

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

ENEL GREEN POWER S.p.A. (REPÚBLICA DE ITALIA)

Demandante

c.

REPÚBLICA DE EL SALVADOR

Demandada

Caso CIADI No. ARB/13/18

**OBSERVACIONES ADICIONALES A LA SOLICITUD DE MEDIDAS
PROVISIONALES DE LA DEMANDANTE**

12 de junio de 2014

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

1. Introducción	4
2. Sumario	4
3. Réplica a los argumentos que utiliza El Salvador para solicitar el rechazo de la solicitud de medidas cautelares	7
3.1. El Tribunal Arbitral tiene Jurisdicción Prima Facie	8
3.1.1. El derecho a pedir el reconocimiento y la ejecución del Laudo CCI en El Salvador no ha expirado	10
3.1.2. La contraparte de ENEL en la presente disputa es el Estado salvadoreño, no una entidad privada	12
3.1.3. Existe una disputa legal entre ENEL y El Salvador aunque la Asamblea Legislativa no se haya pronunciado todavía acerca de las concesiones de LaGeo	16
3.1.4. La iniciación de los procedimientos contencioso administrativos y las medidas cautelares adoptadas en el seno de los mismos forman parte de la disputa sometida a este Tribunal Arbitral	19
3.1.5. El Tribunal Arbitral tiene jurisdicción sobre los hechos acaecidos con posterioridad a la Modificación de la Ley de Inversiones	22
3.2. Los derechos invocados por ENEL merecen ser protegidos mediante medidas provisionales	28
3.2.1. El derecho a la exclusividad jurisdiccional puede protegerse provisionalmente aunque todavía no haya un pronunciamiento sobre jurisdicción	30
3.2.2. ENEL tiene un derecho a la no agravación de la disputa	30
3.3. Los argumentos de la Demandada sobre cada una de las medidas provisionales solicitadas también deben rechazarse	31
3.3.1. Primera Medida: que se ordene a la Demandada abstenerse de tomar medidas que afecten las condiciones de explotación de las concesiones de LaGeo	31

3.3.2.	Segunda Medida: que se ordene la suspensión o finalización de los procedimientos contencioso administrativos hasta que el Tribunal Arbitral dicte una decisión final sobre la disputa sometida a su consideración.....	35
3.3.3.	Tercera Medida: que se ordene la suspensión o finalización del procedimiento penal y se alcen los embargos hasta que el Tribunal Arbitral dicte una decisión final sobre la disputa sometida a su consideración.....	36
3.3.4.	Cuarta Medida: que se ordene a El Salvador abstenerse de iniciar cualquier otro procedimiento judicial directamente relacionado con las cuestiones sometidas al presente arbitraje y, en general, de tomar cualquier otra medida que tenga relación con el objeto del arbitraje CIADI y resulte en una agravación de la disputa en detrimento de ENEL y/o sus ex empleados.....	43
4.	La inversión de ENEL en El Salvador es lícita y merece ser protegida por la ley de inversiones.....	47
4.1.	Sobre la remoción por CEL de todos los miembros de la Junta Directiva de LaGeo y reemplazo por "personas sugeridas sin ninguna autoridad legal por el entonces Ministro de Economía"	48
4.2.	Sobre la decisión de CEL de ceder a LaGeo el contrato de asesoría financiera para la selección del socio estratégico a solicitud del entonces Ministro de Economía	49
4.3.	Sobre la supuesta "inhabilitación" de ENEL para participar en la licitación.....	50
4.4.	Sobre las modificaciones del borrador del Acuerdo de Accionistas supuestamente hechas de forma "irregular" y en contravención de las leyes salvadoreñas	52
4.5.	Sobre las supuestas irregularidades en el proceso de apertura de los sobres que favorecieron a ENEL.....	54
4.6.	Sobre la supuesta modificación irregular del Acuerdo de Accionistas el mismo día de su firma 55	
4.7.	Sobre el supuesto incremento "a título gratuito" de la participación accionaria de ENEL en LaGeo en un 4%.....	56
5.	La mayoría de los argumentos realizados por La Demandada ya fueron analizados y desechados en sus méritos por el Tribunal CCI	58
6.	Petición	61

1. INTRODUCCIÓN

1. La Demandante presenta sus observaciones adicionales a la Solicitud de Medidas Provisionales presentada el 14 de abril de 2014 (en adelante, "Escrito de Observaciones Adicionales") en réplica a la Respuesta a la Solicitud de Medidas Provisionales de la Demandada de 14 de mayo de 2014 (en adelante, la "Respuesta").

2. A estos fines, se utilizarán las mismas definiciones de términos que se emplearon en la Solicitud de Medidas Provisionales.

2. SUMARIO

3. Éste es un caso simple: una compañía extranjera realizó una inversión de alto riesgo en una sociedad que tiene socio estatal a cambio de un cierto paquete de derechos, que incluían la posibilidad de controlar a tal sociedad, y el Estado – luego de un cambio de gobierno – decidió repudiar lo pactado en el contexto de un discurso nacionalista. Cuando el inversor decidió hacer valer sus derechos, la estrategia del Estado fue – y sigue siendo hasta ahora – la de procurar amedrentarlo y forzarlo a abandonar sus derechos mediante una amenaza cierta de perder todo lo invertido.

4. La Demandada ha venido a "descubrir", transcurridos más de 10 años, que hechos y derechos instrumentados abiertamente en documentos y contratos que siempre fueron de su conocimiento son un delito y/o una fuente de nulidades. Para entonces, ENEL ya ha cumplido con su parte y ha invertido sumas millonarias que son un "costo hundido" en El Salvador.

5. A pesar de que ENEL ha obtenido un laudo arbitral favorable emitido por un prestigioso tribunal arbitral que descarta la casi totalidad de las objeciones que ahora regurgitan los distintos estamentos de la Demandada, ésta se ha embarcado en una campaña que está dirigida desde las más altas esferas del Estado y que tiene como objetivo impedir que ENEL ejerza sus derechos.

6. La estrategia de la Demandada es clara: someter a ENEL a una presión insoportable que la obligue a capitular, sin importar los pactos contractuales, el derecho aplicable y lo que haya sido decidido por el tribunal competente acordado. La Respuesta revela la intención de El Salvador de dejar a ENEL en un estado de total indefensión y a merced de la Demandada, cuyos organismos y representantes ni siquiera disimulan su vocación de frustrar la inversión de ENEL a cualquier costo mediante acciones que son ostensiblemente arbitrarias.

7. La Demandada objeta la concesión de las medidas solicitadas con base en una supuesta falta de jurisdicción "*prima facie*" del Tribunal Arbitral. Esta objeción no puede prosperar. En primer lugar, la Demandada confunde la existencia de una "disputa legal" con los méritos de la disputa sometida a la jurisdicción del Tribunal Arbitral. En segundo lugar, la sugerencia de la Demandada de que la presente disputa no tiene como contraparte al Estado, no puede ser tomada seriamente a la luz de las propias declaraciones de las autoridades de la Demandada, la naturaleza de las entidades involucradas, e, incluso, el tipo de delito que se imputa en las actuaciones penales – peculado – el cual tiene como presupuesto la actuación de funcionarios públicos.

8. La sugerencia de la Demandada de que ENEL no debería estar habilitada a solicitar protección frente a medidas posteriores a la modificación de la Ley de Inversiones de El Salvador pone de manifiesto cuán importante y justificado es que el Tribunal Arbitral impida modificaciones al *status quo*, proteja su propia jurisdicción y evite que la Demandada continúe asediando a ENEL.

9. La Demandada pretende excluir de la esfera de acción del Tribunal Arbitral medidas tomadas luego de la modificación legal referida con la esperanza de obtener carta blanca para continuar con su estrategia de hostigamiento. La Demandada ha tomado medidas que perjudican a ENEL que están viciadas por una ilegalidad patente. En el caso de los embargos en sede penal, las medidas adoptadas exceden parámetros de legalidad e ingresan en el terreno de lo absurdo. Sin oír a ENEL, el poder judicial se ha hecho eco de conductas sin entidad alguna, prescritas, y ha imputado a ENEL responsabilidad subsidiaria por una conducta de un partícipe que ha actuado con 8 participantes principales, el 98% del potencial daño – unas 250 veces más que el supuesto responsable principal.

Para estimar ese supuesto daño, ha recurrido a una pericia pagada por CEL a la firma del Ministro de Agricultura, la cual, entre varias otras cosas, aplica una prima de emisión del 900% y parte de la base de que el Laudo CCI ha sido cumplido.

10. El resultado es escalofriante y absurdo: se valora el supuesto daño sufrido en poco más de USD 2.000 millones y se asigna a ENEL su práctica totalidad, unos USD 1.900 millones. ENEL sería responsable por dichos daños por el "delito" de haber invertido más de USD 100 millones para construir una central geotérmica de 44 MW y pretender contribuir otros USD 127 millones para financiar otras inversiones de LaGeo en cumplimiento de un contrato que lleva 12 años vigente.

11. La combinación entre las medidas penales – que, entre otras cosas, afectan decisivamente la disponibilidad de la inversión de ENEL y la percepción de dividendos –, y las medidas contencioso administrativas que bloquean la aplicación del Acuerdo de Accionistas, constituye una clara advertencia de lo que le espera a ENEL si el Tribunal Arbitral no interviene para tutelar provisoriamente el *status quo* hasta el dictado de un laudo final.

12. No solamente razones prácticas y de equidad sustentan la Solicitud de Medidas Provisionales. Es claro que (i) las inversiones y derechos de ENEL preexistentes gozan de la garantía procesal consistente en la potestad de acceder a un Tribunal Arbitral internacional a la luz del texto y los antecedentes de la Ley de Inversiones; (ii) la jurisdicción del Tribunal Arbitral comprende medidas posteriores a la modificación de la Ley de Inversiones, en cuanto tales medidas se relacionen con una disputa surgida con anterioridad a tal modificación, como sucede en este caso; y (iii) el consentimiento expresado por la Demandante en su Solicitud de Arbitraje incluye y se refiere a acciones y circunstancias conectadas directamente con las gravosas medidas tomadas por las cortes de El Salvador con posterioridad a la modificación de la Ley de Inversiones.

13. Las objeciones a la procedencia específica de las medidas cautelares realizadas por El Salvador tampoco pueden prosperar: (i) ENEL tiene derecho a que se preserve el *status quo* – ya reconocido por el Laudo CCI – y las medidas que se pretenden evitar podría tornar ilusorio el cumplimiento de un eventual laudo; (ii) el derecho a la no agravación de la disputa y la protección

de la jurisdicción del Tribunal Arbitral son de naturaleza autónoma, tal como lo ha reconocido la jurisprudencia; y (iii) la conducta de la Demandada tiene efecto concreto sobre la posibilidad de ENEL de ejercer su derecho de defensa ante este Tribunal Arbitral, dado su evidente impacto en la disponibilidad y disposición de testigos, y la inequidad resultante de los mecanismos compulsivos a los que está recurriendo la Demandada para recopilar prueba (allanamiento y secuestro de documentos, etc.).

14. Finalmente, la Demandada sugiere la existencia de vicios en la contratación de ENEL que justificarían que no se aplique la Ley de Inversiones. Estas alegaciones (i) o bien ya han sido descartadas por el Laudo CCI o (ii) son de una ligereza que roza con la intrascendencia, tal y como se explica en las Secciones 4 y 5 del presente escrito.

3. RÉPLICA A LOS ARGUMENTOS QUE UTILIZA EL SALVADOR PARA SOLICITAR EL RECHAZO DE LA SOLICITUD DE MEDIDAS CAUTELARES

15. La Demandada, en su Respuesta, solicita el rechazo de la totalidad de medidas solicitadas sobre la base de diversos argumentos. En primer lugar, la Demandada formula dos argumentos generales que supuestamente obligarían a rechazar todas las medidas solicitadas en su conjunto. Seguidamente, la Demandada procede a exponer argumentos en virtud los cuales el Tribunal Arbitral debería rechazar cada una de las medidas provisionales solicitadas en particular.

16. En las siguientes secciones ENEL expondrá las razones por las cuales los argumentos de las Demandadas no pueden prosperar. En particular, la Demandante demostrará porqué, contrariamente a lo esgrimido por la Demandada: (i) el Tribunal Arbitral tiene jurisdicción *prima facie* (**Sección 3.1.**); (ii) los derechos a la exclusividad de la jurisdicción y a la no agravación de la disputa o mantenimiento del *status quo* invocados por ENEL merecen ser protegidos mediante medidas provisionales (**Sección 3.2.**); y (iii) las circunstancias del presente caso justifican la adopción de cada una de las particulares medidas provisionales solicitadas (**Sección 3.3.**).

3.1. El Tribunal Arbitral tiene Jurisdicción *Prima Facie*

17. El Salvador concuerda con la Demandante en entender que para decidir la Solicitud de Medidas Provisionales el Tribunal Arbitral no necesita realizar un análisis riguroso sobre su jurisdicción. Bastará con que el Tribunal Arbitral estime que tiene jurisdicción *prima facie*¹.

18. La Demandada, sin embargo, argumenta que en el presente caso no existe dicha jurisdicción *prima facie* por no existir entre ENEL y el Estado una "*disputa legal*" en el sentido del artículo 25 de la Convención CIADI². En particular, la Demandada argumenta que, al tiempo de presentarse la Solicitud de Arbitraje de ENEL, no existía una disputa legal entre ENEL y el Estado por las siguientes razones: (i) porque el derecho de ENEL a solicitar el reconocimiento y la ejecución del Laudo CCI ya habría expirado³ (**Sección 3.1.1.**); (ii) porque, en cualquier caso, se trataría de una disputa entre dos partes privadas, ENEL e INE, en la que el Estado no tiene nada que ver⁴(**Sección 3.1.2.**); (iii) porque la Asamblea Legislativa todavía no se ha pronunciado sobre la legalidad y vigencia de las concesiones de LaGeO⁵ (**Sección 3.1.3.**); y (iv) porque los procedimientos contencioso administrativos seguidos en El Salvador – y las medidas provisionales adoptadas en el seno de los mismos – no han causado perjuicio alguno a ENEL⁶ (**Sección 3.1.4.**).

19. Adicionalmente, la Demandada también subraya que el 4 de septiembre de 2013 entró en vigor una modificación de la Ley de Inversiones de El Salvador, en virtud de la cual El Salvador reformó su Artículo 15 (la "Modificación de la Ley de Inversiones"). La Modificación de la Ley de Inversiones eliminó el derecho de los inversores extranjeros a someter sus disputas con el Estado a un arbitraje bajo la Convención CIADI. Según la Demandada, la Modificación de la Ley de

¹ Párrafo 81 de la Respuesta.

² Párrafo 100 de la Respuesta.

³ Párrafo 103 de la Respuesta.

⁴ Párrafo 105 de la Respuesta.

⁵ Párrafos 106 a 11 de la Respuesta.

⁶ Párrafos 112 a 114 de la Respuesta.

Inversiones significa que cualquier disputa fundada en hechos acaecidos con posterioridad a la entrada en vigor de la misma tampoco puede ser sometida a arbitraje por faltar el consentimiento del Estado (**Sección 3.1.5.**).

20. En las siguientes secciones se expondrá porqué los argumentos de la Demandada deben rechazarse. Sin embargo, con carácter preliminar, es necesario clarificar el concepto de "disputa legal" por cuanto la Demandada parece confundir tal concepto con los méritos del caso. Tal y como afirma la propia Demandada, una disputa legal es: "*un desacuerdo sobre una cuestión de derecho o de hecho, un conflicto de opiniones jurídicas o intereses entre dos personas*" de forma tal que sean "*controversias en las que las partes no están de acuerdo acerca de un derecho*"⁷.

21. Teniendo en cuenta esta definición, resulta incomprensible que la Demandada argumente que no existe una disputa legal. No puede caber duda alguna de que existe una profunda discrepancia acerca de los alcances de los derechos de ENEL bajo el derecho aplicable, tanto bajo el derecho de El Salvador (derecho de fondo general y Ley de Inversiones), como bajo el derecho internacional.

22. Como sostuvo el tribunal arbitral en *El Paso c. Argentina*, el test relevante a estos fines es mucho más básico que el que aplica la Demandada:

*"Lo que importa en esta etapa, a fin de determinar si la diferencia es de "naturaleza jurídica" de acuerdo con lo dispuesto en el Artículo 25 (1) del Convenio del CIADI, es que las partes justifiquen sus reclamos con arreglo a derecho y que procuren obtener una reparación. Otra cuestión, que se decidirá en la etapa del análisis del fondo de la cuestión, es si la sustancia de esos reclamos está bien fundada"*⁸.

⁷ Párrafo 82 de la Respuesta.

⁸ *El Paso Energy International Company c. la Republica Argentina*, Caso CIADI No. ARB/03/15. Decisión sobre competencia del 27 de abril de 2006, párrafo 61 citando a *The Mavrommatis Palestine Concessions (Greece v. United Kingdom)*, 1924 P.C.I.J. (Series A) No. 2, Judgment of 30 August 1924, página 11. Se acompaña como **(Autoridad Legal MP 18)**

23. En razón de lo dicho no puede haber duda de que existe una "disputa legal" o "diferencia de naturaleza jurídica" entre las partes. Sin perjuicio de ello se consideran y descartan a continuación los específicos argumentos de la Demandada.

3.1.1. El derecho a pedir el reconocimiento y la ejecución del Laudo CCI en El Salvador no ha expirado

24. El Salvador argumenta que, bajo derecho salvadoreño, ENEL tenía un plazo de dos años para solicitar el reconocimiento y la ejecución del Laudo CCI ante las cortes de El Salvador y que dicho plazo ya ha expirado. Por lo tanto, según la Demandada, "*ese laudo arbitral comercial CCI favorable para ENEL ya no es ejecutable en El Salvador*"⁹. Como se verá en los párrafos siguientes, el argumento de la Demandada es insostenible.

