

**Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones  
Washington, D.C.**

**LAUDO**

En el arbitraje de

**Inceysa Vallisoletana, S.L.  
(Demandante)**

c.

**República de El Salvador  
(Demandada)**

**Caso CIADI No. ARB/03/26**

**Miembros del Tribunal:  
Rodrigo Oreamuno Blanco, Presidente  
Burton A. Landy, Árbitro  
Claus von Wobeser, Árbitro**

**Secretaria del Tribunal  
Claudia Frutos-Peterson**

**Representando a la Demandante**

**Alfonso López-Ibor Aliño,  
Juan Concheiro Linares y  
Mónica Baselga Loring  
Estudio de abogados  
Ventura Garcés & López-Ibor  
Madrid, España**

**Representando a la Demandada**

**Whitney Debevoise, David Orta, Jean  
Kalicki y Eduardo Guzmán  
Estudio de abogados Arnold & Porter,  
Washington, D.C.,  
Belisario Artiga Artiga, Fiscal General  
de la República de El Salvador**

**Fecha: 2 de agosto de 2006**

## INDICE

<b>I. PROCEDIMIENTO</b> .....	4
<b>II. HECHOS PRINCIPALES</b> .....	9
<b>III. POSICIONES DE LAS PARTES</b> .....	12
<b>IV. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL DE ARBITRAJE EN RELACION CON LAS POSICIONES DE LAS PARTES</b> .....	29
A. Estados Financieros presentados por Inceysa con su oferta en la Licitación.....	29
B. Existencia del supuesto “socio estratégico” de Inceysa .....	32
C. Trayectoria y experiencia del señor Antonio Felipe Martínez Lavado.....	34
D. Vinculación entre Inceysa e ICASUR .....	35
E. La falsedad de los contratos supuestamente firmados por Inceysa con la Municipalidad de Silay, en Filipinas, y con la de Coclé (Amuco) en Panamá.....	39
<b>V. MEDIDAS CAUTELARES</b> .....	39
<b>VI. JURISDICCION DEL CIADI Y COMPETENCIA DEL TRIBUNAL DE ARBITRAJE</b> .....	40
<b>A. Análisis de la Jurisdicción del Centro conforme al Convenio del CIADI, el APPRI y la Ley de Inversiones de El Salvador</b> .....	40
i. Posiciones de las Partes .....	41
a) Posición de Inceysa.....	41
b) Posición de El Salvador .....	42
ii. Identificación del Punto Controvertido .....	43
iii. Facultad del Tribunal de Arbitraje para resolver sobre su propia Competencia .....	44
iv. Consideraciones Generales del Tribunal de Arbitraje en torno al consentimiento..	48
v. Lineamientos para Determinar el Alcance del Consentimiento .....	52
a) Ausencia de Presunciones.....	52
b) Identificación de la voluntad de los Estados Contratantes .....	54
c) Principio de Buena Fe.....	55
vi. Tipos de limitaciones al consentimiento.....	56
vii. Las características y alcances del consentimiento expresado por España y El Salvador en el APPRI .....	58
viii. Análisis de la inversión de Inceysa a la luz de los alcances del consentimiento expresado por España y El Salvador en el APPRI.....	64
a) Violación al Principio de Buena Fe .....	70
b) Violación al Principio <i>Nemo Auditor Propiam Turpitudinem Allegans</i> .....	72
c) Violación al orden público internacional.....	74
d) Violación al principio que prohíbe el enriquecimiento ilícito .....	76
ix. Análisis de la inversión de Inceysa a la luz de la Ley de Inversiones de El Salvador .....	77
<b>B. Análisis de la competencia del Tribunal de Arbitraje conforme al Contrato de prestación de servicios celebrado entre El Salvador e Inceysa</b> .....	79
i. Posición de las Partes.....	79
a) Posición de Inceysa.....	80
b) Posición de El Salvador.....	82
ii) Argumentos adicionales de las Partes en torno a la Jurisdicción del Centro .....	87
iii) Consideraciones del Tribunal de Arbitraje en torno a la Jurisdicción del Centro... a) Interpretación del Contrato .....	92

b) Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública.....	95
c) Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje .....	96
d) Ley de Inversión .....	100
e) El APPRI.....	101
<b>VI. COSTAS.....</b>	<b>102</b>
<b>VII. DECISION.....</b>	<b>103</b>

El Tribunal, integrado en la forma antes señalada, después de haber considerado las presentaciones escritas y orales de las partes y haber realizado sus deliberaciones, resuelve:

## I. PROCEDIMIENTO

1. El 21 de julio del 2003, el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (“CIADI” o el “Centro”), recibió de Inceysa Vallisoletana, S.L. (“**Inceysa**” o “**la Demandante**”), una compañía constituida de acuerdo con las leyes del Reino de España, una solicitud de arbitraje contra la República de El Salvador (“**El Salvador**” o “**la Demandada**”).

2. En la misma fecha, el Centro acusó la recepción de la solicitud y remitió una copia de esta a la República de El Salvador y a la Embajada de El Salvador en la ciudad de Washington, D.C., de conformidad con la Regla 5 de las Reglas Procesales Aplicables a la Iniciación de los Procedimientos de Conciliación y Arbitraje del CIADI (“Reglas de Iniciación”).

3. La diferencia se refiere a un contrato de servicios de instalación, administración y operación de plantas de revisión técnica vehicular y emisión de gases contaminantes, partículas y ruidos, que se celebró, según la licitación pública nacional e internacional 05/2000 realizada por el Ministerio de Medio Ambiente y Recursos Naturales (en adelante el MARN) de la República de El Salvador. La **Demandante** alega incumplimiento contractual y expropiación por parte de **El Salvador**. La **Demandada** alega que **Inceysa** actuó fraudulentamente y que por ello no puede ampararse en el Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones suscrito por la República de El Salvador y el Reino de España (en adelante, el **Acuerdo**, el **Tratado** o el **APPRI**, indistintamente).

4. Con arreglo a lo dispuesto por el Artículo 36(3) del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados

(“Convenio del CIADI”), el 10 de octubre del 2003, de conformidad con la Regla 7 de las Reglas de Iniciación, el Secretario General Interino del Centro registró la solicitud y en la misma fecha notificó a las partes ese hecho y las invitó a que procedieran a constituir el Tribunal de Arbitraje.

5. Las partes no alcanzaron un acuerdo respecto al método para integrar el Tribunal de Arbitraje, por lo que, el 10 de diciembre del 2003, la **Demandante** solicitó que fuera constituido de conformidad con el Artículo 37(2)(b) del Convenio del CIADI. El 12 de diciembre del 2003, el Centro indicó que el Tribunal de Arbitraje se constituiría de acuerdo con el Artículo citado, esto es, por tres árbitros, uno nombrado por cada una de las partes y el tercero, quien actuaría como Presidente del Tribunal, por acuerdo de ambas.

6. El 27 de diciembre del 2003, la **Demandante** nombró como árbitro al señor Burton A. Landy, de nacionalidad estadounidense; el 5 de enero del 2004, la **Demandada** nombró como árbitro al señor Claus von Wobeser, de nacionalidad mexicana. Las partes no llegaron a un acuerdo respecto a la designación del tercer árbitro. El 15 de enero del 2005, la **Demandante** solicitó que dicho árbitro fuera designado por el Presidente del Consejo Administrativo del CIADI, con arreglo al Artículo 38 del Convenio del CIADI y a la Regla 4 de las Reglas Procesales Aplicables a los Procedimientos de Arbitraje del Centro (“Reglas de Arbitraje”).

7. Luego de consultar a las partes, el 23 de marzo del 2004 el Centro nombró al señor Rodrigo Oreamuno Blanco, de nacionalidad costarricense, como tercer árbitro y Presidente del Tribunal. Según lo dispuesto en la Regla 6(1) de las Reglas de Arbitraje, ese mismo día el Secretario General Interino notificó a las partes que los tres árbitros habían aceptado su nombramiento y que, por lo tanto, el Tribunal se entendía constituido y el procedimiento iniciado en esa fecha. De conformidad con la Regla 25 del Reglamento Administrativo y Financiero del CIADI, se informó a las partes que la señora Claudia Frutos-Peterson, consejera jurídica del CIADI, desempeñaría las funciones de Secretaria del Tribunal.

8. El Tribunal celebró su primera sesión en la ciudad de Washington, D.C. el 21 de mayo del 2004. En representación de la **Demandante** asistieron los señores David Mülchi Paníco y Alessandro Liotta, del estudio de abogados David Mülchi & Asociados, de Madrid, España. En representación de la **Demandada** asistieron los señores Whitney Debevoise, David Orta, Luis Parada y Eduardo Guzmán, del estudio de abogados Arnold & Porter, de Washington, D.C., así como los señores Belisario Artiga Artiga, Fiscal General de la República de El Salvador y Walter Jokisch, Ministro de Medio Ambiente y Recursos Naturales de esa República.

9. Durante la primera sesión las partes estuvieron de acuerdo en que el Tribunal se había constituido de conformidad con el Convenio y las Reglas de Arbitraje del CIADI y expresaron que no tenían objeción alguna respecto a los miembros del Tribunal. Asimismo, se acordó que el procedimiento se llevaría a cabo de acuerdo con las Reglas de Arbitraje en vigor desde el 1° de enero del 2003.

10. En la primera sesión, las partes también convinieron sobre diversas cuestiones de procedimiento, las que fueron consignadas en un acta resumida, firmada por el Presidente y la Secretaria del Tribunal. Respecto al calendario de presentación de las actuaciones escritas, el Tribunal, luego de consultar a las partes, acordó que la **Demandante** dispondría de un plazo de 90 días, contados a partir de la fecha de la primera sesión, para presentar su memorial sobre el fondo y que la **Demandada** dispondría también de un plazo de 90 días, una vez recibido el memorial de la **Demandante**, para presentar su memorial de contestación sobre el fondo. Con posterioridad tanto la **Demandante** como la **Demandada** tendrían un plazo de 45 días para presentar sus memoriales de réplica y dúplica, respectivamente.

11. Con fecha 8 de junio del 2004, la **Demandante** presentó un escrito y solicitó que este, junto con su Solicitud de Arbitraje, fueran considerados el Memorial sobre el Fondo.

12. El 15 de setiembre del 2004, la **Demandada** interpuso un Memorial sobre Excepciones a la Jurisdicción del Centro y a la Competencia del Tribunal y en la misma

fecha presentó otro memorial en el que solicitó al Tribunal que dictara una orden, según la Regla 28(1) de las Reglas de Arbitraje y formuló una petición sobre medidas provisionales en relación con los honorarios y gastos del procedimiento.

13. En vista de las excepciones sobre jurisdicción presentadas por la **Demandada**, el 21 de setiembre del 2004, el Tribunal con base en lo dispuesto por la Regla 41(3) de las Reglas de Arbitraje, declaró suspendido el procedimiento sobre el fondo del asunto. También invitó a la **Demandante** a presentar sus observaciones respecto a la solicitud de medidas provisionales efectuada por la **Demandada** sobre los honorarios y gastos del procedimiento, de conformidad con la Regla 39(4) de las Reglas de Arbitraje. Subsecuentemente, el Tribunal invitó a las partes a intercambiar una segunda ronda de observaciones; ellas lo hicieron así, en las fechas señaladas por el Tribunal.

14. El 23 de setiembre del 2004, el Tribunal emitió la Resolución Procesal número 1 y fijó un calendario para las presentaciones escritas de las partes en materia de jurisdicción. De conformidad con dicho calendario, el 4 de noviembre del 2004, la **Demandante** presentó su Memorial de Contestación sobre Jurisdicción; el 29 de noviembre del 2004, la **Demandada** presentó su Réplica sobre Jurisdicción y, el 22 de diciembre del 2004, la **Demandante** su Dúplica sobre Jurisdicción.

15. El 9 de diciembre del 2004, el Tribunal fijó fecha para la celebración de una audiencia en la cual se escucharía a las partes con respecto a la solicitud de la **Demandada** sobre las medidas provisionales y las excepciones a la jurisdicción. Con posterioridad las partes intercambiaron varias comunicaciones sobre diversas cuestiones relativas al desarrollo de la audiencia. En consecuencia, el Tribunal emitió la Resolución Procesal número 2 del 19 de enero del 2005, en la que resolvió que la audiencia se llevaría a cabo del 1 al 4 de febrero del 2005 en la ciudad de Washington, D.C.

16. El 27 de enero del 2005, los consejeros de la **Demandante** informaron al Tribunal que, en vista de ciertas circunstancias que se habían presentado, se veían en la necesidad de renunciar a su cargo. En consecuencia el Tribunal declaró suspendida la audiencia. El

28 de enero del 2005, la **Demandada** solicitó al Tribunal, entre otras cosas, que fijara una nueva fecha para la audiencia, lo antes posible y, en todo caso, a más tardar dentro de los 60 días siguientes, y que se condenara a la **Demandante** a pagar los gastos incurridos por la **Demandada** como consecuencia de la cancelación de la audiencia.

17. Con fecha 17 de febrero del 2005, la **Demandante** nombró a los señores Alfonso López-Ibor Aliño y Juan Concheiro Linares del estudio Ventura Garcés & López-Ibor Abogados, de Madrid, España, como sus consejeros jurídicos.

18. El 1 de marzo del 2005, el Tribunal notificó a las partes la Resolución Procesal número 3 relativa a cuestiones del procedimiento de la audiencia.

19. El Tribunal, después de haber consultado a las partes, decidió celebrar la audiencia sobre jurisdicción y sobre medidas provisionales relacionadas con los honorarios y gastos del procedimiento, del 25 al 28 de abril del 2005; posteriormente, con el consentimiento de las partes, dicho señalamiento fue trasladado a los días comprendidos entre el 2 y 5 de mayo del 2005, debido a la falta de disponibilidad de espacio en las instalaciones de la sede del Centro en el Banco Mundial, en Washington, D.C., en las primeras fechas indicadas.

20. El 9 de marzo del 2005 el Tribunal resolvió otras cuestiones de procedimiento que fueron planteadas por las partes en relación con la organización de la audiencia. Asimismo, el Tribunal dispuso que la solicitud de la **Demandada** de que se condenara a la **Demandante** a pagar los gastos incurridos por la **Demandada** como consecuencia de la cancelación de la audiencia durante el mes de febrero del 2005, sería resuelta por el Tribunal posteriormente.

21. La audiencia se celebró en la fecha y lugar arriba indicados. La **Demandante** estuvo representada por los señores Alfonso López-Ibor Aliño y Juan Concheiro Linares y por la señora Mónica Baselga Loring del estudio Ventura Garcés & López-Ibor Abogados, de Madrid, España. La **Demandada** estuvo representada, entre otros, por los señores



Whitney Debevoise, David Orta y Eduardo Guzmán, y por la señora Jean Kalicki, del estudio de abogados Arnold & Porter, de Washington, D.C. así como por el señor Belisario Artiga Artiga, Fiscal General de la República de El Salvador y por la señora Michelle Gallardo de Gutiérrez, Viceministra de Medio Ambiente y Recursos Naturales de esa República. Durante la audiencia las partes interrogaron a varios de los testigos y expertos cuyas declaraciones y opiniones habían sido acompañadas por ellas en sus actuaciones escritas. Con arreglo a lo dispuesto por las Reglas 32(3) y 35(1) de las Reglas de Arbitraje del Centro, el Tribunal formuló preguntas a las partes, a los testigos y a los expertos presentados por ellas.

## II. HECHOS PRINCIPALES

22. En 1999 el MARN convocó a una licitación pública para la contratación de servicios de revisión técnica de vehículos en El Salvador. Las participantes fueron: Ingeniería, Construcción y Arquitectura del Sur S.A. (ICASUR), Supervisión y Control S.A., Capitales Murillos S.A. de C.V. y Sertracen y Servipinturas S.A. de C.V. El 5 de abril del 2000 el MARN declaró desierta la licitación (Memorial de Excepciones a la Jurisdicción, página 8). En esa licitación ICASUR estuvo representada por el señor Joaquín Alviz.

23. En junio del 2000 el MARN convocó, de nuevo, a una licitación denominada "LICITACION PUBLICA NACIONAL E INTERNACIONAL CONTRATACION DE SERVICIOS DE INSTALACION, ADMINISTRACION Y OPERACION DE PLANTAS DE REVISION TECNICA VEHICULAR, LA CUAL INCLUYE LA REVISION DE LAS EMISIONES CONTAMINANTES DE GASES, PARTICULAS Y RUIDOS (LICITACION MARN No. 05/2000)", en adelante denominada la **licitación**.

24. Las participantes en la **licitación** fueron: Supervisión y Control S.A., Inceysa Vallisoletana S.L., Ingeniería, Construcción y Arquitectura del Sur (ICASUR), Mustang de El Salvador S.A. de C.V, Talsud S.A. y Servicios de Tránsito Centroamericanos S.A. de C.V. (Solicitud de Arbitraje, páginas 4 y 5, párrafos 7 y 9).

25. El comité de evaluación evaluó las ofertas y calificó a las participantes con el siguiente puntaje: ICASUR: 86.8, Supervisión y Control: 78.3 e **Inceysa**: 85.5. (Memorial sobre Excepciones a la Jurisdicción, página 15).

26. Los factores evaluados fueron los siguientes: a. situación financiera; b. capacidad financiera; c. experiencia en el manejo de estaciones para la inspección de vehículos; d. experiencia con maquinaria y construcciones de estaciones para la inspección de vehículos; e. experiencia del personal; f. documentación legal; g. plan de trabajo, metodología y desarrollo de los servicios; h. equipo e infraestructura, maquinaria principal; i. equipo complementario y plan de trabajo; j. planes de atención al cliente (Memorial sobre Excepciones a la Jurisdicción, página 15).

27. El 24 de octubre del 2000 el Ministerio de Ambiente y Recursos Naturales adjudicó la **licitación** en primer lugar a Inceysa Vallisoletana S.L. y en segundo lugar a Ingeniería, Construcción y Arquitectura del Sur, S.A. (ICASUR) (Solicitud de Arbitraje, página 7, párrafo 11).

28. Una de las participantes que fue excluida del proceso de **licitación** sin abrir su oferta, Mustang del Salvador S.A., impugnó dos resoluciones del MARN; la primera referente a la devolución del expediente de esa empresa y la segunda a la adjudicación de la **licitación** (Solicitud de Arbitraje, página 8, párrafo 12). El 28 de mayo del 2002, la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador, resolvió estos reclamos y declaró que ambas resoluciones eran legales (página 9, párrafo 14).

29. Posteriormente la participante Supervisión y Control S.A. impugnó la resolución del MARN que adjudicó la **licitación** y la citada Sala de lo Contencioso Administrativo resolvió que dicha resolución era legal (Solicitud de Arbitraje, páginas 10 y 11, párrafos 16 y 17).

30. Las negociaciones para la firma del contrato entre ambas adjudicatarias y el MARN se realizaron conjuntamente durante el mes de noviembre del 2000 y, luego, el MARN firmó un contrato independiente con cada una de ellas.

31. El contrato entre **Inceysa** y el MARN (en adelante el **Contrato**) fue suscrito el 17 de noviembre del 2000. El 27 de noviembre de ese año **Inceysa** rindió la garantía de cumplimiento prevista en el **Contrato** (Solicitud de Arbitraje, páginas 12 y 13, párrafos 18 y 20).

32. El 27 de diciembre del 2000 **Inceysa** adquirió un terreno en San Julian Hacienda San Jorge, Municipio de Acajutla, Jurisdicción de Sonsonate; el 7 de febrero del 2001 compró otro inmueble en la Jurisdicción de San Juan Opico; el 14 de febrero del 2001 adquirió un terreno en el Cantón Cutumay Camones, Jurisdicción y Departamento de Santa Ana y otro en la Jurisdicción de Tonacatepeque, Departamento de San Salvador (Solicitud de Arbitraje, página 17, párrafos 27, 28 y 29).

33. Luego de varios problemas suscitados entre las partes, el 5 de noviembre del 2001 **Inceysa** envió una carta a la ministra del MARN en la cual citó el Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre el Reino de España y El Salvador. El 22 de ese mismo mes, **Inceysa** e ICASUR formularon un reclamo conjunto al MARN para que definiera si el proyecto iba a continuar o no (Solicitud de Arbitraje, página 43, párrafo 91). En esa misma fecha, **Inceysa** remitió una carta al Presidente de la República de El Salvador en la que le solicitó su intervención para que el proyecto continuara, o en caso contrario, se indemnizara a ambas empresas según el **APPRI** (página 44, párrafo 92).

34. En julio y agosto del 2002 **Inceysa** reclamó al MARN, la violación del **Contrato** por encargar a otras empresas la prestación de los servicios a los que él se refiere negándole así la exclusividad que le otorgaba el **Contrato** (Solicitud de Arbitraje, página 39, párrafo 85).

35. El 29 de julio del 2002 el MARN le contestó a **Inceysa** informándole que esperaría el fallo de la Sala de lo Contencioso Administrativo en el caso presentado por Supervisión y Control S.A. antes de resolver su reclamo (Solicitud de Arbitraje, página 51, párrafo 98).

36. El 29 de octubre del 2002 **Inceysa** envió una carta al Presidente de la República en la que alegó incumplimiento del **Contrato** y violación del **APPRI** por parte del Gobierno y le solicitó una indemnización de US\$50.845.251,34 (Solicitud de Arbitraje, página 49, párrafo 96).

### **III. POSICIONES DE LAS PARTES**

#### **A. Posición de Inceysa**

##### **i. Incumplimiento de El Salvador y Expropiación**

37. En su escrito de Solicitud de Arbitraje **Inceysa** argumenta que los incumplimientos de **El Salvador** equivalen a una resolución unilateral e injustificada del **Contrato** y a una expropiación indirecta de los derechos que ese contrato le confiere (Solicitud de Arbitraje, página 78, párrafo 168).

38. La **Demandante** señala que tiene derecho a reclamar los daños y perjuicios derivados de la terminación unilateral e injustificada del **Contrato** y fundamenta su reclamo en la Ley de Inversiones (Solicitud de Arbitraje, página 83, párrafo 180).

39. **Inceysa** alega los siguientes incumplimientos por parte de **El Salvador** en relación con el **Contrato**:

- a. Omisión de la comunicación de la orden de inicio.
- b. Falta de acceso a una base de datos propiedad de la **Demandada**.
- c. Falta de elaboración por parte de **El Salvador** de los decretos e instrumentos legales necesarios para hacer efectivo el sistema de cobro y pago.
- d. No haber emitido o gestionado los instrumentos legales necesarios para establecer la obligatoriedad y exclusividad del servicio (Solicitud de Arbitraje, página 85, párrafo 186).

40. La **Demandante** afirma que la **Demandada** adjudicó la prestación de los servicios establecidos en el **Contrato** a empresas que habían sido excluidas del proceso licitatorio, sin cumplir con los procedimientos de ley para demostrar su idoneidad, por lo que alega un “tratamiento discriminatorio, injusto e (sic) parcial supone una clara violación de la ley nacional, internacional e (sic) un incumplimiento de (sic) propio APRI”.<sup>1</sup>

41. **Inceysa** indica que la intervención de la Asamblea Legislativa de El Salvador por medio de una investigación del proceso licitatorio es una “manifiesta violación de la división de poderes [...] con el solo propósito de perjudicar la inversión de la Demandante supone un grave quiebro de la ley internacional y un grave incumplimiento del APRI”.<sup>2</sup>

42. **Inceysa** sostiene también que los incumplimientos contractuales de **El Salvador** vacían de contenido económico los derechos de **Inceysa** derivados del **Contrato**, por lo que se configura la expropiación que contempla el **APPRI** (Solicitud de Arbitraje, página 91, párrafo 196).

## ii Terminación del contrato

43. En su segundo escrito presentado el 8 de junio del 2004 **Inceysa** expresa que, posteriormente a la presentación de su Solicitud de Arbitraje, **El Salvador** entabló ante el Juzgado cuarto de lo Civil de la ciudad de San Salvador, un juicio ordinario civil con el objeto de que se declare la terminación del **Contrato** y manifiesta que ese proceso es “una estrategia persecutoria que sigue permaneciendo, y que ha sido única causa de la presente controversia” (párrafo 12).

## iii. Petitoria

44. **Inceysa** solicita en su petitoria que se condene a **El Salvador** a pagar:

---

<sup>1</sup> Solicitud de Arbitraje, pág. 89, párrafo 193.

<sup>2</sup> Solicitud de Arbitraje, pág. 89, párrafo 194.

“C.II.1 Una indemnización correspondiente a daños y perjuicios en concepto de indemnización pactada entre las partes por el importe de 107.532.329 dólares USA correspondiente a 940.907.878,75 colones, más intereses de 8,7% anuales desde el 10 de noviembre del 2002;

C.II.2 Una indemnización correspondiente a daños y perjuicios en concepto de expropiación de los bienes objeto de la inversión por el importe de 15.000.000 dólares USA correspondiente a (sic), más intereses de 131.250.000 colones, más intereses de 8,7% desde el 29 de abril de 2003;

C.II.3 El importe correspondiente a las costas del arbitraje incluidos los honorarios de sus legales”.<sup>3</sup>

## **B. Posición de El Salvador**

### **i. Protección de las inversiones según el APPRI**

45. **El Salvador**, en su Memorial sobre Excepciones a la Jurisdicción presentado el 15 de setiembre, manifestó lo siguiente:

“[...] the Investment Treaty by its terms and intent extends protection only to investments made in El Salvador in accordance with its laws. El Salvador never consented to treaty protection of investments, such as those based on contracts to provide services for the State, that were procured by fraud, forgery and corruption” (página 2).

