

Solicitud de Arbitraje
ENEL GREEN POWER S.A. (ITALIA) v.
REPUBLICA DE EL SALVADOR

Procedimiento de Arbitraje bajo el Convenio CIADI

ENEL GREEN POWER S.A. (ITALIA)

Demandante

- vs -

REPUBLICA DE EL SALVADOR

Demandada

SOLICITUD DE ARBITRAJE

02 de Agosto de 2013

Clifford Chance US LLP
2001 K Street, NW
Washington, DC 20006, U.S.A.
Tel: +1 202 912 5185
Fax: +1 202 912 6000

Arias Muñoz
Calle La Mascota No. 533 San Benito
San Salvador, El Salvador
Tel: +503 2257 0942
Fax: +503 2257 0901

I. INTRODUCCIÓN

1. Esta Solicitud de Arbitraje se presenta a los fines del artículo 36 del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados (en adelante, el "Convenio CIADI"), de conformidad con las Reglas Procesales Aplicables a la Iniciación de los Procedimientos de Conciliación y Arbitraje (en adelante, las "Reglas de Iniciación") adoptadas por el Consejo del Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (en adelante, el "Centro").

2. La diferencia que se somete a la jurisdicción del Centro se relaciona con ciertas medidas adoptadas o atribuibles a la República de El Salvador (en adelante "El Salvador" o el "Estado"), con relación a la inversión de Enel Green Power S.p.A. (en adelante, "ENEL") en El Salvador.

3. ENEL es una sociedad de nacionalidad italiana que califica como un inversor extranjero titular de una inversión en El Salvador, de conformidad con la Ley de Inversiones Extranjeras de El Salvador, la cual fue aprobada mediante Decreto Legislativo No. 732 de fecha 14 de octubre de 1999 (en adelante, la "Ley de Inversiones").¹ La Ley de Inversiones incluye el consentimiento de El Salvador a la jurisdicción del Centro con relación a controversias que hayan surgido entre inversionistas extranjeros y el Estado, referidas a inversiones de los primeros en El Salvador.

4. ENEL realizó una inversión de más de US\$ 100 millones en una sociedad anónima salvadoreña originalmente denominada Geotérmica Salvadoreña, Sociedad Anónima de Capital Variable (en adelante, "GESAL") - hoy, LaGeo S.A de C.V (en adelante, "LaGeo")- que era propiedad del Estado a través de una entidad pública denominada Comisión Ejecutiva Hidroeléctrica del Río Lempa (en adelante, "CEL"). La inversión se realizó a través del aporte y capitalización de trabajos de exploración geotérmica, y a través de la construcción y capitalización de una unidad generadora de energía geotérmica. La contrapartida de tales aportes fue (i) el derecho a suscribir acciones en LaGeo y (ii) ciertos derechos establecidos en un documentos denominado Acuerdo entre Accionistas de fecha de 4 de junio de 2002, (en adelante, "el Acuerdo"),² incluyendo

¹ Se adjunta copia de la Ley de Inversiones como Anexo 01.

² Se adjunta el Acuerdo entre Accionistas entre CEL y ENEL de fecha 4 de junio de 2002 y sus modificaciones de fecha 04 de junio de 2002 (Modificación 1) y de fecha 20 de diciembre de 2002 (Modificación 2), como Anexo 02.

el derecho a financiar inversiones adicionales cuya capitalización le permitiría a ENEL obtener la mayoría accionaria de LaGeo.

5. El Estado ha tomado medidas que han socavado y procuran frustrar los derechos de ENEL y las expectativas en base a las cuales realizó su inversión. Entre otras cosas, (i) el Presidente de El Salvador ha manifestado claramente su intención de no respetar el derecho de ENEL a obtener la mayoría accionaria de LaGeo que surge del Acuerdo y fue ratificado por un laudo arbitral; (ii) la Corte Suprema de El Salvador han declarado inconstitucional las concesiones geotérmicas que sirven de base a las operaciones de LaGeo y en las que ENEL invirtió más de U\$s 100 millones, sometiendo la continuidad de tales derechos al arbitrio de la Asamblea Legislativa; y (iii) en consonancia con expresas manifestaciones del Presidente de El Salvador, personas que estarían relacionadas con CEL han tomado medidas concretas para habilitar la competencia de los tribunales judiciales salvadoreños para anular los derechos de ENEL establecidos en el Acuerdo, en violación del pacto de arbitraje internacional allí contenido.

6. Las conductas referidas violan (i) el derecho de El Salvador, incluyendo las protecciones y garantías establecidas en Ley de Inversiones y (ii) el derecho internacional, el cual resulta aplicable en base al Artículo 42 (1) del Convenio CIADI.

7. En esta Solicitud de Arbitraje se desarrollan de manera sumaria y preliminar los hechos que motivan la diferencia, y se enuncian, también de manera sumaria y preliminar, los fundamentos legales del reclamo. Se reserva para la oportunidad procesal pertinente una descripción detallada y específica de las circunstancias fácticas y legales relevantes.

II. PARTES EN LA DIFERENCIA

i. La Parte Demandante

8. ENEL es una compañía constituida de conformidad con las leyes de la República Italiana con domicilio social en Vía Regina Margherita 125, Roma, Italia.³

9. ENEL forma parte del Grupo ENEL⁴ y es una de las compañías líder a nivel mundial en el desarrollo y explotación de fuentes de energía renovables. Tiene una capacidad instalada de 8,680

³ Se acredita el lugar de constitución y el domicilio de ENEL con la copia del certificado de inscripción emitido por la Cámara de Comercio, Industria, Artesanato y Agricultura de Roma con fecha 8 de Julio de 2013, que se adjunta como Anexo 03.