25. El Salvador no se molesta en identificar la norma de derecho salvadoreña que establece ese plazo de dos años ni tampoco en especificar a partir de qué fecha supuestamente empezó a contar el plazo. Lo que sí dice la Demandada claramente es que ENEL debía haber solicitado el reconocimiento y la ejecución del Laudo CCI desde que éste quedó **firme**:

*"lo que ENEL debió haber hecho desde que obtuvo un **laudo favorable firme** del tribunal CCI, es haber recurrido a la Corte Suprema de Justicia de El Salvador para solicitar el reconocimiento y ejecución de ese laudo"*¹⁰ (énfasis nuestro)

26. Sin embargo, la Demandada sorprendentemente olvida señalar que CEL e INE solicitaron la anulación del Laudo CCI ante la Corte de Apelación de París, ciudad sede del Arbitraje CCI, el 27 de julio de 2011. El 8 de enero de 2013 la Corte de Apelación de París desestimó la anulación y confirmó el Laudo CCI. Sin embargo, el 26 de abril de 2013 CEL e INE interpusieron recurso de casación ante la Corte de Casación francesa y, a día de hoy, la Corte de Casación todavía no ha pronunciado sobre dicho recurso.

⁹ Párrafo 103 de la Respuesta.

¹⁰ Párrafo 103 de la Respuesta.

27. En este sentido, mientras esté pendiente de resolverse el recurso ante la Corte de Casación francesa, el Laudo CCI no es firme.¹¹

28. Además, la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958 (en adelante, la "Convención de NY"), de la que El Salvador es parte, no establece ningún plazo al derecho a solicitar el reconocimiento y la ejecución de los laudos. Cabe destacar que la Convención de NY, en cuanto tratado internacional, prevalecería sobre una ley procesal interna de El Salvador¹².

¹¹ INE y CEL han alegado que el Tribunal CCI utilizó un parámetro que no fue debidamente introducido al debate - valor de libros- a los fines de cuantificar la cantidad de acciones que le corresponden a ENEL. Ello es falso ya que (i) el Tribunal CCI tiene pleno poderes de cuantificación a estos fines y (ii) el parámetro utilizado fue expresamente incluido en el debate por INE y CEL. El resto del Laudo CCI favorable a ENEL no está afectado por el alegado error - aunque INE y CEL han pedido la nulidad de todo el Laudo CCI. En cualquier caso, no es aún firme la determinación del monto de acciones a las que tiene derecho ENEL, cuya determinación es esencial para el cumplimiento del Laudo CCI.

¹² La propia Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje de El Salvador refiere a la aplicación del Convenio de NY para supuestos de ejecución de laudos extranjeros.

"Art. 80.- El reconocimiento y la ejecución del laudo arbitral internacional o extranjero se pedirá ante la Corte Suprema de Justicia de acuerdo con las reglas establecidas en los tratados, pactos o convenciones vigentes en la República o, en su defecto, por el Código de Procedimientos Civiles.

No será necesaria conforme a lo previsto en la Ley Orgánica Judicial, la autorización para la ejecución de sentencias de Tribunales Arbitrales internacionales creados por convenios obligatorios para El Salvador".

Asimismo, el artículo 144 de la Constitución de El Salvador establece la supremacía del tratado internacional sobre la ley secundaria:

"Los tratados internacionales celebrados por El Salvador con otros estados o con organismos internacionales, constituyen leyes de la República al entrar en vigencia, conforme a las disposiciones del mismo tratado y de esta Constitución.

La ley no podrá modificar o derogar lo acordado en un tratado vigente para El Salvador. En caso de conflicto entre el tratado y la ley, prevalecerá el tratado".

29. Por otra parte, y en el entendido de que la Demandada se está refiriendo al plazo de dos años del Artículo Art. 553 del Código Procesal Civil y Mercantil de El Salvador ("CPCM"), dicho precepto impone un plazo prescripción de dos años *a contar desde la firmeza del laudo*:

La pretensión de ejecución prescribe a los dos años de haber quedado firme la sentencia o resolución, del acuerdo y transacción judicial aprobados y homologados, o del laudo arbitral cuyo cumplimiento se pretenda. (énfasis nuestro)

30. Por último, y en cualquier caso, el argumento sobre la expiración del supuesto plazo para solicitar la ejecución del Laudo CCI no es relevante a los efectos de determinar la jurisdicción *prima facie* por cuanto, como se ha clarificado con anterioridad, (i) el planteo de la Demandada concierne a los méritos del reclamo y, además, (ii) la disputa presentada por ENEL excede ampliamente la situación planteada con relación al Laudo CCI y su ejecución¹³.

3.1.2. La contraparte de ENEL en la presente disputa es el Estado salvadoreño, no una entidad privada

31. El segundo argumento de la Demandada tiene que ver con el carácter alegadamente "privado" de la disputa. Según la Demandada, INE es una empresa privada y, en consecuencia, *"la disputa existente fue, y sigue siendo, una disputa contractual entre ENEL e INE, y no una disputa entre ENEL y el Estado"*¹⁴.

32. El argumento de la Demandada no resiste análisis. Los hechos de este caso no dejan duda alguna de que la contraparte de ENEL en esta disputa es el Estado salvadoreño:

¹³ Los derechos reconocidos en el Laudo CCI tienen entidad independiente de la ejecución concreta del Laudo CCI a los fines de su protección con base en la Ley de Inversiones y al derecho aplicable al caso. A ello se le agrega que la Demandada ha tomado otras mediadas que afectan a la inversión de ENEL

¹⁴ Párrafo 105 de la Respuesta.

- a) Tal y como reconoce El Salvador, INE es 100% propiedad de CEL. Es decir, a los efectos de definir quién determina la voluntad de INE, podemos decir que INE es CEL¹⁵.
- b) CEL es una entidad del gobierno del Estado.
- c) Contrariamente a lo que sugiere la Demandada – y aunque no es necesario para atribuir responsabilidad a El Salvador –, el Presidente de la República de El Salvador tiene influencia directa en la voluntad de CEL¹⁶.
- d) El argumento de la Demandada se contradice con las declaraciones del propio Presidente de El Salvador, el Sr. Funes. Por ejemplo, el 15 de enero de 2013, en el diario El Mundo, el Presidente Mauricio Funes declaró:

"Toda la inversión que Enel ha hecho desde el año 2002 la va a recuperar en solo 2 años si se cumple con el fallo [se refiere al Laudo CCI] y no podemos ceder ante intereses extranjeros una empresa rentable". (...) "Todavía

¹⁵ En este sentido, podemos destacar dos hechos sumamente expresivos: (i) durante ciertos periodos de tiempo el presidente de CEL y el presidente de INE han sido una misma persona (por ejemplo, durante el mandato de Irving Tóchez), y (ii) CEL decidió interponer junto a INE la solicitud de anulación del Laudo CCI ante las cortes francesas, a pesar de que el Tribunal CCI decidió que no tenía jurisdicción frente a CEL como consecuencia del traspaso de la propiedad de las acciones en LaGeo de CEL a INE y de la cesión de su posición en el Acuerdo de Accionistas. Este último hecho confirma que CEL se considera directamente afectada por el Laudo CCI.

¹⁶ CEL es una entidad gubernamental controlada por el gobierno, cuyo objeto es el de desarrollar, conservar, administrar y utilizar los recursos energéticos y fuentes de energía de El Salvador (Artículo 2 de la Ley de la Comisión Ejecutiva Hidroeléctrica del Río Lempa). Según el texto de la ley que la regula, 6 de los 8 miembros que tiene su junta directiva son designados por el "Órgano Ejecutivo" (Artículo 3 de la Ley de la Comisión Ejecutiva Eléctrica del Río Lempa). Conforme al Artículo 150 de la Constitución Salvadoreña, el Órgano Ejecutivo está compuesto por el Presidente y Vicepresidente de la República, los Ministros y Viceministros de Estado y sus funcionarios dependientes. Es decir, más de la mayoría de los miembros de la junta directiva han sido nombrados directamente por el Presidente o indirectamente a través de sus ministros y viceministros. Adicionalmente, y al amparo de la mencionada ley, es el Presidente de El Salvador quien directamente nombra al miembro de la junta directiva de CEL que va a ejercer de presidente de dicha entidad.

Se adjunta la Ley de la Comisión Ejecutiva Hidroeléctrica del Río Lempa de la Comisión como **Anexo MP 17**.

En este sentido, y como dato expresivo del nivel de control que el Presidente ejerce de facto sobre la CEL, se adjunta una nota de prensa en la que se describe cómo el antiguo presidente de CEL, el Sr. Irving Tochez, fue despedido de su cargo por el Presidente de El Salvador por haber propuesto cumplir con el Laudo CCI a cambio de ciertas concesiones por parte de ENEL. Ver nota de prensa de 12 de mayo de 2014 en El Diario de Hoy que se adjunta como **Anexo MP 18**.

*tenemos una instancia más a la cual acudir, podemos acudir a la casación [en referencia al recurso ante la Corte de Casación francesa]*¹⁷".

El 3 de febrero de 2013 en el diario La Prensa Gráfica el Sr. Funes también declaró: "*solicitaremos la nulidad del acuerdo de accionistas y sus posteriores modificaciones*"¹⁸.

- e) Asimismo, representantes de numerosas instituciones del Gobierno de El Salvador han señalado su participación en esta disputa legal. La propia CEL, a través de su entonces Presidente Nicolás Salume, quien entonces era también presidente INE, señaló con referencia a LaGeo que: "*es una semiestatal que era de CEL y son fondo públicos de alguna forma*", añadiendo categóricamente que "*(...) mientras yo esté en INE, la mayoría la va a mantener INE. Yo así prefiero tenerlo, tengo ya línea del Presidente de que eso debe mantenerlo LaGeo*"¹⁹ (énfasis nuestro). Al ser preguntado sobre el valor estratégico de LaGeo, el Sr. Salume señaló que "*Es que es demasiado estratégico. LaGeo no puede estar en manos que no sean del Estado*" (énfasis nuestro).
- f) También la Asamblea Legislativa ha opinado sobre el tema al crear una Comisión Especial para analizar la disputa entre CEL y ENEL. Dicha Comisión emitió un informe el 15 de agosto de 2013 claramente favorecedor a la posición del gobierno y, en el que, entre otras cosas, se reconoce que el Laudo CCI "*condenaba a El Salvador*"²⁰. Asimismo, en dicho reporte se reconoce también que la disputa

¹⁷ Ver nota de prensa en el diario El Mundo de 12 de junio de 2014, adjunta como **Anexo MP 19**.

¹⁸ Ver nota de prensa en el diario La Prensa Gráfica de 3 de febrero de 2013 que se acompañó a la Solicitud de Medidas Provisionales como Anexo MP 01.

¹⁹ Ver nota de prensa del diario La Prensa Gráfica de 5 de noviembre de 2007 que se acompañó a la Solicitud de Medidas Provisionales como Anexo MP 01.

²⁰ Ver páginas 3 y 10 del Informe Parcial de la Comisión Especial CEL – ENEL de 15 de agosto de 2013 que se adjunta como **Anexo MP 20**.

relacionada con LaGeo "*es un asunto de interés nacional que genera desgaste en el país*"²¹.

- g) Otros órganos del gobierno Salvadoreño han mostrado unidad de criterio con el Poder Ejecutivo. La Fiscalía – la cual está a cargo de la defensa de la Demandada en este arbitraje – ha señalado en su solicitud de embargo a los bienes de esta parte que la transferencia de acciones de LaGeo "*no se trata simples títulos valores de una sociedad, sino de activos del Estado, tampoco de una lucha por una mayoría accionaria mercantil, más bien detrás de ello está la facultad de explotación del subsuelo que es del Estado Salvadoreño"*²² (énfasis nuestro). Asimismo, el Fiscal General de la República, El Sr. Luis Martínez, señaló, con referencia a la anulación del Laudo CCI, que "*Encontramos nuevas evidencias que no fueron discutidas en este tribunal y con eso podemos anular el fallo y el acto arbitral que se dio contra los intereses del Estado*"²³ (énfasis nuestro). Por último, hasta la Corte de Cuentas de El Salvador, a través de su Presidente Rosalío Tóchez, manifestó: "*Garantizo en nombre de Dios y de la República que estoy cerca de anular ese contrato amañado*"²⁴.
- h) Asimismo, el argumento de la Demandada también se contradice con su comportamiento en las múltiples reuniones que el Gobierno sostuvo con ENEL para tratar de llegar a un acuerdo sobre la disputa sobre LaGeo. En estas reuniones los representantes del gobierno de El Salvador siempre se presentaron y negociaron frente a ENEL como su contraparte en la disputa.

²¹ Ver página 4 del Informe Parcial de la Comisión Especial CEL – ENEL de 15 de agosto de 2013, Anexo MP 20.

²² Ver página 58 del Requerimiento Solicitando Instrucción con Detención y Sobreseimiento Definitivo que se acompañó a la Solicitud de Medidas Provisionales como Anexo MP 11.

²³ Ver nota de prensa del diario La Prensa Gráfica de 22 de octubre de 2013 (disponible en la web en <http://www.laprensagrafica.com/2013/10/22/caso-celenel-se-llevara-a-francia>) que se adjunta como **Anexo MP 21**.

²⁴ Ver nota de prensa del diario La Página de 13 de noviembre de 2013 (disponible en la web en <http://www.lapagina.com.sv/nacionales/89463/2013/11/13/Presidente-Corte-de-Cuentas-Estoy-cerca-de-anular-el-contrato-Cel-Enel->) que se adjunta como **Anexo MP 22**.

- i) Por último, y como se explicará más adelante, la disputa que se somete a este Tribunal Arbitral no se limita al incumplimiento por parte de INE del Laudo CCI. La disputa comprende el conjunto de medidas que distintas instancias del Estado salvadoreño han adoptado para tratar de menoscabar y vaciar los derechos de ENEL en El Salvador desde 2007. Entre estas medidas también se incluye la decisión de diversas instancias judiciales de El Salvador, cuyos actos son indiscutiblemente atribuibles al Estado. Se hace notar, a este respecto, que el procedimiento penal en el que se ha ordenado el embargo de los bienes de ENEL y EES por casi USD 2.000 millones tiene como base un supuesto delito de "peculado", cuyo sujeto activo, por definición, no puede ser más que un *funcionario del Estado*.

33. En vista de lo anterior, a los efectos del análisis de jurisdicción *prima facie* que ahora corresponde, no cabe duda de que (i) la Demandada, como Estado, es la contraparte de ENEL en esta disputa legal y (ii) el comportamiento de INE y de CEL, así como de las demás instituciones o poderes del Estado a los que se refiere esta disputa, es atribuible a la Demandada en tanto Estado, tanto bajo el derecho de El Salvador como bajo el derecho internacional²⁵.

3.1.3. Existe una disputa legal entre ENEL y El Salvador aunque la Asamblea Legislativa no se haya pronunciado todavía acerca de las concesiones de LaGeo

34. La Demandada argumenta que "[m]ientras la Asamblea legislativa no se haya pronunciado de una forma que afecte a los intereses leales de ENEL en las concesiones de LaGeo, no puede

²⁵ Ver en este sentido los "Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos" de la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas,

Numerosos tribunales arbitrales CIADI han aplicado estos principios a la hora de determinar si existe o no una disputa con el Estado. En algunos casos, incluso, tribunales arbitrales CIADI han concluido que los actos realizados por *entidades privadas* controladas por el Estado eran atribuibles al mismo. Ver, por ejemplo, *Salini Costruttori S.p.A. e Italstrade S.p.A. c. Reino de Marruecos*, Caso CIADI No. ARB/00/4, Decisión sobre Jurisdicción de 23 de julio de 2001, párrafos 33 y ss. (**Autoridad Legal MP 19**); *Salini Costruttori S.p.A. e Italstrade S.p.A. c. Reino Hachemita de Jordania*, Caso CIADI No. ARB/02/13, Decisión sobre Jurisdicción de 15 de noviembre de 2004, párrafos 80 y ss. (**Autoridad Legal MP 20**); *Ioannis Kardassopoulos y Ron Fuchs c. la República de Georgia*, Caso CIADI No. ARB/05/18 y ARB/07/15, Laudo de 26 de febrero de 2010, párrafos 189 y ss. (**Autoridad Legal MP 21**); y *Emilio Agustín Maffezini c. Reino de España*, Caso CIADI No. ARB/97/7, Decisión sobre Jurisdicción de 25 de enero 2000, párrafo 80 (**Autoridad Legal MP 22**).

existir una disputa legal entre ENEL y el Estado en base a la decisión de la Sala de lo Constitucional del 27 de junio de 2012"²⁶.

35. Este argumento no puede prosperar por cuanto la decisión de la Sala de lo Constitucional ya tiene, por sí misma, un efecto crucial en la inversión de ENEL en LaGeo²⁷. Nuevamente, además la Demandada confunde la existencia de una disputa legal con los méritos de la disputa sometida por la Demandante a consideración del Tribunal.

36. La decisión de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema (la "Sala de lo Constitucional") supone que, como mínimo, las concesiones de LaGeo, en vez de ser permanentes, van a pasar a ser temporales. Adicionalmente, la decisión de la Sala de lo Constitucional significa que la Asamblea Legislativa, si lo considera adecuado, puede retirar dichas concesiones. Estos dos factores, por sí solos, ya han afectado gravemente el valor de la inversión de ENEL en El Salvador y su posible valor de realización dada la evidente "precarización" de los derechos concesionales de LaGeo con base a los cuales ENEL hizo su inversión. Basta preguntarse, por ejemplo, ¿quién estaría dispuesto, en esta tesitura, a comprar las acciones de ENEL en LaGeo teniendo en cuenta la incertidumbre que generan esos dos factores? A esto se le añade la inseguridad jurídica que crea el hecho de que ya hace más de dos años desde que se dictó la decisión de la Sala de lo Constitucional sin que la Asamblea Legislativa haya clarificado en lo más mínimo la situación de las concesiones

²⁶ Párrafo 111 de la Respuesta.