([...] según la intención y las disposiciones del Tratado de Inversión, este protege únicamente las inversiones hechas en El Salvador de acuerdo con sus leyes. El Salvador nunca consintió a que el tratado protegiera inversiones tales como las basadas en contratos para proveer servicios al Estado, que hubieran sido obtenidas mediante fraude, falsificación y corrupción). (Traducción libre del Tribunal).

46. La **Demandada** afirma que el **APPRI** solo protege las inversiones legítimas (Memorial sobre Excepciones a la Jurisdicción, página 2).

47. **El Salvador** señala que en los documentos preparatorios del Tratado entre España y El Salvador, la primera sostuvo que una condición necesaria para que una inversión pudiera beneficiarse del Tratado es que esta se realizara de conformidad con la legislación interna de cada una de las Partes Contratantes (Memorial sobre Excepciones a la Jurisdicción, página 68).

---

<sup>3</sup> Solicitud de Arbitraje, pág. 98.

48. Concluye que: “The Investment Treaty was meant to protect only investments made in accordance with the host State’s laws, and the parties consented to ICSID jurisdiction only over disputes arising from such legal investments”<sup>4</sup>. (El Tratado de Inversión tiene el propósito de proteger únicamente las inversiones hechas de acuerdo con las leyes del Estado anfitrión y las partes consintieron en la jurisdicción del CIADI solo en relación con las diferencias originadas en esas inversiones que se hubieren hecho legalmente). (Traducción libre del Tribunal).

**ii. Consentimiento para acudir al CIADI**

49. El **Salvador** afirma que nunca consintió en que la jurisdicción del CIADI se extendiera a reclamos puramente contractuales y que en el **Contrato** se convino que las diferencias que surgieran entre las partes serían resueltas mediante un arbitraje en El Salvador. Más adelante se fundamenta en el principio de *pacta sunt servanda* para afirmar que si las partes pactaron otro foro, los tribunales de CIADI deben honrar dicho pacto (Memorial sobre Excepciones a la Jurisdicción, páginas 3 y 81).

50. La **Demandada** afirma, además, que en las negociaciones previas a la firma del **Contrato**, las partes no discutieron sobre un arbitraje internacional ante el CIADI, sobre la Ley de Inversiones ni sobre la Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje (Memorial sobre Excepciones a la Jurisdicción página 21).

51. En relación con la Ley de Inversiones, la **Demandada** afirma que:

“El Salvador simply never consented in the Investment Law to ICSID jurisdiction over claims seeking to enforce rights of status obtained by fraud upon the State”. [...] because El Salvador never intended fraudulent investments to enjoy the benefits of the Investment Law, it cannot be interpreted as having consented to ICSID jurisdiction over claims alleging breach of the Investment Law with respect to such fraudulent investments”.<sup>5</sup>

---

<sup>4</sup> Memorial sobre Excepciones a la Jurisdicción, págs. 69 y 70.

<sup>5</sup> Memorial sobre Excepciones a la Jurisdicción, págs. 75 y 78.

(El Salvador simplemente nunca consintió en la Ley de Inversiones a que el CIADI tuviera jurisdicción para conocer de reclamos para exigir derechos de status obtenidos por fraude cometido contra El Estado. “[...] Porque El Salvador nunca tuvo la intención de que las inversiones fraudulentas disfrutaran de los beneficios de la Ley de Inversiones, no puede interpretarse que haya consentido a que el CIADI tuviera jurisdicción para conocer de reclamos que aleguen incumplimientos de la Ley de Inversiones con respecto a esas inversiones fraudulentas). (Traducción libre del Tribunal).

52. **El Salvador** alega que la Ley de Adquisición y Contrataciones de la Administración Pública (LACAP) no menciona del todo al CIADI ni a ninguna otra institución arbitral en particular (Memorial sobre Excepciones a la Jurisdicción, página 95) y que la Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje no existía al momento de la suscripción del contrato (página 96). Además, al referirse a esta ley dice que:

“It certainly does not retroactively impose international arbitration for disputes under contracts, like this one, for which the parties originally and expressly negotiated local arbitration”<sup>6</sup>.

([...] Ella ciertamente no impone en forma retroactiva el arbitraje internacional a las disputas originadas en contratos, como esta, para la cual las partes, originalmente y en forma expresa, negociaron un arbitraje local). (Traducción libre del Tribunal).

### iii. Fraude

53. **El Salvador** alega en su Memorial sobre Excepciones a la Jurisdicción, que tiene evidencias abrumadoras sobre fraudes cometidos por **Inceysa** en cinco áreas:

“(1) the submission of false financial statements; (2) the submission of forged documents to misrepresent the experience of Mr. Antonio Felipe Martínez Lavado, Inceysa’s sole administrator at the time; (3) the misrepresentations and deceit surrounding the evidence submitted of Inceysa’s experience in the field of vehicle inspections and its relationship with its supposed strategic partner; (4) the submission of forged documents to support the existence of multi-million dollar contracts in the Philippines and in Panama; and (5) the obfuscation of the true association between Inceysa and ICASUR”.<sup>7</sup>

((1)La presentación de estados financieros falsos; (2) la presentación de documentos falsos para demostrar indebidamente la experiencia del señor

---

<sup>6</sup> Idem, pág. 97.

<sup>7</sup> Idem, págs. 27 y 28.



Antonio Martínez Lavado, el administrador único de Inceysa en ese tiempo; (3) las representaciones falsas y el engaño que rodean la prueba presentada por Inceysa para demostrar su experiencia en el campo de la inspección de vehículos y su relación con su supuesto socio estratégico; (4) la presentación de documentos falsos para respaldar la existencia de contratos multimillonarios en las Filipinas y en Panamá; y (5) el ocultamiento de la verdadera asociación existente entre Inceysa e ICASUR). (Traducción libre del Tribunal).

54. En relación con el primer tema, El Salvador argumenta que **Inceysa** alteró sus estados financieros para los períodos fiscales 1997, 1998 y 1999; que los estados financieros presentados en la oferta de **Inceysa** no son los que están en el Registro Mercantil en España y que no están auditados ni certificados por un contador público ya que, quien los certificó, no está registrado como censor jurado de cuentas en España (Memorial sobre Excepciones a la Jurisdicción, páginas 28 y 29).

55. Sobre la supuesta experiencia del señor Martínez, **El Salvador** afirma que la carta que se refiere a la incorporación de ese señor al Colegio Oficial de Ingenieros Industriales de Andalucía Occidental es falsa (Memorial sobre Excepciones a la Jurisdicción, página 31).

56. Con respecto a la supuesta relación de **Inceysa** con un socio estratégico, la **Demandada** afirma que la Estación ITV de Alcantarilla nunca fue socio estratégico de **Inceysa** para el proyecto de RTV en El Salvador (Memorial sobre Excepciones a la Jurisdicción, página 33). Más adelante dice que “[...] Mr. Martínez Lavado sent a letter on 9 January 2001, claiming that its partner (Inceysa’s) had always been a company called “ITV Alcantarilla, S.L.”.<sup>8</sup> ([...] el 9 de enero del 2001 el señor Martínez Lavado envió una carta en la que manifestó que el socio de Inceysa siempre ha sido una compañía denominada “ITV Alcantarilla S.L.”). (Traducción libre del Tribunal). Sin embargo dicha empresa fue creada en diciembre del 2000, cuatro meses después de que **Inceysa** presentó su oferta.

57. En relación con los contratos supuestamente firmados por **Inceysa** con la Municipalidad de Silay en Filipinas y con la de Coclé (AMUCO) en Panamá, la

---

<sup>8</sup>Idem, pág. 36.

**Demandada** afirma que, según la declaración jurada del representante de la primera municipalidad, esta no firmó un contrato con **Inceysa** (Memorial sobre Excepciones a la Jurisdicción, página 46). El representante de Coclé declaró que ponía en duda la autenticidad de la firma del contrato y que, además, el contrato existente era con ICASUR (página 47). **El Salvador** agrega, también, que el 18 de junio del 2002, la Corte Suprema de Panamá declaró que el 21 de marzo del 2000, la resolución que había aprobado la formación de AMUCO fue declarada nula por ser ilegal. Como se verá adelante, este tema carece de importancia por haber reconocido posteriormente **Inceysa** que nunca firmó el citado contrato.

58. Sobre el tema de la relación entre **Inceysa** e ICASUR, **El Salvador** afirma que las bases de la licitación establecían que era prohibida la participación de entidades o personas relacionadas o asociadas porque **El Salvador** buscaba evitar un monopolio (Memorial sobre Excepciones a la Jurisdicción, página 38). En la licitación de 1999 ICASUR afirma que el señor Martínez es uno de sus empleados y que ha sido su jefe de proyectos desde 1995. En la licitación del 2000 el señor Martínez aparece como el administrador de **Inceysa** y no se menciona su relación con ICASUR (página 39). Cuando el MARN, por medio del Comité de Evaluación, le preguntó sobre este asunto, el señor Martínez afirmó que había trabajado para ICASUR pero que en el 2000 ya no tenía relación con dicha empresa. **El Salvador** sostiene que hubo una asociación continua entre ICASUR e **Inceysa**, en la misma época en que estas compañías presentaron ofertas separadas en la segunda licitación de la revisión técnica vehicular y que el señor Alviz esencialmente controlaba las operaciones de ambas compañías (página 40).

59. Con respecto a la relación entre ICASUR e **Inceysa**, **El Salvador** afirma que hay pruebas de que una compañía controlada por Joaquín Alviz, llamada Orioles Construction Corporation S.A. (ORIOLES) le transfirió \$227.894,23 a **Inceysa** y de que en documentos contables de esa empresa se indica que **Inceysa** es parte del “Grupo ICASUR”. En otros documentos de un banco argentino, se identifica al señor Alviz como representante de ORIOLES y a esta compañía como subsidiaria de ICASUR. Para **El Salvador** es claro que el señor Alviz usó a ORIOLES para ocultar su aporte de fondos

a **Inceysa**, una compañía que él indudablemente controlaba (Memorial sobre Excepciones a la Jurisdicción, página 42).

60. En relación con el mismo tema de la vinculación entre ICASUR e **Inceysa**, **El Salvador** argumenta que la declaración del señor José Mario Orellana Andrade, quien fue Gerente General de ANDA (entidad que brinda servicios de agua y alcantarillado en El Salvador) es clara. En otra licitación pública convocada por el ANDA, el señor Alviz le ofreció dinero al señor Orellana para que ICASUR fuera la adjudicataria y en mayo del 2002 el señor Martínez le giró a ese señor un cheque como pago del acuerdo al que ellos llegaron. El señor Orellana también afirma que en el transcurso de esa negociación en junio de 1999 conoció al señor Martínez como empleado del señor Alviz. **El Salvador** concluye que ICASUR e **Inceysa** eran compañías controladas por el señor Alviz y que había una asociación entre ellas (Memorial sobre Excepciones a la Jurisdicción, páginas 43 a 45).

61. **El Salvador** explica que dos compañías que también habían participado en la licitación presentaron por separado dos reclamos en la vía judicial contra la adjudicación hecha a **Inceysa** y, argumentaron, en resumen, que ella no tenía capacidad financiera, que había presentado documentos falsos en la licitación y que había violado las bases de la licitación porque estaba vinculada a ICASUR. Aunque las sentencias dictadas en ambos casos rechazaron los cargos, el tribunal aclaró que no se pronunciaba sobre la falsedad que se le imputaba a los documentos presentados por **Inceysa** en la licitación (Memorial sobre Excepciones a la Jurisdicción, página 24).

#### **iv. Conclusión**

62. **El Salvador** concluye su memorial diciendo:

“El Salvador respectfully objects to the jurisdiction of this Tribunal over all categories of Inceysa’s claims, and requests that the Tribunal find that the dispute is not within the jurisdiction of ICSID nor within its own competence and render an award to that effect pursuant to Rule 41(5).”<sup>9</sup>

---

<sup>9</sup> Memorial sobre Excepciones a la Jurisdicción, pág. 99.

(El Salvador respetuosamente objeta la jurisdicción de este Tribunal para conocer de los reclamos de Inceysa de toda clase y solicita que el Tribunal declare que la disputa está sometida a la jurisdicción del CIADI ni a su competencia y que emita un laudo en ese sentido, según la Regla 41(5)). (Traducción libre del Tribunal).

### C. Posición de Inceysa sobre las objeciones a la jurisdicción

63. En su Memorial de Contestación a las Excepciones sobre Jurisdicción **Inceysa** afirmó que **El Salvador** no presentó objeciones en relación con la “*rationae materiae*” y “*rationae personae*” y afirmó que hay dos sentencias de la Corte Suprema de El Salvador en las cuales se sostuvo la legalidad del procedimiento de licitación y de adjudicación. Además afirmó que “[...] las alegaciones de la **Demandada** en el presente estado del procedimiento no son pertinentes y no tienen en cuenta del (sic) **principio de aislamiento o autonomía de la cláusula arbitral**”. (Lo destacado está en el original), (Memorial de Contestación a las Excepciones, página 3, párrafo 11).

64. **Inceysa** afirma además que las alegaciones que la **Demandada** hace en el capítulo primero de su memorial sobre jurisdicción no deben ser consideradas por el Tribunal en esta etapa procesal, por versar sobre supuestos vicios del negocio jurídico o de la inversión subyacente (Memorial de Contestación a las Excepciones, página 6, párrafo 12).

#### i. Sobre el fraude alegado por El Salvador

65. En relación con ITV Alcantarilla S.L, **INCEYSA** afirma que el socio único de esa empresa mantiene una relación contractual con ella (Memorial de Contestación a las Excepciones, página 13, párrafo 33).

66. **Inceysa** también sostiene que de las declaraciones de los señores Calderón y Pineda, (funcionarios del MARN relacionados con la comisión que evaluó las ofertas presentadas en la **licitación** y con las negociaciones previas al **Contrato**), se deriva el reconocimiento explícito de la voluntad de las partes de someterse a un procedimiento arbitral y no a la

jurisdicción ordinaria (Memorial de Contestación a las Excepciones, página 17, párrafo 45).

67. Para **Inceysa** las sentencias del Tribunal Supremo dictadas en relación con la adjudicación, tienen fuerza de “*res judicata*”, incluso para el Tribunal Arbitral (Memorial de Contestación a las Excepciones, página 21, párrafo 54).

68. **Inceysa** niega que haya “fabricado” sus estados financieros para la oferta que presentó en la **licitación** y afirma que “[l]as cuentas anuales depositadas por Inceysa Vallisoletana S.L. en el registro mercantil difieren de las cuentas presentadas en la licitación por el simple hecho de que estas ultimas (sic) se formularon con la consolidación del Grupo que forma Inceysa Vallisoletana S.L. con la compañía Kira S.A. de la República Dominicana”.<sup>10</sup>

69. Más adelante sostiene que “[...] no estaba obligada a consolidar y de (sic) consecuencia a depositar las cuentas consolidadas en el registro mercantil [...] la Demandante ha tenido que presentar en la licitación sus cuentas consolidadas para demostrar su real capacidad financiera en el ámbito de la licitación MARN 05/2000. Los estados financieros presentados por la Demandante al proceso de licitación son completamente veraces”.<sup>11</sup>

70. En relación con su socio estratégico, **Inceysa** afirma que este “[...] no era ni es una entidad de Derecho Público sino una compañía mercantil privada española, en fase de constitución entonces y realmente constituida avalada por la experiencia profesional de sus miembros”.<sup>12</sup>

71. **Inceysa** niega que exista vinculación entre ella e ICASUR y que pertenezcan al mismo grupo de sociedades (Memorial de Contestación a las Excepciones, página 32, párrafo 98).

---

<sup>10</sup> Memorial de Contestación a las Excepciones, pág. 28, párrafo 77.

<sup>11</sup> Idem, págs. 28 y 29, párrafos 78 y 79.

<sup>12</sup> Idem, pág. 31, párrafo 92.

72. **Inceysa** también niega haber recibido \$227.894,23 de ORIOLES, y afirma:

“La Demandante no contesta haber recibido el importe de USD227.894,23 en su cuenta del Banco Salvadoreño por parte de la sociedad Orioles Construction S.A. (Orioles) [...] Estos fondos no eran, como sin fundamento alega la Demandada del Señor Alviz como tampoco de Orioles”.<sup>13</sup>

73. En relación con lo dicho por el señor Orellana sobre el manejo de cheques entre **Inceysa** e ICASUR, la **Demandante** pone en duda dicha declaración pues la rindió una persona que está enfrentando un proceso penal y la hizo con un criterio de oportunidad (Memorial de Contestación a las Excepciones, página 35, párrafos 104 y 105).

74. **Inceysa** niega haber firmado los contratos con la Municipalidad de Silay y con AMUCO y niega haber presentado esos contratos con su oferta (Memorial de Contestación a las Excepciones, página 12, párrafo 29). Sobre el contrato con el Municipio de Silay, **Inceysa** afirma que nunca lo firmó y que no tenía copia de él pues no fue parte de ese contrato (Memorial de Contestación a las Excepciones, página 35, párrafo 106). En relación con el contrato con AMUCO, **Inceysa** dice que lo firmó otra empresa propiedad del señor Martínez, no ella (página 36, párrafo 110).

## ii. Consentimiento de El Salvador

75. Sobre el tema del consentimiento de **El Salvador** y el **APPRI**, **Inceysa** dice:

“Si fuera suficiente alegar que una inversión protegida por un APRI no ha sido efectuada conforme a la legislación del país destinatario de la inversión para desvirtuar la manifestación del consentimiento necesario a fundamentar la Jurisdicción del CIADI, entonces o el Tribunal para decidir sobre su competencia tendría (sic) entrar en el merito (sic) del asunto sobre el cual no tiene competencia o tendría que desconocer su competencia en base a cuestione (sic) de fondos (sic) en las cuales no ha entrado al no ser competente. En ambos casos se llegaría a una situación no solo paradójica sino que ilícita”.<sup>14</sup>

76. Además **Inceysa** manifiesta:

---

<sup>13</sup> Idem, pág. 33, párrafo 102.

<sup>14</sup> Idem, pág. 38, párrafo 120.

“El consentimiento de El Salvador manifestado en el APRI no puede (sic) ser limitado. Una limitación no sería de hecho otra cosa que un retiro unilateral del consentimiento contrario a lo expresamente dispuesto en el Art. 25 (1) (sic) Convenio”.<sup>15</sup>

77. Según **Inceysa**, el consentimiento de **El Salvador** fue expresado en la Cláusula Vigésimo Primera del **Contrato**, cuando se refiere a la legislación salvadoreña. Considera además que, por tratarse de un contrato de desarrollo económico, no puede llegarse a otra conclusión que el inversionista entendía, al suscribir la cláusula de arbitraje, que se refería a arbitraje internacional (Memorial de Contestación a las Excepciones, páginas 42 y 43, párrafos 134 y 135).

### iii. Protección de las inversiones según el APPRI y la cláusula contractual

78. Para **Inceysa** la interpretación correcta de la frase “conforme a su legislación” es la de “[...] que si existe una limitación fundada en el texto “conforme a su legislación” esta tiene que referirse a la aprobación de la inversión (libertad de admitir o no admitir una determinada inversión, procedimiento a seguir para la aprobación)”.<sup>16</sup>

79. Para **Inceysa** la Cláusula Vigésimo Primera del **Contrato**, al referirse a la “legislación salvadoreña”, no puede limitarse exclusivamente a la legislación vigente al momento de la firma del **Contrato**; al respecto agrega:

“En efecto no solo la cláusula contractual que hace referencia explícita (sic) a la “legislación salvadoreña” no puede en buena fe limitarse exclusivamente a la legislación salvadoreña en vigor al momento de la firma del contrato y en perjuicio del inversor extranjero, sino que es reconocido que la manifestación del consentimiento al que se refiere el artículo (sic) 25 del Convenio tiene que existir al momento de la demanda de arbitraje ante el CIADI y no al momento en el cual se ha iniciado o realizado la inversión objeto del contencioso”.<sup>17</sup>

## D. Réplica de El Salvador:

### i. Protección de las inversiones según el APPRI y la cláusula contractual

---

<sup>15</sup> Idem, pág. 38, párrafo 121.

<sup>16</sup> Idem, pág. 39, párrafo 122.

<sup>17</sup> Idem, pág. 44, párrafo 137.

80. En su escrito de Réplica, **El Salvador** afirma que:

“[...] the independence of the arbitration clause never has been interpreted to obviate an inquiry into jurisdictional questions, or to mean *ipso facto* that a Tribunal has jurisdiction over any or all claims that might be brought before it”.<sup>18</sup>

([...] La independencia de la cláusula arbitral nunca ha sido interpretada en el sentido de que evita el cuestionamiento de asuntos jurisdiccionales o de que significa *ipso facto* que un tribunal tiene jurisdicción sobre uno o todos los reclamos que se presenten a su consideración). (Traducción libre del Tribunal).

81. En relación con la frase “conforme a su legislación”, **El Salvador** agrega:

“[...] if a State has the power under a treaty not to “admit” investments that are in violation of its laws, surely the intent and implication is that such non-admitted investments would not qualify for protection under that treaty. That a particular investment may have been initially “admitted” as a result solely of the investor’s fraud on the State –without fraud, the investment never would have been admitted –should not entitle that investment to protection under the treaty once the fraud has been exposed”.<sup>19</sup>

([...] Si un Estado tiene la facultad, según un tratado, de no “admitir” inversiones que se hubieren hecho en violación de sus leyes, ciertamente la intención y la implicación de esa facultad es la de que las inversiones no admitidas no calificarían para la protección según ese tratado. El hecho de que una inversión particular haya sido inicialmente “admitida”, únicamente como resultado del fraude hecho por el inversionista al Estado –sin fraude, la inversión nunca hubiera sido permitida—no le concedería a esa inversión la protección del tratado, una vez que el fraude haya sido expuesto). (Traducción libre del Tribunal).

82. En relación con la cláusula arbitral y la elección del foro, **El Salvador** considera que incluso en contratos estatales esta cláusula es escogida libremente por las partes y el foro puede ser nacional o internacional (Réplica, página 9).

## ii. Consentimiento de El Salvador

83. **El Salvador**, afirma categóricamente que no está tratando de retirar el consentimiento que ya hubiera otorgado sino que está afirmando que este caso está comprendido en las limitaciones al consentimiento que siempre han existido en el Tratado (Réplica, página 6).

---

<sup>18</sup> Réplica, pág. 2.

<sup>19</sup> Idem, pág. 4.



iii. **Fraude**

84. En cuanto a la discusión del posible fraude, **El Salvador** afirma:

“Inceysa’s fraud is relevant at this stage of the proceedings, because El Salvador never consented to ICSID jurisdiction for claims about investments procured by fraud, forgery, and corruption. If the Tribunal finds, as a matter of fact, that Inceysa indeed committed fraud, Inceysa’s investment in El Salvador would fall outside the scope of El Salvador’s consent to ICSID jurisdiction, and this case should end”.<sup>20</sup>

(El fraude de Inceysa es relevante en esta etapa del procedimiento porque El Salvador nunca consintió a la jurisdicción del CIADI para reclamos sobre inversiones hechas por medio de fraude, falsificación y corrupción. Si el Tribunal concluye, como una cuestión de hecho, que Inceysa ciertamente cometió fraude, la inversión de Inceysa en El Salvador quedaría fuera del consentimiento otorgado por El Salvador a la jurisdicción del CIADI y este caso debería darse por terminado). (Traducción libre del Tribunal).

85. Con respecto a la información financiera presentada por **Inceysa** en la **licitación**, **El Salvador** afirma que **Inceysa** engañó al MARN al no mencionar la existencia del supuesto “Grupo Inceysa” o de Kira en su oferta (Réplica, página 18). Agrega que de la prueba recibida y de lo manifestado por **Inceysa** consta que el “Grupo Inceysa” no existió de 1997 a 1999 (página 13). Para **El Salvador**, la ocultación deliberada por parte de **Inceysa** del hecho de que los estados financieros que presentó con su oferta estaban basados en activos de Kira, por sí misma constituye un fraude y hace que su inversión en El Salvador sea ilegal (páginas 13 y 19).

86. Según **El Salvador** al admitir **Inceysa** que el señor Angulo López, quien firmó los estados financieros presentados con su oferta ante el MARN, no era un censor jurado de cuentas, está admitiendo que violó las bases de la **licitación** (Réplica, página 20).

87. En relación al socio estratégico de **Inceysa**, **El Salvador** afirma que **Inceysa** no tenía tal socio cuando presentó su oferta al MARN y que utilizó el nombre “Estación ITV de Alcantarilla” para crear la falsa impresión de que su socio era la estación pública de ITV en Alcantarilla, Murcia. La socia estratégica privada no fue creada hasta el 27 de

---

<sup>20</sup> Idem, pág. 12.

diciembre del 2000 y ciertamente no tenía 16 años de experiencia en el área de inspección de vehículos (Réplica, páginas 23 y 24).