MW distribuida en 735 plantas situadas en 16 países distintos, y genera energía de fuente eólica, solar, hidroeléctrica, geotérmica y derivada de biomasa.

10. La Junta Directiva de ENEL decidió, con fecha 31 de Julio de 2013⁵, autorizar el inicio del presente procedimiento arbitral, y apoderar y habilitar a los fines de ejercer la representación de ENEL ante el Centro con motivo de esta diferencia a las siguientes personas, a quienes deberán enviarse las comunicaciones pertinentes:

Giulio Fazio
General Counsel, Enel Green Power S.p.A.
Viale Regina Margherita, 125
00198 Rome, Italy
Tel.: +39 (06) 8305 5630
E-mail: giulio.fazio@enel.com

Edgar Miller
Daniel Muñoz
General Counsel LatAm, Enel Green Power S.p.A.
Avenida Presidente Riesco 5335, piso 15
Chile
Tel.: +56 (2) 2899 9413
Fax.: +56 (2) 2470 0084
E-mail: edgar.miller@enel.com
E-mail: daniel.munoz@latinamerica.enel.it

Armando Arias
Eduardo Angel
Josue Reyes
Calle La Mascota No. 533 San Benito,
San Salvador, El Salvador
Tel.: +503 2257-0981
Fax.: +503 2257-0901
E-mail: Armando.Arias@ariaslaw.com
E-mail: Eduardo.Angel@ariaslaw.com
E-mail: Josue.Reyes@ariaslaw.com

⁴ El grupo Enel es un grupo empresario multinacional basado en Italia que es líder en mercado de energía y gas en Europa y América Latina, operando en 40 países de 4 continentes. Tiene a cargo una capacidad de generación neta de 98 GW y una red de distribución de electricidad y gas de 1.9 millones de kilómetros con 61 millones de clientes.

⁵ Se adjunta Acta de la Junta Directiva de ENEL de fecha 31 de Julio de 2013, como Anexo 04.

C. Ignacio Suarez Anzorena
José Antonio Cainzos
2001 K Street, N.W.
Washington, D.C. 20006
Tel.: +1 202-912-5185
Fax.: +1 202-912-6000
E-mail: ignacio.suarezanzorena@cliffordchance.com
E-mail: joseantonio.canizos@cliffordchance.com

11. A los fines de la Regla de Iniciación 2(1)(f), se hace constar que ENEL ha tomado todas las acciones necesarias para autorizar esta solicitud de arbitraje. Ello surge de (i) la decisión de la Junta Directiva de ENEL antes referida; (ii) el artículo 19.1 del Estatuto Social de ENEL, según el cual la gestión de la empresa corresponde exclusivamente a los administradores, que ejecutan las operaciones necesarias para actuar el objeto social.⁶

12. Se clarifica que la sociedad que originalmente suscribió el Acuerdo se denominaba también Enel Green Power S.p.A, pero no es el mismo ente que está iniciando este procedimiento de arbitraje. Esta primer sociedad con el nombre Enel Green Power S.p.A, dejó de existir en el año 2005 en un proceso de fusión con una sociedad denominada Enel Produzione S.p.A (en adelante "Enel Produzione") que asumió todos sus derechos y obligaciones. ENEL es el producto de una escisión parcial mediante la cual todos los activos de energía renovable de Enel Produzione fueron transferidos a ENEL, incluyendo la inversión en El Salvador. Esta escisión parcial se consumó el 28 de noviembre de 2008.⁷

13. Esta clarificación es relevante al solo fin de facilitar la comprensión de los hechos y las referencias a las compañías que obran en los documentos. No tiene relevancia a los fines de los requerimientos para proceder a la registración del caso ya que, además de ser ENEL un sucesor universal por ministerio de ley de ambos entes, las acciones en LaGeo y los derechos bajo el Acuerdo están registrados a nombre de ENEL desde una fecha posterior a la escisión parcial.⁸

⁶ Se adjunta el Estatuto de ENEL como Anexo 05.

⁷ Se adjuntan como Anexo 05bis los respectivos instrumentos de fusión y de escisión.

⁸ Ver (i) copia de título accionario de LaGeo fechado el 22 de diciembre de 2008 y emitido a nombre de Enel Green Power S.p.A.; y (ii) copia de constancia del Libro de Registro de Accionistas en el que ENEL está registrado con fecha 22 de diciembre de 2008. Se adjuntan ambos documentos como Anexo 06.

ii. La Parte Demandada

14. El Salvador ha ratificado el Convenio CIADI y califica como Estado Contratante desde el 08 de febrero de 1984, fecha en la que entró en vigor tal ratificación. El Salvador está representado a estos fines por:

Lic. Carlos Mauricio Funes Cartagena
Presidente de la República de El Salvador
Alameda Doctor Manuel Enrique Araujo, No. 5500,
San Salvador, El Salvador, C.A.
Tel.: +503 2248 9000

Embajador Rubén Zamora
Embajador de El Salvador en Washington DC
1400 16th St. NW # 100
Washington, DC 20036
Tel.: +1 202 595 7500
Fax.: +1 202 232 3763

15. A los fines de las Reglas de Iniciación 2(1)(b) y 2(1)(c), se hace constar que esta demanda no está dirigida a una subdivisión política u organismo público de El Salvador.