²⁷ En el párrafo 106 de la Respuesta, la Demandada afirma que ENEL ha argumentado que la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de El Salvador emitió su decisión "*en retribución por la decisión favorable a ENEL en el arbitraje comercial internacional CCI del 30 de mayo de 2011*". La Demandada entonces se esmera en demostrar que eso no puede ser así por cuanto el proceso de inconstitucionalidad se inició poco después de que se iniciara el arbitraje CCI. El argumento de la Demandada es errado por dos razones: (i) ENEL nunca ha dicho que la decisión de la Sala de lo Constitucional fuera emitida "*en retribución*" del Laudo CCI; y (ii) en cualquier caso, la disputa entre ENEL e INE y CEL se inició mucho antes que empezara el procedimiento de constitucionalidad, por lo que en dicho momento ya era claro que ENEL reclamaba adquirir la mayoría de las acciones de LaGeo de conformidad con lo pactado en el Acuerdo de Accionistas.

de LaGeo y el hecho de que la Asamblea Legislativa ha dado claras muestras de entender que el Estado no debe cumplir con el Acuerdo de Accionistas^{28 29}.

37. Finalmente, la Demandada acusa a ENEL de ignorar el hecho de que la decisión de la Sala de lo Constitucional afecta a todas las concesiones otorgadas bajo la LGE, y no solamente a las concesiones geotérmicas a LaGeo en las que está interesada ENEL. Este argumento, no sólo es irrelevante, sino que además es engañoso por cuanto las únicas concesiones energéticas otorgadas a día de hoy en El Salvador son las de CEL y las de LaGeo. Es decir, la única entidad privada afectada por la decisión de la Sala de lo Constitucional es ENEL, siendo que el efecto para el gobierno sería neutro (la explotación del recurso simplemente volvería a realizarse directamente por el Estado, y no a través de CEL)³⁰.

²⁸ La página 7 de la sección Nacional de El Diario de Hoy del 19 de agosto de 2013 señala lo siguiente (**Anexo MP 23**):

"LAS LEYES Informe CEL ENEL I. POSTURA AMBIGUA ANTE LAUDO ARBITRAL

En el borrador de informe la comisión recomendó al gobierno no cumplir con el fallo del laudo en el caso CEL – Enel. Aunque a última hora se retractaron su decisión deja en manos de la Fiscalía para que investigue si el contrato "es contrario a los intereses del Estado", el punto exacto que la comisión debía investigar y sobre el cual decidir."

²⁹ La Comisión Especial para investigar el contrato entre CEL y ENEL ha determinado que al firmar los acuerdos con ENEL el entonces presidente del CEL Guillermo Sol Bang "tomó decisiones y acuerdos antiéticos e ilegales que solo favorecían a una de las partes, es decir a ENEL GREEN POWER, renunciando CEL a sus derechos y cediéndolos a favor de la primera, (...) vulnerando el artículo 146 de la Constitución de la República, bajo la interpretación maliciosa de la Ley General de Electricidad (...)" . Ver Informe Parcial de la Comisión Especial CEL – ENEL de 15 de agosto de 2013, Anexo MP 20. Asimismo, como surge de la cita anterior, el mismísimo borrador del informe antes citado recomendaba no cumplir con el Laudo CCI.

³⁰ La Demandada también acusa a ENEL de ocultar el hecho de que el Presidente y la Fiscalía defendieron la constitucionalidad de la LGE. Sin embargo, esta acusación también carece de sustento alguno por cuanto el hecho supuestamente ocultado carece de relevancia. El Estado – independiente del poder que actúe – es responsable ante el inversionista en caso de violentar sus derechos. Si quien agravia es el Poder Judicial, el Legislativo, o el Ejecutivo – con el aval del resto de los poderes o sin él – es indiferente a los efectos de la atribución de responsabilidad estatal. En consecuencia, lo relevante aquí no es si el Presidente o la Fiscalía coincidieron en esta particular instancia con los argumentos de la Sala de lo Constitucional, sino el hecho de que un poder del Estado de El Salvador adoptó una medida que vulnera los derechos de ENEL.

Sin perjuicio de lo anterior, no puede dejar de señalarse que el principal beneficiario de la decisión de la Sala de lo Constitucional es el propio Estado, ya que el efecto de dicha decisión sería precisamente el de devolver al gobierno la explotación directa del recurso geotérmico que hasta entonces correspondía a LaGeo.

3.1.4. La iniciación de los procedimientos contencioso administrativos y las medidas cautelares adoptadas en el seno de los mismos forman parte de la disputa sometida a este Tribunal Arbitral

38. La Demandada alega que la presentación de las dos demandas ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia (en adelante, la "Sala de lo Contencioso") por parte de ciudadanos particulares no constituye una disputa entre ENEL y el Estado.

39. Específicamente, la Demandada sustenta su afirmación en los siguientes argumentos: (i) que la sola presentación de las demandas por ciudadanos particulares no puede generar una disputa entre el Estado y ENEL³¹; y (ii) que las medidas provisionales adoptadas en el seno de los procedimientos contencioso administrativos tampoco puede generar una disputa entre el Estado y ENEL por cuanto dichas medidas no *"han producido ningún cambio a la realidad existente desde hace seis años, pues CEL no es quien puede emitir acciones de LaGeo, ni tampoco CEL, INE o LaGeo, han emitido acciones a favor de ENEL desde abril de 2008"*³².

40. Estos argumentos de la Demandada tampoco pueden prosperar. La adopción de las medidas provisionales por la Sala de lo Contencioso son actos estatales y constituyen un capítulo más en la epopeya que está viviendo ENEL para poder ejercer sus legítimos derechos frente al Estado y evitar la destrucción de su inversión.

41. A pesar de que las demandas se presentaron por ciudadanos supuestamente particulares, la Demandada parece ignorar que la única que resulta beneficiada por todo esto es la propia Demandada, pues ambas demandas están dirigidas a anular los acuerdos que dejarían sin efecto precisamente los mismos derechos de ENEL que la Demandada evita respetar a toda costa.

42. Hay motivos para afirmar que han sido las autoridades de la Demandada quienes han digitado la interposición de las demandas contencioso administrativas presentadas. Se hace notar que:

³¹ Párrafos 112 y 114 de la Respuesta.

³² Párrafo 113 de la Respuesta.

- a) Casi tres meses antes de la interposición de las demandas por parte de los ciudadanos particulares, el Presidente Funes dijo públicamente: "*Vamos a presentar una demanda ante la Sala de lo Contencioso administrativo porque buscamos anular el contrato firmado en el 2002 por el presidente de la Cel, Guillermo Sol Bang y Enel que ha dado origen a la capitalización de la energía geotérmica*"³³. Los hechos y el sentido común indican que, si el Presidente de la República ya había indicado públicamente que el Estado iba a presentar una demanda, ningún sentido tiene que particulares se tomen la molestia de presentar demandas con idéntica finalidad en nombre propio. El único sentido que puede atribuirse a dicho hecho es que fue el Estado quien orquestó la presentación de las demandas.
- b) Ambas demandas se presentan tras más de 10 años de existencia de los acuerdos. El último de los acuerdos impugnados fue adoptado el 3 de junio de 2002³⁴. No obstante la longevidad de los acuerdos, es en el año 2013, en un escenario de frontal y evidente conflicto entre ENEL y la Demandada luego del dictado del Laudo CCI, cuando los ciudadanos particulares estiman lesivo para los intereses de El Salvador la existencia de los acuerdos y deciden impugnarlos.
- c) Además, ambas demandas contienen exactamente las mismas solicitudes, tanto principales como de medidas cautelares. Es decir, curiosamente, Sr. Francisco José Fermán (primer demandante), y los Sres. Miguel Ángel Merino, Juan Elías Escalante y Manuel de Jesús Vides (segundos demandantes)³⁵ presentan exactamente la misma

³³ Ver nota de prensa del diario La Página de 7 de marzo de 2013 (disponible en la web en <http://www.lapagina.com.sv/nacionales/78716/2013/03/07/Gobierno-interpondra-demanda-ante-Sala-de-lo-Contencioso-para-anular-contrato-con-Enel>) que se adjunta como **Anexo MP 24**.

³⁴ Acuerdo único de Junta Directiva de CEL número 2.973 del tres de junio de 2002, Anexo MP 08 de la Solicitud de Medidas Provisionales.

³⁵ Más llamativo resulta todavía el hecho de que las distintas personas que presentaron la segunda demanda contencioso administrativa alcanzaran *motu proprio* un acuerdo en los términos de dicha demanda, teniendo en cuenta de sus tan diversas profesiones, lugares de residencia y edades: D. Miguel Ángel Merino, 41 años, es agricultor de profesión y tiene domicilio sito en Antiguo Cuscatlàn; D. José Luis Elías Escalante, 57 años, es jornalero de profesión y tiene domicilio sito en Antiguo Cuscatlàn; Manuel de Jesús Vides, 48 años, es motorista

demanda con la misma solicitud de tutela cautelar. Y no sólo eso, sino que, además, también sorprendentemente esgrimieron exactamente, palabra por palabra, los mismos argumentos tanto para justificar su interés legítimo como para que se adoptara la medida provisional.

- d) Tanto es así, que la narrativa de la relación fáctica que comienza a partir de la página 2³⁶ y 3³⁷ de cada escrito es exactamente la misma a pesar de estar firmada por abogados de bufetes distintos.
- e) Como consecuencia de lo anterior, la Sala de lo Contencioso resuelve sobre ambas demandadas en términos prácticamente idénticos, con el resultado de ordenar dos veces la suspensión de los mismos acuerdos.

43. Adicionalmente, es engañoso el argumento de la Demandada según el cual las referidas medidas provisionales no han generado ningún perjuicio a ENEL por cuanto "*CEL no es quien puede emitir acciones de LaGeo, ni tampoco CEL, INE o LaGeo han emitido acciones a favor de ENEL desde abril de 2008*"³⁸. CEL es la sola propietaria de INE e INE es la socia mayoritaria de LaGeo, dónde el único otro socio es ENEL. Es decir, la decisión de si se permite a ENEL capitalizar sus inversiones en LaGeo es de CEL. Por lo tanto, si desde 2008 no ha habido ninguna ampliación de capital a favor de ENEL es precisamente porque durante ese tiempo CEL se ha negado.

44. Asimismo, tampoco puede aceptarse el argumento de la Demandada según el cual la adopción de la medida cautelar no ha producido "*ningún cambio en la realidad existente desde hace seis años*". La decisión de la Sala de lo Contencioso no sólo ordena a CEL, y por lo tanto a INE, que

de profesión y tiene domicilio sito en Mejicanos; y, por último, Natalia del Carmen Chinchilla, 58 años, es cosmetóloga de profesión y tiene domicilio sito en Mejicanos. Esta última demandante desistió de la acción sin motivo aparente.

³⁶ Ver página 2 del Anexo MP 03 de la Solicitud de Medidas Provisionales, bajo el título: "*5- SINTESIS DE LOS PRINCIPALES HECHOS SUCEDIDOS*". acompañado junto con el escrito de solicitud de medidas cautelares.

³⁷ Ver página 3 del Anexo MP 04 de la Solicitud de Medidas Provisionales, bajo el título: "*IV- RELACIÓN FÁCTICA DE LO ACONTECIDO*", acompañado junto con el escrito de solicitud de medidas cautelares.

³⁸ Párrafo 113 de la Respuesta.

no cumpla con la orden de cumplimiento específico del Laudo CCI, sino que también le ordena que no cumpla con el Artículo 6 del acuerdo de Accionistas *respecto de cualquier otra inversión que LaGeo pueda acordar realizar en el futuro* (no recogidas en el Laudo CCI). Por lo tanto, no puede haber duda alguna de que esto supone una agravación de la situación anterior. Antes CEL no cumplía porque no quería. Ahora existe una orden de un órgano judicial del Estado que expresamente le ordena no hacerlo y que abarca no sólo a las inversiones contempladas en el Laudo CCI, sino también a inversiones posteriores.

3.1.5. El Tribunal Arbitral tiene jurisdicción sobre los hechos acaecidos con posterioridad a la Modificación de la Ley de Inversiones

45. Argumenta El Salvador que cualquier disputa surgida luego de la entrada en vigor de la Modificación de la Ley de Inversiones no puede ser sometida ante este Tribunal Arbitral por falta de jurisdicción:

"Cualquier disputa entre ENEL y el Estado que surja después de la fecha de entrada en vigor de la reforma al artículo 15 de la Ley de Inversiones no está sujeta a ningún consentimiento de El Salvador a que sea sometida a arbitraje internacional bajo el Convenio del CIADI.

(...)

Tampoco puede ENEL tratar de introducir por la puerta de atrás – mediante su incorporación a esta Solicitud de Medidas Provisionales – reclamos sobre nuevas medidas que ocurrieron después que el ofrecimiento de consentimiento de El Salvador a someter disputas a arbitraje bajo el Convenio del CIADI expiró el 4 de setiembre de 2013."³⁹

46. Como se explicará a continuación, este argumento de la Demandada tiene como presupuesto una caprichosa separación entre hechos y medidas previos y posteriores a la modificación de la Ley de Inversiones. Las medidas cautelares adoptadas en los procedimientos penales (embargos) y administrativos (suspensión de posibilidad de capitalizar inversiones) que son posteriores a la modificación de la Ley de Inversiones, y cualquier otra medida atribuible a la Demandada que se

³⁹ Párrafos 117 y 120 de la Respuesta.

adopte dirigida a socavar los derechos de ENEL en el contexto de la disputa surgida como consecuencia de la vocación de ENEL de ejercer sus derechos bajo el Acuerdo de Accionistas, puede ser sometida a la jurisdicción de este Tribunal Arbitral.

47. Es claro que (i) la oferta de arbitraje de la Ley de Inversiones se aplica a las inversiones realizada antes de su modificación independientemente de la temporalidad de las disputas; (ii) las medidas posteriores de la Demandada forman parte de la disputa que –parafraseando a la Demandada – *surgió* antes de la modificación de la Ley de Inversiones y, en todo caso, (iii) tales medidas posteriores se encuadran dentro del objeto y circunstancias descriptos en la Solicitud de Arbitraje, la cual fue presentada antes de que entrara en efecto la modificación de la Ley de Inversiones.

(i) *La oferta de arbitraje de la Ley de Inversiones se aplica a las inversiones realizadas antes de su modificación*

48. En el año 1999 El Salvador promulgó Ley de Inversiones como parte de un paquete de importantes reformas legislativas destinadas a otorgar seguridad jurídica a inversores extranjeros. Tal y como surge de los Antecedentes Legislativos de la Ley de Inversiones que se adjuntan⁴⁰, El Salvador, tras una sangrienta Guerra Civil se abocó activamente a atraer inversión extranjera dispuesta "*a realizar inversiones en aquellos países que ofrecen condiciones geográficas apropiadas a sus intereses, infraestructura adecuada a su actividad, mano de obra competente, tratamiento fiscal justo y la existencia de un marco legal regulatorio que contenga el conjunto de derechos y garantías que aseguran el retorno de sus inversiones*" (énfasis nuestro).

49. Asimismo, en la Exposición de Motivos se señaló que la realidad de ese momento exigía "*la adopción de una legislación que le brinde a sus inversiones la seguridad jurídica necesaria*" (énfasis nuestro) asegurando que el inversionista "*tenga conocimiento de una manera clara y precisa las reglas en las que establecerá y desarrollará sus inversiones, así como también , las*

⁴⁰ Ver Antecedentes Legislativos de la Ley de Inversiones, adjuntos como **Anexo MP 25**.

garantías a las que tiene derecho " (énfasis nuestro). Del mismo modo, el Dictamen de la Comisión de Hacienda y Especial del Presupuesto señaló "Las iniciativas antes planteadas llevan como propósito inicial el convertir al país en una fuente de atracción para la inversión nacional y extranjera, creando un marco de seguridad jurídica y de garantía al inversionista"⁴¹ (énfasis nuestro).

50. Dentro de esas garantías, el artículo 15 de la Ley de Inversiones estableció:

*"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) (...)"*

51. El lenguaje de este artículo supone que el sistema de resolución de controversias elegido por El Salvador sea uno de los más amplios e irrestrictos en beneficio del inversor extranjero, dentro del abanico de los distintos modelos posibles⁴². Los términos del mismo suponen una oferta para arbitrar general, incondicionada e irrevocable para aquellas inversiones realizadas durante su vigencia. El texto de la Ley de Inversiones es claro en el sentido de que (i) recurrir a arbitraje es una potestad de los inversores ("podrán") y (ii) el consentimiento se extiende a controversias "referentes a inversiones efectuadas en El Salvador".

⁴¹ Ver Antecedentes Legislativos de la Ley de Inversiones, adjuntos como MP 25.