88. Sobre el contrato supuestamente suscrito con AMUCO, **El Salvador** señala que **Inceysa** admitió que nunca lo firmó y agrega que tiene una copia de dicho contrato, el cual fue firmado por Joaquín Alviz. Además ahora, **Inceysa** argumenta que nunca incluyó ese contrato ni el de Silay en su oferta y que fueron fabricados por **El Salvador** (Réplica, página 27).

89. **El Salvador** afirma que las cartas del Colegio Oficial de Ingenieros Industriales de Andalucía y del Colegio Oficial de Ingenieros Técnicos de Badajoz que se refieren al señor Martínez, son falsas (Réplica, páginas 28 a 30).

90. En relación con el argumento de cosa juzgada, **El Salvador** dice:

“When the “Sala de lo Contencioso Administrativo” rules that an administrative act is lawful based on the evidence (or lack of evidence) presented, it does not mean that the administrative act is conclusively and absolutely valid or legal [...] In the *Supervisión y Control* case, the “Sala de lo Contencioso Administrativo” ruled that the evidence presented was insufficient to prove that MARN had violated the “bases de licitación” [...] the court did not make a finding as to the alleged falsity of the documents submitted by Inceysa [...]”.<sup>21</sup>

(Cuando la Sala de lo Contencioso Administrativo resuelve que un acto administrativo es legal, basada en la prueba (o en la falta de esta) presentada, eso no significa que el acto administrativo sea concluyente y absolutamente válido o legal” [...] “En el caso de *Supervisión y Control*, la Sala de lo Contencioso Administrativo resolvió que la prueba presentada era insuficiente para demostrar que el MARN había violado las “bases de licitación”[...] pero el Tribunal no se pronunció sobre la alegada falsedad de los documentos presentados por Inceysa [...]). (Traducción libre del Tribunal).

## E. Dúplica de Inceysa

### i. Expropiación

---

<sup>21</sup> Réplica, págs. 34 y 35.

91. **Inceysa** afirmó en su Dúplica que **El Salvador** no cumplió con sus obligaciones y que hizo una “verdadera expropiación” (página 2, párrafo 4).

## ii. Competencia del Tribunal

92. Según **Inceysa**, la tesis de **El Salvador** en lo referente a la jurisdicción del Centro se basa en la hipótesis de que el consentimiento de la República de El Salvador, expresado en el **APPRI** y en su Ley de Inversiones, no incluye los casos en los cuales la inversión sea ilegal o se haya realizado en forma fraudulenta. A juicio de **Inceysa**, esos asuntos son de fondo y no pueden ser resueltos en esta etapa procesal (Dúplica, página 4, párrafo 10).

93. **Inceysa** argumenta que el tema jurisdiccional “no consiste, como quiere alegar la Demandada en si existe o no existe una “inversión fraudulenta” que limitaría la manifestación del consentimiento de la Republica (sic) de El Salvador para el sometimiento de la controversia al CIADI, sino que tiene que limitarse a la validez del artículo 11 del APRI como cláusula arbitral autónoma e independiente de las inversiones objeto de la controversia”.<sup>22</sup>

94. Según **Inceysa** el artículo I de **APPRI** contiene elementos objetivos para definir el concepto de “inversión” y por ello, esa definición no debe basarse “[...] en juicios, que pueden ser subjetivos, como la conformidad a la ley nacional de las partes contratantes de las inversiones”.<sup>23</sup>

95. Por la naturaleza del **Contrato** (de desarrollo económico y transnacional) era imposible que **Inceysa** contara, “[...] con la posibilidad de aceptar la oferta de consentimiento tantas veces ofrecida por la Republica (sic) de El Salvador para la jurisdicción del CIADI. De la misma manera la Republica (sic) de El Salvador en buena

---

<sup>22</sup> Dúplica, pág. 5, párrafo 14.

<sup>23</sup> Idem, pág. 8, párrafo 22.

fe no podía ignorar la existencia de estas ofertas de consentimiento en su ordenamiento jurídico y en normas especiales [...]”.<sup>24</sup>

### iii. Protección de las inversiones según el APPRI

96. **Inceysa** afirma que la frase “‘conforme a su legislación’ es referible a la reserva, por parte del Estado Huésped de la inversión, de su soberanía en el ámbito de la regulación de las condiciones de admisión de una inversión proveniente del otro Estado contratante así como de la regulación de su protección. Un Estado puede así limitar a su discreción el tipo de inversión admisible a través de sus normas internas [...] sin tener que incumplir con el APRI [...]”.<sup>25</sup>

97. En opinión de **Inceysa**, los alegatos que **El Salvador** ha presentado hasta el momento, son cuestiones de fondo y no ha alegado ningún hecho relevante en relación con la excepción a la jurisdicción (Dúplica, página 10, párrafo 26).

### iv. Fraude

98. **Inceysa** insiste en que las cuentas que presentó con su oferta son “[...] auténticas (sic) y conformes a los requisitos propios de las bases de licitación”. Según ella, en las bases de la licitación no se exigió desglosar las cuentas o detallar los participantes o empresas vinculadas, por lo que los reproches de **El Salvador** sobre la falta de mención expresa de Kira en la oferta, “[...] no tienen fundamento alguno y no merecen consideración”.<sup>26</sup>

99. En relación con su capacidad financiera, **Inceysa** afirma que las pruebas de su capacidad son la implementación del proyecto, las inversiones realizadas y las referencias y garantías bancarias presentadas por ella. (Dúplica, página 21, párrafos 54 y 55).

---

<sup>24</sup> Idem, pág. 13, párrafo 33.

<sup>25</sup> Idem, pág. 10, párrafo 25.

<sup>26</sup> Idem, pág. 17, párrafos 42 y 44.

100. Sobre el contrato con AMUCO, **Inceysa** dice que “[...] no ha presentado el contrato suscrito por “Ingeniería y proyecto de Residuos Hospitalarios S.A.”; en cuanto al contrato con Silay, afirma que “[...] nunca firmó este contrato y nunca lo tuve (sic) en su poder. Solo la Demandada hubiera podido materialmente falsificar el documento”.<sup>27</sup>

#### **IV. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL DE ARBITRAJE EN RELACION CON LAS POSICIONES DE LAS PARTES**

101. En el capítulo VI de este laudo, el Tribunal analizará detenidamente las cuestiones jurídicas planteadas por las partes y llegará a las conclusiones correspondientes. Sin embargo, de manera preliminar el Tribunal considera indispensable referirse al tema del supuesto fraude en que incurrió **Inceysa** para que le fuera adjudicada la licitación pública número 05/2000 convocada por el MARN, con el objeto de contratar los servicios de revisión técnica de vehículos. El Tribunal cree que el análisis de las actuaciones supuestamente fraudulentas de **Inceysa** es indispensable ya que en esa supuesta conducta dolosa funda **El Salvador** buena parte de su cuestionamiento a la jurisdicción del Centro.

102. En los párrafos anteriores se han explicado las alegaciones de **El Salvador** sobre los supuestos fraudes en que incurrió **Inceysa**. En los siguientes se expresarán las conclusiones de este Tribunal sobre cada uno de ellos.

##### **A. Estados Financieros presentados por Inceysa con su oferta en la Licitación**

103. El análisis de los argumentos y pruebas ofrecidos por las partes, en sus actuaciones escritas y orales, permite a este Tribunal resolver que los estados financieros presentados por **Inceysa** en su oferta en la **Licitación** no reflejaron la situación financiera real de la Demandante, toda vez que la información contenida en ellos no es correcta.

104. Para este Tribunal es claro que **Inceysa** no expuso, en su oferta en la **Licitación**, su situación financiera real y que en el proceso de **Licitación** hizo declaraciones falsas

---

<sup>27</sup> Idem, págs. 23 y 24, párrafos 64 y 66.

respecto a su verdadera capacidad financiera, la cual es uno de los elementos fundamentales que se toman en cuenta para hacer la adjudicación en todo tipo de licitaciones.

105. Durante el procedimiento, tanto en las actuaciones escritas como en las orales, se comprobó que los estados financieros correspondientes a los ejercicios de 1997 a 1999 presentados por **Inceysa** con su oferta en la **Licitación**, difieren de manera considerable de los estados financieros que ella depositó ante el Registro Mercantil en España, en cumplimiento de la legislación española sobre esta materia. Las diferencias entre ambos estados financieros son notables, ya que, los estados correspondientes a los ejercicios de 1997 a 1999 que se presentaron ante el Registro Mercantil español arrojan pérdidas para la Demandante, mientras que los estados financieros correspondientes a los mismos ejercicios que se adjuntaron a la oferta de **Inceysa** en la **Licitación** arrojan ganancias.

106. Para justificar lo anterior, **Inceysa** señaló que las diferencias entre unos y otros estados financieros se deben a que en la **Licitación** ella presentó estados financieros consolidados con los de la compañía Kira, S.A., constituida en la República Dominicana, de la cual **Inceysa** es supuesta propietaria, mientras que al Registro Mercantil de España no presentó estados financieros consolidados simplemente porque no estaba obligada a hacerlo, según la legislación aplicable.

107. Es relevante mencionar que **Inceysa** no logró demostrar que los estados financieros correspondientes a los períodos 1997-1999 que ella presentó en la **Licitación** estuvieran correctamente consolidados con los de Kira, S.A. pues nunca acreditó ante este Tribunal que Kira fuera una empresa relacionada con **Inceysa** durante el tiempo que abarcan esos períodos.

108. En adición a lo anterior, aún suponiendo que los estados financieros presentados por **Inceysa** en la **licitación** hubieren estado correctamente consolidados con los estados financieros de Kira, S.A., quedó plenamente demostrado ante este Tribunal que **Inceysa** no hizo mención alguna, en la **licitación**, de la supuesta consolidación de esos estados

financieros ni de la existencia de Kira, S.A. Resulta difícil entender cómo, en la oferta realizada por **Inceysa** no mencionó la existencia de Kira, S.A. Igualmente es incomprensible que los estados financieros presentados en la **Licitación**, supuestamente consolidados con los de Kira, S.A. no mencionen a esa sociedad y que tampoco lo haga el “Informe de Auditoría de Cuentas Anuales” que preparó el señor José Angulo López, quien fue el supuesto auditor de los estados financieros de **Inceysa** presentados por esta en la **licitación**. Las omisiones anteriores son claras y fueron fehacientemente comprobadas en autos.

109. Aunado a lo anterior, los estados financieros prestados por **Inceysa** en la **Licitación**, fueron auditados por el señor José Angulo López quien, en su supuesto carácter de “Censor Jurado de Cuentas”, del “Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas” certificó que dichos estados financieros reflejaban correctamente la situación financiera de **Inceysa**. Sin embargo, en el procedimiento se acreditó plenamente que el señor José Angulo López nunca ha estado registrado como “Censor Jurado de Cuentas” del “Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas” de España. En otras palabras, se acreditó que las credenciales de la persona que auditó los estados financieros presentados por **Inceysa** en la **Licitación** eran falsas. En este sentido, resulta relevante transcribir la parte conducente de la carta suscrita por el señor Pedro María Martín, Secretario General del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas de España:

“Que de acuerdo a los antecedentes que obran en este Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, don JOSÉ ANGULO LÓPEZ no ha estado inscrito en ningún momento en el Registro Oficial de Auditores de Cuentas, por lo que, de acuerdo con el artículo 6 de la Ley 19/1988 de 12 de julio, de Auditoría de Cuentas, no se encuentra habilitado para ejercer la actividad de auditoría de cuentas”.<sup>28</sup>

110. Lo expuesto en los párrafos anteriores permite a este Tribunal concluir que **Inceysa** presentó información financiera falsa e incorrecta durante el proceso de **Licitación**. Esta actuación es sumamente grave ya que la capacidad financiera es uno de los principales elementos que son tomados en cuenta para adjudicar de licitación y,

---

<sup>28</sup> Anexo número 6 de la Declaración de Javier Villasante, presentado en el Memorial sobre Excepciones a la Jurisdicción.

particularmente en la que se originó este proceso. Por ello las falsedades e imprecisiones de la información presentada por **Inceysa** son una clara violación a uno de los pilares de la propia **Licitación**.

#### **B. Existencia del supuesto “socio estratégico” de Inceysa**

111. Con el propósito de demostrar que tenía la experiencia y las relaciones necesarias para cumplir adecuadamente los fines de la **licitación**, **Inceysa** mencionó que su “socio estratégico” era la “Estación ITV de Alcantarilla”, y señaló que ese socio estratégico era una de las entidades más experimentadas en materia de inspección vehicular de España, con más de 16 años de experiencia. Agregó que su socio estratégico había llevado a cabo inspecciones vehiculares a más de 500 mil vehículos por año, en ese país.

112. Durante el procedimiento quedó plenamente acreditado que **Inceysa**, en forma deliberada, hizo creer al MARN que su socio estratégico era la entidad pública denominada “Estación ITV de Alcantarilla”. Sin embargo, más adelante al ser cuestionada sobre la verdadera identidad de su socio estratégico, **Inceysa** rectificó su versión y señaló que su socio estratégico era la sociedad llamada “ITV Alcantarilla S.L.”.

113. La afirmación de **Inceysa** en el sentido de que su socio estratégico era la sociedad llamada “ITV Alcantarilla S.L.” demuestra la falsedad en la que ella incurrió durante la **licitación**, pues en este procedimiento se demostró que esa sociedad fue constituida el 27 de diciembre del 2000, cuatro meses después de que **Inceysa** presentara su oferta en la **licitación**. Por ello, resulta evidente que **Inceysa** faltó a la verdad respecto a la identidad de su socio estratégico durante el proceso licitatorio y mintió también sobre la experiencia de su socio estratégico, pues de ninguna manera puede ser posible que una empresa que no existía (ya que no se había constituido) tuviera 16 años de experiencia en inspecciones vehiculares.

114. La falta de experiencia del socio estratégico de **Inceysa** fue reconocida por el testigo presentado por la **Demandante**, el señor García Soler, quien, como propietario de ITV Alcantarilla S.L declaró, en el interrogatorio que le hizo uno de los abogados de **El**



**Salvador**, durante la audiencia celebrada el 4 de mayo de 2005, lo que se transcribe a continuación:

Pregunta de **El Salvador**: “Pero usted me tendría que aceptar que la empresa suya en agosto del año 2000 en sí no tenía 16 años de experiencia.”

Respuesta del señor García: “Mi empresa evidentemente no”.

Pregunta de **El Salvador**: “Y tendría también que aceptarme que en agosto del 2000 su empresa no era una de las empresas con más capacidad y prestigio en España” ?

Respuesta del señor García: “Mi empresa no era para nada”<sup>29</sup>.

Pregunta de **El Salvador**: “EL último tema sobre el que quiero preguntar es sobre la empresa suya ITV Alcantarilla. ¿Es correcto que esa empresa hasta hoy en día nunca ha gestionado un proyecto de RTV?”.

Respuesta del señor García: “¿Gestionado significa operando ya?”.

Pregunta de **El Salvador**: “Sí”.

Respuesta del señor García: “No, porque el proyecto que teníamos era éste”.

Pregunta de **El Salvador**: “¿Sería correcto decir que el único proyecto que esta compañía ha tenido con relación a las RTV es el proyecto en El Salvador?”.

Respuesta del señor García: “Sí”.

Pregunta de **El Salvador**: “¿Nunca ha tenido otro?”.

Respuesta del señor García: “No, además se constituyó solamente para esto”.

Pregunta de **El Salvador**: “¿Y es correcto decir que esta compañía suya no tiene empleados?”.

Respuesta del señor García: “Sí, correctísimo”.

Pregunta de **El Salvador**: “¿Y nunca ha tenido ganancias?”.

Respuesta del señor García: “Efectivamente. No ha llegado a operar”.<sup>30</sup>

115. Las pruebas y argumentos presentados por las partes en este procedimiento, entre ellos la propia declaración del propietario de ITV Alcantarilla S.L permiten a este Tribunal tener por demostrado que **Inceysa** presentó información falsa respecto a (i) la identidad de su socio estratégico; y (ii) la capacidad y experiencia de ese supuesto socio.

116. Como se explicó anteriormente (párrafo 26) la capacidad y experiencia del socio estratégico de **Inceysa** fue uno de los principales aspectos que **El Salvador** tomó en cuenta para adjudicar la licitación a **Inceysa**, por lo que las declaraciones falsas de la **Demandante** en esta materia, constituyen otra grave violación de los pilares fundamentales de la **Licitación**.

---

<sup>29</sup> Página 463 de la Transcripción de las audiencias, pág. 463.

<sup>30</sup> Páginas 470 Y 471 de la Transcripción de las audiencias, págs. 470 y 471.

117. Es importante mencionar, además, que la falsedad respecto a la experiencia y capacidad en materia de revisión vehicular no se limitó al socio estratégico de la **Demandante**, sino que se extendió a la capacidad y experiencia de la propia **Inceysa**. En efecto, durante la **Licitación** ella afirmó que había realizado diversos proyectos de RTV pero, durante el procedimiento se acreditó que la **Demandante** nunca había realizado un proyecto de revisión vehicular ya que, hasta unos meses antes de que **Inceysa** participara en la **Licitación**, ella era una empresa cuya actividad principal consistía en la venta de ropa íntima y calzado para dama.

118. En adición a lo anterior, durante los dos años anteriores a la **Licitación Inceysa** no tuvo operaciones ni empleados. En el proceso se acreditó plenamente que la **Demandante**, no solo no estaba dedicada a la operación de estaciones de revisión vehicular, sino que tampoco, tenía operaciones ni empleados. Por ello es evidente que **Inceysa** presentó información falsa también en lo que se refiere a su propia experiencia y capacidad, violando así una vez más, uno de los pilares esenciales que llevaron a **El Salvador** a adjudicarle la **licitación**.

### **C. Trayectoria y experiencia del señor Antonio Felipe Martínez Lavado**

119. También se probó claramente en el expediente que el señor Antonio Felipe Martínez Lavado, en cuya trayectoria **Inceysa** basaba gran parte de su supuesta idoneidad para desempeñar las funciones de revisión de vehículos, no tenía el grado profesional ni la experiencia que **Inceysa** le atribuía y se demostró, sin lugar a dudas, que la carta que se refiere a la incorporación de ese señor al Colegio Oficial de Ingenieros Industriales de Andalucía Occidental, es falsa.

120. Para acreditar la capacidad profesional y la experiencia del señor Martínez, **Inceysa** incluyó en su oferta de la **Licitación** dos cartas con las que pretendió acreditar esos extremos. La primera comunicación es la que señala la supuesta incorporación del señor Martínez al Colegio Oficial de Ingenieros Industriales de Andalucía Occidental. Durante el proceso, en las actuaciones escritas como en las orales, se acreditó

fehacientemente que, tanto el contenido como la firma de esa carta son falsos, ya que su supuesto signatario, el señor José Manuel Pérez López, Secretario del Colegio mencionado manifestó en la certificación fechada 2 de septiembre del 2004 lo siguiente:

“D.A. Felipe Martínez Lavado no ha constado nunca como colegiado, ni en la base de datos de esta Delegación, ni en la de la central del Colegio con ningún número de colegiado.

Jamás se emite un certificado que no vaya en papel original con membrete de Colegio [...]”

[...]La firma del documento, no se corresponde con la mía”.<sup>31</sup>

121. La segunda carta mediante la cual **Inceysa** pretendió demostrar la capacidad y experiencia del señor Martínez, es la certificación del Colegio Oficial de Ingenieros Técnicos de Badajoz, según la cual ese señor había participado en diversos proyectos de inspección vehicular. Mediante actuaciones escritas y orales llevadas a cabo durante el proceso **El Salvador** demostró que esta segunda comunicación es igualmente falsa. En efecto, la certificación del Secretario del Colegio Oficial de Peritos e Ingenieros Técnicos Industriales de Badajoz, presentada por **El Salvador** en este procedimiento señala que: (i) la carta que **Inceysa** presentó en la **Licitación** no fue suscrita por un funcionario de dicho Colegio, ya que su firmante, el señor. Manuel Pérez Maldonado nunca ha sido Secretario de dicho colegio; y (ii) que dicho colegio no tiene registro alguno de proyectos en los que hubiera participado el señor Martínez.

122. En consecuencia, este Tribunal tiene por demostrado que **Inceysa** presentó, información falsa sobre uno de los puntos medulares de la **Licitación**, lo referente a la experiencia y la capacidad de su Administrador único, el señor Martínez.

#### **D. Vinculación entre Inceysa e ICASUR**

123. En autos quedó demostrado que en la licitación de 1999 el señor Martínez figuró como un destacado funcionario de ICASUR y que en la licitación del 2000 figuró como

---

<sup>31</sup> Anexo 22 del Memorial sobre Excepciones a la Jurisdicción.

administrador de **Inceysa**, y no se mencionó, en absoluto, su vínculo anterior con ICASUR. La relación financiera, directa o por medio de otras sociedades, entre **Inceysa** e ICASUR ampliamente probada en autos, no deja dudas de que, antes de que se presentaran las ofertas en la licitación pública 05/2000 y posteriormente, existía una vinculación clara entre **Inceysa** e ICASUR y que la existencia de ese vínculo no fue revelado al MARN. Esto constituye un engaño sobre uno de los aspectos medulares de la **licitación**.

124. Fueron muchas las evidencias presentadas por **El Salvador** para acreditar la vinculación de **Inceysa** con ICASUR, en franca violación a una de las más importantes disposiciones que rigieron a la **licitación**.

125. De esta manera, se acreditó plenamente que en la licitación de 1999 el señor Martínez figuró como un destacado funcionario de ICASUR y que en la licitación del 2000 apareció como administrador de **Inceysa**, sin que en la licitación del 2000 se hubiera señalado su vinculación con ICASUR. Durante la licitación de 1999 ICASUR presentó como parte de su oferta, el *curriculum vitae* del señor Martínez en el cual se señala que dicho señor se desempeñaba como Jefe de Proyectos de ICASUR desde 1995. En cambio, en la **licitación** del 2000 **Inceysa** presentó otro *curriculum vitae* del señor Martínez en el que no se mencionan las labores del Jefe de Proyectos de ICASUR que, desde 1995, desempeñó ese señor según el *curriculum vitae* presentado en 1999.

126. Adicionalmente se acreditó en este procedimiento la relación financiera, directa o por medio de otras sociedades, que existió entre **Inceysa** e ICASUR. Así, diversos registros financieros demuestran que **Inceysa** utilizó recursos provenientes de la compañía panameña denominada Orioles Construction Corporation, S.A., para registrar USD\$141.574,00 dólares como una inversión extranjera en la República de El Salvador.<sup>32</sup> Lo anterior cobra relevancia debido a que durante el proceso, **El Salvador**

---

<sup>32</sup> *Vid.* anexo "Q" del documento denominado "Evidence in support of the Republic of El Salvador's request for an order pursuant to Arbitration Rule 28(1) and for recommendation of security for costs as a provisional measure" fechado el 15 de setiembre de 2004.

presentó evidencias que confirman que ORIOLES es una sociedad controlada por el señor Joaquín Alviz, quien también controla ICASUR. Además diversos documentos bancarios presentados en autos señalan al señor Alviz como Presidente, Fundador y Gerente de ORIOLES y a ésta como una subsidiaria de ICASUR.<sup>33</sup>

127. La declaración del testigo de **Inceysa**, el señor García Soler, propietario de ITV Alcantarilla S.L. supuesta socia estratégica de **Inceysa**, demostró que, antes de que se presentaran las ofertas en la **licitación**, existía una vinculación clara entre **Inceysa** e ICASUR. De esa declaración es relevante transcribir lo siguiente:

Pregunta de **El Salvador**: “Creo que no me entendió la pregunta. ¿En algún momento usted asistió a una reunión del proyecto de RTV de parte de Icasur? No me refiero a que estuvo de parte de Inceysa, él también o los representantes de ICASUR estuvieron”.

Respuesta del señor García: “No lo recuerdo especialmente. ¿Que me citara Icasur? No creo.

Otra cosa es que a lo mejor a la hora de organizar publicidad lógicamente había un interés común en que fuéramos por el mismo camino. Pero a lo mejor la reunión la organizaba ICASUR o Inceysa sino una compañía de su país que decía: le voy a presentar un proyecto que lógicamente en común va a salir--- porque siempre hay que mirar la parte económica, más interesante que si lo hacemos cada uno por nuestra cuenta”.

Pregunta de **El Salvador**: “En todo caso, lo que usted dice es que asistió a reuniones o a lo mejor estaba alguien de ICASUR, eso fue durante el tiempo en que Inceysa ya estaba involucrada como empresa en el proyecto RTV. ¿No es así?”.

Respuesta del señor García: “Evidentemente, yo siempre estaba trabajando por Inceysa. Si ella no esta involucrada yo no podría estar”.

---

Igualmente, *vid.* págs. 634 y 635 de la versión estenográfica de la audiencia de fecha 5 de mayo de 2005.

<sup>33</sup> *Vid.* anexo 81, 19 y 9 del “Core Bundle” presentado por la República de El Salvador durante la audiencia realizada del 2 al 5 de mayo de 2005. Igualmente, *vid.* pág. 635 de la versión estenográfica de la audiencia de fecha 5 de mayo de 2005.

Pregunta de **El Salvador**: ¿No es verdad que usted asistió a una reunión en marzo del 2000, cuando todavía estábamos en la primera licitación e Inceysa no estaba involucrada, de parte de Icasur?”.