III. **INFORMACIÓN ACERCA DEL OBJETO DE LA DIFERENCIA**

16. El objeto de la diferencia se relaciona con ciertas acciones y omisiones del Estado o atribuibles a éste, dirigidas a frustrar los derechos y destruir el valor de la inversión que ENEL realizó en El Salvador a partir del año 2002, atraída por la apertura del sector de generación geotérmica a la participación de capital privado por parte del Estado.

i. El Salvador decide privatizar y reestructurar el sector energético

17. En 1996 El Salvador inició un proceso de privatización y reestructuración de su sector energético. Este proceso se instrumentó a través de la Ley General de Electricidad de 1996 (en adelante, la "LGE").⁹

18. Con anterioridad al referido proceso, la generación, transmisión y distribución de energía eléctrica estaban en manos de CEL. Con el fin de modernizar y fomentar la competencia en este

⁹ Ver Ley General de Electricidad, Decreto Legislativo N°: 843, de 10 octubre 1996, que se adjunta como Anexo 07.

mercado, la LGE impuso a CEL la obligación de reestructurar parte de sus actividades, de forma que éstas pasaran a ser realizadas por múltiples empresas independientes con participación privada.¹⁰

19. Para 1998 CEL había privatizado por completo el sector de distribución de energía eléctrica en cumplimiento de la referida ley. En 1999, CEL escindió la denominada “División Generadora Geotérmica” y transfirió sus activos a GESAL (hoy LaGeo). La sociedad así creada pasó a ser de total propiedad de CEL.

20. En ejercicio de las competencias que le asigna la LGE, la Superintendencia General de Electricidad y Telecomunicaciones (en adelante, “SIGET”)¹¹ otorgó a la recién constituida LaGeo, dos concesiones para la explotación del subsuelo en las localidades denominadas Berlín y Ahuachapán que anteriormente eran operadas por CEL.¹²

ii. CEL decide buscar un socio estratégico para LaGeo.

21. En el año 2001, CEL decidió buscar un Socio Estratégico con la capacidad financiera y técnica necesaria para modernizar y hacer crecer LaGeo. CEL contrató a la entidad financiera Deutsche Bank para que le asistiera a tales fines. Posteriormente, se decidió que LaGeo sería quien llevara adelante el proceso. Dicho proceso fue supervisado por CEL, quien aprobó los documentos finales ofrecidos a los participantes.

¹⁰ En este sentido, el Artículo 119 LGE dispone: *Dentro del plazo de los tres años posteriores a la vigencia de la presente Ley, la CEL deberá reestructurarse a efecto que las actividades de mantenimiento del sistema de transmisión y operación del sistema de potencia sean realizadas por entidades independientes, y que las de generación se realicen por el mayor número posible de operadores. La UT deberá construirse dentro del año posterior a la fecha de entrada en vigencia de la presente Ley. A las sociedades que constituya CEL como resultado de su reestructuración, no le serán aplicables las disposiciones legales sobre constitución de sociedades por acciones de economía mixta.*

¹¹ La reforma también incluyó la creación de la SIGET, como ente encargado de aplicar las leyes que rigen estos sectores y de garantizar los derechos de usuarios y operadores. En particular, conforme al Artículo 5 LGE: *La generación de energía eléctrica a partir de recursos hidráulicos y geotérmicos, requerirán de concesión otorgada por la SIGET de conformidad con las disposiciones de la presente Ley.*

Asimismo, según el Artículo 120 LGE: *las sociedades resultantes de la reestructuración de la CEL y que tengan como giro normal de operaciones, la explotación de las instalaciones de la citada institución, deberán recibir de la SIGET las respectivas concesiones cuando sea el caso, dentro de los noventa días posteriores a la fecha de su constitución.*

¹² LaGeo luego sumó dos concesiones más. Una en la localidad de San Vicente y Chinameca y la otra en la localidad de Obrajuelo Lempa. Se adjunta como Anexo 08, copia de los contratos de concesión respectivos.

22. Siguiendo instrucciones de CEL, Deutsche Bank preparó un Memorando Informativo en el que se describía el mercado eléctrico salvadoreño, el marco regulatorio de la industria y las actividades de LaGeo, las características principales de la operación propuesta y su potencial de inversión, y, finalmente, cierta información sobre el proceso de selección.¹³

23. Todos los documentos promocionales relacionados con el Proyecto hacían referencia a la importancia de LaGeo como plataforma para el desarrollo regional de la geotermia. El Memorando Informativo, por ejemplo, contenía expresas referencias a este especial atractivo de LaGeo. Se resaltan las siguientes afirmaciones contenidas en el documento citado:¹⁴

An investment in GESAL offers a unique opportunity to participate in the largest geothermal generator in Central America and to use it as a base for further development of geothermal resources in El Salvador and elsewhere in the region.

24. Esta percepción acerca del potencial de LaGeo como base para una expansión regional fue uno de los elementos decisivos que llevaron a ENEL a participar en el Proyecto. La razón de tal sinergia era obvia. LaGeo no sólo disponía de recursos geotérmicos en explotación y susceptibles de exploración, sino que también contaba con recursos humanos con la experiencia técnica y cultural necesaria para hacer negocios en la región.

25. LaGeo era ofrecida como una plataforma regional para penetrar otros mercados y ENEL le asignaba valor por tal razón. Pero una plataforma tiene valor y justifica inversiones de riesgo sólo si puede ser controlada. Por ello desde el principio se planteó la necesidad de obtener garantías que hicieran viable el acceso al control de LaGeo.

iii. El negocio ofrecido por El Salvador a ENEL

26. El negocio ofrecido a los participantes en el proceso de licitación estaba expresado en el Acuerdo, el cual formaba parte de los términos de referencia de la licitación y contenía los derechos y obligaciones de quien resultara adjudicatario.