⁴² Makane Moïse Mbengue, en su artículo "Consent to arbitration through national investment legislation", Investment News, y disponible en <http://www.iisd.org/itn/2012/07/19/consent-to-arbitration-through-national-investment-legislation/>, divide los distintos modelos de disposición de resolución de controversias de en los siguientes grupos: (i) el modelo que no refiere a la vía arbitral; (ii) el modelo que no refiere a arbitraje de inversión pero que puede ser derogado en caso de que un TBI exista entre las partes; (iii) el modelo de arbitraje opcional, donde se recomienda el uso de arbitraje pero requiere consentimiento expreso o acuerdo de partes; y (iv) el modelo de arbitraje obligatorio para el Estado. El autor considera que el artículo 15 de la Ley de Inversiones salvadoreña se encuadraría en éste último grupo, junto a otras leyes similares de otros países como, por ejemplo, Georgia (disponible en <http://www.refworld.org/docid/3ae6b52d1c.html>) (**Autoridad Legal MP 23**).

52. Nótese a este respecto que un tribunal arbitral CIADI ya ha declarado que el Artículo 15 de la Ley de Inversiones es "*claro y no contiene ambigüedades*"⁴³ y que, debe interpretarse usando no sólo las palabras empleadas, sino también la intención del gobierno al realizar la declaración:

*"In such cases, declarations must be interpreted as they stand, having regard to the words actually used and taking into consideration "the intention of the government at the time it made the declaration." **Such intention can be inferred from the text, but also from the context, the circumstances of its preparation and the purposes intended to be served by the declaration.** In doing so, the relevant words should be interpreted in a natural and reasonable way"* (énfasis nuestro)⁴⁴

53. En este sentido, no cabe duda alguna de que el contexto en el que se adoptó el Artículo 15 confirma que la intención de El Salvador fue la de incluir una oferta incondicionada e irrevocable de arbitraje CIADI para quienes invirtieran durante la vigencia de tal consentimiento. El propósito de toda la reforma legislativa, incluida la Ley de Inversiones, era precisamente el de atraer a inversores extranjeros ofreciendo mayores garantías a través, fundamentalmente, de unas "reglas del juego" claras y estables.

54. La interpretación que propone la Demandada, no sólo es contraria a los términos generales e incondicionados del Artículo 15 y del contexto en el que se aprobó, sino que además implica ir en contra de las legítimas expectativas que ENEL tenía al tiempo de realizar su inversión, así como de la promesa implícita de El Salvador de *no actuar en contra de sus propios actos*.

55. En *Rumeli Telekom et al. c. República de Kazajistán*, el tribunal arbitral encontró que existía jurisdicción con base en una ley doméstica de inversiones que ya había sido derogada cuando el demandante presentó su reclamo. En tal caso, la ley de inversiones de la República de Kazajistán tenía una cláusula de estabilidad de 10 años, pero el tribunal entendió que, en cualquier caso, los

⁴³ *Pac Rim Cayman LLC c. El Salvador*, Caso CIADI No. ARB/09/12, Decisión sobre las objeciones jurisdiccionales del Demandante de fecha 1 de junio de 2012, párrafo 5.37 (**Autoridad Legal MP 24**).

⁴⁴ *Pac Rim Cayman LLC c. El Salvador*, Caso CIADI No. ARB/09/12, Decisión sobre las objeciones jurisdiccionales del Demandante de fecha 1 de junio de 2012, párrafo 5.35 (Autoridad Legal MP 24).

Estados no pueden retirar unilateralmente una oferta general e incondicionada de arbitraje sin vulnerar el deber de buena fe y el principio de actos propios :

"Besides Article 6(1), it is also well established in international law that a State may not take away accrued rights of a foreign investor by domestic legislation abrogating the law granting these rights. This is an application of the principles of good faith, estoppel and venire factum proprium"⁴⁵ (énfasis nuestro).

56. Es claro que un consentimiento a arbitraje expresado en una legislación local puede ser retirado por la sola voluntad del estado huésped. Sin embargo, la posibilidad de acceso a arbitraje internacional sería un mera "carnada" y no una "garantía" – término utilizado por el propio legislador Salvadoreño— si el Estado huésped tuviera discreción para retirar su consentimiento con efectos retroactivos. Equivaldría a conferirle a los Estados una licencia para expoliar a su conveniencia a quienes han confiado en la plataforma legal ofrecida justamente para minimizar el riesgo político.

57. En conclusión, el Artículo 15 establece una oferta incondicionada e irrevocable de arbitraje para aquellas inversiones realizadas durante su vigencia. ENEL, por consiguiente, (i) podría haber presentado su Solicitud de Arbitraje después de la Modificación de la Ley de Inversiones, y (ii) puede incorporar al procedimiento cualquier medida posterior a la Modificación. Lo contrario llevaría a una vulneración de parámetros básicos en materia de actos propios y de buena fe.

(ii) En cualquier caso, el Tribunal Arbitral tiene jurisdicción para analizar y tener en cuenta los hechos acaecidos con posterioridad a la Modificación de la Ley de Inversiones ya que conciernen una disputa que "surgió" durante la vigencia de tal Ley de Inversiones.

58. En cualquier caso, la Demandante presentó la Solicitud de Arbitraje *antes* de la Modificación de la Ley de Inversiones, con relación a una disputa pre existente. Contrariamente a lo que sugiere la

⁴⁵ *Rumeli Telekom a.s. y Telsim Mobiltelekomikasyon Hizmetleri a.s., c. República de Kazajistán*, Caso CIADI No. ARB/05/16, Laudo 29 julio 2008, párrafo 333 (**Autoridad Legal MP 25**).

Demandada, este Tribunal Arbitral tiene jurisdicción para considerar eventos o medidas posteriores que estén relacionadas con tal disputa y/o guardan una conexión de objeto y/o causa con hechos y medidas previas⁴⁶⁴⁷.

59. La controversia entre ENEL y El Salvador viene desarrollándose desde el año 2007 y continúa hasta nuestros días. La inversión de ENEL se ha ido degradando de forma progresiva, a medida que El Salvador ha ido atacando con una batería de medidas los derechos ENEL. Los sucesos ocurridos con posterioridad a la Modificación de la Ley de Inversiones forman parte de este conjunto de medidas interconectadas y, por lo tanto, carecería de toda lógica excluirlos de la jurisdicción del Tribunal Arbitral. Adoptar la postura de la Demandada equivaldría a darle *carta blanca* a los Estados para que, en casos de consentimiento consagrado en leyes de inversión, retiren su consentimiento al menor atisbo de conflicto e inicien medidas de retaliación aún más gravosas que las anteriores para desbaratar reclamos.

⁴⁶ Este punto ha sido considerado en casos en los que se discutía la cobertura jurisdiccional de disputas y circunstancias previas a la entrada en vigor de un tratado de inversiones.

Ver, por ejemplo, *Empresas Lucchetti, S.A. y Lucchetti Peru, S.A. c. República de Perú*, Caso CIADI No. ARB/03/4, Laudo 7 de febrero de 2005 (**Autoridad Legal MP 26**); *M.C.I. Power Group L.C. y New Turbine, Inc. c. República de Ecuador*, Caso CIADI No. ARB/03/6, Laudo del 31 de Julio de 2007 (**Autoridad Legal MP 27**). Así, en *Lucchetti c. Perú* se determinó la falta de jurisdicción del tribunal para entender en disputas posteriores a la entrada en vigencia del instrumento que contenía el consentimiento CIADI cuando la controversia estaba "directamente relacionada" con una controversia surgida con anterioridad a la vigencia del consentimiento. *Empresas Lucchetti, S.A. y Lucchetti Perú, S.A. c. República de Perú*, Caso CIADI No. ARB/03/4, Laudo 7 de febrero de 2005, párrafo 53. Asimismo, en el párrafo 50 el Tribunal dictaminó que:

"establecer, en cada caso, si, y en qué medida, el objeto o los hechos que fueron la causa real de la controversia difieren entre sí o son idénticos (...) El Tribunal considera que independientemente de que la atención deba centrarse en las "causas reales" de la controversia o en el "objeto" de la misma, habrá que determinar en cada caso si los hechos o consideraciones que hayan dado lugar a la controversia anterior han seguido ocupando una posición central en la controversia ulterior".

⁴⁷ La propia Demandada admite que lo relevante es el momento en el que surge la disputa al señalar, en el párrafo 117 de la Respuesta, que: "Cualquier disputa entre ENEL y el Estado que surja después de la fecha de entrada en vigor de la reforma al artículo 15 de la Ley de Inversiones no está sujeta a ningún consentimiento de El Salvador a que sea sometida a arbitraje internacional bajo el Convenio del CIADI" (énfasis nuestro).

(iii) *Las medidas posteriores se encuadran dentro del objeto de la disputa planteada en la Solicitud de Arbitraje*

60. En cualquier caso, la posición restrictiva de la Demandada ni siquiera podría prosperar aunque se asumiera que la jurisdicción del Tribunal Arbitral está limitada al contenido de la Solicitud de Arbitraje. 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 LaGeo⁴⁸.

61. Los hechos y medidas acaecidos con posterioridad a la Modificación de la Ley de Inversiones identificados por ENEL están estrechamente conectados con el objeto de dicha disputa y responden directamente a la intencionalidad que se enuncia en la Solicitud de Arbitraje⁴⁹. La controversia no puede ser diseccionada, como pretende la Demandada, e impedir al Tribunal Arbitral que tenga en consideración todos los hechos relevantes que sucedieron tras la Modificación de la Ley de Inversiones, los cuales constituyen un capítulo más en la estrategia de la Demandada para socavar los derechos de ENEL e impedirle gozar de las prerrogativas contenidas en el Acuerdo de Accionistas.

3.2. Los derechos invocados por ENEL merecen ser protegidos mediante medidas provisionales

62. La Demandada señala que "*ENEL no tiene ningún derecho que se pueda proteger mediante medidas provisionales*"⁵⁰. Según ésta "*ENEL no alega derecho sustancial alguno relacionado con el*

⁴⁸ Ver, por ejemplo, los párrafos 5, 44 y ss. y 58, entre otros, de la Solicitud de Arbitraje.

⁴⁹ Como se explica más adelante, tanto el procedimiento penal como los dos procedimientos contencioso administrativos están dirigidos a impedir que ENEL ejerza sus derechos bajo el Acuerdo de Accionistas y, en particular, a que alcance el control de LaGeo. Además, dichos procedimientos se basan fundamentalmente en hechos y circunstancias que fueron ya debatidas en el seno del arbitraje CCI.

⁵⁰ Párrafo 122 de la Respuesta.

*fondo de este arbitraje que pretende proteger con su solicitud de Medidas Provisionales. Solamente alega dos supuestos derechos procesales accesorios*⁵¹.

63. Para fundamentar esta posición expone dos argumentos: (i) hasta que el Tribunal se declare competente, no puede existir una violación de la jurisdicción exclusiva del CIADI (**Sección 3.2.1.**); y (ii) al no existir una "disputa legal" entre las partes no existe derecho a la no agravación de la disputa (**Sección 3.2.1.**). En las dos secciones siguientes se explica porqué ambos argumentos son infundados.

64. De modo preliminar, sin embargo, cabe señalar que no asiste razón a la Demandada cuando afirma que ENEL no alega derecho sustancial alguno relacionado con el fondo de este arbitraje⁵². Se ha señalado que derechos sustanciales son aquellos que forman "*el objeto de la controversia*"⁵³ en contraposición a los derechos procesales, como son, por ejemplo, el derecho al mantenimiento del *status quo* o a la no agravación de la disputa⁵⁴. ENEL ha reclamado, entre otros derechos sustanciales, los siguientes: protección de la concesión de LaGeo luego de la decisión de la Sala de lo Constitucional⁵⁵; protección frente acciones que podrían derivar en una expropiación no compensada⁵⁶; derecho de propiedad⁵⁷; los derechos contenidos en el Laudo CCI⁵⁸; entre otros. Estos derechos indudablemente sustanciales, son protegidos por la Solicitud de Medidas Provisionales justamente para evitar, conforme se verá a continuación, que se siga violentando la posición jurídica de ENEL.

⁵¹ Párrafo 122 de la Respuesta.

⁵² Párrafo 122 de la Respuesta.

⁵³ *Burlington Resources Inc. c. República de Ecuador*, Caso CIADI No. ARB/08/5, resolución procesal No. 1 sobre la solicitud de medidas provisionales de Burlington Oriente de fecha 29 de junio de 2009, párrafo 60 (adjunto a la Solicitud de Medidas Provisionales, Autoridad Legal MP 14).

⁵⁴ *Burlington Resources Inc. c. República de Ecuador*, Caso CIADI No. ARB/08/5, resolución procesal No. 1 sobre la solicitud de medidas provisionales de Burlington Oriente de fecha 29 de junio de 2009, párrafo 60 (adjunto a la Solicitud de Medidas Provisionales, Autoridad Legal MP 14).

⁵⁵ Párrafo 47 de la Solicitud de Arbitraje.

⁵⁶ Párrafo 53 de la Solicitud de Arbitraje.

⁵⁷ Párrafo 53 de la Solicitud de Arbitraje.

⁵⁸ Párrafo 43 de la Solicitud de Arbitraje.

3.2.1. El derecho a la exclusividad jurisdiccional puede protegerse provisionalmente aunque todavía no haya un pronunciamiento sobre jurisdicción

65. El Salvador sostiene que el Tribunal Arbitral no es competente para proteger su jurisdicción exclusiva a través de medidas provisionales hasta que haya rechazado las objeciones jurisdiccionales de la Demandada, ya que sólo en ese momento se habría pronunciado sobre su propia jurisdicción.

66. El argumento de la Demandada no sólo es totalmente contrario a la finalidad de los artículos 26 y 47 de la Convención CIADI, sino que es contradictorio con decisiones de numerosos tribunales arbitrales CIADI en las que se ha ordenado la paralización de procedimientos judiciales ante las cortes locales para proteger la exclusividad de su jurisdicción sin que previamente haya existido una decisión sobre la misma⁵⁹. La situación que plantea la Demandada se corrige con un control prima facie de jurisdicción y no mediante una denegatoria de la solicitud

3.2.2. ENEL tiene un derecho a la no agravación de la disputa

⁵⁹ *Tokios Tokelés c. Ucrania*, Caso CIADI No. ARB/02/18. El 1 de julio de 2003, el Tribunal emitió la Orden No. 1 decretando medidas cautelares. Recién el 29 de abril de 2004, el Tribunal emitió su decisión de jurisdicción (adjunto a la Solicitud de Medidas Provisionales, Autoridad Legal MP 11).

Ceskoslovenska Obchodni Banka, A.S. c. República de Eslovaquia, Caso CIADI No. ARB/97/4. El 11 de enero de 1999, mediante Orden Procesal N° 4, el Tribunal dictó medidas provisionales. Recién el 24 de mayo de 1999 el Tribunal emitió su Decisión de Objeciones a la Jurisdicción (adjunto a la Solicitud de Medidas Provisionales, Autoridad Legal MP 07).

Perenco Ecuador Ltd. c. República de Ecuador y Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (Petroecuador), Caso CIADI No. ARB/08/06. En este caso, mientras que la Decisión de Medidas Provisionales data del 8 de mayo de 2009 la Decisión sobre Jurisdicción fue dictada posteriormente, el 30 de junio de 2011 (adjunto a la Solicitud de Medidas Provisionales, Autoridad Legal MP 09).

Zhinvali Development c. Georgia, Caso CIADI No. ARB/00/1 Laudo del 24 de enero de 2003. El 24 de enero de 2002 el Tribunal emitió su Decisión de Medidas Cautelares basada en el principio de exclusividad de la jurisdicción del CIADI. Un año después, el 24 de enero de 2003, el Tribunal emitió un laudo declinando su jurisdicción (adjunto a la Solicitud de Medidas Provisionales, Autoridad Legal MP 08).

67. El único argumento que la Demandada esgrime a este respecto es que "*ENEL no tiene un derecho al no agravamiento de la disputa, puesto que no existe ninguna disputa legal sujeta a este arbitraje que pudiera agravarse*"⁶⁰.

68. Como se ha explicado en la Sección 3.1. anterior a la que nos remitimos, sí existe una disputa legal entre ENEL y el Estado de El Salvador por lo que también este argumento de la Demandada debe rechazarse.

3.3. Los argumentos de la Demandada sobre cada una de las medidas provisionales solicitadas también deben rechazarse

3.3.1. Primera Medida: que se ordene a la Demandada abstenerse de tomar medidas que afecten las condiciones de explotación de las concesiones de LaGeo

69. El Salvador se opone a esta medida por los motivos siguientes: (i) por considerar que la medida es vaga y excesivamente amplia⁶¹, (ii) por entender que existe identidad entre la Solicitud de Arbitraje y este pedido cautelar⁶²; y (iii) por entender que ENEL no ha demostrado necesidad ni urgencia para evitar un daño irreparable^{63 64}.

70. En contestación a estos argumentos de la Demandada, se hace notar, en primer lugar, que el pedido de ENEL es suficientemente concreto. Teniendo en cuenta la decisión tomada por la Sala de

⁶⁰ Párrafo 123 de la Respuesta.

⁶¹ Párrafo 127 de la Respuesta.

⁶² Párrafo 130 de la Respuesta.

⁶³ Párrafo 129 de la Respuesta.

⁶⁴ La Demandada también articula otros argumentos para rechazar esta medida, como son (i) que la decisión de la Sala de lo Constitucional no sólo afectó a las concesiones de LaGeo sino a todas las concesiones otorgadas con carácter permanente sin la autorización de la Asamblea Legislativa; (ii) que el Presidente y la Fiscalía General eran contrarios a la declaración de inconstitucionalidad; (iii) que mientras la Asamblea Legislativa no se pronuncie sobre las concesiones afectadas no existe ningún daño para ENEL y, por consiguiente, no existe una disputa entre ENEL y El Salvador; y (iv) que mientras no exista un pronunciamiento del Tribunal Arbitral sobre su jurisdicción no puede existir una vulneración del derecho a la jurisdicción exclusiva previsto en el Artículo 26 de la Convención CIADI.

