. Pero si eso es lo que busca la Demandante, está muy equivocada con respecto a las probabilidades de lograr su objetivo.<sup>96</sup>

62. Si la Demandante en realidad estuviera interesada en permanecer en El Salvador a largo plazo como aduce, debería darse cuenta que la única manera en que puede darse una relación saludable y mutuamente beneficiosa de largo plazo entre un Estado y un inversionista extranjero, en las circunstancias como las que existen en este caso, es permitiendo que la investigación y el proceso penal lleguen a su fin y determinen si hubo o no corrupción en la selección de ENEL como socio estratégico en LaGeo y en las decisiones posteriores que tanto beneficiaron a ENEL. De otra forma, la Demandante no puede esperar que un Estado pueda aceptar tener como socio estratégico en una industria de explotación de un valioso recurso natural del Estado, a una empresa que ha impedido que se investigue si hubo actuaciones ilegales en la obtención de los derechos que dice tener. Si la Demandante en realidad nada tiene que temer de la investigación, debería no sólo permitirla, sino colaborar entusiastamente con ella.

---

<sup>96</sup> Esta misma estrategia ya fue intentada anteriormente por Inceysa Vallisoletana, Commerce Group Corp., San Sebastian Gold Mines, Inc., y Pacific Rim Mining Corp. Pero en vez de ceder a pretensiones que no estaban amparadas en la ley, El Salvador se ha defendido vigorosamente y ha prevalecido ante todas esas demandantes porque el Derecho ha estado de su parte.

Solo así se conocerían los verdaderos hechos que permitirían, asumiendo que todo se haya realizado legalmente, el desarrollo de una relación saludable de largo plazo que sea mutuamente beneficiosa tanto para el inversionista extranjero como para el Estado.

## V. PETICIÓN

63. En vista de lo anterior, El Salvador solicita:

- (1) Que este Tribunal cumpla con su mandato bajo el Convenio del CIADI y rechace la totalidad de las pretensiones en la Solicitud de Medidas Provisionales de la Demandante;
- (2) Que este Tribunal ordene a ENEL el reembolso a El Salvador de los honorarios y gastos legales incurridos para responder a la Solicitud de Medidas Provisionales

11 de julio de 2014

Presentado respetuosamente,

Lic. Luis Antonio Martínez González  
Fiscal General

Lic. Benjamín Pleités Mazzini  
Secretario General

**Fiscalía General de la República de  
El Salvador**



---

Luis Parada  
Derek C. Smith  
Alberto Wray  
Erin Argueta  
Oonagh Sands  
Gisela Paris  
**Foley Hoag LLP**

Mario Enrique Sáenz  
Humberto Sáenz Marinero  
Geraldina Mendoza Parker  
Manuela de la Helguera  
**Sáenz & Asociados**, El Salvador

ABOGADOS DE LA REPÚBLICA DE  
EL SALVADOR