27. En lo sustancial, el negocio que se propuso a quien fuese elegido como socio estratégico fue: (i) la capitalización de ciertos aportes consistentes en trabajos de exploración y la eventual

¹³ Ver Memorando Informativo elaborado por Deutsche Bank de fecha de agosto de 2001, que se adjunta como Anexo 09.

¹⁴ Ver Memorando Informativo, p. 6, Anexo 09.

construcción de una central geotérmica¹⁵ y (ii) un paquete de derechos relacionados con el gobierno corporativo de LaGeo y con la posibilidad de financiar nuevas inversiones o hacer otros aportes que permitieran al adjudicatario incrementar su participación accionaria, y, eventualmente, obtener el control de LaGeo.

28. La posibilidad de controlar LaGeo era un elemento esencial de la propuesta. Como lo explicó el Directorio de LaGeo, al justificar lo actuado por ante la Corte de Cuentas de El Salvador, el interés de los participantes estaba condicionado a la posibilidad de controlar LaGeo:

Las empresas que se contactaron para participar en el proceso de licitación mostraron interés en licitar siempre y cuando el mecanismo de capitalización les permitiera eventualmente tomar la mayoría accionaria en LaGeo, y por esa razón se incluyeron en el Acuerdo entre Accionistas disposiciones que le garantizaban al socio estratégico tomar la mayoría gradualmente mediante nuevos aportes de capital para financiar otras inversiones que decidiera ejecutar LaGeo. Igualmente, en previsión que eventualmente CEL se convertiría en el accionista minoritario, se incluyeron en dicho Acuerdo cláusulas de protección a los derechos del accionista minoritario. (el subrayado está en el original)¹⁶

29. En razón de lo antedicho, el borrador de Acuerdo propuesto fue modificado en varias ocasiones hasta llegar al siguiente texto que fue el finalmente suscrito:¹⁷

ARTÍCULO 6. CAPITALIZACIÓN DE OTRAS INVERSIONES.

Las inversiones que decida hacer GESAL dentro de su giro normal de negocios, ya sean éstas mejoras o modificaciones en instalaciones existentes, adquisición de maquinaria o equipos, o inversión en otros activos productivos o empresas, u otras inversiones que GESAL considere necesarias, podrán ser financiadas por el Socio Estratégico por medio de aportes de capital que lleven a un incremento en su participación accionaria en GESAL.

El financiamiento de cualquiera de las inversiones mencionadas podrá ser ejecutado por GESAL con fondos propios. CEL expresamente acepta que GESAL deberá conceder al Socio Estratégico primera opción para financiar cualesquiera de las inversiones mencionadas, para lo cual GESAL deberá notificar al Socio Estratégico durante los quince (15) días hábiles siguientes al que se acuerden las inversiones, y el Socio Estratégico deberá notificar a GESAL el ejercicio de dicha opción en un plazo de treinta (30) días hábiles a partir de la fecha de recibida la

¹⁵ Según el Acuerdo, las inversiones que, como mínimo, ENEL debía realizar eran de dos tipos: (i) ciertos trabajos de exploración definidos en el Anexo I del Acuerdo como Fase I del Proyecto; y (ii) trabajos de construcción de obras civiles y electromecánicas definidos en el Anexo II del Acuerdo como Fase II del Proyecto.

¹⁶ Ver Comunicación de LaGeo a la Corte de Cuentas, de fecha de 13 de julio de 2013, que se adjunta como Anexo 10.

¹⁷ Ver Acuerdo, Anexo 02.

notificación. En caso que el Socio Estratégico rechace la opción o no manifieste por escrito su interés en llevar a cabo las inversiones, GESAL quedará en libertad de financiarlas de la forma que estime conveniente.

CEL declara que no existen restricciones para que en virtud de las inversiones a que se refiere el párrafo anterior, el Socio Estratégico se convierta en el accionista mayoritario de GESAL, mediante la capitalización de las mismas. En estos casos, CEL renunciará a favor del Socio Estratégico, al derecho preferente a suscribir las acciones que le habrían correspondido en los aumentos de capital que se acuerden. Cuando el Socio Estratégico proponga hacer aportaciones de activos de generación o empresas dedicadas a la generación de energía eléctrica renovable a GESAL, la Junta General de Accionistas conocerá la propuesta, una vez que dichos activos hayan sido valuados de acuerdo con el Cálculo de Equivalencia, y con base en ello, tomará las decisiones que correspondan.

Si las inversiones se hacen con fondos de CEL en las instalaciones de Berlín o Ahuachapán-Chipilapa, y éstas conllevan a un incremento en la capacidad de producción de GESAL antes de la entrada en operación de los proyectos de la Fase II, se modificará las fórmulas (5.1), (5.2), y (5.3) en el término MWE. (el subrayado es nuestro)

30. Según esta disposición: (i) las inversiones que decida hacer LaGeo dentro de su giro normal de negocios podrán ser financiadas por el Socio Estratégico (ENEL) por medio de aportes de capital que lleven a un incremento en su participación accionaria en LaGeo; (ii) para ello, el adjudicatario debe contar con una primera opción para financiar cualesquiera de las inversiones mencionadas; (iii) sólo en el caso de que el Socio Estratégico rechace la opción o no manifieste por escrito su interés en llevar a cabo las inversiones, puede LaGeo financiar las inversiones de la forma que estime conveniente; y (iv) no existe restricciones para que el Socio Estratégico (ENEL) se convierta en accionista mayoritario de LaGeo.