Todos estos argumentos constituyen una reiteración de las alegaciones que la Demandada ya realizó en secciones anteriores de su escrito y que, en consecuencia, ya han sido contestados. En consecuencia, nos remitimos a lo ya dicho en las Secciones 3.1.3. y 3.2.1. de nuestro escrito.

lo Constitucional, ENEL solicita que se ordene a la Asamblea Legislativa o cualquier otro poder o institución del Estado abstenerse de tomar medidas que afecten las condiciones de explotación de las concesiones de LaGeo. Ello lógicamente incluiría cualquier acción tendente a la revisión de dichas concesiones en los términos previstos por la decisión de la Sala de lo Constitucional.

71. Como se ha explicado con anterioridad, la decisión de la Sala de lo Constitucional, por sí sola, genera un grave daño a la inversión de ENEL en El Salvador al colocarla en una situación de absoluta precariedad. La decisión que la Asamblea Legislativa pueda tomar al revisar las concesiones afectadas por dicha decisión podría agravar sustancialmente la presente disputa, además de afectar la capacidad del Tribunal Arbitral de decidir las cuestiones sometidas al mismo. La Asamblea Legislativa podría, por ejemplo, retirar las concesiones de LaGeo o someterlas a condiciones desventajosas, tal y como expresamente le autoriza la Sala de lo Constitucional, antes de la terminación de este procedimiento arbitral. Si ello aconteciera, los derechos de ENEL reconocidos en el Acuerdo de Accionistas carecían de contenido alguno y se transformarían en un cascarón vacío de contenido económico, estratégico y práctico ya que LaGeo no podría seguir operando.

72. A este respecto, cabe señalar que tampoco es cierto que exista una identidad entre la medida cautelar solicitada y lo pedido en la Solicitud de Arbitraje. Como resulta claramente de ambos textos, el suplico contenido en la Solicitud de Arbitraje es mucho más amplio que la medida cautelar que ahora nos ocupa⁶⁵. Como hemos visto, lo que ENEL está pidiendo en su Solicitud de Medidas Cautelares es que se impida que la Asamblea Legislativa actúe sobre la base de la decisión

⁶⁵ Esta parte en su Solicitud de Arbitraje, párrafo 68 petición:

"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 descrito 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."

En oportunidad de solicitar estas medidas en cambio, ENEL petición en el párrafo 95:

" (1) Que se ordene a la Demandada abstenerse de tomar medidas que afecten las condiciones de explotación de las concesiones de LaGeo."

de la Sala de lo Constitucional, agravando la presente disputa y vulnerando su derecho a la jurisdicción exclusiva.

73. En cualquier caso, aún de existir similitud entre ambas solicitudes, nada obstaría el otorgamiento de la medida cautelar. En *Perenco c. República de Ecuador*⁶⁶ las medidas allí solicitadas fueron muy similares al *petitum* del demandante en su solicitud de arbitraje y ello no fue óbice para que el tribunal arbitral concediera la medida cautelar. Cabe recordar a estos efectos que las medidas provisionales son, por naturaleza, medidas que pueden ser modificadas o revocadas por el tribunal en cualquier momento cuando a, juicio de dicho tribunal, exista un cambio en las circunstancias que dieron lugar a su adopción.

⁶⁶ *Perenco Ecuador Ltd. c. República de Ecuador y Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (Petroecuador)*, Caso CIADI No. ARB/08/6 (Autoridad Legal MP 09). En *Perenco*, el demandante solicitó la compensación de daños incluyendo los pagos hechos a Petroecuador tras unas medidas arbitrarias del Gobierno, ver párrafo 22 de la Decisión de Jurisdicción del 30 de junio de 2011:

"22. In its Request for Arbitration, the Claimant asks the Tribunal to render an award in its favour:

(a) Declaring that Ecuador has breached its obligations under the Treaty and international law;

(b) Declaring that Respondents have breached their obligations under the Participation Contracts;

(c) Directing Respondents to indemnify Perenco for all direct and indirect damages as a result of their breaches, including payments made to date under the HCL Amendment, and costs and expenses of this proceeding, in amounts to be determined at the hearing; and"

En la Decisión sobre Medidas Provisionales del 8 de mayo de 2009, el Tribunal dispuso precisamente que Ecuador y Petroecuador se abstengan de seguir exigiendo el cobro de las sumas en virtud de esta medida considerada arbitraria. En efecto, el párrafo 79 de la Decisión sobre Medidas Provisionales señala:

"79. The Tribunal considers that circumstances require it to recommend, and it does recommend, provisional measures restraining the Respondents from:

(1) demanding that Perenco pay any amounts allegedly due pursuant to Law 42;

(2) instituting or further pursuing any action, judicial or otherwise, including the actions described in the notices dated 19 February and 3 March 2009, to collect from Perenco any payments Respondents claim are owed by Perenco or the Consortium pursuant to Law 42;".

74. Finalmente, en cuanto a la urgencia y la necesidad, la Demandante reitera que no todos los tribunales CIADI han considerado necesario acreditar la necesidad y la urgencia para ordenar la adopción de medidas provisionales como las solicitadas en este caso⁶⁷. Lo verdaderamente relevante es si la conducta que se pretende evitar podría tener lugar antes del laudo final⁶⁸. En cualquier caso, aún asumiendo que la prueba de dichos requisitos sea imprescindible, la concurrencia de ambos está demostrada en el presente caso.

75. La Asamblea Legislativa puede en cualquier momento, en virtud de la decisión de la Sala de lo Constitucional, revocar o modificar las concesiones de LaGeo. En este sentido, Armando Lainez, director jurídico del Tribunal de Cuentas amenazó hace siete meses con: "forzar a que el escenario actual lleve a la que la Asamblea revise esas concesiones, dicte las concesiones como corresponde y nos facilite las herramientas y parámetros para que nosotros, ente fiscalizador, podamos pronunciarnos sobre los beneficios que estamos teniendo y si se está cumpliendo la ley⁶⁹" (énfasis nuestro).

76. Evidentemente el requisito queda cumplido puesto que, existiendo voluntad política para "forzar" a la Asamblea Legislativa a tomar una decisión revocatoria de los derechos de ENEL, existe el riesgo de que la Asamblea Legislativa actúe en tal sentido *antes de la decisión final* del Tribunal Arbitral.

77. Dicho esto, no puede quedar ningún tipo de duda en cuanto a la necesidad de esta medida. Debe entenderse que las concesiones de LaGeo son el activo central de la inversión de ENEL, sin las cuales su inversión no vale nada. El hecho de que la Asamblea Legislativa pueda **en cualquier**

⁶⁷ Nos remitimos a lo dicho en la Solicitud de Medidas Provisionales, párrafos 89 y 93.

⁶⁸ Ver por ejemplo la decisión de la CIJ en el caso *República de Finlandia c. Dinamarca (caso del paso por el Gran Belt)*, solicitud para la indicación de medidas provisionales del 29 de Julio de 1991, párrafo 23. En dicho párrafo la CIJ clarifica que existe urgencia cuando es probable que el acto dañino para los derechos protegidos se produzca antes de la emisión del laudo (**Autoridad Legal MP 28**).

⁶⁹ Ver vídeo de la conferencia de prensa (disponible en la web <http://www.youtube.com/watch?v=Tq7eQYdMvcw>) que se acompaña como **Anexo MP 26**.

momento retirar o modificar dichas concesiones es, por sí sólo, suficiente para demostrar la necesidad de la medida para evitar un daño irreparable a ENEL.

3.3.2. Segunda Medida: que se ordene la suspensión o finalización de los procedimientos contencioso administrativos hasta que el Tribunal Arbitral dicte una decisión final sobre la disputa sometida a su consideración

78. El Salvador rechaza esta medida por considerar que: (i) existe identidad entre el reclamo de la Solicitud de Arbitraje y el pedido cautelar⁷⁰, (ii) los procedimientos contencioso administrativos no tienen el mismo objeto que el arbitraje CIADI, y (iii) dichos procedimientos no suponen una agravación de la disputa⁷¹.

79. En cuanto al primer argumento relativo a la identidad entre la Solicitud de Arbitraje y la medida cautelar, la Demandada olvida que a la fecha de la Solicitud de Arbitraje, la Sala de lo Contencioso todavía no había acordado la suspensión provisional de los actos jurídicos de CEL en virtud de los cuales ENEL realizó su inversión. La Solicitud de Medidas Provisionales ENEL tiene en cuenta este nuevo hecho y solicita la suspensión o terminación de los procedimientos contencioso administrativos hasta que el Tribunal dicte una resolución⁷², incluyendo la suspensión provisional. En consecuencia, no puede existir la identidad alegada de la Demandada.

80. Respecto del segundo argumento esbozado por la Demandada, resulta claro que los procedimientos contencioso administrativos están íntimamente relacionados con la presente disputa ya que constituyen un nuevo intento del Estado de destruir la inversión de ENEL en El Salvador mediante la anulación de los actos jurídicos en virtud de los cuales ENEL pasó a ser accionista de LaGeo. La consecuencia directa de la estimación de las demandas contencioso administrativas sería

⁷⁰ Párrafo 133 de la Respuesta.

⁷¹ La Demandada también rechaza esta medida sobre la base de los siguientes argumentos: (i) por considerar que no existe una disputa legal, y en consecuencia jurisdicción *prima facie*; (ii) por el hecho de que los procedimientos Contencioso Administrativos fueron iniciados por ciudadanos supuestamente particulares y porque las medidas cautelares no modificaron el *status quo*; (iii) porque no existe un derecho a la jurisdicción exclusiva mientras no haya un pronunciamiento sobre jurisdicción. De nuevo, esos argumentos constituyen reiteraciones de argumentos anteriores por lo que nos remitimos a lo dicho en las secciones 3.1.4. y 3.2.1.

⁷² Solicitud de Medidas Provisionales, párrafo 95 punto 2.

dejar sin efecto el Acuerdo de Accionistas, en el que se consagran los derechos de ENEL con relación a su inversión.

81. Finalmente, y como ya se ha señalado con anterioridad, no cabe duda de que la referida suspensión provisional supone una agravación de la disputa: si antes CEL se resistía a cumplir porque quería, ahora existe una orden judicial que le da un baño de legalidad a su resistencia⁷³.

3.3.3. Tercera Medida: que se ordene la suspensión o finalización del procedimiento penal y se alcen los embargos hasta que el Tribunal Arbitral dicte una decisión final sobre la disputa sometida a su consideración

82. La Demandada rechaza esta medida sobre la base de los siguientes argumentos: (i) que el Tribunal Arbitral carece de jurisdicción para conocer sobre el procedimiento penal y de responsabilidad civil subsidiaria; (ii) que ENEL no tiene derecho a la protección de la jurisdicción exclusiva del Tribunal Arbitral por cuanto dicho Tribunal Arbitral todavía no se ha pronunciado sobre la misma; y (iii) que ENEL no ha demostrado que la medida solicitada es necesaria y urgente para evitar un daño irreparable.

83. El argumento segundo ya ha sido contestado en la Sección 3.2.1. de este escrito a la que ahora nos remitimos. El primero y el tercer argumento son considerados más adelante.

84. Ante todo, es importante que el Tribunal Arbitral tome nota de ciertos aspectos relativos a la oportunidad y contenido de las medidas relativa al procedimiento penal que sirven para apreciar la verdadera intención de la Demandada:

⁷³ En este sentido es muy expresiva la declaración del Presidente Funes:

"(...) el contrato puede ser anulado y la sala de lo contencioso administrativo tiene facultades para hacerlo (...)" (...) "yo tengo que seguir lo que me ordena la sala de lo contencioso administrativo y la sala de lo contencioso administrativo ordena suspender el acto reclamado y que por lo tanto la CEL se inhiba de seguir realizando procedimientos de transferir acciones a nombre de ENEL".

Ver entrevista que se acompaña como **Anexo MP 27** (también disponible en la web: <http://www.youtube.com/watch?v=0q90HsP9x2M>)

- a) La acción penal fue comenzada el 11 de noviembre de 2013, es decir, después de que ENEL presentara su Solicitud de Arbitraje.
- b) Se le imputa a un ex empleado de ENEL el carácter de "partícipe necesario" en el delito de "peculado" – el cual sólo puede ser cometido por funcionarios públicos – supuestamente atribuible a varios ex funcionarios de CEL y LaGeo⁷⁴, por el simple hecho de haber representado a ENEL durante el proceso de selección que culminó en la suscripción del Acuerdo de Accionistas.
- c) El delito de peculado que se imputa prescribe entre los 8 y 10 años de cometido⁷⁵, pero pese a ello, se imputan en el año 2013 conductas relativas a la conducción de la licitación para seleccionar un Socio Estratégico de LaGeo que tuvo lugar en el año 2001 y 2002.
- d) La conducta que se imputa consiste, fundamentalmente, en haber ofrecido y suscrito con ENEL un contrato que le permite adquirir la mayoría de LaGeo, calificándose como delito, cuestiones como, (i) el no haber puesto un tope a la participación de ENEL; (ii) el no haber restringido las capitalizaciones a proyectos que incrementen la generación energética; y/o (iii) haber renunciado al derecho de suscripción preferente. Es decir, el delito es haber ofrecido y suscrito el Acuerdo de Accionistas
- e) Pese a que al Sr. Vicente Machado se le imputa solo carácter de partícipe en un delito que tiene como acusados directos a otras 8 personas, a ENEL se lo hace potencialmente responsable y se le traba un embargo por el 98% del total del supuesto daño generado por el ilícito. Esto no tiene ningún sentido dado: (i) el supuesto rol del Sr. Machado y (ii) el hecho de que la responsabilidad subsidiaria de ENEL no puede exceder la que se le imputa a este último. Al Sr. Machado se le imputa el 0,40% del daño.

⁷⁴ Las acciones se tomaron contra un total de 19 personas entre los cuales el Sr. Vicente Machado es el único ex empleado de ENEL que está siendo procesado penalmente.

⁷⁵ Artículo 34 del Código Procesal Penal y 325 del Código Penal de El Salvador.

- f) El informe pericial con base al cual se determinó el monto de los embargos fue contratado por CEL misma y fue realizado por una firma contable que tiene como socio a quien en ese momento era Ministro de Agricultura⁷⁶.
- g) El cálculo del supuesto daño es absurdo y descabellado. En primer lugar tiene como premisa que ENEL ha ejecutado el Laudo CCI y ha obtenido el control de LaGeo. Por otra parte, calcula el supuesto daño adjudicando una prima de control de LaGeo un valor de 900% (novecientos por ciento).

85. La medida es tan arbitraria y desproporcionada que la propia Demandada, en respuesta a la Solicitud de Medidas Provisionales, se ha comprometido a limitar sus efectos al territorio de El Salvador⁷⁷. Este compromiso sólo modera el impacto inmediato de la medida, pero no modifica sus consecuencias concretas sobre la inversión de ENEL en El Salvador y sobre su derecho a que este Tribunal Arbitral sea quien decida la disputa.

86. Las circunstancias antedichas ilustran acerca del carácter retributivo, abusivo e irrazonable de las medidas adoptadas en sede penal y acerca de la evidente vocación de utilizar tal fuero (i) para amedrentar a ENEL y a sus testigos⁷⁸ y (ii) para interferir con el derecho de ENEL a proteger sus derechos ante un tribunal internacional imparcial⁷⁹.

(i) El Tribunal Arbitral tiene jurisdicción para conocer sobre el procedimiento penal y de responsabilidad subsidiaria iniciados contra ENEL y sus ex empleados

⁷⁶ Ver nota de prensa que se adjunta como **Anexo MP 28**.

⁷⁷ Párrafo 153 de la Respuesta.

⁷⁸ Se hace notar que la Fiscalía ha impulsado este procedimiento penal y es quien tiene a su cargo la representación de El Salvador en el presente caso arbitral.

⁷⁹ El carácter abusivo de las medidas adoptadas por el Estado en este caso guarda similitudes con la situación planteada en el caso *Chevron Corporation and Texaco Petroleum Co. v. República de Ecuador*, PCA Case No. 2009-23. Ver las decisiones sobre medidas provisionales de 25 de enero de 2012, de 16 de febrero de 2012, 27 de febrero de 2012 y de 7 de febrero de 2013 (**Autoridades Legales MP 29 a MP 32**).

87. En la Sección 3.1.5 de este escrito, a la que nos remitimos, ya se han expuesto las razones por las que esta parte considera que el Tribunal Arbitral tiene jurisdicción para conocer y analizar las medidas adoptadas por El Salvador tras la Modificación de la Ley de Inversiones. Dichas razones aplican todavía con más fuerza, si cabe, en el contexto de decidir una solicitud de medidas provisionales, donde necesariamente existirán hechos posteriores a la Solicitud de Arbitraje y a la Modificación de la Ley de Inversiones.

88. La Demandada pretende minimizar la importancia del procedimiento penal al señalar que "[e]n todo caso, una investigación penal extensa sobre corrupción **no es suficiente para crear un conflicto** de puntos de vista jurídicos **entre ENEL y el Estado de El Salvador**⁸⁰" (énfasis nuestro).

89. El procedimiento penal y de responsabilidad civil subsidiaria iniciado contra ENEL y sus ex empleados constituye una clara disputa legal entre ENEL y el Estado por cuanto el objetivo final de dicho procedimiento es declarar ilegal la inversión de ENEL en El Salvador y transferirle a ENEL una responsabilidad ficticia que pretende ejecutarse sobre sus activos en El Salvador. Es sólo un atajo para forzar a ENEL a recapitular en lo que concierne al ejercicio de sus derechos bajo la amenaza de destruir su inversión.

90. En todo caso, es indudable que la legalidad o ilegalidad de la inversión de ENEL es un tema central en este arbitraje CIADI, tal y como lo confirma El Salvador al utilizar en su Respuesta los mismos argumentos esgrimidos por la Fiscalía.