Respuesta del señor García: “Me parece rarísimo, a no ser que estuviera Inceysa porque yo siempre estaba por Inceysa”.

Pregunta de **El Salvador**: “Voy a hacer referencia al documento 21 de la carpeta. Tenemos ahí dos carpetas negras y el documento de prueba número 21”.

Respuesta del señor García: “¿De esta primera carpeta?”

[...] Pregunta de **El Salvador**: “Ahora sí lo tiene. Este es un documento que hace referencia a la licitación pública nacional e internacional número 0399, que es la primer licitación de Revisiones Técnicas Vehiculares en El Salvador, y que se ve que es sobre una reunión que se llevó a cabo el 22 de marzo de 2000. ¿Ve eso?[...]”.

“[...] Por debajo de donde dice “Lista de participantes”, hay una línea que dice: “ICASUR”. ¿Verdad? Y el primer nombre que aparece es Joaquín Alviz Victorio”.

Respuesta del señor García: “Sí”.

Pregunta de **El Salvador**: “Y después aparece el nombre suyo, Francisco Javier García Soler. Esa es su firma, ¿verdad?”.

Respuesta del señor García: “Aparentemente, sí”.

Pregunta de **El Salvador**: “Si usted puede revisar el documento, ¿no es verdad que en este documento donde se habla de una reunión en marzo del 2000 aquí el nombre de **Inceysa** no aparece?”.

Respuesta del señor García: “Sí”.

Pregunta de **El Salvador**: “Solamente asistieron a esa reunión participantes de ICASUR, del viceministerio de Transporte y del Ministerio de Medio Ambiente y Recursos Naturales. ¿Verdad?”.

Respuesta del señor García: “Así es”.

Pregunta de **El Salvador**: “En consecuencia usted si asistió a una reunión de parte de ICASUR en la primera RTV, ¿verdad?”.

Respuesta del señor García: “Hombre, yo lo único que puedo decir es que en un principio, cuando a mi el proyecto me interesó, yo mantuve muchísimas reuniones. Aquí efectivamente aparece el nombre de Joaquín Alviz; no se si sería la primera o segunda vez que lo ví. Lo que está claro es que el embrión del proyecto me gustó, y antes de que se formalizara empecé a interesarme en él. De hecho, el punto exacto donde realmente – porque es un tema que no alcanzo porque lo mío era la parte técnica y la logística, pero en la parte burocrática yo no intervengo. Esto aparentemente es así, será así, y no me cabe la menor duda.

Igual que esta reunión podría haber habido veinte más, en las cuales estábamos a nivel Ministerio y no a nivel ICASUR. Realmente entiendo que debía ser una reunión con el Ministerio o interesándome yo en el proyecto.

Dése cuenta de una cosa: no solamente estoy defendiendo a Inceysa, aunque no estuviera formalizado el proyecto, estoy defendiendo también mis intereses y tenía que saber si me interesaba o no seguir con el proyecto”.<sup>34</sup>

#### **E. La falsedad de los contratos supuestamente firmados por Inceysa con la Municipalidad de Silay, en Filipinas, y con la de Coclé (Amuco) en Panamá**

128. Aunque también fue un asunto muy cuestionado, el Tribunal de Arbitraje considera innecesario hacer un análisis pormenorizado del asunto de los contratos supuestamente firmados por **Inceysa** con la Municipalidad de Silay, en Filipinas, y con la de Coclé (Amuco) en Panamá ya que, al final de cuentas, como se consigna en el párrafo 101 anterior, **Inceysa** afirmó que nunca suscribió el primero y que no presentó el segundo a la **licitación**.

#### **V. MEDIDAS CAUTELARES**

129. Aunque el asunto de las medidas cautelares solicitadas por **El Salvador** fue objeto de una ardua discusión entre las partes que ocupó la atención del Tribunal durante mucho tiempo, en vista de la forma en que se resolverá este asunto, el Tribunal considera

---

<sup>34</sup> Transcripción de la audiencia del día 4 de mayo del 2005, páginas 415 a 417.

innecesario referirse a las diferentes gestiones realizadas por las partes y sus fundamentos.

## **VI. JURISDICCION DEL CIADI Y COMPETENCIA DEL TRIBUNAL DE ARBITRAJE**

130. La controversia sobre la competencia de este Tribunal de Arbitraje y la jurisdicción del Centro ha sido planteada por las partes fundada en distintos cuerpos normativos.

131. La jurisdicción, en este sentido, ha sido alegada básicamente desde dos tipos de ordenamientos, unos de naturaleza internacional y otros de derecho interno. Por ello, el análisis que el Tribunal de Arbitraje hará sobre su propia competencia será dividido en función de ambos tipos de ordenamientos. En este contexto, primeramente este Tribunal analizará, el tema de su propia competencia conforme al Convenio del CIADI y al Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre el Reino de España y la República de El Salvador. Una vez resuelto dicho debate, analizará el asunto de su competencia a la luz de lo dispuesto por la legislación interna de **El Salvador** (lo cual incluye la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública, la Ley de Inversiones y la Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje, así como el propio **Contrato** celebrado entre **El Salvador e Inceysa**).

### **A. Análisis de la Jurisdicción del Centro conforme al Convenio del CIADI, el APPRI y la Ley de Inversiones de El Salvador**

132. A efecto de ubicar en forma específica los temas debatidos en torno a la competencia de este Tribunal y a reserva de entrar a analizar en detalle, más adelante, los argumentos de las partes, vale la pena, en primer lugar, plantear en forma sintetizada las posiciones de las partes en relación con la competencia del Tribunal de Arbitraje según el Convenio del CIADI y el **Acuerdo**.



## i. Posiciones de las Partes

### a) Posición de Inceysa

133. La **Demandante** señaló, en su escrito de Solicitud de Arbitraje, que este Tribunal de Arbitraje es competente para conocer de la controversia planteada ya que el **Acuerdo** es aplicable por “[...] ser la Demandante un “*inversor*” y al haber realizado en el “*territorio*” de la Demandada una “*inversión*” según las definiciones contenidas en el Artículo I del Acuerdo”.<sup>35</sup>

134. **Inceysa** ha argumentado en favor de la jurisdicción del Centro, en función de las partes de este proceso (*ratione personae*), señalando que ella es una *inversora* de conformidad con el Artículo I, párrafo 1 b) del **Acuerdo** que dispone:

“[...]. Por inversores se entenderá:... b) Personas jurídicas, incluidas compañías, asociaciones de compañías, sociedades mercantiles; sucursales y otras organizaciones que se encuentren constituidas o, en cualquier caso, debidamente organizadas según el derecho de esa Parte Contratante y realicen inversiones en el territorio de la otra Parte Contratante”.<sup>36</sup>

135. Con respecto a la jurisdicción en atención al objeto de la litis (*ratione materiae*), **Inceysa** señaló que la presente controversia es, claramente, una diferencia de carácter jurídico que surge directamente de una inversión realizada por ella en el territorio de **El Salvador**.

136. Adicionalmente, sostiene la **Demandante** en su Memorial de Demanda que **El Salvador** consintió en la jurisdicción del Centro en el Artículo XI del propio **Acuerdo**, el cual señala que:

“1. Toda controversia relativa a las inversiones que surja entre una de las Partes Contratantes y un inversor de la otra Parte Contratante respecto a cuestiones reguladas por el presente Acuerdo será notificada por escrito, incluyendo una

---

<sup>35</sup> Solicitud de Arbitraje, pág. 57, párrafo 115 (énfasis original).

<sup>36</sup> Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre el Reino de España y la República de El Salvador, Artículo I.

información detallada, por el inversor a la Parte Contratante receptora de la inversión.

En la medida de lo posible las partes en controversia tratarán de arreglar estas diferencias mediante un acuerdo amistoso.

2. Si la controversia no pudiera ser resuelta de esta forma en un plazo de seis meses a contar desde la fecha de notificación escrita mencionada en el párrafo 1, será sometida, a elección del inversor:

[...] al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) creado por el “Convenio sobre el arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados”, abierto a la firma en Washington el 18 de marzo de 1965, cuando cada Estado parte en el presente Acuerdo se haya adherido a aquél”.<sup>37</sup>

137. En relación con lo anterior, **Inceysa** manifestó que:

“Constante jurisprudencia arbitral del CIADI afirma que la firma de un Acuerdo Internacional, como el APPRI, que contenga una cláusula arbitral que haga referencia expresa al Convenio CIADI para las diferencias que surjan, constituye consentimiento escrito por parte del Estado [...]”.<sup>38</sup>

138. A mayor abundamiento, **Inceysa** afirmó que la **Demandada** expresó su consentimiento a la Jurisdicción del Centro, mediante una comunicación suscrita por el Ministerio de Relaciones Exteriores y dirigida al Secretario Técnico de la Presidencia en la que dijo lo siguiente:

“[...] No omito manifestarle que se encuentra vigente un Acuerdo Bilateral de Promoción y Protección de Inversiones en España y que, en el marco del mismo, España tiene la facultad de solicitar el establecimiento de un Tribunal Arbitral para resolver esta situación, lo cual pudiera evitarse”.<sup>39</sup>

139. Finalmente, la **Demandante** señaló en su Solicitud de Arbitraje que ella agotó todos los medios disponibles para encontrar una solución amistosa a la controversia y que, por no haberla encontrado, decidió someter esta controversia a la Jurisdicción del Centro.

#### b) Posición de El Salvador

---

<sup>37</sup> Idem, Artículo XI.

<sup>38</sup> Solicitud de Arbitraje, pág. 58, párrafo 117.

<sup>39</sup> Idem, pág. 59, párrafo 118.

140. **El Salvador** no manifestó objeción alguna en relación con la nacionalidad de la **Demandante** ni respecto a la naturaleza jurídica de la controversia que originó este proceso. Es decir, no existió de su parte una objeción *rationae personae* ni *rationae materiae*.

141. Los argumentos de la **Demandada** se centran en expresar que su consentimiento a la jurisdicción del Centro está limitado a las diferencias derivadas de inversiones efectivamente protegidas por el **Acuerdo**. Según **El Salvador**, el consentimiento de las partes a la jurisdicción del Centro, expresado en el **Acuerdo**, se dio únicamente para aquellas diferencias relacionadas con inversiones realizadas **de conformidad con las leyes de El Salvador**. Sobre el particular, señaló lo siguiente:

“Here, El Salvador’s consent to ICSID jurisdiction in its Investment Treaty with Spain was limited to disputes involving investments otherwise entitled to protection under the Treaty, i.e., investments made in accordance with Salvadoran law”.<sup>40</sup>

(Aquí el consentimiento de El Salvador a la jurisdicción del CIADI otorgado en el Tratado de Inversión con España estaba limitado a las disputas que involucraran inversiones que de todas maneras tendrían derecho a la protección del Tratado, es decir, las inversiones hechas de acuerdo con la legislación salvadoreña). (Traducción libre del Tribunal).

## ii. Identificación del Punto Controvertido

142. Del análisis de los argumentos planteados por las partes con respecto a la competencia de este Tribunal fundada en el Convenio CIADI y en el **Acuerdo**, se advierte que ellas no adujeron como fundamentos de la controversia: (i) la nacionalidad de la Demandante; (ii) que **El Salvador** o España no sean parte del Convenio del CIADI; (iii) la naturaleza jurídica de la diferencia, ni (iv) la naturaleza de la inversión realizada.

143. Las partes, por lo tanto, reconocieron la llamada jurisdicción *rationae materiae* y *rationae personae*.

---

<sup>40</sup> Memorial sobre Excepciones a la Jurisdicción, pág. 57.

144. No obstante, la competencia de este Tribunal de Arbitraje fue cuestionada en función de la existencia del consentimiento de **El Salvador** para que esta controversia sea sometida a la jurisdicción del Centro. Es decir, la controversia entre las partes versa sobre la llamada jurisdicción *rationae voluntatis*.

145. En efecto, la controversia sobre la competencia de este Tribunal, a partir de presuntas violaciones al **Acuerdo**, se ha centrado en determinar si la inversión realizada por la **Demandante** en el territorio de la **Demandada** está o no protegida por el **Acuerdo**, es decir, en determinar si el consentimiento otorgado por **El Salvador** comprende la inversión realizada por la **Demandada**, o por el contrario, la deja fuera de su alcance y, por lo tanto, la excluye de la aplicación del **Acuerdo** y, en consecuencia, de la jurisdicción del Centro.

### **iii. Facultad del Tribunal de Arbitraje para resolver sobre su propia Competencia**

146. En atención a que la competencia de este Tribunal de Arbitraje ha sido cuestionada con base en el alcance del consentimiento dado por **El Salvador**, **Inceysa** ha planteado que dicha objeción entraña la resolución de cuestiones sustantivas sobre el fondo del asunto, respecto de las cuales el Tribunal de Arbitraje no podría pronunciarse al resolver sobre su propia competencia. En ese sentido, **Inceysa** sostiene que:

“Si fuera suficiente alegar que una inversión protegida por un APRI no ha sido efectuada conforme a la legislación del país destinatario de la inversión para desvirtuar la manifestación del consentimiento necesario a fundamentar la Jurisdicción del CIADI, entonces o el Tribunal para decidir sobre su competencia tendría (sic) entrar en el merito (sic) del asunto sobre el cual no tiene competencia o tendría que desconocer su competencia en base a questione (sic) de fondos (sic) en las cuales no ha entrado al no ser competente. En ambos casos se llegaría a una situación no solo paradójica sino ilícita”<sup>41</sup>.

---

<sup>41</sup> Memorial de Contestación a las Excepciones, pág. 38, párrafo 120.

147. En atención a los argumentos planteados, antes de analizar si el consentimiento que dio **El Salvador** puede servir de sustento a la competencia de este Tribunal conforme al Convenio CIADI y al **Acuerdo**, resulta necesario examinar la facultad del Tribunal para resolver sobre su propia competencia.

148. El artículo 41 del Convenio CIADI es contundente al señalar que *“El Tribunal resolverá sobre su propia competencia”*. El Convenio CIADI, por lo tanto, reconoce el principio “Kompetenz-Kompetenz” y obliga en forma imperativa al Tribunal de Arbitraje a resolver los cuestionamientos que se formulen sobre esta materia.

149. Es evidente que al obligar el Convenio del CIADI al Tribunal de Arbitraje a resolver sobre su propia competencia, implícitamente le faculta a analizar todas aquellas cuestiones fácticas y jurídicas que pudieran ser relevantes para cumplir con esa obligación.

150. Cabe señalar, en este contexto, que por competencia se entiende, en términos generales, la facultad o capacidad de un Tribunal para conocer y decidir sobre determinada materia. En el caso planteado, la primera materia sobre la que debe pronunciarse este Tribunal de Arbitraje es sobre su propia competencia; después podrá resolver sobre las cuestiones planteadas por **Inceysa** fundada en el **Acuerdo**. En este tenor, se puede afirmar que el Tribunal de Arbitraje tiene una competencia originaria e indiscutible, que deriva de su propia constitución y del Convenio CIADI, y que tiene como único objeto la determinación de su competencia para resolver la controversia sustantiva planteada por las partes. Sólo una vez determinada por el Tribunal de Arbitraje su propia competencia puede conocer y resolver el fondo del asunto planteado.

151. Como consecuencia obvia de lo anterior, existen casos en los que un Tribunal de Arbitraje resuelve que carece de competencia para resolver el fondo del asunto planteado, sin que dicha resolución implique que el Tribunal de Arbitraje se extralimitó o actuó ilegalmente.

152. De acuerdo con lo expuesto, no existe paradoja alguna cuando un Tribunal de Arbitraje se pronuncia sobre su propia competencia, como lo afirma **Inceysa**, puesto que la facultad para resolver sobre dicha cuestión deviene directamente del imperativo del Artículo 41 del Convenio CIADI.

153. Por lo anterior, no es cierta la afirmación de que al resolver este Tribunal sobre si la inversión de **Inceysa** se realizó o no de conformidad con la legislación de **El Salvador** estaría resolviendo sobre “cuestiones de fondo”, según se expone a continuación.

154. En primer lugar, la referencia a “cuestiones de fondo” es imprecisa. En el caso que nos ocupa y en función de la materia de la competencia, podemos identificar dos tipos de competencias distintas del Tribunal de Arbitraje: la competencia para resolver sobre la facultad del Tribunal de Arbitraje para decidir sobre las cuestiones litigiosas planteadas y la competencia, para resolver sobre el fondo de las peticiones y defensas planteadas por las partes.

155. Al resolver sobre su propia competencia el Tribunal de Arbitraje está facultado para analizar todas aquellas cuestiones que pudieran tener relevancia jurídica para definirla, independientemente de que se trate de asuntos que pudieran ser calificados como sustantivos o de “fondo” o de cuestiones procesales. Si, para determinar sobre su propia competencia, el Tribunal de Arbitraje está obligado a analizar hechos y disposiciones normativas sustantivos que constituyen presupuestos para la definición del alcance de la competencia del Tribunal, éste no tiene otra alternativa que ocuparse de ellos, so pena de incumplir con la obligación que le impone el Artículo 41 del Convenio del CIADI.

156. En el caso que ocupa al Tribunal de Arbitraje, la controversia con respecto a la competencia del Tribunal se centra en determinar si el consentimiento que dio el **El Salvador** para someterse a la jurisdicción del CIADI, comprende las inversiones no realizadas de conformidad con su legislación. Por lo tanto, para resolver sobre su propia competencia este Tribunal se encuentra obligado a analizar, en primer lugar, si dicho

argumento es atendible y, en segundo lugar, si está fundado en los hechos del caso planteado.

157. De esta manera, aunque pudiera considerarse que el análisis que el Tribunal de Arbitraje está obligado a realizar entraña la determinación de cuestiones de naturaleza sustantiva, tales como la conformidad de la inversión de **Inceysa** con la legislación de **El Salvador**, es evidente que esas cuestiones constituyen un presupuesto que necesariamente se debe examinar para resolver el asunto de la competencia del Tribunal de Arbitraje.

158. Precisamente en atención a lo anterior y por respeto al derecho de defensa de ambas partes, el Tribunal les dio plena oportunidad de alegar y probar lo que les conviniera, respecto a la cuestión de competencia planteada, habiéndose incluso celebrado una audiencia con el único fin de discutir este asunto.

159. Finalmente, cabe señalar que las reclamaciones y defensas planteadas por las partes (distintas a la cuestión de competencia planteada) no invaden ni coinciden con la controversia competencial. La reclamación de **Inceysa** tiene por objeto hacer efectiva la protección del **Acuerdo** y obtener la indemnización a la que estima que tiene derecho. Por su parte, la defensa de **El Salvador** se refiere a la ausencia de derecho de **Inceysa** para hacer dicha reclamación.

160. Si bien el argumento de que la inversión de **Inceysa** no está protegida por el **Acuerdo**, por tratarse de una inversión que no fue realizada de conformidad con la legislación de **El Salvador**, pudiera identificarse como una defensa sustantiva relativa al fondo del asunto, dicha presunción es incorrecta. En efecto, si se determinara que la inversión no está protegida por el **Acuerdo**, se estaría reconociendo que el presupuesto necesario para que el Tribunal de Arbitraje asumiera válidamente su competencia no se cumplió. Por lo tanto, a fin de cuentas, se estaría resolviendo sobre la propia competencia del Tribunal de Arbitraje y no sobre las pretensiones indemnizatorias de la **Demandante**.

161. En síntesis y como conclusión de lo expuesto, este Tribunal de Arbitraje concluye que la facultad que tiene para resolver sobre su propia competencia lo autoriza a pronunciarse válidamente sobre la objeción a la jurisdicción *rationae voluntatis* planteada por **El Salvador**, sin que ello implique resolver sobre el fondo del asunto.

#### **iv. Consideraciones Generales del Tribunal de Arbitraje en torno al consentimiento**

162. De acuerdo con las peculiaridades del caso que le ha sido planteado a este Tribunal, el punto controvertido en relación con la competencia se refiere a la jurisdicción *rationae voluntatis*.

163. En atención a los argumentos expuestos por las partes cabe, en primer término, atender al argumento planteado por **Inceysa**, que sostiene que la determinación del alcance del consentimiento dado por **El Salvador** no puede considerarse como una cuestión jurisdiccional, pues dicha determinación es una cuestión sustantiva, que cae dentro del alcance de la competencia del Tribunal de Arbitraje, según el Artículo XI del **Acuerdo** y de conformidad con el principio de autonomía de la Cláusula Arbitral. Específicamente, la **Demandante** afirma que:

“Todo elemento incorporado en el Convenio o en la Ley nacional puede, en algún momento, ser objeto de controversia y las partes Contratantes, en el caso del Convenio, así como el legislador, en el caso de la Ley nacional, han manifestado su voluntad del método a seguir para resolver tales controversias: el procedimiento arbitral y en particular ante el Centro del CIADI y ante un Tribunal constituido según su Reglamento. En efecto la cláusula arbitral del APRI (artículo 11) hace referencia expresa a “*toda controversia* relativa a las inversiones *que surja entre una de las Partes Contratantes y un inversor de la otra Parte Contratante respecto a cuestiones reguladas por el presente Acuerdo...*”. Es evidente que una interpretación restrictiva de la manifestación del consentimiento a la jurisdicción del CIADI expresada en el APRI, así como cuestiones tales como la misma definición de “*inversión*” (artículo 1), en especial referencia a su calificación por parte de la Demandada de “*inversión fraudulenta*”, o de “*protección*”(artículo 3) en su especial referencia a las “*inversiones efectuadas conforme a su legislación*”, no pueden ser consideradas de otra manera que cuestiones reguladas por el mismo acuerdo. En caso de controversia, como *in*



*casu*, tales cuestiones tienen, como consecuencia y en aplicación del artículo 11 del APRI, que ser sometidas a la jurisdicción elegida por el inversor, en nuestro caso ante el CIADI<sup>42</sup>.

“La “cuestión jurisdiccional” no consiste, como quiere alegar la Demandada en si existe o no existe una “inversión fraudulenta” que limitaría la manifestación del consentimiento de la Republica (sic) de El Salvador para el sometimiento de la controversia al CIADI, sino que tiene que limitarse a la validez del artículo 11 del APRI como cláusula arbitral autónoma e independiente de las inversiones objeto de la controversia”<sup>43</sup>.

164. El argumento planteado por **Inceysa** es incorrecto puesto que el Artículo XI del **Acuerdo**, considerado como cláusula arbitral autónoma, no puede interpretarse como una manifestación de consentimiento irrestricta de parte de **El Salvador** para someter a arbitraje cualquier tipo de controversia que se pretenda fundar en el **Acuerdo**.

165. A efecto de sustentar lo anterior, este Tribunal considera relevante analizar los principios que regulan el consentimiento a la jurisdicción del Centro.

166. Al respecto, resulta de la mayor relevancia el principio establecido en el primer párrafo del Artículo 25 del Convenio del CIADI el cual establece que el sometimiento de las partes a la jurisdicción del Centro debe consistir en un consentimiento escrito que no puede retirarse unilateralmente por alguna de las partes que lo otorgó. La parte conducente de este artículo establece lo siguiente:

**“Artículo 25.** La jurisdicción del Centro se extenderá a las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión entre un Estado Contratante (o cualquiera subdivisión política u organismo público de un Estado Contratante acreditados ante el Centro por dicho Estado) y el nacional de otro Estado Contratante y **que las partes hayan consentido por escrito en someter al Centro. El consentimiento dado por las partes no podrá ser unilateralmente retirado**”. (Énfasis agregado).

---

<sup>42</sup> Dúplica a las excepciones sobre jurisdicción, pág. 5, párrafo 13.

<sup>43</sup> Idem, pág. 5, párrafo 14.

167. Abundando en este, que es un principio fundamental para la determinación de la competencia del Tribunal de Arbitraje, el Informe de los Directores Ejecutivos establece en su párrafo 23 lo siguiente:

“El consentimiento de las partes es la piedra angular en que descansa la jurisdicción del Centro. El **consentimiento a la jurisdicción debe darse por escrito y una vez dado no puede ser revocado unilateralmente** (artículo 25 (1))”.<sup>44</sup> (Énfasis agregado).

168. En congruencia con el precepto antes transcrito, resulta altamente ilustrativa la siguiente afirmación hecha por el tribunal en el laudo que resolvió el caso *Tokio Tokelés c. Ukraine*.

“The jurisdiction of the Centre depends first and foremost on the consent of the Contracting Parties, who enjoy broad discretion to choose the disputes that they will submit to ICSID. Tribunals shall exercise jurisdiction over all disputes that fall within the scope of the Contracting Parties’ consent as long as the dispute satisfies the objective requirements set forth in Article 25 of the Convention”.<sup>45</sup>

(La jurisdicción del Centro depende primero y de manera primordial del consentimiento de las Partes Contratantes, quienes tienen amplia discreción para escoger las disputas que someterán al CIADI. Los tribunales ejercerán su jurisdicción sobre todas las disputas que queden comprendidas dentro del consentimiento de las Partes, siempre que la disputa satisfaga los requisitos objetivos señalados por el Artículo 25 del Convenio). (Traducción libre del Tribunal).