31. El Artículo 8.5 del Acuerdo ratifica expresamente la legalidad y la posibilidad de que ENEL ejerza los derechos consagrados en el Acuerdo y se convierta en accionista mayoritario:

8.5 CEL declara que a la fecha de suscripción del presente Acuerdo, no existe ningún impedimento, restricción o limitación de carácter legal, que limite la participación accionaria del Socio Estratégico en GESAL, ni el goce de los derechos y obligaciones pactados en el mismo, incluyendo la posibilidad de convertirse en accionista mayoritario de GESAL.

iv. ENEL resulta adjudicatario y desarrolla las fases de inversión a su cargo dispuestas en el Acuerdo

32. Tres compañías resultaron precalificadas en el proceso de Licitación: ENEL, Shell Exploration Company y el consorcio japonés Sumitomo Corporation/Kyushu Electric Power

Company. Sin embargo, sólo ENEL presentó una oferta económica final, por el 8,5% del capital social de LaGeo.

33. El 18 de abril de 2002, LaGeo escogió a ENEL como Socio Estratégico y el 4 de junio de 2002 se instrumentó su incorporación a LaGeo, con el 8,5% del capital social. Ese mismo día CEL y ENEL firmaron la versión final del Acuerdo. Luego CEL transfirió sus acciones a una compañía de su total propiedad llamada Inversiones Energéticas S.A. (en adelante, "INE" o el "Socio Estatal").¹⁸

34. ENEL realizó las tareas de exploración dispuestas en el Acuerdo, y con base en sus resultados comenzó la construcción de una unidad generadora geotérmica de 44,4 MW en la localidad de Berlín (la "Unidad 3"). La Unidad 3 fue puesta en funcionamiento por primera vez el 20 de diciembre de 2006 y comenzó a operar comercialmente el 2 de febrero de 2007. Luego de una inversión de más de U\$S 100 millones para ejecutar estos proyectos, ENEL alcanzó una participación equivalente al 36,20% del capital social de LaGeo.¹⁹

v. Se repudia el derecho de ENEL a financiar inversiones y aumentar su participación accionaria con base en el Artículo 6 del Acuerdo

35. LaGeo aprobó la realización de numerosos proyectos dentro de su giro de negocios que permitían que desde la perspectiva de ENEL calificaban entre aquellos que podían ser financiados y capitalizados de conformidad con el Artículo 6 del Acuerdo. Durante los primeros años de vigencia del Acuerdo, no hubo disputa acerca del derecho de ENEL a incrementar su participación accionaria.

36. Para el momento en que era claro que la Unidad 3 estaba pronta a ser entregada a fines del año 2007, el Socio Estatal comenzó a dilatar la emisión de las notificaciones necesarias para que ENEL pueda ejercer su derecho. Este cambio de actitud fue seguido por 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 utilizando la mayoría accionaria en LaGeo.

¹⁸ Esta transferencia tuvo lugar el 7 de abril del 2006.

¹⁹ La última capitalización tuvo lugar el 28 de abril de 2008.

37. La justificación dada por el Presidente de CEL e INE, Nicolás Salume, se relaciona con el carácter "semiestatal" de LaGeo:

Por ahora, mientras yo esté en INE, la mayoría la va a mantener INE (...) yo estimaría que el techo debería ser un 49% porque la verdad es que es una semiestatal que era de CEL y son fondos públicos de alguna forma.²⁰

38. Lo cierto es que con la entrada en funcionamiento de la Unidad 3, que fue totalmente pagada por ENEL, LaGeo se estaba transformando en una fuente muy importante de ingresos para el gobierno y las autoridades habían decidido que no iban a perder el control de LaGeo, sin importar lo pactado.

39. De manera contemporánea, a partir del año 2008, el Socio Estatal comenzó a desconocer la política de dividendos pactada en el Acuerdo. Según el Acuerdo, corresponde la distribución de la totalidad de las utilidades del ejercicio a menos que se pacte lo contrario.²¹ Esta conducta violatoria del Acuerdo se repitió en el año 2009.

vi. *ENEL comienza un arbitraje internacional de conformidad con lo dispuesto en el Acuerdo y obtiene un laudo favorable que le reconoce al derecho a realizar un aporte que le permita alcanzar el 53.25% del capital de LaGeo.*

40. Como consecuencia de los incumplimientos del Socio Estatal, ENEL comenzó el 15 de Octubre de 2008 un procedimiento de arbitraje de conformidad con las reglas de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, con base en lo dispuesto en el Acuerdo.²² ENEL reclamó, en lo sustancial: (i) que el Socio Estatal cumpla con lo dispuesto en el Artículo 6 del Acuerdo, y permita a ENEL financiar ciertos proyectos de inversión y aumentar su participación accionaria; (ii) que el Socio Estatal cumpla con la política de dividendos establecida en el Acuerdo; y (iii) los daños y perjuicios pertinentes.

41. El Socio Estatal formuló una contrademanda con diversas bases, incluyendo un reclamo por daños y perjuicios por más de US\$ 120 millones derivado de ciertas incidencias con las turbinas de la Unidad 3 que derivaron en una menor producción de energía.

²⁰ Ver publicación aparecida en *La Prensa Gráfica* de 5 de noviembre de 2007, que se adjunta como Anexo 11.

²¹ Acuerdo, Artículos 13 y 14.

²² Acuerdo, Artículo 22.