(ii) *La medida solicitada por ENEL es necesaria y urgente para evitar un daño irreparable*

91. La paralización o suspensión del procedimiento penal, así como el alzamiento de los embargos, es una medida necesaria y urgente, para proteger el derecho de ENEL a la jurisdicción exclusiva y a la no agravación de la disputa.

⁸⁰ Párrafo 144 de la Respuesta.

92. Existen numerosos antecedentes de tribunales CIADI que han reconocido la posibilidad de paralizar procedimientos penales para la salvaguarda de estos dos derechos⁸¹. Dichos tribunales han dado lugar a tal paralización cuando existe una íntima conexión entre el procedimiento arbitral y el procedimiento penal y existe un riesgo de que el segundo afecte la integridad del primero como ocurre en el presente caso:

*"In order for this Tribunal to enjoin a sovereign State from pursuing a criminal case in its own legal order, it must be convinced that there is a strong linkage between the criminal proceedings and the legal dispute arising out of the investment which is before it, and that such a situation threatens the integrity of the arbitral process"*⁸².

93. El procedimiento penal seguido contra ENEL y alguno de sus ex empleados, está íntimamente relacionado con este procedimiento arbitral.

94. En primer lugar, los hechos que fundamentan el procedimiento penal son los mismos que la Demandada utiliza para rechazar la jurisdicción del Tribunal Arbitral, y se superponen con las defensas y argumentos que la Demandada viene utilizando para impedir que ENEL ejerza sus derechos bajo el Acuerdo de Accionistas. A pesar de que el objetivo del procedimiento penal es determinar si existió delito de peculado, el efecto principal de dicha determinación supondría declarar ilícita la inversión de ENEL, cuestión central de este proceso.

95. En segundo lugar, ex empleados de ENEL son parte acusada en el procedimiento penal por su actividad como empleados de ENEL. Por otra parte, a ENEL y a EES se le imputa responsabilidad por un monto descabellado de USD 1.900 millones.

⁸¹ Ver *Lao Holdings NV c. República Democrática Popular Lao*, Caso CIADI No. ARB(AF)/12/6, decisión sobre solicitud de modificación de orden de medidas provisionales, 30 de mayo de 2014 (**Autoridad Legal MP 33**). *Tokios Tokelés c. Ucrania*, Case CIADI No. ARB/02/18, orden No. 3, párrafo 11 (Autoridad Legal MP 11); *City Oriente Limited c. República de Ecuador y Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (PetroEcuador)*, Caso CIADI No. ARB/06/21, Decisión de medidas provisionales, párrafos 61 a 66 (Autoridad Legal MP 16); *Quiborax, S.A., Non Metallic Minerals S.A. y Allan Fosk Kaphin c. Estado Plurinacional de Bolivia*, Caso CIADI No. ARB/06/2, decisión de medidas provisionales, párrafos 118 a 122 (Autoridad Legal MP 02).

⁸² *Holdings NV c. República Democrática Popular Lao*, Caso CIADI No. ARB(AF)/12/6, decisión sobre solicitud de modificación de orden de medidas provisionales del 30 de Mayo de 2014, párrafo 37 (Autoridad Legal MP 34).

96. Adicionalmente el procedimiento penal pone en grave riesgo la integridad del proceso arbitral ya que podría interferir con la disponibilidad de prueba testimonial y crea una situación de asimetría probatoria que afecta la igualdad entre las partes.

97. A pesar de que El Salvador trata de restarle importancia a las consecuencias de dicho procedimiento penal, lo cierto es que las medidas adoptadas en el seno del mismo son muy graves y afectan a la capacidad de la Demandante de hacer valer sus derechos.

98. Los argumentos de la Demandada a este respecto no resisten análisis. Para empezar, la prohibición de salir del país al Sr. Vicente Machado, por ejemplo, es una restricción muy grave a la libertad personal. A ello tiene que añadirse el hecho de que los bienes personales de los acusados han sido embargados (algo que parece olvidar la Demandada). Asimismo, estas medidas tienen un efecto directo tanto en la disponibilidad, como en la disposición de los acusados para comparecer ante el Tribunal Arbitral como testigos de la Demandante. Primero porque tienen prohibido salir del país, y, segundo, porque la propia amenaza que constituye el procedimiento penal y sus resultados muy probablemente tendrá un efecto disuasorio en aquellos que sean llamados a testificar.

99. Por otro lado, el procedimiento penal ha desequilibrado también la igualdad entre las partes en lo concerniente a la obtención de la prueba. Por orden de fecha 18 de octubre de 2013, el Juzgado Décimo Primero de Paz autorizó la práctica de registro y allanamiento de las oficinas de EES, autorizándose "*en caso de encontrar documentos y objetos relacionados con los delitos que se investigan, procédase a su incautación*"⁸³. El allanamiento fue realizado por adscritos a la Fiscalía acompañados por investigadores y agentes de la División Élite Contra Crimen Organizado de la Policía Nacional Civil así como agentes de la Policía Técnica y Científica⁸⁴ e implicó el secuestro de importantes documentos societarios, financieros y de control⁸⁵.

⁸³ Ver Orden de Incautación, que se adjunta al presente escrito como **Anexo MP 29**.

⁸⁴ Ver Acta de Incautación, que se adjunta al presente escrito como **Anexo MP 30**.

⁸⁵ Así se señala, de forma no exhaustiva: libro de aumento y disminución de capital; libro de actas de la junta general; libro de actas de junta directiva, todos ellos propiedad de CONEC-ES S.A. de C.V.; diez informes de auditores independientes con sus estados financieros y notas explicativas de los años 2000, 2001, 2002, 2003,

100. Demás está decir que los originales de los valiosos documentos requeridos siguen en poder de El Salvador desde hace casi 8 meses.

101. Nótese además que la Licitación y los hechos fundamentales en los que se funda la supuesta actividad criminal ocurrieron en el año 2002. Sin embargo, no fue hasta el advenimiento del arbitraje CCI que El Salvador comenzó con las medidas jurisdiccionales contra ENEL, y solo fue después de emitido el Laudo CCI que El Salvador inició las medidas penales en este asunto. Es decir, tardó más de 10 años⁸⁶ en investigar estos asuntos que ahora se han transformado en cuestiones de interés nacional, dignos de embargos que equivalen, según el propio Presidente Funes, a "*la mitad del presupuesto general de la nación para un ejercicio fiscal*"⁸⁷. Teniendo en cuenta además que la conducta supuestamente delictiva está plasmada en documentos que siempre han estado desde un principio en poder del Gobierno⁸⁸, es evidente que se trata de una conducta oportunista y retributiva de parte de la Demandada.

102. Una situación similar se ha ventilado ante un tribunal CIADI en el pasado. En esa oportunidad, el tribunal arbitral CIADI rechazó una solicitud de modificación de medidas cautelares

2005, 2006, 2007, 2008, 2009 y 2010, propiedad de CONEL El Salvador S.A. de C.V.; libro de registro de accionistas propiedad de CONEC-ES S.A. de C.V.; tres libros de IVA (compras, ventas a contribuyentes y ventas a consumidores), propiedad de Grupo E.G.I. S.A. de C.V.; un libro de legalización de actas de juntas directivas de ENEL Green Power de El Salvador S.A. de CV; un libro de actas de junta general y directiva, propiedad de ENEL Green Power de El Salvador S.A. de CV; juegos de balance general y estado de resultados, documentación bancaria y correspondencia con información de ingreso de divisas. Dicha información se retiró tras una búsqueda exhaustiva, en donde los investigadores dejaron asentado hasta la sensación de "frío" que hacía en la oficina. La lista completa se encuentra detallada en el Acta de Incautación (Anexo MP 30).

⁸⁶ Ver Anexo MP 11, página 11, refiere a la fecha de la denuncia como el 4 de febrero de 2013.

⁸⁷ Ver Anexo MP 01, nota titulada "*Presidente Funes: Millonarios embargos en caso CEL-ENEL no tienen precedentes*".

⁸⁸ Así, el Informe Parcial de la Comisión Especial CEL – ENEL pone especial énfasis en los acuerdos "*antiéticos e ilegales*" de CEL en su página 76, documentos que estuvieron en el poder de CEL, y por ende del Estado, todo este tiempo.

como consecuencia de la tardanza del Gobierno en iniciar una investigación por supuesta corrupción⁸⁹. En tal ocasión el tribunal arbitral CIADI señaló:

"The record before the Tribunal indicates that the Respondent was quite well aware of alleged unlawful activity by or on behalf of the Claimant prior to the hearing on Claimant's request for provisional measures, or at least could have discovered them by employing a basic level of due diligence."⁹⁰

103. Finalmente, el último argumento de la Demandada para minimizar los efectos del procedimiento penal según el cual "*la responsabilidad civil de cualquiera de esas personas sólo resultaría en el pago de daños pecuniarios*" no puede ser tomado seriamente teniendo en cuenta que la cifra de daños que está en juego es de **USD 1.900 millones** y que, como se ha explicado, ha sido fijado con base en parámetros descabellados⁹¹.

104. Los hechos hablan por sí mismos: la verdadera intención del procedimiento penal es hacer ilícita y destruir por completo la inversión de ENEL en El Salvador y amedrentar, tanto a ENEL como a sus ex empleados, con medidas restrictivas de su libertad y bienes y con la amenaza de la imposición de daños desorbitantes.

3.3.4. Cuarta Medida: que se ordene a El Salvador abstenerse de iniciar cualquier otro procedimiento judicial directamente relacionado con las cuestiones sometidas al presente arbitraje y, en general, de tomar cualquier otra medida que tenga relación con el objeto del arbitraje CIADI y resulte en una agravación de la disputa en detrimento de ENEL y/o sus ex empleados

⁸⁹ Lao Holdings NV c. República Democrática Popular Lao, Caso CIADI No. ARB(AF)/12/6, decisión sobre solicitud de modificación de orden de medidas provisionales, 30 de mayo de 2014.

⁹⁰ Lao Holdings NV c. República Democrática Popular Lao, Caso CIADI No. ARB(AF)/12/6, decisión sobre solicitud de modificación de orden de medidas provisionales, 30 de mayo de 2014., párrafo 47.

⁹¹ En el párrafo 148 de la Respuesta, la Demandada acusa a ENEL de intentar vender sus acciones en una empresa de distribución de electricidad, CLESA, inmediatamente después de la orden de embargo. Esto es simplemente falso: ENEL intentó mucho antes del embargo vender sus acciones en CLESA, operación que se frustró precisamente como consecuencia del embargo preventivo. Este hecho es una prueba más de los perjuicios que ENEL está sufriendo como consecuencia del embargo.

105. La Demandada se opone a esta solicitud por dos motivos: (i) porque considera que esta solicitud "*está errada en derecho*" y, (ii) porque considera que es "*excesiva*". Ambos motivos deben rechazarse.

(i) *La solicitud de la Demandante se ajusta a derecho ya que el derecho a la no agravación de la disputa es de naturaleza autónoma*

106. La Demandada parece sostener que una solicitud de medidas provisionales no puede fundamentarse exclusivamente en el derecho a la no agravación de la disputa y que dichas medidas requieren la prueba de urgencia y daño irreparable. En términos de la Demandada: "*Este tipo de medidas provisionales no son independientes; sólo se conceden en adición a otras medidas provisionales para proteger derechos de las partes. En otras palabras, si la conducta no causa un riesgo inminente de un daño irreparable a los derechos de una parte, el Tribunal no tiene la facultad de ordenar medidas provisionales solamente sobre la base del no agravamiento de la disputa*"⁹² (énfasis nuestro).

107. El argumento de la Demandada es difícil de entender y debe desecharse por las siguientes razones.

108. *En primer lugar*, el derecho a la no agravación de la disputa es un derecho procesal *autónomo* que puede ameritar por sí solo el otorgamiento de medidas provisionales. Así se ha reconocido por numerosas decisiones de tribunales arbitrales CIADI. Por ejemplo, en *Burlington Resources Inc y Otros c. República del Ecuador y Empresa Estatal Petróleos del Ecuador*⁹³, el tribunal arbitral señaló:

"En opinión del Tribunal, los derechos que corresponde proteger con medidas provisionales no son solamente los que constituyen el objeto de la controversia o los derechos sustantivos a los que se refieren las Demandadas,

⁹² Párrafo 156 de la Respuesta.

⁹³ *Burlington Resources Inc y Otros c. República del Ecuador y Empresa Estatal Petróleos del Ecuador*, Caso CIADI No. ARB/08/5, Orden Procesal No. 1 sobre la solicitud de medidas provisionales de Burlington Oriente del 29 de junio de 2009 (Autoridad Legal MP 14).

*sino que pueden extenderse a los derechos procesales, como el derecho a que se mantenga el statu quo y a que no se agrave la controversia. **Estos últimos son, por lo tanto, derechos autónomos***⁹⁴" (énfasis nuestro)

109. Del mismo modo, el tribunal arbitral del caso citado por propia Demandada en *Quiborax et al. c. Estado Plurinacional de Bolivia* señaló que⁹⁵:

*"as noted above, the Tribunal considers that although the criminal proceedings do not deal with the same subject matter as the ICSID proceeding, they are sufficiently related to merit the protection of Claimants' rights to the non-aggravation of the dispute and the preservation of the status quo, **which the Tribunal considers to be self-standing rights***⁹⁶" (énfasis nuestro)

⁹⁴ *Ibidem*, párrafo 60.

⁹⁵ La Demandada interpreta erróneamente la decisión de la Corte Internacional de Justicia ("CIJ") en el caso de las Papeleras sobre el Río Uruguay (Caso de las plantas de celulosa en el Río Uruguay, *República Argentina c. República del Uruguay*), Medidas Provisionales, Orden de 23 de enero de 2007) (Autoridad Legal MP 01). La Demandada realiza una cita parcial del texto de la decisión que, para ser debidamente interpretada, debe leerse en el contexto de los párrafos anteriores y posteriores. Teniendo en cuenta dicho contexto, resulta claro que la decisión de la CIJ de denegar la solicitud de Uruguay se basó en la falta de prueba de la existencia de un riesgo inminente de daño irreparable.

"49. Whereas the Court has on several occasions issued provisional measures directing the parties not to take any actions which could aggravate or extend the dispute or render more difficult its settlement [...] Whereas in those cases provisional measures other than measures directing the parties not to take actions to aggravate or extend the dispute or to render more difficult its settlement were also indicated".

*50. **Whereas the Court has not found that at present there is an imminent risk of irreparable prejudice to the rights of Uruguay in dispute before it**, caused by the blockades of the bridges and roads linking the two States (see paragraphs 41-43 above); whereas the Court therefore considers that the blockades themselves do not justify the indication of the second provisional measure requested by Uruguay, in the absence of the conditions for the Court to indicate the first provisional measure.*

⁹⁶ *Quiborax S.A., Non Metallic Minerals S.A. y Allan Fosk Kaplún c. Estado Plurinacional de Bolivia*, Caso CIADI No. ARB/06/2, Decisión sobre Medidas Cautelares, 26 Febrero 2010 (Autoridad Legal MP 02).

En este mismo sentido, ver también *Millicom c. Senegal*, Caso CIADI No. ARB/08/20, Decisión sobre Medidas Cautelares, 9 diciembre 2009, párrafo 45 (**Autoridad Legal MP 34**):

"Finally, it is admitted that protected rights can also include procedural rights such as the general right to status quo and the right to non-aggravation of the dispute"

110. En *segundo lugar*, y sin perjuicio de lo anterior, el argumento de la Demanda resulta desconcertante por cuanto la Demandante ha solicitado la protección del derecho a la no agravación de la disputa *de forma conjunta* con la protección de la jurisdicción exclusiva del CIADI.

111. En tercer lugar, y en cualquier caso, la solicitud de la Demandante cumple con los requisitos de urgencia e irreparabilidad del daño tal y como resulta de las Secciones 3.3.1 a 3.3.3 anteriores.

(ii) *La solicitud de la Demandante es suficientemente concreta de conformidad con la práctica de tribunales arbitrales CIADI*

112. La Demandada también alega que esta cuarta petición debe denegarse por "*ser excesivamente amplia y basarse en acciones futuras hipotéticas*"⁹⁷. Sin embargo, existen numerosos antecedentes de tribunales arbitrales CIADI en los que este tipo de medidas a futuro han sido otorgadas. Es evidente que si un Estado adopta un patrón de comportamiento como el de la Demandada, ya no se está en presencia de "acciones futuras hipotéticas", sino conductas previsibles que pueden y deben ser preventivamente inhibidas.

113. A modo de ejemplo, en los casos *Burlington c. Ecuador*⁹⁸, *Perenco Ecuador Ltd. c. Ecuador y Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (Petroecuador)*⁹⁹ y *Tokios Tokelés c. Ucrania*¹⁰⁰ los

Ver, también, *City Oriente Limited c. República de Ecuador y Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (Petroecuador)*, Caso CIADI No. ARB/06/21, Decisión sobre revocación de medidas provisionales y otros aspectos procesales del 13 de Mayo de 2008, párrafos 24, 62 y 65 (Autoridad Legal MP 16).

⁹⁷ Párrafo 158 de la Réplica.

⁹⁸ *Burlington Resources Inc y otros c. República del Ecuador y Empresa Estatal Petróleos del Ecuador*, Caso CIADI No. ARB/08/5, Resolución Procesal No. 1 sobre la solicitud de medidas provisionales de Burlington Oriente del 29 de junio de 2009 (Autoridad Legal MP 14):

IV. ORDER

On this basis, the Arbitral Tribunal makes the following order: (...)