169. De este modo, no basta con que **El Salvador** haya suscrito y ratificado el **Acuerdo** para que el Tribunal de Arbitraje pueda, por ese solo hecho, reconocer su competencia. La constatación por parte de un Tribunal del CIADI, de la firma y ratificación de un acuerdo de protección recíproca de inversiones, no es suficiente para que ese Tribunal declare su competencia en forma automática. Es necesario que el

---

<sup>44</sup> Informe de los Directores Ejecutivos acerca del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, del 18 de marzo de 1965, párrafo 23.

<sup>45</sup> *Tokios Tokelés c. Ukraine*, Caso CIADI No. ARB/02/18. Decisión sobre jurisdicción del 29 de abril de 2004, párrafo 19.

Tribunal analice previamente si la controversia que se somete a su competencia está comprendida dentro del consentimiento otorgado por los Estados signatarios y, en consecuencia, sometida a la jurisdicción del Centro.

170. En virtud de lo anterior, una tarea fundamental del Tribunal de Arbitraje para definir su jurisdicción es la de determinar cuáles diferencias se encuentran comprendidas dentro del consentimiento otorgado por las partes, considerando para ello en forma primordial al propio **Acuerdo**.

171. En este orden de ideas, el Tribunal Arbitral no comparte el argumento de la **Demandante** consistente en que: (i) el consentimiento de **El Salvador** a la jurisdicción del Centro fue otorgado por ese país al momento de suscribir y ratificar el Acuerdo, sin que dicho consentimiento pueda estar sujeto a limitaciones y (ii) cualquier limitación que se pretenda imponer al consentimiento otorgado, constituye un retiro unilateral de ese consentimiento, que contraviene a lo señalado por el artículo 25(1) del Convenio. Específicamente **Inceysa** argumentó que:

“[e]l consentimiento necesario a fundamentar la jurisdicción del centro (sic) en este caso concreto y en obsequio al artículo (sic) 25 del Convenio, ha sido dado por La Republica (sic) de El Salvador al momento de suscribir y ratificar el APRI con el Reino de España [...] El consentimiento de El Salvador manifestado en el APRI no puede (sic) ser limitado. Una limitación no sería de hecho otra cosa que un retiro unilateral del consentimiento contrario a lo expresamente dispuesto en el Art. 25(1) del Convenio”.<sup>46</sup>

172. La anterior aseveración es incorrecta puesto que el análisis del contenido y los alcances del consentimiento de las partes signatarias de un acuerdo de protección recíproca a las inversiones no puede ser visto como la imposición de limitaciones a dicho consentimiento. Por el contrario, es un ejercicio obligatorio que debe efectuar todo Tribunal de Arbitraje, con el objeto de resolver si la controversia que se le plantea está sometida o no a su competencia, de acuerdo con el contenido real del consentimiento manifestado por las partes.

---

<sup>46</sup> Memorial de Contestación a las Excepciones sobre Jurisdicción, pág. 38, párrafos 117 y 121.

173. Por lo expuesto, el Tribunal de Arbitraje afirma que para la formación del consentimiento al que se refiere el Artículo 25 del Convenio CIADI no basta con que se acredite que el Estado huésped de una inversión ha celebrado un acuerdo de protección recíproca a la inversión. Es necesario, además, que la controversia de que se trate se encuentre comprendida dentro de los alcances del consentimiento otorgado por las partes signatarias de dicho acuerdo.

#### **v. Lineamientos para Determinar el Alcance del Consentimiento**

174. Conforme a lo explicado en el apartado anterior, es indiscutible que son las partes las que, por medio de su consentimiento escrito, deciden qué clases de controversias someterán a arbitraje; sin embargo, es el Tribunal ante el que se somete una controversia el que deberá determinar cuál es el alcance del consentimiento que han otorgado las partes y, por ende, cuáles controversias consintieron ellas en someter a la jurisdicción del Centro.

175. La labor del Tribunal de Arbitraje en los términos antes indicados no puede ser arbitraria ni anárquica. A este respecto, la jurisprudencia arbitral ha desarrollado tres principios fundamentales que deben guiar su tarea:

- a) La ausencia de presunciones a favor o en contra de la jurisdicción;
- b) La identificación de la voluntad de los Estados Contratantes; y
- c) La interpretación según el principio de buena fe.

#### **a) Ausencia de Presunciones**

176. A efecto de no incurrir en un análisis parcial o subjetivo, se ha establecido que todo análisis sobre jurisdicción debe realizarse con meticuloso cuidado, sin partir de presunciones a favor o en contra de la jurisdicción del Centro. Cualquier presunción viciaría el análisis y daría lugar a limitar o expandir en forma indebida el consentimiento original dado por las partes. A este respecto, en el caso *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited c. Arab Republic of Egypt* se estableció lo siguiente:

“Clearly, then, **there is no presumption of jurisdiction** – particularly where a sovereign State is involved – and **the Tribunal must examine Egypt’s objections to the jurisdiction of the Centre with meticulous care, bearing in mind that jurisdiction in the present case exists only insofar as consent thereto has been given by the Parties.** This is not to say, however, that there is a presumption against the conferment of jurisdiction with respect to a sovereign State or that instruments purporting to confer jurisdiction should be interpreted restrictively. **Judicial and arbitral bodies have repeatedly pronounced in favour of their own competence where the force of the arguments militating in favor of jurisdiction is preponderant.** (E.g., *Temple of Preach Vihear (Preliminary Objections)*, *ICJ Reports 1961*, p. 34; *Chorzow Factory*, *PCIJ*, Series A, No. 9, p. 32 (1925); *Affaire des forêts du Rhodope central (question préalable)*, *RIAA*, vol. 3, p. 3104 (1931). Moreover, as the Permanent Court of International Justice observed in the Chorzow Factory case:

The fact that weighty arguments can be advanced to support the contention that it has no jurisdiction cannot of itself create a doubt calculated to upset its jurisdiction. (*PCIJ*, Series A, No. 9, p. 32 (1927)).

Thus, jurisdictional instruments are to be interpreted neither restrictively nor expansively, **but rather objectively and in good faith**, and jurisdiction will be found to exist if – but only if – the force of the arguments militating in favor of it is preponderant”.<sup>47</sup>

(Claramente, entonces **no hay presunción de jurisdicción** – particularmente cuando un Estado soberano está involucrado- y **el Tribunal debe examinar las objeciones de Egipto a la jurisdicción del Centro con cuidado meticuloso, teniendo en mente que la jurisdicción en el presente caso existe únicamente en el tanto que el consentimiento haya sido dado por las partes.** Esto no significa, sin embargo, que haya una presunción contraria al conferimiento de la jurisdicción con respecto a un Estado soberano o que los instrumentos creados para conferir jurisdicción deban ser interpretados restrictivamente. **Los organismos judiciales y arbitrales se han pronunciado repetidamente a favor de su propia competencia cuando la fuerza de los argumentos que militan a favor de la jurisdicción es preponderante.** (E.g., *Temple of Preach Vihear (Objeciones preliminares)*, *ICJ Reports 1961*, p. 34; *Chorzow Factory*, *PCIJ*, Serie A, No. 9, p. 32 (1925); *Affaire des forêts du Rhodope central (question préalable)*, *RIAA*, vol. 3, p. 3104 (1931). Más aun, como la Corte Internacional de Justicia expresó en el caso Chorzow Factory:

El hecho de que puedan ser esgrimidos argumentos de peso para respaldar la posición de que no tiene jurisdicción, no puede, por sí mismo, crear una duda calculada para negar su jurisdicción.

---

<sup>47</sup> *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited c. Arab Republic of Egypt*, Caso CIADI No. ARB/84/3. Decisión sobre jurisdicción del 27 de noviembre de 1985, párrafo 63.

De esta manera, los instrumentos jurisdiccionales no deben ser interpretados ni restrictiva ni expansivamente sino, **más bien, objetivamente y de buena fe**, de tal forma que se determine que hay jurisdicción únicamente si los argumentos que militan en su favor son preponderantes). (Traducción libre del Tribunal).

#### **b) Identificación de la voluntad de los Estados Contratantes**

177. Una vez eliminadas las presunciones, para determinar los alcances y requisitos del consentimiento de las partes, los tribunales del CIADI deben tratar de precisar cuál ha sido la voluntad de las partes para determinar el alcance de su consentimiento. Así por ejemplo, en el caso *Amco Asia Corporation et. Al. c. Indonesia* el Tribunal consideró lo siguiente:

“[...] like any other conventions, a convention to arbitrate is not to be construed *restrictively*, nor, as a matter of fact, *broadly or liberally*. It is to be construed in a way which leads to find out and to respect the common will of the parties: such method of interpretation is but the application of the fundamental principle *pacta sunt servanda*, a principle common, indeed, to all systems of internal law and to international law. Moreover –and this is again a general principle of law- any convention, including conventions to arbitrate, should be construed in good faith, that is to say by taking into account the consequences of their commitments the parties may be considered as having reasonably and legitimately envisaged”.<sup>48</sup>

([...] como toda otra convención, una convención para arbitrar no debe ser interpretada restrictivamente ni, tampoco, amplia o liberalmente. Debe ser interpretada de una manera tal que lleve a averiguar y a respetar la voluntad común de las partes: ese método de interpretación consiste en la aplicación del principio fundamental de *pacta sunt servanda*, un principio común, ciertamente, a todos los sistemas de legislaciones internas y a la legislación internacional. Además -y este es, de nuevo, un principio general de derecho-toda convención, incluyendo las convenciones para arbitrar, deben ser interpretadas de buena fe esto es, tomando en cuenta las consecuencias de las obligaciones de las partes que puede considerarse razonable y legítimamente, que ellas previeron). (Traducción libre del Tribunal).

178. Es importante señalar que para la determinación de la voluntad de las partes, se pueden seguir todos los métodos reconocidos por la práctica internacional, siendo de

---

<sup>48</sup> *Amco Asia Corporation et al. c. República de Indonesia*, Caso CIADI No. ARB/81/1, Decisión sobre Jurisdicción, 25 de setiembre de 1983, párrafo 14.

particular importancia los intercambios de notas entre los Estados Contratantes, así como los diversos proyectos de tratados previos al definitivo.

### c) Principio de Buena Fe

179. Adicionalmente, el Tribunal de Arbitraje tiene que considerar, en la determinación de la jurisdicción del Centro, el principio de “Buena Fe”.

180. En el mismo precedente de *Amco* antes transcrito se enfatiza la necesidad de interpretar de buena fe los cuerpos normativos relevantes en forma objetiva, a efecto de definir correctamente si una determinada diferencia está sometida o no a la jurisdicción del Centro.

181. El principio de buena fe en esta determinación se manifiesta en un doble sentido: (i) en la buena fe con la que el Tribunal de Arbitraje debe actuar al momento de realizar su análisis jurisdiccional y (ii) en que dicho análisis debe partir de la premisa de que el consentimiento de las partes fue manifestado por escrito y otorgado de buena fe y, por lo tanto, en el momento en que manifestaron su consentimiento, las partes lo hicieron con la intención sincera de que este produjera todos sus efectos en las circunstancias acordadas por ellas.

182. Precisados los lineamientos anteriores, es necesario atender concretamente a la argumentación en la que **El Salvador** funda su objeción la cual sostiene que las diferencias surgidas de una inversión realizada de manera ilegal no están sometidas a la jurisdicción del Centro, pues no están comprendidas en los supuestos para los cuales se otorgó el consentimiento.

183. Por lo anterior, a continuación este Tribunal de Arbitraje analizará si, en efecto, el consentimiento de los Estados signatarios del **APPRI**, se limita a aquellas controversias que surgen de inversiones realizadas de acuerdo con la legislación del Estado receptor. Igualmente, se analizarán los parámetros que este Tribunal considerará para resolver que la inversión de **Inceysa** no fue realizada de acuerdo con la legislación del Estado huésped

y, por lo tanto, las controversias surgidas de ella no competen a este Tribunal de Arbitraje; finalmente analizará si la inversión realizada por **Inceysa** se ubica o no dentro de los alcances del consentimiento expresado por el Reino de España y por **El Salvador** en el **APPRI**.

#### **vi. Tipos de limitaciones al consentimiento**

184. Como ha sido explicado, los Estados signatarios de un acuerdo de protección recíproca de inversiones gozan de amplias facultades para limitar su consentimiento únicamente a aquellas controversias que reúnan las características que ellos hayan señalado. De este modo, es perfectamente válido y común que los Estados excluyan de su consentimiento a la jurisdicción del Centro cierto tipo de diferencias, impongan determinados requisitos para que las inversiones realizadas en su territorio por un inversionista del otro Estado parte gocen de la protección del acuerdo de que se trata y limiten su consentimiento solo a aquellas que se ubiquen dentro de los límites señalados en ese acuerdo.

185. Los Estados utilizan múltiples mecanismos con el objeto de limitar la aplicación de los acuerdos de protección recíproca de inversiones que suscriben. Uno de los más comúnmente empleados se refiere a la denominada “cláusula de conformidad con las leyes del Estado receptor”. Diversos tribunales del Centro se han referido a esta limitación. Este es el caso del tribunal del arbitraje del caso *Tokios Tokelés c. Ucrania* en el que se resolvió lo siguiente:

“The requirement in Article 1(1) of the Ukraine-Lithuania BIT that investments be made in compliance with the laws and regulations of the host state is a common requirement in modern BITs”<sup>49</sup>.

(El requisito del Artículo 1(1) del Tratado Bilateral de Inversiones Ucrania-Lituania de que las inversiones se hagan cumpliendo con las leyes y reglamentos del estado anfitrión es un requisito común en los TBIs modernos). (Traducción libre del Tribunal).

---

<sup>49</sup> *Tokios Tokelés c. Ucrania*, Caso CIADI No. ARB/02/18, Decisión sobre Jurisdicción, del 29 de abril del 2004, párrafo 84.



186. Existen diversas formas mediante las que los Estados pactan la “cláusula de conformidad con las leyes del Estado receptor”. Entre los mecanismos que suelen utilizarse para incluir esa limitación está el de agregarla en la propia definición de *inversión*, dejando en claro que, para efectos de ese acuerdo de protección recíproca, sólo se considerarán *inversiones*, las que hayan sido realizadas de conformidad con las leyes del Estado huésped.

187. También, los Estados signatarios pueden, válidamente, excluir de la protección de un APPRI a las inversiones realizadas de manera ilegal, precisamente en los artículos que señalan el ámbito de protección del APPRI de que se trate. En este contexto, resulta particularmente relevante lo señalado por el tribunal del caso *Salini Costruttori S.P.A. e Italstrade S.P.A c. el Reino de Marruecos* en el que se resolvió:

“[...] In envisaging “the categories of invested assets [...] in accordance with the laws and regulations of the said party”, the provision in question refers to the legality of the investment and not to its definition. It aims in particular to ensure that the bilateral Agreement does not protect investments which it should not, generally because they are illegal”.<sup>50</sup>

([...] al visualizar “las categorías de bienes invertidos, de acuerdo con las leyes y regulaciones de dicha parte”, la norma en cuestión se refiere a la legalidad de la inversión y no a su definición. Apunta, en particular, a asegurar que el Acuerdo Bilateral no proteja inversiones que, en términos generales, no debe proteger, por ser ilegales). (Traducción libre del Tribunal).

188. En consecuencia la limitación del consentimiento basada en la “cláusula de conformidad con la legislación” puede estar contenida no sólo en la definición del concepto de inversión, sino también en los preceptos relativos a la “Protección” o inclusive en el capítulo relativo a la “Promoción y Admisión”.

189. Para sintetizar lo anterior, es útil citar la argumentación de la **Demandada** en el sentido de que:

---

<sup>50</sup> *Salini Costruttori S.p.A. c. Kingdom of Morocco*, Caso CIADI No. ARB/00/4, Decisión sobre Jurisdicción, del 23 de julio del 2001, párrafo 46.

“First, many investment treaties incorporate limitations into their *definition of investment* [...] Alternatively or in addition, State Parties sometimes incorporate a requirement of compliance with the host State’s laws into provisions addressing the *applicability of the treaty* [...] A common variation in applicability provisions of investment treaties is to specify the prerequisite of investment legality for the extension of treaty protections to investments made prior to the date the treaty entered into force [...] Third, State Parties frequently incorporate “in accordance with law” limitations into treaty provisions requiring host States *to admit or accept foreign investments* [...] Finally, State Parties frequently incorporate “accordance with law” requirements in the provision pledging *protection and non-impairment* of qualifying investments, which is usually the first substantive obligation section of the investment treaties”<sup>51</sup>.

(En primer lugar, muchos tratados de inversión incorporan limitaciones en su definición de “inversión” [...]. Alternativa o adicionalmente, los Estados Partes algunas veces incorporan, en las disposiciones referentes a la aplicabilidad del tratado, el requisito de que se cumpla con las leyes del estado anfitrión [...]. Una variación común en lo que respecta a las disposiciones de aplicabilidad de los tratados de inversión es la de especificar el prerrequisito de la legalidad de la inversión para que las inversiones hechas antes de la fecha en la que el tratado entró en vigencia gocen de la protección del tratado [...]. En tercer lugar, los Estados Contratantes frecuentemente incorporan la limitación de que las inversiones se hagan conforme a la ley en las normas del tratado que exigen que los estados anfitriones admitan o acepten las inversiones extranjeras [...]. Finalmente, los Estados Contratantes frecuentemente incorporan la exigencia de que las inversiones se hagan conforme con la ley “en las normas que protegen y garantizan la no afectación de inversiones que califiquen como tales la cual es, usualmente, la primera sección de las obligaciones sustantivas de los tratados de inversión). (Traducción libre del Tribunal).

#### **vii. Las características y alcances del consentimiento expresado por España y El Salvador en el APPRI**

190. Una vez señalado que es válido y común que los Estados signatarios de un acuerdo de protección recíproca de inversiones limiten la protección de ese acuerdo a aquellas inversiones que han sido realizadas de conformidad con las leyes del Estado receptor, es tarea de este Tribunal de Arbitraje resolver si en el **Acuerdo** celebrado entre España y **El Salvador**, dichos Estados limitaron la protección de este **APPRI** únicamente

---

<sup>51</sup> Memorial sobre Excepciones a la Jurisdicción, págs. 59, 60 y 61.

a aquellas inversiones realizadas de acuerdo con las leyes del Estado huésped, y en consecuencia, excluyeron de esa protección las realizadas en forma ilegal.

191. Como se ha señalado al analizar el alcance del consentimiento, para este fin es necesario aplicar los principios de buena fe, identificación de la voluntad de las partes y ausencia de presunción a favor o en contra del consentimiento.

192. En la identificación de la voluntad de los Estados contratantes del **Acuerdo**, los trabajos preparatorios arrojan luz sobre la intención de la República de **El Salvador** y el Reino de España. A este respecto, este Tribunal considera contundente lo señalado en las comunicaciones que intercambiaron **El Salvador** y España, días antes de la entrada en vigor del **Acuerdo**. En una de estas comunicaciones, **El Salvador** hizo a España algunas observaciones sobre el proyecto del texto del **Acuerdo**. De esa carta se transcribe a continuación lo siguiente:

“EL MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES DE EL SALVADOR, saluda muy atentamente a la Honorable Embajada del Reino de España, en ocasión de hacer referencia al proyecto de Acuerdo de Protección Recíproca de inversiones entre el Gobierno de España y el Gobierno de El Salvador.

EL MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES, de la manera más atenta hace del conocimiento de esa Honorable Embajada las observaciones que el Gobierno de El Salvador tiene en relación a dicho proyecto, las cuales se enumeran a continuación:

[...] II.- Agregar al final del apartado 5 sobre la designación de “inversiones”, en el numeral 2 del Artículo 1, la redacción siguiente: “...de conformidad con la legislación vigente en cada una de las partes contratantes” [...].<sup>52</sup>

193. De la cita anterior se evidencia, con claridad, que **El Salvador** tuvo, desde el inicio de las negociaciones, la intención de limitar la protección del **Acuerdo** que estaba por firmar, únicamente a aquellas inversiones realizadas de acuerdo con sus leyes. Asimismo, resulta claro que, mediante dicha comunicación, **El Salvador** intentó incluir este límite a su consentimiento en la definición de “*inversión*”.

---

<sup>52</sup> Comunicación del Ministerio de Relaciones Exteriores de El Salvador, de fecha 31 de enero de 1995, incluido como anexo del Memorial sobre las Excepciones a la Jurisdicción de El Salvador.

194. Ante la solicitud de **El Salvador**, España le informó que no era necesario incluir la limitación solicitada en la definición de “inversión”, ya que ella estaba incluida en el texto del **Acuerdo**. Por ello, España dio respuesta a la solicitud del Gobierno de El Salvador señalando lo siguiente:

“Apartado 2: La finalidad del Artículo 1 es definir los conceptos que aparecerán en los restantes artículos del Acuerdo en los que se concretarán las condiciones y tratamiento a otorgar a las Inversiones.

Consideramos que la referencia a que las Inversiones se realicen de conformidad con la legislación interna de cada una de las Partes Contratantes está más estrechamente vinculada al proceso de admisión de la Inversión. De ahí que el Artículo II, titulado “Promoción y Admisión” tenga un apartado en el que se recoge expresamente que cada Parte Contratante admitirá las **Inversiones conforme a sus disposiciones legales**. Se establece así **una condición necesaria para que una Inversión pueda beneficiarse**”.<sup>53</sup> (Énfasis agregado).

195. De la comunicación anterior se desprende, sin duda alguna, que la voluntad de las partes del **APPRI** fue la de excluir de la aplicación y protección de dicho **Acuerdo** a aquellas controversias originadas en inversiones que no hubieran sido realizadas de conformidad con las leyes del Estado huésped.

196. Adicionalmente, la comunicación de España confirma que, en el caso del **APPRI**, la limitación “de conformidad con las leyes” no fue incluida en el artículo en el que se define la palabra “*Inversión*”, porque, como el propio Reino de España lo señaló, este artículo tiene la finalidad de definir conceptos que aparecerán en los textos restantes del **APPRI**, en los que, según sus palabras, se “*concretarán las condiciones y tratamiento a otorgar a las inversiones*.”<sup>54</sup> Finalmente, la posibilidad de limitar el alcance del consentimiento en otros capítulos del propio **Acuerdo** se refleja con claridad absoluta en la frase final de la comunicación del Reino de España, conforme a la cual, la realización

---

<sup>53</sup> Comunicación de la Embajada de España del 2 de febrero de 1995, en respuesta a la carta del Ministerio de Relaciones Exteriores de El Salvador, del 31 de enero de 1995, incluido como anexo del Memorial sobre las Excepciones a la Jurisdicción de El Salvador.

<sup>54</sup> Idem.

de una inversión de conformidad con las leyes del Estado receptor es “*una condición necesaria para que una Inversión pueda beneficiarse*”.<sup>55</sup>

197. De acuerdo con lo anterior, no le asiste razón a la **Demandante** al señalar que para determinar si su inversión está comprendida dentro del objeto del **Acuerdo**, es necesario atender únicamente a la definición del término *inversión*, contenida en el Artículo I(2) del **Acuerdo**, en la que no se hace referencia alguna a la cláusula “de conformidad con la ley”, y que no es posible examinar a otras cláusulas del **Acuerdo** para determinar el tipo de inversiones que se encuentran protegidas por él.

198. En efecto, si los propios Estados Contratantes acordaron que la limitación “de conformidad con las leyes” podía ser incluida (como lo fue) en otras partes del **APPRI** distintas de la definición de inversión, como el referente a la promoción y admisión, es obvio que la interpretación restrictiva que sostiene **Inceysa** es incorrecta. Por lo tanto, la siguiente argumentación de la **Demandante** es contraria a la intención evidente de los Estados Contratantes:

“Es evidente que las cuestiones relativas a la “Promoción y admisión” así como de la “Protección” son unas cuestiones particulares reguladas en el ámbito de un acuerdo que tiene objetivos globales. La cuestión jurisdiccional no puede ser tratada a través de la interpretación de unas cláusulas particulares y especiales sino que tiene que ser examinada bajo la óptica general del ámbito de aplicación del Convenio. En referencia a las “inversiones” como objeto del acuerdo hay que remitirse a la definición contenida en el artículo 1 del APRI, única cláusula apta para delimitar el ámbito de aplicación del propio APRI. La definición de “inversión” contenida en el artículo 1 es abierta (en el sentido que no es exclusiva) y no excluyente (en el sentido que no contiene un elenco de tipo de inversiones expresamente excluidas del ámbito de aplicación del Convenio). Además la definición misma de “inversión” se concentra en la identificación de “tipos” objetivos de activos y no en juicios, que pueden ser subjetivos, como la conformidad a la ley nacional de las partes contratantes de las inversiones. En resumen: si una “inversión” es una inversión que cae en el ámbito de aplicación del APRI o no, habrá que atenerse a la definición contenida en el artículo 1 y no en otras cláusulas particulares del APRI.”<sup>56</sup>

---

<sup>55</sup> Idem.

<sup>56</sup> Memorial de Dúplica a las Excepciones sobre Jurisdicción, pág. 8, párrafo 22.