42. En el laudo fechado 30 de mayo de 2011 (en adelante, el "Laudo CCI"), un tribunal arbitral constituido por prestigiosos juristas²³, de forma unánime: (i) reconoció el derecho de ENEL a financiar proyectos por un monto de US\$ 127.394.130 y ordenó al Socio Estatal tomar las medidas necesarias para que se realice un aumento de capital y se emitan 9.346.598 acciones a favor de ENEL, incrementando así su participación al 53.25 % de LaGeo; (ii) condenó al Socio Estatal a pagar US\$ 2.448.841,35 en concepto de daños y perjuicios como consecuencia de la violación de la política de dividendos dispuesta en el Acuerdo; y (iii) rechazó integralmente la demanda reconventional formulada por el Socio Estatal.²⁴

43. El laudo fue confirmado por la Cámara de Apelaciones de París el pasado 08 de enero de 2013, mediante una sentencia que rechazó un recurso de nulidad interpuesto por el Socio Estatal.²⁵ Hasta la fecha, el Socio Estatal ha evitado cumplir el Laudo CCI y ha anunciado que no tiene intenciones de cumplirlo.

vii. El Salvador toma medidas que socavan los derechos de ENEL

44. Luego de que ENEL obtuviera un resultado favorable en el procedimiento arbitral y que quedara reconocido su derecho a llegar al 53.25% del capital de LaGeo mediante el financiamiento de inversiones, se verificaron varios sucesos dirigidos a impedir en ejercicio de los derechos reconocidos a favor de ENEL.

45. En primer lugar, la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia emitió el 27 de junio de 2012 una sentencia mediante la cual se declaran inconstitucionales ciertos Artículos de la LGE y su Reglamento, relacionados con las concesiones para la generación de energía eléctrica a través de la explotación del subsuelo. En particular, se declara inconstitucional la potestad de la SIGET para aprobar/autorizar dichas concesiones y el carácter permanente que la LGE y Reglamento les otorgan. Según la sentencia, las concesiones otorgadas con anterioridad a la emisión de la sentencia 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.

²³ El tribunal estuvo integrado por el Licenciado Andrés Jana (Presidente), el Licenciado Eduardo Zuleta y el Profesor José Carlos Fernández Rozas.

²⁴ Se adjunta el Laudo de fecha 30 de Mayo de 2011 y la decisión y addendum al Laudo de fecha de 21 de Diciembre de 2011 como Anexo 12.

46. Según la sentencia, la Asamblea Legislativa deberá revisar los contratos de concesión existentes al momento de dictarse de la sentencia, debiendo tomar en cuenta (i) las condiciones de ejecución del contrato y (ii) los requisitos que debe llenar el sujeto al que se le otorga la concesión, entre ellos capacidad legal, técnica, financiera u otros que el legislador considere oportunos y que son exigidos en la ley de la materia.

47. Lo antedicho significa que las concesiones de LaGeo, incluyendo la concesión del reservorio de Berlín en el cual ENEL invirtió más de US\$ 100 millones, estarían sujetas al arbitrio de la Asamblea Legislativa en cuanto a su continuidad y/o en cuanto a las circunstancias y condiciones de tal continuidad.²⁶ Lo resuelto por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador carece de sentido por varias razones, entre las que se cuenta el hecho de que la SIGET estaba actuando en base a una potestad conferida por la LGE, que es una norma votada por la propia Asamblea Legislativa.

48. 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. Cualquier modificación en las condiciones y duración de las concesiones de uso del subsuelo impacta sobre la capacidad productiva de LaGeo y, por ende, sobre el valor y rentabilidad de la inversión de ENEL. Aunque a la fecha la Asamblea no se ha pronunciado sobre las concesiones de LaGeo, la incertidumbre creada tiene un obvio impacto sobre el valor y la capacidad de ENEL de disponer de su inversión.

²⁵ Ver sentencia de la Cámara de Apelaciones de París de fecha de 07 de enero de 2013 que se adjunta como Anexo 13. El Socio Estatal interpuso un recurso por ante la Corte de Casación que se encuentra pendiente de resolución.

²⁶ Además, en el particular caso de ciertas concesiones, como por ejemplo las de Berlín y Ahuachapán, se trata de concesiones preexistentes que eran explotadas por CEL desde mucho tiempo antes del dictado de la LGE y que fueron otorgadas a LaGeo en el contexto de la reestructuración de CEL. La SIGET, en estos casos, sólo actuó en cumplimiento de la instrucción de la Asamblea Legislativa de reestructurar CEL dispuesta por la LGE, y no como otorgante originario de derecho concesionales. Ver, en este sentido, el Artículo 120 de la LGE: *Las sociedades resultantes de la reestructuración de la CEL y que tengan como giro normal de operaciones, la explotación de las instalaciones de la citada institución, deberán recibir de la SIGET las respectivas concesiones cuando sea el caso, dentro de los noventa días posteriores a la fecha de su constitución.*

49. En segundo lugar, el propio Presidente de la República ha manifestado públicamente que los derechos reconocidos a ENEL en el Laudo CCI no van a ser respetados, y que va a solicitar la nulidad del Acuerdo por ante los tribunales judiciales locales.²⁷

50. Finalmente, en fecha reciente se ha iniciado una demanda contra CEL ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia en la que se persigue la anulación del Acuerdo a los fines de impedir la capitalización de inversiones en LaGeo a favor de ENEL ordenada en el Laudo CCI.²⁸ CEL -la demandada en el caso- sería paradójicamente la principal beneficiaria de una declaración de nulidad.

viii. La conducta de El Salvador viola el derecho de El Salvador y el derecho internacional

51. La conducta de El Salvador impide el ejercicio de derechos contractuales refrendados por un laudo emitido por un tribunal arbitral internacional competente.