8. The Parties shall refrain from any conduct that may lead to an aggravation of the dispute until the Award or the reconsideration of this order. In particular, Burlington Oriente shall refrain from making good on its threat to abandon the project and Ecuador shall refrain from any action that may induce Burlington Oriente to do so"

tribunales arbitrales ordenaron medidas muy parecidas a la solicitada por la Demandante. Es más, así sucedió también en el caso citado por la propia Demandada, *Quiborax c. Bolivia*^{101 102}.

4. LA INVERSIÓN DE ENEL EN EL SALVADOR ES LÍCITA Y MERECE SER PROTEGIDA POR LA LEY DE INVERSIONES

⁹⁹ *Perenco Ecuador Ltd. c. República de Ecuador y Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (Petroecuador)*, Caso CIADI No. ARB/08/06, Decisión de Medidas Provisionales, 8 de mayo de 2009, párrafo 79 (Autoridad Legal MP 09):

"79. The Tribunal considers that circumstances require it to recommend, and it does recommend, provisional measures restraining the Respondents from: (...)

(3) instituting or pursuing any action, judicial or otherwise, against Perenco or any of its officers or employees, arising from or in connection with the Participation Contracts; and

(4) unilaterally amending, rescinding, terminating, or repudiating the Participation Contracts or engaging in any other conduct which may directly or indirectly affect or alter the legal situation under the Participation Contracts, as agreed upon by the parties."

¹⁰⁰ *Tokios Tokelés c. Ucrania*, Caso CIADI No. ARB/02/18, Decisión sobre Medidas Cautelares de 1 de julio de 2003 (Autoridad Legal MP 11):

"7. Consequently, the Tribunal unanimously decides that:

(a) Pending the resolution of the dispute now before the Tribunal, both parties shall refrain from, suspend and discontinue, any domestic proceedings, judicial or other, concerning Tokios Tokelés or its investment in Ukraine, namely Taki Spravy – including those noted in the request for provisional measures and in the Claimant's letter of June 24, 2003 – which might prejudice the rendering or implementation of an eventual decision or award of this Tribunal or aggravate the existing dispute"

¹⁰¹ *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 Cautelares, 26 Febrero 2010 (Autoridad Legal MP 02):

"V. DECISIÓN

Por las razones expresadas, el Tribunal Arbitral emite la siguiente decisión: (...)

2. La Demandada deberá abstenerse de iniciar cualquier otro proceso penal directamente relacionado con este arbitraje o tomar cualquier otra acción que pueda poner en riesgo la integridad procesal de este arbitraje."

¹⁰² La Demandada también rechaza las dos últimas medidas solicitadas por ENEL (éstas son: que se interprete que las solicitudes antes señaladas se extienden a hechos o actos conexos y relacionados con las mismas; y que se ordene, disponga o recomiende cualquier otro remedio que considere justo y apropiado). La Demandada se limita a remitirse a los argumentos esgrimidos para el resto de las medidas solicitadas por lo que la Demandante tampoco realizará ninguna observación adicional.

114. A pesar de que la Demandada reconoce que *"éste no es el momento para que el tribunal examine su jurisdicción"*, ésta dedica las 15 primeras páginas de su escrito (Sección II, A) a "describir" una serie de hechos que supuestamente justificarían que *"la inversión de ENEL se originó violando las leyes de El Salvador"* y que, por lo tanto, *"no puede gozar de la protección de la Ley de Inversiones"*¹⁰³, incluyendo el acceso a arbitraje internacional bajo el Convenio CIADI¹⁰⁴.

115. La Demandada no aporta prueba alguna para sostener los hechos que alega porque considera que *"el examen de los mismos solamente será necesario a partir de la siguiente etapa del arbitraje"*¹⁰⁵. Sin embargo, la Demandada sí considera oportuno alegar ya en esta etapa procesal que *"la sola narrativa"* de estos hechos *"evidencia que la inversión objeto de este arbitraje fue realizada a través de un proceso fraudulento, diseñado para favorecer a ENEL a expensas de los intereses del Estado"*¹⁰⁶.

116. Los argumentos de la Demandada merecen ser contestados brevemente por cuanto su descripción interesada de los hechos que dieron lugar a la inversión de ENEL está totalmente distorsionada y contradice radicalmente los hechos que el Tribunal CCI declaró ya probados en su Laudo CCI tras un largo y gravoso procedimiento arbitral. La Demandada procura crear una falsa impresión al Tribunal Arbitral, pero, como se explica a continuación, recurre a alegaciones y especulaciones desconcertantes por su ligereza y debilidad.

4.1. Sobre la remoción por CEL de todos los miembros de la Junta Directiva de LaGeo y reemplazo por "personas sugeridas sin ninguna autoridad legal por el entonces Ministro de Economía"

117. El primero de los hechos en el que la Demandada se basa para alegar que la inversión de ENEL fue hecha de forma ilegal es el de la remoción por CEL de todos los miembros de la Junta

¹⁰³ Párrafo 77 de la Respuesta.

¹⁰⁴ Párrafo 121 de la Respuesta.

¹⁰⁵ Pie de página número 1 de la Respuesta.

¹⁰⁶ Párrafo 77 de la Respuesta.

Directiva de LaGeo y reemplazo por "*personas sugeridas sin ninguna autoridad legal por el entonces Ministro de Economía*"¹⁰⁷.

118. Estos hechos son irrelevantes y en ningún caso pueden convertir en ilegal la inversión de ENEL ya que:

- a) ENEL no tuvo ninguna participación en estos hechos.
- b) CEL estaba plenamente facultada para remover los miembros de la Junta Directiva de LaGeo ya que era su propietaria.
- c) No existe correlación alguna, o cuando menos no se justifica de contrario, entre este hecho y la supuesta ilegalidad de la inversión de ENEL^{108 109}.

4.2. Sobre la decisión de CEL de ceder a LaGeo el contrato de asesoría financiera para la selección del socio estratégico a solicitud del entonces Ministro de Economía

119. El segundo de los hechos que la Demandada alega para defender la supuesta ilegalidad de la inversión de ENEL es la decisión de CEL de ceder a LaGeo el contrato de asesoría financiera para la selección del Socio Estratégico. Según la Demandada, esta cesión, de alguna forma, habría beneficiado a ENEL porque LaGeo, a diferencia de CEL, no está sujeta al régimen de contratación de la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública de El Salvador (en adelante, "LACAP").

120. De nuevo, el razonamiento de la Demandada resulta estéril y poco serio:

¹⁰⁷ Párrafo 10 de la Respuesta.

¹⁰⁸ La Demandada también sugiere que ENEL habría resultado beneficiada indebidamente por el hecho de que el hermano de uno de los nuevos miembros de la junta directiva fue el abogado "*ante cuyos oficios se constituyeron dos de las empresas del Grupo ENEL que participaron en la Licitación*". Según la Demandada esta relación de parentesco constituye un "*conflicto de interés*" pero no se molesta en explicar porqué este supuesto conflicto benefició a ENEL y convierte su inversión en ilegal.

¹⁰⁹ La Demandada también sostiene, aunque de forma bastante poco comprensible, que el Ministro de Economía no tenía ninguna autoridad legal para "sugerir" a CEL el reemplazo de los miembros de la Junta Directiva. Este argumento es desconcertante ya que el Ministro de Economía sólo "sugirió" entonces la decisión fue de CEL y no del Ministro.

- a) ENEL no intervino en estos hechos;
- b) El Acuerdo de Accionistas lo firmó CEL, quien sí está sujeta a la LACAP, y no LaGeo;
y
- c) la Demandada no explica – ni siquiera sugiere – por qué la referida cesión del contrato benefició a ENEL e hizo ilegal su inversión de más de USD 100 millones en El Salvador.

4.3. Sobre la supuesta "inhabilitación" de ENEL para participar en la licitación

121. El tercer argumento de la Demandada para fundamentar la supuesta ilicitud de la inversión es igual de infundado que los anteriores. Según la Demandada, ENEL estaba inhabilitada para participar en el proceso de licitación porque era titular indirecta de una participación minoritaria (20% del capital social) en una sociedad de distribución de electricidad en El Salvador, la sociedad Compañía de Luz Eléctrica Santa Ana, S.A. de C.V. (en adelante, "CLESA").

122. La Demandada argumenta que los Términos de Referencia de la Licitación impedían participar en la licitación a empresas que directa o indirectamente tuvieran participación en empresas generadoras o distribuidoras de energía eléctrica en El Salvador, con independencia de si esa participación era mayoritaria o no. A este respecto, la Demandada concluye que el entonces Gerente General de LaGeo actuó de forma inapropiada al responder a una pregunta de ENEL dirigida a confirmar que su participación en CLESA no la inhabilitaba para participar en la licitación^{110 111}.

123. Adicionalmente, la Demandada también alega que, aunque no era necesario ostentar el control para quedar inhabilitada, ENEL sí ejercía indirectamente dicho control sobre CLESA en

¹¹⁰ Párrafos 17 a 27 de la Respuesta.

¹¹¹ Para reforzar su argumento de que en la Licitación hubo fraude o trato de favor, la Demandada alega, en la nota a pie de página número 15 (página 9) de la Respuesta, que el entonces Gerente General de LaGeo, el Sr. José Antonio Rodríguez "*posteriormente se va a trabajar con ENEL*". Sin embargo, entendemos que el Sr. José Antonio Rodríguez no se fue a trabajar para ENEL.

virtud de un acuerdo de accionistas firmado entre una subsidiaria de ENEL y el socio mayoritario de CLESA¹¹².

124. Los argumentos de la Demandada a este respecto no sólo son completamente infundados, sino que además fueron todos ellos debatidos, analizados detenidamente y rechazados en sus méritos por el Tribunal CCI, la autoridad competente para decidir estas cuestiones de conformidad con el Acuerdo de Accionistas firmado por CEL¹¹³:

- a) De una simple lectura de la disposición relevante de los Términos de Referencia de la Licitación, la cláusula 1.23.2, resulta claramente que la inhabilitación únicamente aplicaba a aquellas sociedades que **controlan** a afiliadas que "*participaran en actividades de generación o distribución eléctrica en El Salvador*":

*Tampoco podrán participar en este proceso aquellas sociedades que directamente o por medio de afiliadas, participan en actividades de generación o distribución eléctrica en El Salvador. **Para los propósitos de esta cláusula, "afiliadas" significa aquellas sociedades que controlan a, son controladas por, o se encuentran bajo control común con, la sociedad interesada.** Para los propósitos de esta definición, "control" significa la potestad de dirigir o causar la dirección de la administración y políticas de una sociedad, ya sea por propiedad, acuerdo, u otro medio. (énfasis nuestro)*

- b) El acuerdo de accionistas que existía entre los socios de CLESA no concedía a ENEL su control. Los únicos derechos que dicho acuerdo otorgaba a la subsidiaria de ENEL sobre CLESA eran: (i) el derecho a ser considerado seriamente en propuestas de venta de energía; (ii) el derecho de veto sobre integración vertical; y (iii) el derecho a nombrar a un director en las juntas directivas. Estos derechos de ninguna manera pueden ser interpretados como que otorgan la "*potestad de dirigir o causar la dirección de la administración y políticas de la sociedad*". Todo lo contrario, son derechos característicos de un accionista minoritario.

¹¹² Nota a pie de página 14 de la Respuesta.

¹¹³ Párrafos 589 y 591 del Laudo CCI.

- c) Finalmente, contrariamente a lo que alega la Demandada, ENEL no "ocultó" la existencia de dicho acuerdo de accionistas. Al no ostentar el control de CLESA, ENEL no tenía ninguna obligación legal de informar del mismo al tiempo de la Licitación.

125. En prueba de ello, basta aquí citar el párrafo 591 del Laudo CCI según el cual:

Por otra parte, INE tampoco ha probado que ENEL, al no declarar que era parte del acuerdo entre accionistas celebrado entre EGI [la subsidiaria de ENEL] y AES [la socia mayoritaria de CLESA], incumplió el precitado artículo. En efecto, ENEL debía informar la existencia de dicho acuerdo siempre que el mismo le otorgara el control de CLESA. No consta en el expediente ningún elemento concluyente para establecer que ENEL, en virtud de dicho acuerdo entre accionistas, controle las empresas AES de El Salvador o CLESA. Los dichos del Sr. Cecchi en la sesión 215 de la Junta Directiva no pueden constituir prueba fehaciente de un control por parte de ENEL sobre las mencionadas empresas. El hecho de que el Sr. Cecchi haya utilizado durante esa sesión frases como "interés estratégico" o "posición más beneficiosa" no alcanza un estándar que se pueda elevar a la calificación jurídica de "control" del artículo 1.23.2 de los Términos de Referencia. Además, INE no especifica cómo el mencionado acuerdo, celebrado entre EGI y AES, le permitía a ENEL dirigir o causar la dirección de la administración y políticas de CLESA, ni mucho menos por qué la conducta de ENEL fue fraudulenta y contraria al orden público de El Salvador. (énfasis nuestro)

4.4. Sobre las modificaciones del borrador del Acuerdo de Accionistas supuestamente hechas de forma "irregular" y en contravención de las leyes salvadoreñas

126. En los párrafos 28, 29 y 30 de la Respuesta, la Demandada alega que CEL durante el proceso de licitación modificó el borrador del Acuerdo de Accionistas de forma "muy irregular". Según la Demandada las modificaciones realizadas significaron permitir "un traspaso encubierto de los recursos del Estado a una empresa privada sin una contraprestación proporcional al beneficio otorgado, sin ninguna base legal y en violación de las leyes salvadoreñas"^{114 115}.

¹¹⁴ Párrafo 30 de la Respuesta.

¹¹⁵ En el párrafo 31 de de la Respuesta la Demandada también sugiere que la retirada de los otras dos empresas que participaron en el proceso de licitación también favoreció de forma indebida a ENEL:

127. La Demandante ignora porqué el procedimiento de modificación del borrador de Acuerdo de Accionistas fue "*muy irregular*" ya que la Demandada no identifica las alegadas irregularidades. En cualquier caso el tema de las modificaciones del Artículo 6 del Acuerdo de Accionistas fue uno de los temas centrales –sino el más importante– del procedimiento arbitral CCI y fue ampliamente debatido y analizado por el Tribunal CCI. A los fines de este escrito, basta sólo mencionar que el Tribunal CCI, en las más de 50 páginas que dedica en exclusiva a la interpretación del Artículo 6 del Acuerdo de Accionistas, ya rechazó todos los argumentos que ahora formula El Salvador a este respecto. Entre las conclusiones del Tribunal CCI se destacan las siguientes:

- a) "**[E]stamos frente a un texto que fue redactado sólo por una de las Partes durante el proceso de licitación y al cual la otra no tenía más opción que adherir o aceptar sin margen de maniobra para la negociación, pero que, como ha sido declarado testimonialmente, fue experimentado variaciones conforme se recibían comentarios de los participantes del proceso**"¹¹⁶ (énfasis nuestro). (...) "**Los participantes en el proceso de licitación podían enviar observaciones a CEL y LaGeo, las cuales considerando dichas observaciones podían, si así lo estimaban conveniente, introducir modificaciones al texto del borrador del Acuerdo de Accionistas en forma de Adiciones**"¹¹⁷.
- b) "**[L]a obtención de la mayoría accionaria en LaGeo era un elemento central para los participantes en la licitación y por ello se introdujo en el Acuerdo de Accionistas un**

"El proceso para favorecer a ENEL se consumó en abril de 2002, cuando Shell primero y Sumitomo después, notificaron que desistían de participar en el proceso de selección. Por lo tanto solamente quedaba ENEL a partir de entonces para aprovecharse de los beneficios y modificaciones que había conseguido ilegalmente"

Este argumento de la Demandada es cuando menos desconcertante. Shell y Sumitomo abandonaron la licitación por su propia voluntad y ciertamente ENEL no tuvo nada que ver en tal decisión. La Demandante no acierta a entender cuál es la relevancia de este hecho y cómo puede teñir de ilegalidad la inversión de ENEL en El Salvador.

¹¹⁶ Párrafo 194 del Laudo CCI.

¹¹⁷ Párrafo 196 del Laudo CCI.

*mecanismo" que permitiría al socio estratégico "incrementar su participación accionaria conforme LaGeo fuera decidiendo efectuar inversiones dentro de su giro ordinario, lo cual naturalmente se traduciría en algún momento del tiempo en la obtención de la mayoría accionaria de LaGeo"*¹¹⁸.

- c) La LGE no contiene provisión alguna que *"limite la participación accionaria de empresas privadas y/o extranjeras en empresas de generación eléctrica de El Salvador"*¹¹⁹.

128. Además, también cabe destacar a este respecto que CEL declaró expresamente en el Artículo 8.5 del Acuerdo de Accionistas que *"no existe ningún impedimento, restricción o limitación de carácter legal, que limite la participación accionaria del socio Estratégico en [LaGeo], ni el goce de los derechos y obligaciones pactados en el mismo, incluyendo la posibilidad de convertirse en accionista mayoritario de [LaGeo]"*.

4.5. Sobre las supuestas irregularidades en el proceso de apertura de los sobres que favorecieron a ENEL

129. Otro de los argumentos que utiliza la Demandada para defender la ilegalidad de la inversión de ENEL tiene que ver con supuestas irregularidades en el proceso de apertura de los sobres en la Licitación. La Demandada fundamenta el supuesto beneficio indebido a ENEL sobre la base de los siguientes hechos: (i) que el Gerente General de LaGeo invitara a CEL a la apertura del sobre C sin previamente haber abierto el sobre B; y (ii) que ENEL realizó una enmienda a su oferta contenida en el sobre B el mismo día de la apertura del sobre C.