199. Igualmente, resultan infundadas las afirmaciones de **Inceysa** en su Memorial de Dúplica en el que expresa:

“[...] el único sentido lógico y jurídico a sostén de la interpretación literal y teleológica de la puntualización “*conforme a su legislación (disposiciones legales)*” es referible a la reserva, por parte del Estado Huésped de la inversión, de su soberanía, en el ámbito de la regulación de las condiciones de admisión de una inversión proveniente del otro Estado contratante así como de la regulación de su protección. Un Estado puede así limitar a su discreción el tipo de inversión admisible a través de sus normas internas (por ejemplo en caso de inversiones en sectores objeto de monopolio de Estado) sin tener que incumplir con el APRI, así como establecer libremente sus propias normas internas aptas para la protección de las inversiones extranjeras (evitando, por ejemplo, extender dicha protección a las inversiones no admitidas). Se trata de medidas de naturaleza económica no de cláusulas limitativas del consentimiento del Estado Huésped a la jurisdicción del CIADI”<sup>57</sup>.

200. Ahora bien, una vez analizada la intención de España y de **El Salvador**, manifiesta en los trabajos preparatorios del **Acuerdo**, es necesario atender a sus propios términos. Así, en congruencia con lo señalado por España, las condiciones que se imponen a las inversiones, se encuentran previstas en otras normas del **APPRI** específicamente, en dos distintos artículos que se refieren a la cláusula de “conformidad a las disposiciones legales”.

201. En el Artículo III denominado “*Protección*”, se prevé que “*Cada Parte Contratante protegerá en su territorio las inversiones efectuadas, conforme a su legislación...*”<sup>58</sup> por inversores de la otra Parte Contratante, con lo que se excluyen de la protección del **APPRI** a las inversiones realizadas de manera ilegal.

202. Sobre el particular, le asiste razón a la **Demandada** cuando afirma que:

“As a threshold matter, it seems clear that the placement of limiting language directly in Article III: “*Cada Parte Contratante protegerá en su territorio las inversiones efectuadas, conforme a su legislación...y no obstaculizará...tales inversiones...*”) bars any claim for violation of Article III with respect to an

<sup>57</sup> Idem, pág. 10, párrafo 25.

<sup>58</sup> Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre la República de El Salvador y el Reino de España, Artículo III (énfasis agregado).

investment made in significant contravention of Salvadoran law, such as through gross misrepresentation or fraud in a government tender process. El Salvador's consent to the imposition of Article III obligations -and hence to ICSID's jurisdiction to hear allegations of Article III violations- is expressly limited to investments made in accordance with law. Any other reading would render the language "conforme a su legislación" entirely without meaning".<sup>59</sup>

(Como un asunto preliminar, parece claro que el ubicar lenguaje limitante directamente en el Artículo III ("cada parte contratante protegerá en su territorio las inversiones efectuadas conforme a su legislación... y no obstaculizará... tales inversiones...") prohíbe cualquier reclamo de violación del Artículo III con respecto a una inversión hecha en significativa contravención de la ley salvadoreña tales como aquellas efectuadas por medio de claras simulaciones o fraudes en una licitación gubernamental. El consentimiento de El Salvador a la imposición de las obligaciones del Artículo III y, consecuentemente, a la jurisdicción del CIADI para conocer de alegatos de la violación de ese artículo, está expresamente limitado a las inversiones hechas de acuerdo con la ley. Cualquier otra lectura de ese texto dejaría a la expresión "conforme a su legislación" enteramente sin sentido). (Traducción libre del Tribunal).

203. En síntesis, interpretando de buena fe el Artículo III del **Acuerdo**, atribuyéndole a cada una de las palabras contenida en él, el sentido y alcances que las partes quisieron darle, y atendiendo a la voluntad de los Estados contratantes manifestada en los trabajos preparatorios, es claro que la única interpretación correcta del citado artículo debe ser en el sentido de que toda inversión realizada en contra de las leyes de El Salvador queda fuera de la protección del **Acuerdo** y, por ende, de la competencia de este Tribunal de Arbitraje.

204. A mayor abundamiento y en el mismo sentido, resulta contundente el Artículo II según el cual ese **Acuerdo**:

"[...] se aplicará también a las inversiones efectuadas antes de la entrada en vigor del mismo por los inversores de una Parte Contratante **conforme a las disposiciones legales** de la otra Parte Contratante en el territorio de esta última [...]"<sup>60</sup> (Énfasis agregado).

---

<sup>59</sup> Memorial sobre Excepciones a la Jurisdicción, pág. 64.

<sup>60</sup> Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre la República de El Salvador y el Reino de España, Artículo II.

205. De la lectura del artículo antes transcrito, resulta evidente que el **Acuerdo** no se aplicará a aquellas inversiones que se hubieren efectuado en el territorio de alguna de las partes signatarias antes de la entrada en vigor del **APPRI**, cuando hubieren sido realizadas de manera ilegal. En ese orden de ideas y de acuerdo con una interpretación por mayoría de razón, el **Acuerdo** tampoco se aplicará a las inversiones que, habiendo sido realizadas con posterioridad a la firma del **Acuerdo**, no se hayan efectuado de conformidad con la legislación de El Salvador.

206. La afirmación anterior se refuerza con la interpretación armónica del **Acuerdo**, pues la cláusula “de conformidad con la legislación” aparece tanto en el artículo relativo a “Protección”, como en el que regula la “Promoción y Admisión”, al señalar que no serán admitidas aquellas inversiones que no cumplan con el requisito de haber sido realizadas “de conformidad con las leyes” de los Estados signatarios (Artículo II, (1)). De lo anterior resulta evidente que el **APPRI** deja fuera de su alcance y de sus beneficios a las inversiones realizadas de manera ilegal.

207. Con base en los argumentos anteriores, este Tribunal de Arbitraje estima que el consentimiento otorgado por España y **El Salvador** en el **APPRI** se limita a aquellas inversiones realizadas de conformidad con las leyes del Estado receptor de dicha inversión. En consecuencia, este Tribunal resuelve que aquellas controversias que deriven de una inversión realizada de manera ilegal quedan fuera del consentimiento otorgado por las partes y, en consecuencia, no están sometidas a la jurisdicción del Centro ni este Tribunal tiene competencia para resolverlas, por no darse los supuestos del Artículo 25 del Convenio ni los del **APPRI**.

#### **viii. Análisis de la inversión de Inceysa a la luz de los alcances del consentimiento expresado por España y El Salvador en el APPRI**

208. Una vez que este Tribunal ha resuelto que el consentimiento otorgado por el Reino de España y la República de **El Salvador** excluye a aquellas inversiones que no fueron realizadas de conformidad con las leyes del Estado receptor, le corresponde



determinar si la inversión que generó la diferencia puesta a su consideración, fue realizada de acuerdo con las leyes del Estado huésped, es decir, de conformidad con las leyes de **El Salvador**, para posteriormente determinar si este Tribunal es competente o no para conocer de la diferencia que se ha sometido a su consideración.

209. Antes de resolver si la inversión realizada por **Inceysa** se encuentra protegida por el **APPRI**, por haber sido realizada de conformidad con las leyes de **El Salvador**, es importante reiterar que, al constituir la legalidad de dicha inversión un presupuesto para que este Tribunal pueda ser competente, la determinación de la citada legalidad solo puede ser hecha por el tribunal de la causa, es decir, por este Tribunal de Arbitraje.

210. Consecuentemente, cualesquiera pronunciamientos o resoluciones realizadas por los Estados parte del **Acuerdo** en relación con la legalidad o ilegalidad de la inversión no tiene validez ni importancia alguna para los efectos de determinar si se cumplen los supuestos del Artículo 25 del Convenio y los del **APPRI**, con el fin de decidir si el Tribunal de Arbitraje es competente o no para conocer de la diferencia sometida a su consideración.

211. Sostener un criterio diverso al antes descrito, implicaría dar a los Estados signatarios de acuerdos de protección recíproca de inversiones en los que se incluya la cláusula “de conformidad con la legislación”, la facultad de retirar su consentimiento de manera unilateral, (al determinar ellos mismos si una inversión fue hecha de acuerdo con su legislación), una vez que haya surgido una diferencia relativa a una inversión.

212. Por lo anterior, este Tribunal estima infundado el argumento de la **Demandante** en el sentido de que la determinación del supuesto carácter ilegal de la inversión de **Inceysa**, es una cuestión que ya ha sido resuelta en sentido contrario por la Corte Suprema de Justicia de **El Salvador** en dos ocasiones, constituyendo esas resoluciones *res iudicata* e impidiendo, por ende al Tribunal de Arbitraje hacer pronunciamiento alguno.

213. En efecto, lo que corresponde realizar a este Tribunal de Arbitraje es determinar la legalidad de la inversión para los efectos, única y exclusivamente, de resolver sobre su competencia. Dicha decisión no puede dejarse al arbitrio de los Tribunales del Estado huésped, pues con ello se daría a ese Estado la posibilidad de definir el alcance y contenido de su propio consentimiento a la jurisdicción del Centro, en forma unilateral y a su completa discreción.

214. A mayor abundamiento, y desde un punto de vista de estricta teoría procesal este Tribunal descarta que la determinación de la legalidad de la inversión de la **Demandante** tenga el carácter de cosa juzgada, por haber sido resuelta en sentido contrario por la Corte Suprema de Justicia de El Salvador. En efecto, como se verá, en este caso no se cumplen los requisitos básicos de la cosa juzgada, que son (i) identidad de partes e (ii) identidad de las prestaciones reclamadas.

215. Es claro que en los procesos invocados por la **Demandante**, las partes fueron diversas a las que participan en este arbitraje, ya que ellos fueron promovidos, respectivamente, por las sociedades Mustang, S.A. de C.V. y Supervisión y Control, S.A. en contra de la resolución MARN No 351-2000 por la que se adjudicó a **Inceysa** y a ICASUR la **licitación** para operar los centros de revisión técnica vehicular, por lo que es evidente que tampoco existió identidad de las prestaciones reclamadas.

216. Además, los asuntos resueltos por la Suprema Corte de Justicia versaban sobre la legalidad de ciertos actos de naturaleza administrativa, más no se examinó en esos procesos, en forma alguna, la inversión en sí misma.

217. De lo expuesto resulta obvio que en este caso no se dan los supuestos necesarios para estar en presencia de la *res iudicata* que alega **Inceysa**.

218. Precisado lo anterior, incumbe a este Tribunal determinar si la inversión objeto de la controversia fue realizada o no de conformidad con la legislación del Estado huésped, es decir, de conformidad con las leyes de **El Salvador**. Lo anterior, plantea una primera

necesidad para este Tribunal consistente en determinar los ordenamientos y principios jurídicos imperantes en **El Salvador** que son aplicables a la inversión que ha dado origen a la controversia que nos ocupa.

219. La controversia que se ha planteado deriva de supuestas violaciones al **APPRI**. Este acuerdo constituye, según el artículo 144 de la Constitución Política de **El Salvador**, legislación de dicha República, conforme lo dispone ese texto expresamente:

**“Artículo 144.-** 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...”. (Énfasis agregado).

220. De acuerdo con lo anterior, el **APPRI** como derecho vigente en **El Salvador** es la primera y especial legislación que este Tribunal debe analizar para determinar si la inversión de **Inceysa** se realizó de conformidad con el ordenamiento jurídico de esa Nación.

221. Lo anterior no implica, necesariamente, que la inversión objeto de la controversia aquí planteada está protegida por el **APPRI** sino que, para determinar si dicha inversión goza de esa protección, es necesario analizar si fue realizada cumpliendo con los requisitos que se imponen en ese acuerdo. En otras palabras, afirmar que el **APPRI** como legislación vigente de **El Salvador** es aplicable a la inversión de **Inceysa**, no equivale a afirmar que esta goce de la protección de este acuerdo.

222. Ahora bien, para determinar la manera de aplicar las disposiciones contenidas en el **APPRI** a la controversia que nos ocupa, el Tribunal analizará el párrafo 3 del Artículo XI, que establece lo siguiente:

“[...] 3. El arbitraje se basará en:

- las disposiciones del presente Acuerdo y las de otros acuerdos concluidos entre las Partes Contratantes;

- las reglas y principios de Derecho Internacional generalmente admitidos;
- el derecho nacional de la Parte Contratante en cuyo territorio se ha realizado la inversión, incluidas las reglas relativas a los conflictos de Ley [...]"

223. De conformidad con lo anterior, en aplicación del propio **APPRI** como legislación de El Salvador, este Tribunal se encuentra obligado a analizar las disposiciones de ese **Acuerdo** para resolver la cuestión planteada. Evidentemente, el **Acuerdo** no contiene reglas sustantivas que permitan determinar si la inversión de **Inceysa** se realizó de conformidad con la legislación de **El Salvador**. Por lo tanto, el Tribunal deberá acudir al análisis de otros instrumentos jurídicos para resolver este asunto.

224. La remisión hecha en el **Acuerdo** a las reglas y los principios de Derecho Internacional generalmente admitidos, obliga a este Tribunal, en primer lugar y antes de analizar la legislación emitida por los órganos internos del gobierno de **El Salvador**, a determinar si conforme a los citados principios y reglas, la inversión de **Inceysa** puede considerarse como legalmente realizada.<sup>61</sup>

225. Para definir cuáles son los principios y reglas de Derecho Internacional generalmente admitidos a que hace referencia el **APPRI**, resulta útil considerar lo dispuesto por el Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia el cual a la letra señala que:

“Artículo 38.

1. La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar:

- a) las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes;
- b) la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho;

---

<sup>61</sup> 222 *in fine*.

c) los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas;

d) Las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho...” (Énfasis agregado).

226. De acuerdo con el precepto antes transcrito, los principios generales de derecho se colocan como fuente autónoma o directa del Derecho Internacional, al lado de las convenciones y la costumbre internacionales.

227. Sin pretender definir lo que son los principios generales del derecho, el Tribunal consigna que, de manera generalizada, estos han sido entendidos como reglas generales sobre las que existe un consenso internacional para considerarlas como estándares universales y normas de conducta que siempre deben ser aplicadas y que son, en opinión de importantes tratadistas, normas de derecho en las que se fundan los propios ordenamientos jurídicos estatales.

The international sources of international commercial arbitration law are invariably of public origin. They largely consist of international conventions but also include international custom, general principles of law and judicial decisions, as listed in Article 38 of the Statute of the International Court of Justice.

In international commercial arbitration, however, only general principles of law play an important role. They are frequently applied by arbitrators, particularly, though not exclusively, when dealing with international state contracts”.<sup>62</sup>

(Las fuentes internacionales del derecho internacional de arbitraje comercial son invariablemente de origen público. En gran parte consisten en convenciones internacionales, pero también incluyen a la costumbre internacional, los principios generales del derecho y a la jurisprudencia, según se enumera en el Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

Sin embargo, en el arbitraje comercial internacional, solamente los principios generales del derecho tienen un papel importante. Son frecuentemente aplicados por los árbitros, particularmente, aunque no exclusivamente, cuando se trata de contratos internacionales públicos). (Traducción libre del Tribunal).

---

<sup>62</sup> E. Gaillard and J. Savage, Chapter II-Sources of International Commercial Arbitration, Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration (eds.) (1999), pág. 93.

228. Otro autor se refiere a este tema así:

“Los principios generales de Derecho son conceptos jurídicos fundamentales, es decir, que por su validez universal se preservan a través del tiempo y del espacio, y, por lo tanto, constituyen una fuente formal desde el momento que sirven de base a la creación de las normas jurídicas, bien generales o individualizadas. Estos postulados lógico-jurídicos orientan al creador de las normas generales (legislador o plenipotenciario facultado para celebrar un tratado internacional); al teórico que especula sobre esas normas generales o sobre problemas filosófico-jurídicos relacionados con ellos (jurisconsulto); al creador de las normas jurídicas individualizadas (juez o funcionario representante del Estado); y a todo aquel que pretende enjuiciar la validez intrínseca de un precepto vigente”.

“Los principios generales de Derecho desempeñan una magnífica misión complementaria del orden jurídico, bien nacional, o internacional”.<sup>63</sup>

229. Expuesto lo anterior, a continuación se analiza la inversión de **Inceysa** a la luz de los principios generales de derecho que el Tribunal de Arbitraje considera aplicables al caso.

#### **a) Violación al Principio de Buena Fe**

230. La buena fe es un principio supremo al que están sujetas las relaciones jurídicas en todos sus aspectos y contenido. Sobre el alcance y contenido del principio de buena fe, conviene tener en cuenta los siguientes comentarios:

“La expresión latina bona FIDE se utiliza en su versión o traducida a diversos idiomas, en castellano buena fe, para indicar espíritu de lealtad, de respeto al derecho, y de fidelidad, es decir, como ausencia de simulación, de dolo, en las relaciones entre dos o más partes en un acto jurídico”.<sup>64</sup>

231. En el ámbito contractual, la buena fe se manifiesta como la ausencia de engaños y artificios durante el proceso de negociación y otorgamiento de los actos que dieron origen a la inversión, así como la lealtad, la verdad y el ánimo de mantener el equilibrio en las prestaciones recíprocas de las partes. Al respecto, el Maestro Díez Picazo se ha manifestado señalando que:

---

<sup>63</sup> Arellano García Carlos. Derecho Internacional Privado, 4ta Edición, Editorial Porrúa, México, 1980, pág. 87.

<sup>64</sup> Diccionario Jurídico Mexicano, Universidad Nacional Autónoma de México, Editorial Porrúa, México, 1991, pág. 362.

“La buena fe es, según sabemos, un estándar de conducta arreglada a los imperativos éticos exigibles de acuerdo con la conciencia social imperante”.<sup>65</sup>

232. Toda relación jurídica parte de un presupuesto básico indispensable consistente en la confianza que cada parte deposita en la otra. Si esta confianza no existiera, las partes nunca hubieran entablado la relación jurídica de que se trate, pues el incumplimiento de los compromisos asumidos se constituiría en una certeza cuya única indeterminación sería de carácter temporal.

233. Esta confianza implícita en toda relación jurídica, se funda en la buena fe con que las partes deben actuar al momento de entablar la relación jurídica, la cual se impone como una norma o estándar generalmente aceptado. Afirmar lo contrario implicaría suponer que el compromiso ha sido realizado para incumplirse, lo que es una afirmación manifiestamente contraria a la máxima *Pacta Sunt Servanda*, unánimemente aceptada en los ordenamientos jurídicos.

234. Para este Tribunal es claro que la inversión efectuada por **Inceysa** en el territorio de **El Salvador** y que ha dado origen a la controversia que nos ocupa **fue realizada en contravención al principio de buena fe.**

235. Durante el procedimiento que se ha sustanciado ante este Tribunal, han quedado probadas las contravenciones de **Inceysa** al principio de la buena fe que debe reinar en las relaciones jurídicas.

236. Entre las violaciones de **Inceysa** al principio de buena fe, que han quedado demostradas en el capítulo IV del presente laudo, el Tribunal consigna las siguientes: (i) la presentación de información financiera falsa por **Inceysa** como parte de la oferta que hizo para participar en la **licitación**; (ii) la realización de manifestaciones falsas, durante el proceso de licitación, en relación con la experiencia y capacidad necesarias para

---

<sup>65</sup> Díez Pícazo, Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, Editorial Civitas, Madrid, Quinta Edición, pág. 398.

cumplir con los términos del **Contrato**, particularmente en lo que se refiere a su supuesto socio estratégico; (iii) la falsedad de los documentos mediante los que **Inceysa** pretendió probar el grado profesional del señor Antonio Felipe Martínez Lavado, en cuya trayectoria basaba, en gran medida, su supuesta idoneidad para desempeñar las funciones que le fueron encomendadas al ganar la **licitación**; y (iv) el hecho de haber ocultado la vinculación existente entre **Inceysa** y la empresa ICASUR, en franca violación de uno de los pilares fundamentales de las bases de la **licitación**.

237. Las conductas antes mencionadas, constituyen una obvia violación al principio de buena fe que debe imperar en toda relación jurídica. Este Tribunal considera que esas transgresiones a ese principio cometidas por **Inceysa**, representan violaciones a las bases fundamentales de la **licitación** que hizo posible que ella hiciera la inversión que generó la controversia que hoy nos ocupa. Para este Tribunal resulta claro que, de haberse conocido las citadas violaciones de **Inceysa**, el Estado huésped, en este caso, **El Salvador**, no hubiera permitido que ella hiciera su inversión.

238. **El Salvador** otorgó su consentimiento a la jurisdicción del Centro, presuponiendo, de parte de los futuros inversionistas, una actuación de buena fe. El Salvador no tuvo elementos para suponer que **Inceysa** presentaría información falsa y que realizaría actos dolosos con el fin de entablar una relación jurídica con el MARN, que se concretó en el **Contrato** que origina la presente controversia.

239. Al falsear los hechos, **Inceysa** violó el principio de buena fe, desde el momento en que hizo su inversión y, por ende, no la realizó de conformidad con la legislación salvadoreña. Ante esta situación este Tribunal no puede sino declarar su incompetencia para conocer del reclamo de **Inceysa**, pues su inversión no puede gozar de la protección del **APPRI**, por haberlo dispuesto así las partes en la etapa de negociación y en el otorgamiento de ese acuerdo.

**b) Violación al Principio *Nemo Auditur Propiam Turpitudinem Allegans***



240. Este Tribunal resuelve, además, que la inversión realizada por **Inceysa** viola el principio *Nemo Auditur Propiam Turpitudinem Allegans* y que se ha enunciado en español como que **nadie puede beneficiarse de su propia torpeza o dolo**. En relación con este principio, existen diversas máximas que, resultan claramente aplicables al caso que nos ocupa:

- a) “*Ex dolo malo non oritur actio*” (ningún derecho a accionar puede tener su origen en el dolo).
- b) “*Malitiis nos est indulgendum*” (ante la conducta maliciosa no debe haber indulgencia).
- c) “*Dolos suus neminem relevat*” (a nadie se le exonera de su propio dolo).
- d) “*In universum autum haec in ea re regula sequenda est, ut dolos omnimodo puniatur*” (de modo general ha de observarse la regla de que el dolo será castigado en todo caso).
- e) “*Unusquisque doli sui poenam sufferat*” (cada uno debe soportar la pena por su propio dolo).
- f) “*Nemini dolos suus prodesse debet*” (nadie debe aprovecharse de su propio dolo).

241. Todas las máximas jurídicas antes referidas están fundamentadas en la justicia y han sido creadas a partir de la resolución de casos concretos.

242. Aplicando el principio primeramente señalado al caso en estudio, se puede afirmar que un inversor extranjero no puede pretender beneficiarse de una inversión realizada mediante uno o varios actos ilegales y, consecuentemente, gozar de la protección que le confiere el Estado receptor, como es, el acceso al arbitraje internacional para la solución de sus controversias, pues es evidente que su actuación tuvo un origen doloso y, como lo sostiene la máxima jurídica, “nadie puede beneficiarse de su propio dolo”.

243. En la controversia que ocupa a este Tribunal de Arbitraje, existen hechos y razones claras que configuran el supuesto antes indicado, puesto que **Inceysa** actuó de

manera impropia para que se le adjudicara la **licitación** que hizo posible su inversión y, por ende, no puede concedérsele la protección que el **APPRI** otorga. Sostener una posición contraria resultaría en una violación a los mencionados principios generales de derecho que, como se ha expuesto, forman parte de la legislación salvadoreña.

244. La clara y contundente evidencia de las violaciones cometidas por **Inceysa** durante el proceso de la **licitación**, lleva a este Tribunal a resolver que la inversión de **Inceysa** no puede, bajo ninguna circunstancia, gozar de la protección del **APPRI**. Permitir que **Inceysa** se beneficiara de la realización de una inversión claramente violatoria de los fundamentos de la licitación en que se originó, sería una falta grave a la justicia que este Tribunal está obligado a impartir. Ningún sistema jurídico sustentado en bases racionales permite que se beneficie quien ha realizado una cadena de actos claramente ilegales.

#### **c) Violación al orden público internacional**

245. El orden público internacional está constituido por el conjunto de principios fundamentales que constituyen la esencia misma del Estado,<sup>66</sup> y tiene como función esencial la de preservar los valores del ordenamiento jurídico internacional contra actuaciones contrarias a él.<sup>67</sup>

246. En congruencia con lo anterior, la inclusión de la cláusula “conforme a la legislación” en diversos artículos del **APPRI** es una clara manifestación del citado orden público internacional, que demuestra la clara y contundente intención de los Estados signatarios de excluir de su protección a las inversiones realizadas en contravención al derecho interno de cada uno de ellos.

---

<sup>66</sup> Monroy Cabra, Marco Gerardo. Tratado de Derecho Internacional Privado. Editorial Temis, Quinta Edición, Colombia, 1999, pág. 249.

<sup>67</sup> Goldschmidt, Derecho Internacional Privado. Editorial Desalma, Octava Edición, Buenos Aires, pág. 163.

247. De este modo, la inclusión de la cláusula “conforme a la legislación” en los acuerdos de protección recíproca de inversiones obedece a políticas públicas internacionales tendientes a sancionar actos ilícitos y sus efectos consecuentes.

248. Es irrefutable que el respeto a la legalidad se constituye como una cuestión de orden público no sólo en El Salvador sino en todo país civilizado. De declararse este Tribunal competente para conocer de las diferencias entre las partes, estaría ignorando por completo el hecho de que, por encima de cualquier pretensión de un inversor, se encuentra una disposición meta-positiva que prohíbe atribuir efectos a un acto realizado de manera ilegal.

249. Este Tribunal considera que asumir la competencia para resolver la controversia planteada supondría reconocer en favor del inversor unos derechos consignados en el **APPRI** para las inversiones hechas de conformidad con la ley del país huésped. No es posible reconocer la existencia de derechos nacidos como consecuencia de actos ilegales, pues ello atentaría contra el respeto a la legalidad que, como se ha dicho, es un principio de orden público internacional.