52. También implica una violación de diversas disposiciones de la Ley de Inversiones, incluyendo las relativas: (i) el principio de libertad para realizar inversiones sin discriminación de nacionalidad;²⁹ (ii) las obligaciones en materia de tratamiento igualitario³⁰ (iii) el deber de no adoptar medidas injustificadas o discriminatorias que obstaculicen el establecimiento, administración, uso, usufructo, extensión, venta y liquidación de sus inversiones;³¹ y (iv) el deber de protección de la propiedad y el derecho a la libre disposición de sus bienes.³²

²⁷ Ver declaraciones periodísticas que se adjuntan como Anexo 14.

²⁸ Esta acción ha sido iniciada por personeros del Socio Estatal dado que quien se presenta en el caso como demandante es un abogado asociado a una firma que representa los intereses de CEL.

²⁹ El Artículo 6 de la Ley de Inversiones dispone: *LIBERTAD PARA REALIZAR INVERSIONES. Cualquier persona natural o jurídica, nacional o extranjera, podrá efectuar inversiones de cualquier tipo en El Salvador, salvo las que se encuentren limitadas por ley, sin que puedan aplicarse discriminaciones o diferencias por razones de nacionalidad, domicilio, raza, sexo o religión.*

³⁰ El Artículo 5 de la Ley de Inversiones dispone: *IGUALDAD PARA TODOS LOS INVERSIONISTAS. Los inversionistas extranjeros y las sociedades mercantiles en las que éstos participen, tendrán los mismos derechos y obligaciones que los inversionistas y sociedades nacionales, sin más excepciones que las señaladas por la ley...*

³¹ El Artículo 5 de la Ley de Inversiones dispone que no pueden aplicarse *medidas injustificadas o discriminatorias que obstaculicen el establecimiento, administración, uso, usufructo, extensión, venta y liquidación de sus inversiones.*

³² El Artículo 13 de la Ley de Inversiones dispone: *PROTECCIÓN Y SEGURIDAD A LA PROPIEDAD. De conformidad a lo establecido en la Constitución de la República, se reconoce y se garantiza al inversionista nacional y extranjero, la protección de su propiedad y el derecho a la libre disposición de sus bienes. Aun no se ha verificado una expropiación de los derechos de ENEL bajo el Acuerdo de Accionistas.*

53. Lo actuado por El Salvador también viola categorías jurídicas constitucionales, entre ellas el derecho al juez natural (Artículo 15 de la Constitución de la República de El Salvador), el derecho a la libertad económica (Artículo 102), el derecho de propiedad (Artículo 2), el derecho a la seguridad jurídica (Artículo 2) y el derecho a la libertad de contratación y a terminar asuntos comerciales por la vía del arbitraje (Artículo 23).

54. Finalmente, la conducta de El Salvador puede tipificarse o estar en vías de calificarse como un ilícito internacional, por constituir una posible denegación de justicia, una violación de las normas mínimas de trato al extranjero y podría derivar en una expropiación no compensada.³³

IV. EL CONSENTIMIENTO A LA JURISDICCIÓN DEL CENTRO

i. *El Salvador ha manifestado su consentimiento a la jurisdicción del Centro en la Ley de Inversiones*

55. El consentimiento a la jurisdicción del Centro consta en la Ley de Inversiones, cuyo artículo 15 dispone lo siguiente:

En el caso de controversias surgidas entre inversionistas extranjeros y el Estado, referentes a inversiones de aquellos efectuadas en El Salvador, los inversionistas podrán remitir la controversia:

a) Al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), con el objeto de resolver la controversia mediante conciliación y arbitraje, de conformidad con el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados (Convenio del CIADI).

ii. *Fecha del consentimiento de las partes a la jurisdicción del Centro*

56. El Salvador otorgó su consentimiento a la jurisdicción del Centro al entrar en vigor la Ley de Inversiones, es decir, el 11 de noviembre de 1999. ENEL presta su consentimiento en el día de la fecha, 2 de agosto de 2013, por lo que a los fines de la Regla de Iniciación 2(3) se debe considerar a esta última fecha como aquella en la que las partes prestaron su consentimiento a la jurisdicción del Centro.

iii. *La presente controversia se encuadra dentro del consentimiento a las jurisdicción del Centro otorgado por El Salvador*

³³ Esto podría suceder si las acciones de LaGeo no sufren modificaciones significantes y no se habilita su continuidad

57. El consentimiento expresado en la Ley de Inversiones requiere que: (i) haya surgido una controversia; (ii) una de las partes califique como un *inversionista extranjero*; (iii) la otra parte sea el *Estado*; (iv) la controversia sea referente a activos y/o derechos que califican como *inversiones del inversionista extranjero*; y (v) las *inversiones* hayan sido efectuadas en El Salvador. Todos y cada uno de los requisitos se encuentran cumplidos.

58. En primer lugar, es evidente que ha surgido una controversia dado que ENEL considera que es manifiestamente ilegal (i) la conducta del Socio Estatal y de la autoridades de El Salvador con relación a los derechos consagrados en el Acuerdo que han sido refrendados en el Laudo CCI; (ii) la decisión de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador en lo concerniente a las concesiones de LaGeo; y (iii) cualquier intento de anular el Acuerdo por parte de los tribunales judiciales de El Salvador.

59. En segundo lugar, ENEL califica como un *inversionista extranjero* de conformidad con el artículo 2, literal c) de la Ley de Inversiones, el cual define tal término como *las personas naturales y jurídicas extranjeras*. ENEL es una persona jurídica extranjera por ser sociedad constituida de conformidad con las leyes de la República Italiana.