130. De nuevo, los argumentos de la Demandada no puede ser tomados seriamente y evidencian la desesperación de la Demandada por utilizar cualquier pretexto para generar una apariencia de ilegalidad que justifique el incumplimiento de sus compromisos frente a ENEL. Para empezar, en cuanto al primer punto relativo a la invitación de CEL a la apertura del sobre C supuestamente antes

¹¹⁸ Párrafo 205 del Laudo CCI.

¹¹⁹ Párrafo 171 del Laudo CCI.

de que se abriera el sobre B, la descripción de la propia Demandada de la secuencia cronológica de los hechos es inconsistente: la Demandada alega que la invitación a la apertura del sobre C se realiza el 15 de abril y luego señala que la apertura del sobre B se hizo ese mismo 15 de abril. En consecuencia ambos hechos tuvieron lugar en el mismo día y, por ende, es perfectamente posible que la invitación a CEL se realizara después de haberse abierto el sobre B. En cualquier caso no se entiende cuál es la relevancia de estos hechos y en qué modo involucran a ENEL.

131. Por otra parte, la única razón por la cual ENEL tuvo que realizar una pequeña enmienda a la oferta contenida en el sobre B – enmienda que efectivamente fue comunicada el mismo día de la apertura del sobre C – fue por un error menor que pasó inadvertido en la fianza ofrecida por ENEL, y que seguramente se originó por una mala traducción del banco interviniente¹²⁰. Dicha enmienda no alteró ninguna de las demás condiciones de la oferta de ENEL.

4.6. Sobre la supuesta modificación irregular del Acuerdo de Accionistas el mismo día de su firma

132. Otro de los hechos que la Demandada destaca para sustentar su argumento sobre la ilegalidad de la inversión de ENEL es que la Modificación N.1 del Acuerdo de Accionistas se firmó el mismo día de la firma del Acuerdo de Accionistas, el 4 de junio de 2002. La Demandada da a entender que esta coincidencia en el tiempo responde a algún tipo de irregularidad:

"Lo curioso de esta modificación y que ahora es sujeto de investigación, es que se realizó exactamente el mismo 4 de junio de 2002. Más curioso resulta el hecho de que las auténticas notariales de ambos documentos están realizadas a las diecisiete horas de ese día"¹²¹.

¹²⁰ La enmienda en cuestión es la siguiente: la oferta contenida originalmente en el Sobre B rezaba: "La ejecución de esta Fianza 84221/650 precisa más trámite que el requerimiento oficial de GESAL". Dicha frase se modificó por "La ejecución de esta Fianza 84221/650 **no** precisa más trámite que el requerimiento oficial de GESAL....".

¹²¹ Párrafo 39 de la Respuesta.

133. Adicionalmente, la Demandada alega que "*Todas las modificaciones introducidas fueron hechas en beneficio de ENEL*"¹²².

134. Como ya se analizó en el arbitraje CCI, la razón por la que el Acuerdo de Accionistas y su Modificación N.1 se firmaron el mismo día es muy simple y no tiene nada de irregular: desde que abrieron los sobres de los licitantes hasta la firma del Acuerdo de Accionistas transcurrieron varios meses durante los cuales LaGeo y ENEL ya empezaron a negociar modificaciones al borrador del Acuerdo entre Accionistas todavía no firmado. Como resultado de dichas negociaciones, el mismo día en el que se firmó el Acuerdo de Accionistas se firmó también la Modificación N 1.

135. Contrariamente a lo que sugiere la Demandada, no todos de los cambios introducidos en el Acuerdo con base a esta Modificación N.1 beneficiaron a ENEL, algunos de ellos estaban dirigidos a proteger a ambas partes y otros a proteger exclusivamente a CEL¹²³.

4.7. Sobre el supuesto incremento "a título gratuito" de la participación accionaria de ENEL en LaGeo en un 4%

136. El último de los argumentos de la Demandada para fundamentar la supuesta ilegalidad de la inversión de ENEL tiene que ver con el incremento de la participación accionaria de ENEL del 8,5% al 12,5% plasmado en la Modificación N.2 del Acuerdo de Accionistas del 20 diciembre de 2002.

137. A este respecto, El Salvador vuelve a esgrimir el mismo argumento que ya se planteó en el procedimiento arbitral CCI según el cual ENEL habría adquirido este 4% del capital social adicional "*de forma gratuita*" en perjuicio del Estado.

138. El Tribunal CCI desestimó este reclamo en sus méritos por considerar probado: (i) que "*existió consentimiento explícito e informado de CEL*"¹²⁴ al incremento de la participación accionaria

¹²² Párrafo 40 de la Respuesta.

¹²³ Por ejemplo, se modificó el Artículo 9, añadiendo un párrafo según el cual: "*El Socio Estratégico no podrá hipotecar, pignorar, o gravar, los ingresos, rentas, instalaciones y demás bienes que posee en [LaGeo]*". También se modificó el artículo 18 con el fin de regular con mayor precisión el proceso de transferencia de las acciones de LaGeo a terceros. Se establecieron mayores garantías para ambas partes y, particularmente, en beneficio de CEL.

¹²⁴ Párrafo 539 del Laudo CCI.

de ENEL; y (ii) que dicho incremento no se hizo a título gratuito sino que, por el contrario, CEL aceptó la condición impuesta por ENEL porque le resultaba beneficiosa.

139. Como se explica en el Laudo CCI, la propia CEL presentó como prueba en el arbitraje un documento que demostraba que: *"i) hubo una instancia de discusión entre las Partes en la cual ENEL dio a conocer a CEL su punto de vista respecto de cómo le afectaría la disminución de capital en términos financieros; y ii) se estimó que la propuesta de ENEL sería más conveniente que el costo financiero de pedir un préstamo por los USD\$ 10.000.000 requeridos"*¹²⁵ (énfasis nuestro).

140. En consecuencia, el Tribunal CCI concluyó que:

*"es un hecho que existió consentimiento explícito e informado de CEL respecto del acto que ahora INE alega como fuente de un vicio de su voluntad y enriquecimiento ilícito por parte de ENEL. Adicionalmente, cabe hacer notar que dicho consentimiento ha recaído sobre materias disponibles para las Partes y que el acto produjo los efectos jurídicos y económicos buscados por ellas. Ello excluye jurídicamente la posibilidad de que estemos en presencia de un acto carente de causa jurídica toda vez que los desplazamientos patrimoniales resultantes de los acuerdos entre las Partes se justifican recíprocamente. En este sentido, el Tribunal hace presente que aparece como una razón económicamente plausible que frente a una reducción de capital en una sociedad, un accionista que tiene una perspectiva cierta de aumento accionario, obtenga un aumento en su participación para compensar el efecto presente que dicha reducción tendrá en el valor de su participación futura en la sociedad*¹²⁶". (énfasis nuestro)

141. Adicionalmente, el Tribunal CCI añadió que *"no ha recibido antecedentes probatorios que permitan dar por establecido que el acuerdo en virtud del cual se produjo el aumento accionario alegado como fuente de enriquecimiento ilícito, haya sido el resultado de un acto de coacción que*

¹²⁵ Párrafo 537 del Laudo CCI. Se acompaña como **Anexo MP 31** copia del referido documento, titulado "Negociación del Incremento en Capital de GESAL, S.A. de C.V.", de noviembre de 2002, que se acompañó como Anexo 0348 al Memorial de Contestación y Reconvención de INE/CEL.

¹²⁶ Párrafo 539 del Laudo CCI.

conduzca a un vicio del consentimiento o bien de un abuso que haya actuado como móvil determinante de la voluntad de CEL"¹²⁷.

5. LA MAYORÍA DE LOS ARGUMENTOS REALIZADOS POR LA DEMANDADA YA FUERON ANALIZADOS Y DESECHADOS EN SUS MÉRITOS POR EL TRIBUNAL CCI¹²⁸

142. En la Sección II, B de La Respuesta (párrafos 46 y ss.), titulada "*Alcance limitado del laudo arbitral CCI*", la Demandada quiere minimizar el hecho de que la mayoría de los temas que constituyen el objeto de los procedimientos penal y contencioso administrativos ya fueron analizados y decididos en el Arbitraje CCI. Para ello, la Demandada alega que el Tribunal CCI "***no llegó a pronunciarse sobre el fondo de varios de los reclamos hechos por INE***, pues consideró que en todo caso, era LaGeo o en algunos casos CEL, la legitimada para incoar esas reclamaciones"¹²⁹.

143. Más adelante la Demandada va más allá y dice que "*la demanda reconvencional presentada por INE ante la CCI, fue desestimada en su gran mayoría, porque el tribunal arbitral consideró que no era INE la legitimada activamente para incoar las reclamaciones, con lo cual los hechos en que se sustentaba la reconvención nunca fueron conocidos y resueltos en su mérito*".

144. Según la Demandada, "**[e]sto es importante señalarlo desde ya, porque no es cierto**—como lo afirma ENEL en su solicitud—que los asuntos que están siendo investigados por la FGR o que estén en conocimiento de tribunales salvadoreños, ya hayan sido decididos en el arbitraje CCI".

¹²⁷ Párrafo 540 del Laudo CCI.

¹²⁸ En el párrafo 49 de la Respuesta la Demandada describe incorrectamente la parte decisoria del Laudo CCI. La Demandada señala que "[e]n el laudo se dijo: (...) *Que ENEL no tenía derecho a ser indemnizada por \$202,576,085 en concepto de indemnización subsidiaria*". Esto es falso. Lo que dijo el Tribunal CCI es que no iba a pronunciarse sobre dicha demanda subsidiaria por cuanto se había concedido la demanda principal de cumplimiento forzoso, lo que es claramente muy distinto:

*"Que habiéndose concedido la acción de cumplimiento forzado deducida como principal, el Tribunal **no se pronunciará** respecto de la demanda de indemnización de perjuicios deducida de modo subsidiario por ENEL"* (párrafo 616 del Laudo CCI).

¹²⁹ Párrafo 50 de la Respuesta.

145. Estas afirmaciones de la Demandada no sólo son incorrectas,, sino que además suponen un reconocimiento por parte de la propia Demandada de que los reclamos sometidos por CEL e INE en su demanda reconvencional ante el Tribunal CCI son los mismos que ahora El Salvador utiliza como excusa para someter a ENEL a los procedimientos penales y contencioso administrativos. Si se tratara de cuestiones completamente distintas, como pretende convencer la Demandada, ¿por qué entonces sería relevante o "*importante*" el hecho de que el Tribunal CCI no se haya pronunciado sobre el fondo de las mismas?

146. En cualquier caso, es falso que el Tribunal CCI no se pronunció sobre el fondo de la mayoría de las cuestiones planteadas por CEL e INE en su demanda reconvencional. Una rápida lectura del Laudo CCI permite llegar a la conclusión diametralmente opuesta: la inmensa mayoría de los reclamos de la demanda reconvencional de CEL e INE fueron analizados y desechados en sus méritos por el Tribunal CCI. A continuación se presenta un cuadro con el resumen de las decisiones del Tribunal CCI y los párrafos relevantes del Laudo CCI sobre cada una de las reclamaciones formuladas por CEL e INE en su demanda reconvencional¹³⁰:

Reclamación de INE	Decisión del Tribunal CCI
Sobre el supuesto incremento forzoso de la participación accionaria de ENEL en LaGeo en un 4%	Como ya se ha explicado con anterioridad, esta reclamación de CEL e INE, que ahora reitera la Demandada, fue ampliamente analizada y rechaza en sus méritos en los párrafos 536 a 541 del Laudo CCI. Nos remitimos a lo antes dicho respecto de la decisión del tribunal arbitral sobre este reclamo en la Sección 4.7. de nuestro escrito.
Sobre los supuestos incumplimientos de ENEL en la ejecución de la Fase I del proyecto de Berlín previsto en el Acuerdo de Accionistas	Esta reclamación se analiza detenidamente y se rechaza en sus méritos en los párrafos 550 a 560 del Laudo CCI. En este caso el Tribunal CCI rechazó la reclamación de CEL e INE en sus méritos por considerar probado que LaGeo, INE y CEL consintieron expresamente dar por cumplida la referida Fase I con pleno conocimiento de toda la información relevante.

¹³⁰ Cabe destacar que el Arbitraje CCI fue un largo y costoso procedimiento arbitral donde CEL e INE presentaron más de 1000 documentos en apoyo de su demanda reconvencional.

Reclamación de INE	Decisión del Tribunal CCI
	<p>En palabras textuales del Tribunal Arbitral:</p> <p><i>"de los antecedentes documentales y testimoniales aportados al proceso, no es posible dar por establecido que haya habido ocultamiento de información acerca de las características del recurso geotérmico encontrado en la Fase I que pudieran justificar un alegato de fraude o engaño de ENEL a LaGeo y/o INE/CEL en la aceptación del cumplimiento de los hitos de dicha fase según lo establecido en el Acuerdo de Accionistas. Los mismos antecedentes citados permiten al Tribunal comprobar que tanto LaGeo como INE, por intermedio de sus representantes en los órganos corporativos de LaGeo, estuvieron informadas de los aspectos relevantes de la Fase I. En consecuencia, el Tribunal no tiene elementos ni hay en el expediente pruebas que permitan concluir que la capitalización de acciones suscritas por ENEL como consecuencia de la ejecución de esta fase, se haya apartado del entendimiento de las Partes sobre su debido cumplimiento, o que su aceptación por LaGeo e INE/CEL haya sido el resultado de un fraude o engaño por parte de ENEL que motivó la conformidad de la Demandante Reconvencional". (énfasis nuestro)</i></p>
<p>Sobre los supuestos incumplimientos de ENEL en la ejecución de la Fase II del proyecto de Berlín previsto en el Acuerdo de Accionistas</p>	<p>Este reclamo se analiza y rechaza en los párrafos 561 y ss. del Laudo CCI. A este respecto el Tribunal CCI distingue entre los supuestos incumplimientos acaecidos con anterioridad a 27 de mayo de 2008, fecha en la que ENEL cedió a LaGeo el Contrato Llave en Mano con GE Nuovo Pignone, y los supuestos incumplimientos acaecidos con posterioridad a dicha fecha.</p> <p>Respecto de los primeros, el Tribunal CCI rechaza las reclamaciones de CEL e INE en sus méritos. El Tribunal CCI considera probado que CEL e INE consintieron expresamente el cumplimiento por ENEL de los distintos hitos de ejecución de la Fase II del proyecto Berlín, con pleno conocimiento de los hechos relevantes.</p> <p>En cuanto a los segundos, el Tribunal CCI rechazó el reclamo de CEL e INE por entender que la legitimación activa para formular tales reclamos correspondía a LaGeo. Así, contrariamente a lo que sostiene ahora la Demandada, sólo esta parte de este reclamo, entre los numerosos reclamos formulados por CEL e INE, fue rechazada por el Tribunal CCI sin entrar a decidir los méritos de la misma.</p>
<p>Sobre los reclamos por</p>	<p>Estos reclamos se analizan y rechazan en sus méritos en los párrafos</p>

Reclamación de INE	Decisión del Tribunal CCI
supuestos incumplimientos en el diseño de taludes, o en la entrega de componentes de la Unidad 3 de Berlín defectuosos	586 y ss. del Laudo CCI. En dichos párrafos el Tribunal CCI concluye que (i) CEL e INE no han probado los alegados incumplimientos; y (ii) en cualquier caso su reclamación es extemporánea.
Sobre los reclamos por la supuesta inhabilitación de ENEL para participar en el proceso de licitación	Como ya se ha explicado, este reclamo de CEL e INE, que ahora reitera la Demandada, fue analizado y desestimado en sus méritos por el Tribunal CCI en los párrafos 589 y ss. del Laudo CCI. Nos remitimos a lo antes dicho respecto de la decisión del Tribunal CCI sobre este reclamo en la Sección 4.3 de nuestro escrito.
Sobre los reclamos por la supuesta falta de buena fe y supuesto incumplimiento por ENEL del artículo 12 del Acuerdo de Accionistas	Estos reclamos se analizan y rechazan en sus méritos en los párrafos 592 y ss. del Laudo CCI. Es más, el Tribunal CCI señaló que " <i>de haberse constituido un incumplimiento al artículo 12 del Acuerdo de Accionistas, éste sería más bien a INE</i> " ¹³¹ .

6. PETICIÓN

147. En razón de todo lo expuesto precedentemente, la Demandante:

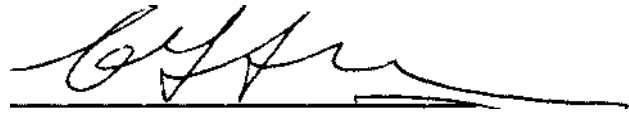
- a) Reitera las solicitudes de tutela cautelar realizadas por en su Solicitud de Medidas Provisionales;
- b) Solicita que se rechacen en su totalidad los argumentos esgrimidos de contrario por la Demandada; y
- c) Solicita que se rechace la petición de la Demandada de que se ordene a ENEL reembolsar a El Salvador los honorarios y los gastos legales y procesales incurridos

¹³¹ Párrafo 598 del Laudo CCI.

para presentar su Respuesta y, que, por el contrario, se ordene a la Demandada soportar los costos y costas incurridas con motivo de esta incidencia procesal. Se hace notar a este respecto que la Demandada se ha comprometido en el párrafo 153 de la Respuesta a no ejecutar los embargos trabados fuera de El Salvador. Ello sólo puede interpretarse como una admisión de que la Solicitud de Medidas Cautelares estaba justificada.

148. Respetuosamente presentado,

Clifford Chance US LLP



Por:

C. Ignacio Suárez Anzorena

2001 K Street, NW
Washington, DC 20006, U.S.A.
Tel: +1 202 912 5185
Fax: +1 202 912 6000
Abogado de la Demandante

Fechado: 12 de junio de 2014, Washington, DC.

* * *