250. El Tribunal, coincide con **El Salvador** al señalar que, una interpretación del **Acuerdo** que permitiera la protección de inversiones realizadas en forma fraudulenta, tendría enormes repercusiones para aquellos Estados que hubieren firmado acuerdos de protección recíproca a las inversiones en los que se hubiera incluido la cláusula “de conformidad con la legislación”, con el objeto de excluir de la protección de dichos tratados a aquellas inversiones que no se hubieren hecho conforme a las leyes y otras normas del Estado receptor de la inversión.

251. En este tenor, **El Salvador** sostuvo acertadamente que:

“The interpretation of the El Salvador-Spain Investment Treaty raises broader public policy issues than just the fate of Inceysa’s damages claim. As discussed above, there are countless other investment treaties involving dozens of other countries that contain similar “in accordance with law” clauses. If one Investment

Treaty is read as protecting fraudulent or illegal investments, the others are open to the same interpretation. But under the general principle of good faith interpretation, treaties should be interpreted where possible to exclude fraud, not encourage it. This is consistent with the public policy maxim *ex dolo malo non oritur actio*, that “no right of action can have its origin in fraud”: one obtaining rights by fraud should not be able to further benefit by bringing legal action to enforce those illegally obtained rights.<sup>68</sup>

(La interpretación del Tratado de Inversión El Salvador-España suscita cuestiones más amplias de política pública que el reclamo de daños de Inceysa. Como se discutió anteriormente, hay un sinnúmero de tratados de inversión que comprenden a docenas de otros países los cuales contienen la cláusula “conforme a su legislación”. Si se lee un tratado de inversión en el sentido de que protege inversiones fraudulentas e ilegales, los demás estarían sujetos a la misma interpretación. Sin embargo, según el principio general de interpretación de buena fe, los tratados deben ser interpretados, cuando sea posible, en el sentido de excluir y no de promover el fraude. Esto es congruente con la máxima de política pública de *ex dolo malo non oritur actio* de que ningún derecho a accionar puede tener su origen en el fraude: quien obtenga derechos por medio de fraude no puede beneficiarse adicionalmente, recurriendo a acciones legales para exigir los derechos que obtuvo ilegalmente). (Traducción libre del Tribunal).

252. De acuerdo con lo anterior, no excluir la inversión de **Inceysa** de la protección del **APPRI** sería una violación al **orden público internacional** que este Tribunal no puede permitir. Por lo tanto, este Tribunal de Arbitraje resuelve que la inversión de **Inceysa** no está amparada por el **APPRI**, por ser contraria al orden público internacional.

#### **d) Violación al principio que prohíbe el enriquecimiento ilícito**

253. Los actos cometidos por **Inceysa** durante el proceso de licitación atentan contra el principio jurídico que prohíbe el **enriquecimiento ilícito**.

254. Los ordenamientos jurídicos positivos de las naciones que se rigen por el régimen de Derecho Civil reconocen que, cuando la causa del incremento patrimonial de un determinado sujeto es ilegítima, dicho enriquecimiento debe ser sancionado impidiendo su consumación.

---

<sup>68</sup> Memorial sobre Excepciones a la Jurisdicción, pág. 72.

255. Aplicando el principio que se comenta al supuesto que nos ocupa, se advierte que **Inceysa** se ha valido del engaño para obtener un beneficio que de otra forma no hubiera podido obtener. Así, por medio de conductas violatorias de los principios de derecho antes enunciados, **Inceysa** pretendió enriquecerse, suscribiendo un contrato administrativo con el MARN que, sin lugar a dudas, le produciría una utilidad considerable.

256. La contundencia de las evidencias que acreditan las violaciones enumeradas en el capítulo IV del presente laudo llevan a este Tribunal a resolver que una interpretación que otorgara la protección del APPRI a la inversión ilícita de **Inceysa** favorecería su enriquecimiento ilícito, lo cual ningún Tribunal constituido conforme al Convenio puede avalar.

257. En conclusión, el Tribunal estima que, debido a que la inversión de **Inceysa** fue realizada en forma abiertamente ilegal, no está comprendida dentro de los alcances del consentimiento expresado por España y la República de **El Salvador** en el APPRI y, en consecuencia, las diferencias derivadas de ella no están sometidas a la jurisdicción del Centro. Consecuentemente este Tribunal de Arbitraje se declara incompetente para conocer de la controversia que le ha sido planteada.

#### **ix. Análisis de la inversión de Inceysa a la luz de la Ley de Inversiones de El Salvador**

258. Partiendo de las consideraciones expuestas en las páginas precedentes, este Tribunal no puede sino sostener que la inversión realizada por **Inceysa** también está excluida de la oferta unilateral de la jurisdicción del **Centro** realizada por el Estado salvadoreño en su Ley de Inversiones, ya que no reúne el requisito de legalidad necesario para que se den los supuestos en los que **El Salvador** accedió a someterse al **Centro**.

259. En efecto, al igual que acontece con el APPRI, para que **Inceysa** pueda acceder a la jurisdicción del **Centro**, es indispensable que su inversión cumpla con el presupuesto de legalidad, tal y como lo sostiene el Dr. José Roberto Tercero Zamora, en su opinión de experto:

“Cualquier consentimiento a arbitraje ofrecido unilateralmente por El Salvador en la Ley de Inversiones estaría en todo caso condicionada a la legalidad de la inversión”.<sup>69</sup>

260. Esta exigencia de legalidad se desprende de la propia Constitución de El Salvador que, en su artículo 96, establece lo siguiente:

“Los extranjeros, desde el instante en que llegaren al territorio de la República, estarán estrictamente obligados a respetar a las autoridades y a obedecer las leyes, y adquirirán derecho a ser protegidos por ellas” (el énfasis no aparece en el original).<sup>70</sup>

261. En el mismo sentido que la Constitución, la Ley de Extranjería de la República de El Salvador señala en forma expresa que:

“Los extranjeros, desde el instante que ingresen al territorio nacional, están obligados a respetar la Constitución, las leyes secundarias y las autoridades de la República; adquiriendo el derecho a ser protegidos por ellas” (énfasis agregado).<sup>71</sup>

262. En congruencia con la Constitución y la Ley de Extranjería, nadie que haya violado en forma sistemática los principios y fundamentos legales que hicieron posible su inversión, puede acogerse a la protección de esa ley. A efecto de que un particular o sociedad extranjera puedan beneficiarse o ser protegidos por la legislación salvadoreña, deben cumplir con la condición de haber respetado y obedecido las leyes en que se pretenden amparar. El principio anterior se expresa en la propia Ley de Inversiones, que

---

<sup>69</sup> Opinión Experta del Dr. Tercero, para. 34.

<sup>70</sup> Constitución de la República de El Salvador, Art. 96.

<sup>71</sup> Ley de Extranjería, Art. 4.

impone a los inversionistas la obligación de cumplir las leyes del Estado salvadoreño al señalar que:

“Todo inversionista nacional o extranjero deberá cumplir con las obligaciones establecidas en las leyes, especialmente aquellas en materia fiscal, laboral y de seguridad social”.<sup>72</sup>

263. Reconocer que la oferta unilateral de la jurisdicción del **Centro** formulada por **El Salvador** en su Ley de Inversiones incluye a aquellas disputas originadas en inversiones abierta y claramente contrarias a las leyes de **El Salvador**, equivaldría a contradecir el texto de la propia Constitución salvadoreña y el de las demás leyes de ese país referentes a esta materia. Igualmente, un reconocimiento en el sentido anterior sería una violación al orden público, y contravendría el principio que señala que “nadie puede beneficiarse de su propio dolo.” Así, pues, la interpretación sistemática de la Constitución, de la Ley de Extranjería, de la Ley de Inversiones, y de los principios generales de derecho, excluyen a **Inceysa** del derecho para acceder a la jurisdicción del **Centro**.

264. Por lo expuesto y considerando las violaciones a la legislación salvadoreña en las que **Inceysa** incurrió al hacer su inversión y que han sido descritas en las páginas precedentes, este Tribunal resuelve que **Inceysa** no puede gozar de los derechos que esa Ley de Inversiones confiere, toda vez que su “inversión” no reviste la condición de legalidad necesaria para ubicarse dentro de los alcances y protección de esa ley. Por ende, este Tribunal de Arbitraje niega la jurisdicción del **Centro** y su competencia para resolver las reclamaciones derivadas de la inversión de **Inceysa**.

## **B. Análisis de la competencia del Tribunal de Arbitraje conforme al Contrato de prestación de servicios celebrado entre El Salvador e Inceysa**

### **i. Posición de las Partes**

---

<sup>72</sup> Ley de Inversiones, Art. 14.

265. La discusión sobre la competencia del Tribunal de Arbitraje con fundamento en el **Contrato** fue planteada por **Inceysa** lo que dio lugar a un complejo debate que involucra no sólo al **Contrato** sino a múltiples cuerpos normativos de **El Salvador**. Dada la amplitud y complejidad de las argumentaciones de las partes, este Tribunal de Arbitraje estima pertinente referirse en detalle a la posición de cada una de ellas.

**a) Posición de Inceysa**

266. De conformidad con lo que expresa en la Solicitud de Arbitraje, **Inceysa** sostiene que la jurisdicción del Centro para resolver las controversias suscitadas con motivo del **Contrato** encuentra su fundamento en el “reenvío” que la Cláusula Vigésima Primera de ese **Contrato** hace a la legislación salvadoreña, al señalar al arbitraje como mecanismo de solución de diferencias. (Solicitud de Arbitraje, págs. 61 a 63). La referida cláusula establece textualmente lo siguiente:

**“CLÁUSULA VIGÉSIMA PRIMERA. ARBITRAJE.** En los casos de controversia, disputas o diferentes interpretaciones de este contrato después de agotar el trato directo, ambas partes acuerdan someterse a un proceso de arbitraje de conformidad a la Legislación salvadoreña” (énfasis agregado).

267. Bajo esta línea de razonamiento, si bien es cierto, como lo reconoce la **Demandante** en su escrito de Solicitud de Arbitraje que, en el **Contrato** no se otorga “expresamente competencia directa al CIADI, como a ninguna otra Institución internacional de Arbitraje”,<sup>73</sup> de conformidad con la legislación salvadoreña, que es a la que reenvía el **Contrato**, el Centro tiene jurisdicción para conocer de la presente controversia.

268. Para sostener lo anterior, la **Demandante** considera que son aplicables a este caso las siguientes disposiciones legislativas de El Salvador:

i) Artículo 25 de la Ley de Mediación, Conciliación, y Arbitraje, que establece lo siguiente:

---

<sup>73</sup> Solicitud de Arbitraje, pág. 61, párrafo 125.



“Podrán someterse a arbitraje las controversias en las que el Estado y las personas jurídicas de derecho público son partes interesadas, siempre que versen sobre derechos disponibles y deriven de una relación jurídica patrimonial de derecho privado o de naturaleza contractual.

En las controversias derivadas de los contratos que el Estado salvadoreño o las personas de derecho público celebren con nacionales o con extranjeros domiciliados, se estará a lo dispuesto en leyes especiales o en tratados o convenios internacionales y, en su defecto, a lo establecido por esta ley.

Podrán conocer del arbitraje para este tipo de controversias los Centros establecidos por la presente Ley.

Las empresas de derecho privado con capital estatal o las de economía mixta pueden acordar libremente y sin requisito de previa autorización que las controversias derivadas de los contratos que celebren con nacionales o extranjeros domiciliados o que se refieran a sus bienes propios, sean sometidos a Arbitraje”.

ii) Artículo 77 de la misma Ley de Mediación, Conciliación, y Arbitraje, que dispone:

“Pueden ser sometidas a Arbitraje Internacional dentro o fuera del país, libremente y sin requisito de previa autorización, las controversias derivadas de los contratos que el Estado salvadoreño y las entidades de derecho público celebren con nacionales o extranjeros no domiciliados o que deriven de una relación jurídica patrimonial de derecho privado, siempre que versen sobre derechos disponibles.

En todos estos supuestos, el arbitraje deberá realizarse ante un Centro de Arbitraje de reconocido prestigio y el Estado o sus entidades podrán someterse a los reglamentos y normas de las mismas”.

iii) Artículo 15 de la Ley de Inversiones, que establece:

“En caso que surgieren controversias o diferencias entre los inversionistas nacionales o extranjeros y el Estado, referentes a inversiones de aquéllos, efectuadas en El Salvador, las partes podrán acudir a los tribunales de justicia competentes, de acuerdo a los procedimientos legales.

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

a) Al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), con el objeto de resolver la controversia mediante conciliación y

arbitraje, de conformidad con el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados (Convenio del CIADI);

b) Al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), con el objeto de resolver la controversia mediante conciliación y arbitraje, de conformidad con los procedimientos contenidos en el Mecanismo Complementario del CIADI; en los casos que el inversionista extranjero parte en la controversia sea nacional de un Estado que no es parte contratante del Convenio CIADI”.

iv) Artículo 165 de la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública, que dispone lo siguiente:

“Intentado el arreglo directo sin hallarse solución a alguna de las diferencias, podrá recurrirse al arbitraje de árbitros arbitradores con sujeción a las disposiciones que les fueren aplicables de conformidad a las leyes pertinentes, teniendo en cuenta las modificaciones establecidas en este capítulo”.

269. Finalmente, con el propósito de justificar la jurisdicción del Centro para conocer de las diferencias derivadas del **Contrato**, **Inceysa** afirma también que a este caso es aplicable el propio **APPRI** celebrado entre España y **El Salvador**, por ser este tratado internacional parte sustancial de la legislación salvadoreña, según lo establecido por el Artículo 144 de la Constitución de **El Salvador**. **Inceysa** no da explicación alguna sobre cuál de las disposiciones de dicho tratado justifica la competencia de este Tribunal de Arbitraje para conocer de las diferencias derivadas del **Contrato**.

#### **b) Posición de El Salvador**

270. En su Memorial sobre Excepciones a la Jurisdicción, **la Demandada** sostiene que la jurisdicción del Centro para conocer diferencias contractuales nunca fue consentida por **El Salvador** y que, por el contrario, el mecanismo pactado en el **Contrato** para solucionar esta clase de controversias fue un arbitraje local, según se desprende del texto del propio **Contrato** y de la declaración de los negociadores de este por parte del MARN, los señores José Antonio Calderón Martínez y Marcial Antonio Pineda Zamora. (Memorial sobre Excepciones a la Jurisdicción, pág. 78).

271. **El Salvador** argumenta que la intención de las partes al pactar la Cláusula Vigésima Primera del **Contrato** fue la de establecer como mecanismo de solución de controversias un arbitraje local *ad hoc*, que se regiría por las normas sobre arbitraje entonces vigentes en **El Salvador**, contenidas en el Código de Procedimiento Civil, el Código de Comercio y el Código de Procedimientos Mercantiles, y no un arbitraje internacional administrado por el Centro. Agrega que, aún en el caso de que la legislación salvadoreña a la que se refiere la **Demandante** fuera aplicable al caso, por el supuesto reenvío que hace la citada Cláusula Vigésima Primera del **Contrato**, el hecho es que ninguna norma de la legislación de El Salvador autoriza la jurisdicción del Centro para violaciones meramente contractuales y que no existe el consentimiento escrito suyo a la jurisdicción del Centro para estos asuntos, como lo exige el Artículo 25 del Convenio del CIADI.

272. En apoyo de su posición argumentativa, **El Salvador** sostiene que los principales doctrinarios sobre arbitraje internacional sostienen que, cuando las partes no señalan en sus acuerdos de arbitraje a una institución administradora de arbitrajes o a un conjunto de reglas de arbitraje, se considera que han pactado como mecanismo para la solución de diferencias un arbitraje *ad hoc*. Los autores a los que la **Demandada** se refiere son Gary B. Born y Alan Redfern y Martin Hunter, quienes manifiestan respectivamente lo siguiente:

“Ad hoc arbitrations are not conducted under the auspices or supervision of an arbitral institution. Instead, parties simply agree to arbitrate, without designating any institution to administer their arbitration”.<sup>74</sup>

(Los arbitrajes *ad hoc* no se conducen bajo los auspicios o la supervisión de una institución arbitral. Las partes simplemente convienen en un arbitraje, sin designar ninguna institución que lo administrará). (Traducción libre del Tribunal).

“An ad hoc arbitration usually takes place when the arbitration clause in the original agreement between the parties provides for arbitration without designating any arbitral institution and without referring to any particular set of institutional rules.”<sup>75</sup>

---

<sup>74</sup> G. BORN. *International Commercial Arbitration*, 2d ed., 2001 pág. 12.

<sup>75</sup> A. Redfern & M. Hunter. *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, 3d ed., 1999 pág. I-82.

(Un arbitraje *ad hoc* usualmente tiene lugar cuando la cláusula arbitral que aparece en el contrato original celebrado por las partes prevé un arbitraje, sin designar una institución arbitral y sin referirse a un grupo particular de normas institucionales). (Traducción libre del Tribunal).

273. En congruencia con lo anterior y siguiendo la opinión experta del Dr. Tercero (Declaración de José Roberto Tercero Zamora, 13 de setiembre del 2004, pág. 5), El Salvador considera que, en aplicación del párrafo segundo del Artículo 1437 del Código Civil salvadoreño que rige al **Contrato**, su Cláusula Vigésima Primera debe interpretarse “en contra” de la pretensión de la **Demandante** y, por ende, se debe entender que ella se refiere a un arbitraje local *ad hoc*.

274. En efecto, aplicando los principios de interpretación de los contratos previstos en el Código Civil, el Dr. Tercero sostiene, en su opinión como experto, que el mecanismo de solución de controversias previsto en el Contrato es el de un arbitraje local. (Ibid, pág. 6.)

275. Para sostener su afirmación, el Dr. Tercero parte de la premisa de que fue por petición de “los abogados de las empresas españolas que ganaron la licitación” que se incluyó en el **Contrato** la mencionada Cláusula Vigésima Primera. Llega a esa conclusión partiendo de (i) la Declaración Testimonial del Lic. Pineda<sup>76</sup> y (ii) que en las bases de la **licitación** no se incluyó ninguna referencia al arbitraje y, por tanto, si se incluyó en el **Contrato** fue por petición de **Inceysa**.

276. El segundo párrafo del Artículo 1437 del Código Civil de El Salvador establece lo siguiente:

“Las cláusulas ambiguas que hayan sido extendidas o dictadas por una de las partes, sean acreedora o deudora, se interpretarán en contra suya, siempre que la ambigüedad provenga de la falta de una explicación que haya debido darse por ella”.

---

<sup>76</sup> Declaración Testimonial del Lic. Marcial Antonio Pineda Zamora del 25 de agosto del 2004, págs. 3 y 4.

277. Así las cosas, según **El Salvador** y el Dr. Tercero, conforme al texto del artículo citado, al haber sido los abogados de las empresas españolas quienes “extendieron” la Cláusula Vigésima Primera (según el dicho del Lic. Pineda), su supuesta ambigüedad es directamente imputable a **Inceysa**, pues de haber querido ella someter las diferencias derivadas del **Contrato** a un arbitraje internacional bajo las reglas del CIADI, **Inceysa** pudo haber propuesto términos claros y precisos, que no dejaran duda sobre la intención de los contratantes. La falta de claridad debe interpretarse entonces en contra de **Inceysa**, según el artículo mencionado.

278. **El Salvador** sostiene que la voluntad de las partes al pactar la Cláusula Vigésima Primera del **Contrato** fue la de establecer un arbitraje local que se regiría por las normas sobre arbitraje vigentes en ese país al momento de la firma del **Contrato**, esto es, las reglas establecidas en el Código de Procedimientos Civiles, el Código Comercio y el Código de Procedimientos Mercantiles, pero de ninguna forma, por las disposiciones legislativas en las que la **Demandante** pretende fundamentar la jurisdicción del Centro.

279. A mayor abundamiento, **El Salvador** argumenta que, aún en el caso de que las disposiciones en las que **Inceysa** pretende fundar la jurisdicción del Centro fueran aplicables al caso que nos ocupa, ninguna de ellas supone el consentimiento de **El Salvador** a la jurisdicción del Centro, para resolver diferencias meramente contractuales, según se expone a continuación.

280. **APPRI**. **El Salvador** argumenta que el reenvío que la Cláusula Vigésima Primera del **Contrato** hace a la legislación salvadoreña, comprendiendo dentro de ella al **APPRI**, no puede conferir jurisdicción al Centro para conocer de controversias meramente contractuales, simple y llanamente porque el **APPRI** no confiere esta jurisdicción.

281. En efecto, según **El Salvador**, la Cláusula XI del **APPRI** confiere jurisdicción al Centro para conocer de “*cuestiones reguladas por el presente acuerdo*”, y no sobre cuestiones meramente contractuales, como lo pretende **Inceysa**.

282. **Ley de Inversiones.** En congruencia con su defensa, **El Salvador** afirma que la protección otorgada por la Ley de Inversiones se limita, exclusivamente, a las inversiones realizadas de conformidad con su legislación y que, por ende, el Artículo 15 de su Ley de Inversiones no puede ser el fundamento de la jurisdicción del Centro para conocer de una diferencia relativa a una inversión originada en un contrato.

283. **El Salvador** afirma, además, que **Inceysa** no puede basar la jurisdicción del Centro para conocer de diferencias contractuales en el Artículo 15 de la Ley de Inversiones pues, para hacerlo, su acción debería derivar de un derecho conferido por la propia Ley y no, como en el caso que nos ocupa, de un derecho derivado de un contrato. Al respecto, **El Salvador** manifestó lo siguiente:

“[...] to invoke the particular alternate dispute provision set forth in the law – arbitration before ICSID– a foreign investor’s claim must have as its essential cause of action a right or benefit conferred by that Law. Nothing in the text or the legislative history of the Investment Law suggests an intent to override parties’ private agreements for resolution of contractual disputes. Certainly, nothing suggests that the Investment Law was meant to allow foreign investors who had expressly agreed to local arbitration of contractual disputes to invoke Article 15 to escape that agreement”.<sup>77</sup>

([...] para invocar la particular disposición sobre resolución alternativa de disputas establecida en la ley -arbitraje ante el CIADI- el reclamo de un inversionista extranjero debe tener como su causa de acción esencial un derecho o beneficio conferido por esa Ley. Ninguna norma del texto ni la historia legislativa de la Ley de Inversiones sugieren que exista la intención de dejar sin efecto los acuerdos privados de las partes para la resolución de disputas contractuales. Ciertamente, nada sugiere que la Ley de Inversiones tuviera el propósito de permitir a los inversionistas extranjeros, que hubieran convenido expresamente, en un arbitraje local para resolver sus disputas contractuales, invocar el Artículo 15 para escapar de ese acuerdo). (Traducción libre del Tribunal).

284. **Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública.** **El Salvador** sostiene que ni el Artículo 165 de esta Ley, ni ningún otro pueden servir de fundamento para la jurisdicción del Centro sobre reclamaciones contractuales, debido a que en esa ley no se hace ninguna referencia a un arbitraje internacional y, mucho menos, a un arbitraje administrado por el Centro, por lo que no se cumple el requisito de

---

<sup>77</sup> Memorial sobre Excepciones a la Jurisdicción, pág. 94.

consentimiento exigido por el Artículo 25 del Convenio del CIADI. Además **El Salvador** afirma que esta Ley establece sus propias reglas procesales de arbitraje por lo que no puede entenderse cómo ella podría remitir a un arbitraje internacional administrado por una institución que, como el Centro, tiene su propio procedimiento.

285. **Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje.** **El Salvador** mantiene que fue imposible para las partes haber acordado, en la Cláusula Vigésima Primera del **Contrato**, la remisión a la Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje salvadoreña, toda vez que, al momento en que se celebró el **Contrato**, esa ley todavía no existía. Adicionalmente, **El Salvador** sostiene que las disposiciones de esta ley en las que **Inceysa** pretende fundar la jurisdicción del Centro (Artículos 25 y 77) de ninguna forma se refieren a un arbitraje internacional administrado por el Centro y, por ende, no cumplen con el requisito de *consentimiento escrito* exigido por el Artículo 25 del Convenio del CIADI.

286. Finalmente, siguiendo la opinión del Dr. Tercero, **El Salvador** sostiene que el Artículo 77 de la Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje en el que **Inceysa** pretende fundar la jurisdicción del Centro, es de naturaleza permisiva y no imperativa, por lo que no puede entenderse como obligatorio para las partes ni puede prevalecer sobre los acuerdos en materia de arbitraje celebrados anteriormente por ellas. (pág. 97).

## **ii) Argumentos adicionales de las Partes en torno a la Jurisdicción del Centro**

287. Formulada la objeción a la jurisdicción del Centro por **El Salvador**, en los términos descritos anteriormente, **Inceysa**, con el fin de sostener la competencia de este Tribunal de Arbitraje para conocer de las controversias derivadas del **Contrato**, en su memorial de fecha 4 de noviembre del 2004, expuso las consideraciones que a continuación se señalan.