60. En tercer lugar, la otra parte en la controversia es el *Estado* por ser éste a quien ENEL le reclama en este procedimiento el cumplimiento de las obligaciones y el respeto de las garantías que a su favor establece tanto el derecho de El Salvador, incluyendo la Ley de Inversiones, como el derecho internacional, el cual es aplicable en base al artículo 42 (1) del Convenio CIADI. Esta controversia se relaciona con acciones y omisiones del Estado, incluyendo acciones y omisiones del poder ejecutivo, del poder legislativo y del poder judicial, y acciones y omisiones de entes, instrumentalidades y personas que son atribuibles al Estado.

61. En cuarto lugar, la controversia *es referente a inversiones* de ENEL por estar relacionada con activos y derechos que son propiedad de ENEL y que califican como *inversiones* de conformidad con la Ley de Inversiones. Según la Ley de Inversiones, esta denominación se aplica *aquellos activos o recursos, ya sean en bienes tangibles e intangibles, prestación de servicios o financieros en moneda nacional o extranjera de libre convertibilidad, que se destinen a la ejecución de actividades de índole económica o a la ampliación o perfeccionamiento de las existentes, para la producción de bienes o servicios y la generación de fuentes de trabajo.*³⁴ Entre

³⁴ Ley de Inversiones, Artículo 2 (a).

tales activos y recursos se cuenta [L]a suscripción o adquisición de acciones o participaciones en sociedades mercantiles salvadoreñas, así como aquellas derivadas de aumentos de capital producto de la capitalización de utilidades, reservas, revalorización de activos o de créditos o por nuevos aportes.³⁵ Es indudable que tanto el Acuerdo como la participación accionaria de ENEL en LaGeo y los derechos a capitalizar inversiones dispuestos en el Acuerdo y reconocidos en el Laudo CCI, califican como una *inversión*, de conformidad con la Ley de Inversiones.

iv. Cumplimiento de Artículo 25 del Convenio.

62. La presente diferencia tiene lugar entre un Estado Contratante -El Salvador- y un persona jurídica de otro, la República Italiana, que es otro Estado Contratante.³⁶ Al momento del consentimiento emitido en el día de la fecha -y en todo momento- ENEL ha tenido nacionalidad italiana.

63. Como surge de la información que se ha suministrado sobre el objeto de la diferencia, ésta surge *directamente de la inversión* en acciones en la sociedad salvadoreña LaGeo, de otros derechos a capitalizar acciones y de otros derechos relacionados que surgen del Acuerdo, los cuales califican como inversiones de conformidad con el Convenio CIADI.³⁷

64. Se trata asimismo de una diferencia de *naturaleza jurídica* por relacionarse con la determinación de los derechos y remedios con los que cuenta ENEL de conformidad con el derecho de El Salvador y el derecho internacional³⁸ frente a las acciones y omisiones de El Salvador o que le son atribuibles, que se han descrito en la presente Solicitud de Arbitraje.

V. CUESTIONES FORMALES

65. Se certifica que las copias de documentos que se acompañan a las presente Solicitud de Arbitraje son fieles de los documentos originales, y en los casos en los que se han acompañado

³⁵ Ley de Inversiones, adjuntada como Anexo 1, Artículo 3 (d). Ver también Artículos 3 (h) y 3 (i) de la Ley de Inversiones.

³⁶ La República Italiana califica como Estado Contratante desde el 28 de Abril de 1971.

³⁷ Se aclara a los fines de evitar cualquier duda que nada de lo que se diga en esta Solicitud de Arbitraje puede ser interpretado como un consentimiento a que el Tribunal a constituirse tenga facultades para revisar el contenido de Laudo CCI.

³⁸ Esto último, por aplicación del artículo 42 (1) del Convenio CIADI.

copias parciales, se certifica que las omisiones no son relevantes y ningún caso podrían inducir a malos entendidos.

66. Se certifica asimismo que las traducciones de documentos en idioma italiano representan fielmente el texto original y que en los casos que en los que se ha omitido traducir partes de ciertos documentos, tales omisiones no son relevantes y en ningún caso podrían inducir a malos entendidos.

VI. PETICION

67. En función de las consideraciones precedentes, y reservando el derecho de modificar o ampliar posteriormente esta petición, se solicita que el Secretario General proceda a registrar la presente Solicitud de Arbitraje en conformidad del artículo 36 (3) del convenio CIADI.

68. En la oportunidad relevante se solicitara al Tribunal interviniente que, entre otras cosas:

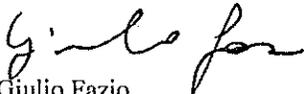
- a. Declare que la conducta de El Salvador viola el derecho aplicable.
- b. Ordene a El Salvador que se abstenga de tomar las medidas que se han descripto como violatorias del derecho aplicable.
- c. Ordene a El Salvador compensar a ENEL por el daño causado, incluyendo interés pre y post laudo, y soportar todos los costos y costas de este procedimiento arbitral
- d. Dicte cualquier otro remedio que considere justo y apropiado.

Respetuosamente presentado,

* * *

Solicitud de Arbitraje
ENEL GREEN POWER S.p.A. (República Italiana) v.
REPUBLICA DE EL SALVADOR

ENEL GREEN POWER S.p.A

By: 
Name: Giulio Fazio Title: Apoderado

CLIFFORD CHANCE US LLP

By: 
Name: C. Ignacio Suarez Anzorena

2 de Agosto de 2013 , Washington D.C.