288. En relación a las declaraciones testimoniales de los negociadores del **Contrato** por parte del MARN, el Dr. Calderón y el Lic. Pineda, con las que **El Salvador** pretende probar que la intención de las partes al convenir en la Cláusula Vigésima Primera del Contrato fue la de pactar un arbitraje local como mecanismo de solución de controversias, **Inceysa** impugnó la imparcialidad de los testigos en los siguientes términos:

“Y en conclusión la demandante alega que las declaraciones del Dr. Calderón y Pineda no son admisibles al faltar los declarantes de la necesaria imparcialidad de los testigos al ser éstos involucrados económica y políticamente en la controversia, y estrictamente relacionados con la demandada, y por lo tanto, no pueden tener eficacia probatoria favorable a quien los propone”.<sup>78</sup>

289. **Inceysa** también argumenta que debido a la naturaleza del **Contrato**, como un contrato de desarrollo económico, la remisión que realiza la Cláusula Vigésima Primera a la legislación salvadoreña no puede entenderse referida al Código de Procedimientos Civiles ni, al Código de Comercio ni al Código de Procedimientos Mercantiles toda vez que esto “choca violentamente en contra de la naturaleza misma del contrato ... y en particular con su trascendencia transnacional” y, además, “porque las normas a las cuales se refieren los “testigos” no contienen cláusulas específicas referidas a un procedimiento arbitral”.<sup>79</sup>

290. La **Demandante** sostiene que la naturaleza del **Contrato** hace que la referencia al arbitraje establecida en su Cláusula Vigésima Primera deba entenderse dirigida a un arbitraje internacional y afirma:

“Además por la naturaleza misma del contrato, un contrato de desarrollo económico o “state contract”, en aplicación de los principios generales del Derecho aceptados en el Derecho internacional como el principio de buena fe o *pacta sunt servanda*, no se puede llegar a otra conclusión que el inversor extranjero, al suscribir la cláusula de arbitraje objeto del Art. 21, tenía que entender por “proceso de arbitraje en conformidad a la Legislación salvadoreña” las partes estaban refiriéndose a un arbitraje internacional y en particular en el ámbito de la aplicación de la Legislación Salvadoreña especialmente dirigida a regular y fomentar las inversiones extranjeras.

---

<sup>78</sup> Memorial de Contestación a las Excepciones sobre Jurisdicción, pág. 18, párrafo 50.

<sup>79</sup> Ibid, pág. 22, párrafo 59.



Nada hubiera impedido a las partes estipular una cláusula arbitral referida a un procedimiento de arbitraje “**en El Salvador**” o, mejor todavía, excluyendo expresamente el arbitraje internacional. Está claro que las partes no decidieron así porque (sic) en este caso el inversor no hubiera en ningún momento realizado la inversión”.<sup>80</sup>

291. Adicionalmente, y por lo que hace a la legislación salvadoreña que no estaba vigente al momento de firmar el **Contrato**, particularmente la Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje, la **Demandante** sostiene que:

“[...] no puede en buena fe limitarse exclusivamente a la legislación salvadoreña en vigor al momento de la firma del contrato y en perjuicio del inversor extranjero, sino que es reconocido que la manifestación del consentimiento al que se refiere el artículo (sic) 25 del Convenio tiene que existir al momento de la demanda de arbitraje ante el CIADI y no al momento en el cual se ha iniciado o realizado la inversión objeto del contencioso”<sup>81</sup>.

292. Finalmente, la **Demandante** sostiene que la legislación especial, los convenios y tratados internacionales a los que remite la Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje son el **APPRI** y la Ley de Inversiones, los cuales, según su parecer, constituyen una referencia expresa e inequívoca a la jurisdicción del Centro.

293. Partiendo de las manifestaciones formuladas por la **Demandante** en su contestación a las excepciones de la jurisdicción del Centro, en su escrito de Réplica, **El Salvador** argumentó que, si bien la **Demandante** sostiene que al pactar la Cláusula Vigésima Primera del **Contrato** siempre entendió que ella se refería a un arbitraje internacional, la realidad de las cosas es que **Inceysa** no presentó ningún testigo que hubiera negociado el **Contrato** y que acreditar este hecho, como sí lo hizo **El Salvador**.

294. Por lo que hace a la impugnación de la idoneidad como testigos del Dr. Calderón y del Lic. Pineda formulada por **Inceysa**, **El Salvador** sostiene que estas dos personas conocieron de manera directa los hechos que sucedieron y que su testimonio pudo beneficiar a cualquiera de las dos partes.

---

<sup>80</sup> Ibid, pág. 43, párrafos 135 y 136 (énfasis original).

<sup>81</sup> Ibid, pág. 44, párrafo 137.

295. En lo referente al argumento de **Inceysa** de que “Nada hubiera impedido a las partes estipular una cláusula arbitral referida a un procedimiento de arbitraje “**en** El Salvador<sup>82</sup> o, mejor todavía, excluyendo expresamente el arbitraje internacional”; **El Salvador** sostiene que, de igual forma, nada hubiera impedido a las partes referirse expresamente a un arbitraje internacional o a un arbitraje administrado por el Centro, como se ha hecho en otros contratos, (Réplica, pág. 9.) y que la ausencia de especificidad de la Cláusula Vigésima Primera del **Contrato** no puede ser interpretada en favor de la jurisdicción del Centro pues, de hacerlo, se atentaría contra el principio de que la aceptación de la jurisdicción del Centro debe ser realizada de forma expresa y por escrito.

296. Respecto al argumento de **Inceysa** en el sentido de que la naturaleza del **Contrato**, como un contrato de desarrollo económico hace que la Cláusula Vigésima Primera deba entenderse referida a un arbitraje internacional, debido al principio de “trascendencia nacional”, **El Salvador** sostiene que las partes en un contrato de esta naturaleza son libres de pactar cualquier mecanismo de solución de controversias y no únicamente un arbitraje internacional administrado y, por ende, la naturaleza del **Contrato** en ninguna forma puede suplantar lo acordado por las partes.

297. En esta misma tesitura, **El Salvador** argumenta que **Inceysa** nunca identificó cuál es la ley salvadoreña en la que pretende fundamentar la jurisdicción del Centro para conocer de reclamaciones contractuales y agrega que **Inceysa** no refuta sus argumentos respecto a cada una de las leyes en las que pretende fundamentar esa jurisdicción, sino que se limita a “dar la vuelta a estos argumentos” y a afirmar simplemente que la referencia a la jurisdicción del Centro en la Ley de Inversiones y en el **APPRI** es suficiente para que este Tribunal de Arbitraje esté facultado para conocer de las reclamaciones derivadas del **Contrato**.

298. A mayor abundamiento, en su escrito de Dúplica, **Inceysa** insiste en la impugnación de los testigos aportados por **El Salvador** en los siguientes términos:

---

<sup>82</sup> Ibid, pág. 43, párrafo 136 (énfasis original).

“Por lo que se refiere a la cláusula 21 del contrato la Demandada reprocha a la Demandante el no haber presentado testigos a sostén de su interpretación de la cláusula arbitral y defiende la atendibilidad de los testigos por ella aportados. A este propósito hay que destacar que los únicos “testigos” disponibles para aclarar las intenciones o voluntades no explícitamente manifestadas por escrito en la cláusula de arbitraje son las partes mismas de este procedimiento. En efecto, los testigos mencionados por la Demandada han actuado en nombre y representación del ejecutivo salvadoreño y no pueden más que “testificar” en su representación. [...] Una declaración como testigos de las partes y/o de sus representantes a este respecto no puede razonablemente aportar mayor peso probatorio [...]”.<sup>83</sup>

299. De la misma forma, a fin de sostener la jurisdicción del Centro para resolver las reclamaciones derivadas del **Contrato**, **Inceysa** repite que la Cláusula Vigésima Primera reenvía a una oferta de consentimiento para aceptar la jurisdicción del Centro hecha por **El Salvador** por medio de su legislación. En apoyo a este argumento, **Inceysa** insiste en que:

“Por la naturaleza del contrato y de su objeto (contrato de desarrollo económico), su carácter transnacional, la existencia de normas específicas (sic) y especiales en el ordenamiento jurídico salvadoreño como el APRI y la Ley de Inversiones, en las cuales están expresamente contenidas ofertas de consentimiento a la jurisdicción del CIADI, el inversor extranjero, *in casu*, la Demandante no podía en buena fe, al momento de manifestar su voluntad acerca de la cláusula arbitral contenida en el contrato, no contar con la posibilidad de aceptar la oferta de consentimiento tantas veces ofrecida por la Republica de El Salvador para la jurisdicción del CIADI. De la misma manera la Republica de El Salvador en buena fe no podía ignorar la existencia de estas ofertas de consentimiento en su ordenamiento jurídico y en normas especiales cuyo objeto principal son las inversiones objeto del contrato que iba a suscribir”.<sup>84</sup>

300. Finalmente, por lo que hace a sus argumentos para sostener la jurisdicción del Centro, la **Demandante** denuncia ante este Tribunal de Arbitraje lo que para ella es una conducta procesal incongruente y de mala fe, consistente en el hecho de que **El Salvador**, no obstante argumentar en este procedimiento arbitral que la Cláusula Vigésima Primera del **Contrato** se refiere a un arbitraje local, solicitó a un tribunal civil ordinario de su país que se pronunciara en contra de las excepciones de arbitraje y litispendencia presentadas

---

<sup>83</sup> Dúplica, pág. 13, párrafo 33.

<sup>84</sup> *Idem*.

por **Inceysa**. Ese tribunal acogió esa tesis y se pronunció a favor de la jurisdicción ordinaria. Según la **Demandante**, ese hecho demuestra la gravedad de las consecuencias que acarrearía una admisión de la excepción de la jurisdicción del CIADI, pues la dejaría en un estado de completa indefensión.

301. Expuestos así los argumentos esgrimidos por las partes en torno a la jurisdicción del Centro, a continuación este Tribunal de Arbitraje formulará sus consideraciones en torno a la procedencia de la excepción sobre jurisdicción promovida por **El Salvador**.

### **iii) Consideraciones del Tribunal de Arbitraje en torno a la Jurisdicción del Centro**

302. Considerando lo alegado y probado por las partes en el presente procedimiento, el Tribunal Arbitral considera que el punto crucial para determinar si el Centro tiene o no jurisdicción para conocer de las controversias derivadas del **Contrato**, consiste en determinar si existe en dicho **Contrato**, o en la legislación salvadoreña a la que él remite, un acuerdo arbitral que cumpla con los requisitos establecidos por el Convenio del CIADI, esto es, un acuerdo arbitral que, de forma expresa y por escrito, remita a la jurisdicción del Centro.

303. Para verificar lo anterior es indispensable analizar, en primer término, las diferentes cláusulas del **Contrato** en las que se establece la elección de un foro para resolver las diferencias que surjan de él, a efecto de determinar si en ellas existe un acuerdo arbitral que cumpla con los requisitos mencionados en el párrafo anterior.

#### **a) Interpretación del Contrato**

304. De la revisión del **Contrato**, este Tribunal concluye que en él se pactaron tres cláusulas referentes a mecanismos para la solución de diferencias contractuales. La primera de ellas es la Décima Tercera que establece lo siguiente:

“**DISPUTAS.** El Ministerio resolverá por escrito las peticiones de la contratista sobre asuntos técnicos y jurídicos del contrato; si la contratista no estuviere de acuerdo con la decisión, el asunto deberá ser sometido a arbitraje antes de iniciar cualquier acción legal”.

305. De la simple lectura de esta Cláusula Décima Tercera se desprende claramente que con ella no se cumplen los requisitos establecidos por el Artículo 25 del Convenio del CIADI. En efecto en esa cláusula no aparece ninguna referencia expresa a la jurisdicción del Centro, por lo que, pretender fundar en ella la competencia de este Tribunal de Arbitraje para conocer de las controversias derivadas del **Contrato** resulta ajeno a toda lógica.

306. Como lo ha manifestado la **Demandada**, (Memorial sobre Excepciones a la Jurisdicción, pág. 84) cuando en una cláusula arbitral no se hace referencia a una institución administradora de arbitrajes ni a un conjunto de reglas bajo el cual deba seguirse el procedimiento arbitral, debe entenderse que lo pactado fue un arbitraje *ad hoc*, lo que excluye por completo la jurisdicción del Centro.

307. La otra cláusula que se refiere a un mecanismo de solución de diferencias derivadas del **Contrato**, es la Décima Séptima, que establece lo siguiente:

“**JURISDICCIÓN.** Para los efectos legales del presente contrato, las partes expresamente señalan como domicilio especial el de esta ciudad, sometiéndose a la legislación Salvadoreña y a la jurisdicción de los Tribunales de la ciudad de San Salvador”.

308. Cualquiera que sea la interpretación que se le dé a la aparente contradicción que pudiera existir entre las referidas cláusulas Décima Tercera y Décima Séptima, el hecho es que de ninguna forma puede fundarse en ellas la jurisdicción del Centro para conocer de las diferencias surgidas del **Contrato**. Por el contrario, la referencia a la jurisdicción de los Tribunales de la ciudad de San Salvador, “*para los efectos legales del presente contrato*”, que hace la Cláusula Décima Séptima, es clara.

309. Finalmente, encontramos en el Contrato la Cláusula Vigésima Primera en la que la **Demandante**, fundada en la remisión expresa que en ella se hace a la legislación salvadoreña, pretende justificar la jurisdicción del Centro. Esta cláusula establece textualmente lo siguiente:

**“ARBITRAJE.** En los casos de controversia, disputas o diferentes interpretaciones de este contrato después de agotar el trato directo, **ambas partes acuerdan someterse a un proceso de arbitraje de conformidad a la Legislación salvadoreña**”. (Énfasis agregado).

310. Es obvio que, de los términos de esta cláusula no es posible deducir la existencia de un acuerdo arbitral que le confiera jurisdicción al Centro. Por ello es necesario acudir al análisis de la legislación salvadoreña a la que supuestamente remite la cláusula en estudio.

311. Según se desprende de los argumentos de las partes expuestos en las páginas precedentes, **El Salvador** considera que la legislación a la que remite esta Cláusula Vigésima Primera es el Código de Comercio, la Ley de Procedimientos Mercantiles y el Código de Procedimientos Civiles; **Inceysa**, por el contrario, opina que la legislación a la que remite ese texto es la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública, la Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje, La Ley de Inversiones y al propio **APPRI** celebrado entre **El Salvador** y España.

312. El Tribunal considera innecesario, para el efecto de decidir sobre la jurisdicción del Centro, la realización de un estudio sobre cuál es la legislación a la que remite la Cláusula Vigésima Primera del **Contrato** y, por ende, escudriñar cuál fue la intención de las partes al pactar el acuerdo arbitral de referencia. Por ello, este Tribunal de Arbitraje se limitará a analizar cada una de las leyes en las que **Inceysa** pretende fundar la jurisdicción del Centro, para determinar si en alguna de ellas es posible fundar la competencia de este Tribunal de Arbitraje para conocer de la presente disputa.

313. Para analizar este tema el Tribunal considera oportuno realizar una clara distinción entre las leyes salvadoreñas que no hacen una referencia expresa y escrita al Centro y aquellas que sí lo hacen.

314. Dentro del primer grupo encontramos a la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública y a la Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje. Por ello el Tribunal analizará a continuación si mediante la aplicación de esas leyes es posible conferir jurisdicción al Centro.

#### **b) Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública**

315. La disposición en la que la **Inceysa** pretende fundamentar la jurisdicción del Centro es el Artículo 165 de la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública que establece lo siguiente:

“Intentado el arreglo directo sin hallarse solución a alguna de las diferencias, podrá recurrirse al arbitraje de árbitros arbitradores con sujeción a las disposiciones que les fueren aplicables de conformidad a las leyes pertinentes, teniendo en cuenta las modificaciones establecidas en este capítulo”.

316. De la lectura del artículo citado y del Título VIII de esa Ley relativo a “Solución de Conflictos”, resulta evidente que, mediante la aplicación de esas disposiciones, de ninguna forma puede interpretarse que el Centro tenga jurisdicción para conocer de las diferencias contractuales suscitadas entre **El Salvador e Inceysa**. Sostener lo contrario carece de fundamento alguno pues no existe en esos textos ninguna referencia expresa al Centro y, por ende, no se cumple con el requisito establecido por el Artículo 25 del Convenio del CIADI.

317. A mayor abundamiento, el arbitraje al que se refiere el Artículo 165 de la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública es un proceso de “arbitraje de árbitros arbitradores” el cual, a la fecha de la celebración del **Contrato**, se encontraba regulado por el Código de Procedimientos Civiles que establecía un proceso de arbitraje local.

318. Finalmente, las “modificaciones establecidas en este capítulo”, a las que se refiere la última parte del artículo citado, son las contenidas en los artículos 166 a 169 de esa ley que, como lo sostiene el Dr. Tercero, “[...] establecen además algunas reglas y procedimientos a seguirse en dichos procesos de arbitraje, incluyendo aquellos relacionados a la designación de los árbitros, la presentación de los reclamos, y la remuneración de los árbitros”.<sup>85</sup>

319. Desde la perspectiva de este Tribunal de Arbitraje, la existencia de estas normas deja en claro que la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública no remite a la jurisdicción del Centro y que no es plausible que una ley que contiene reglas procesales específicas para el arbitraje previsto en ella remita, al mismo tiempo, a un arbitraje institucional.

320. Por lo expuesto, este Tribunal de Arbitraje considera que la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública no contiene el consentimiento del Estado salvadoreño a la jurisdicción del Centro, pues (i) en ninguna de sus disposiciones se hace referencia al Centro, y (ii) sus normas se refieren a un arbitraje local, que se tramitaría según las reglas de la legislación salvadoreña vigentes al momento de la contratación. Por lo anterior, este Tribunal de Arbitraje no es competente para conocer, con fundamento en la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública, de las diferencias surgidas del **Contrato**.

#### **c) Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje**

321. Otras disposiciones legislativas de **El Salvador** en las que la **Demandante** pretende fundar la jurisdicción del Centro son los Artículos 25 y 77 de la Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje que respectivamente establecen lo siguiente:

“Artículo 25. **Podrán** someterse a arbitraje las controversias en las que el Estado y las personas jurídicas de derecho público son partes interesadas, siempre que

---

<sup>85</sup> Declaración de José Roberto Tercero Zamora, 13 de setiembre del 2004, pág. 9.



versen sobre derechos disponibles y deriven de una relación jurídica patrimonial de derecho privado o de naturaleza contractual.

En las controversias derivadas de los contratos que el Estado Salvadoreño o las personas de derecho público celebren con nacionales o con extranjeros domiciliados, se estará a lo dispuesto en las leyes especiales o en tratados o convenios internacionales y, en su defecto, a lo establecido por esta ley.

Podrán conocer del arbitraje para este tipo de controversias los Centros establecidos por la presente Ley.

Las empresas de derecho privado con capital estatal o las de economía mixta pueden acordar libremente y sin requisito de previa autorización que las controversias derivadas de los contratos que celebren con nacionales o extranjeros domiciliados o que se refieran a sus bienes propios, sean sometidos a Arbitraje.

Artículo 77. **Pueden** ser sometidas a Arbitraje Internacional dentro o fuera del país, libremente y sin requisito de previa autorización, las controversias derivadas de los contratos que el Estado Salvadoreño y las entidades de derecho público celebren con nacionales o extranjeros no domiciliados o deriven de una relación jurídica patrimonial de derecho privado, siempre que versen sobre derechos disponibles.

En todos estos supuestos, el arbitraje deberá realizarse ante un **Centro de Arbitraje de reconocido prestigio** y el Estado o sus entidades podrán someterse a los reglamentos y normas de las mismas”. (Énfasis agregado).

322. Nuevamente, a pesar de que los artículos citados hacen referencia a un arbitraje internacional, de su análisis resulta evidente que en ellos no se hace una mención expresa a la jurisdicción del Centro y, por ende, no se cumplen los requisitos que exige el Artículo 25 del Convenio del CIADI, para atribuir competencia a este Tribunal de Arbitraje.

323. La referencia que se hace en el segundo párrafo del Artículo 77 a un “*Centro de Arbitraje de reconocido prestigio*”, es insuficiente para conferir jurisdicción al Centro pues es indiscutible que, además del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, existen en el mundo otros “Centros de Arbitraje de reconocido prestigio” que podrían conocer de las diferencias derivadas del **Contracto** celebrado entre **El Salvador e Inceysa**.

324. A mayor abundamiento, la Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje de **El Salvador** no estaba vigente al momento de celebrarse el **Contrato** y, por tanto, las partes no pudieron convenir en la Cláusula Vigésima Primera en la aplicación de una Ley que no conocían y que aún no existía. El **Contrato** se celebró el 17 de noviembre del año 2000 y la Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje se publicó en el Diario Oficial de El Salvador el 21 de agosto del 2002.

325. Pese a lo anterior, como ya se mencionó, la **Demandante** sostiene lo siguiente:

[...] La Demandada no puede esgrimir en buena fe el hecho de que la Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje ha sido publicada con posterioridad a la firma del contrato. En efecto no sólo la cláusula contractual que hace referencia explícita (sic) a la “legislación salvadoreña” no puede en buena fe limitarse exclusivamente a la legislación salvadoreña en vigor al momento de la firma del contrato y en perjuicio del inversor extranjero, sino que es reconocido que la manifestación del consentimiento al que se refiere el artículo (sic) 25 del Convenio tiene que existir al momento de la demanda de arbitraje ante el CIADI y no al momento en el cual se ha iniciado o realizado la inversión objeto del contencioso”.<sup>86</sup>

326. Este Tribunal de Arbitraje coincide con la **Demandante** en que el consentimiento a la jurisdicción del Centro debe existir antes de presentar al CIADI la solicitud de arbitraje. Sin embargo, la **Demandante** pasa por alto que la voluntad de **El Salvador** ya había sido manifestado en la Cláusula Vigésima Primera del **Contrato** y que su intención no podía estar referida a la Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje, que todavía no estaba vigente.

327. No sería posible con base en lo anterior, alegar que, mediante las disposiciones de esta Ley, **El Salvador** hizo una oferta unilateral de aceptación de la jurisdicción del Centro, la cual **Inceysa** aceptó por escrito y que, por ende, el mecanismo de solución de controversias pactado en la Cláusula Vigésima Primera fue derogado por este “nuevo pacto”. Es obvio que las disposiciones de la ley en comentario son, simplemente una autorización para que los distintos órganos del Estado salvadoreño resuelvan, mediante el arbitraje, las diferencias en las que se vean envueltos.

---

<sup>86</sup> Memorial de Contestación a las Excepciones sobre Jurisdicción, pág. 43, párrafo 137.

328. Aún si se aceptara que la Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje, es aplicable en este caso, este Tribunal de Arbitraje considera que las disposiciones de esa ley son simplemente permisivas y no imperativas. En efecto, de un análisis del texto de los Artículos 25 y 77 de la citada ley se advierte que de ellos no se puede desprender una oferta unilateral sino, simplemente, una autorización a los organismos públicos del Estado salvadoreño para convenir en cláusulas compromisorias en las que acuerden someter a arbitraje sus diferencias con particulares, siempre que versen sobre derechos disponibles. Consecuentemente, al no haberse pactado entre las partes ninguna cláusula o compromiso arbitral en el que se le confiera, en forma expresa jurisdicción al Centro, este Tribunal de Arbitraje debe negar su competencia para conocer de los reclamos derivados del **Contrato**.

329. Bajo esta misma línea de razonamiento, y aún en el supuesto de que los Artículos 25 y 77 de la Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje supusieran un deber imperativo de los órganos del Estado y, por tanto, un derecho de los particulares para someter sus diferencias al arbitraje, en ninguna de las disposiciones señaladas se hace alusión al Centro y, por ende, no se cumple con el requisito establecido por el Artículo 25 (1) del Convenio del CIADI.

330. Por lo dicho, el Tribunal de Arbitraje considera que en el presente caso no se puede fundar su competencia, en los Artículos 25 y 77 de la Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje de El Salvador, ni en ningún otro artículo de esa Ley, toda vez que (i) no existe ningún artículo en esa Ley que cumpla con los requisitos establecidos por el Artículo 25 del Convenio del CIADI para conferir jurisdicción al Centro, (ii) la citada Ley no existía en el momento en que se celebró el **Contrato** y, por ende, las partes no pudieron consentir en su contenido, y (iii) las mencionadas disposiciones son únicamente una autorización para pactar una cláusula o un compromiso arbitral, no un acuerdo de someterse a la jurisdicción del Centro.

331. Resuelto lo anterior, a continuación el Tribunal analizará si, con fundamento en los textos legales en las que sí se hace referencia expresa a la jurisdicción del Centro, es competente para conocer de las diferencias derivadas del **Contrato** celebrado entre **El Salvador e Inceysa**.

#### d) Ley de Inversión

La **Demandante** pretende fundamentar la jurisdicción del Centro para conocer de las reclamaciones contractuales en el Artículo 15 de la Ley de Inversiones que textualmente establece lo siguiente:

“Artículo 15. En caso que surgieren controversias o diferencias entre los inversionistas nacionales o extranjeros y el Estado, referentes a inversiones de aquéllos, efectuadas en El Salvador, las partes podrán acudir a los tribunales de justicia competentes, de acuerdo a los procedimientos legales.

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

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

b) Al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), con el objeto de resolver la controversia mediante conciliación y arbitraje, de conformidad con los procedimientos contenidos en el Mecanismo Complementario del CIADI; en los casos que el inversionista extranjero parte en la controversia sea nacional de un Estado que no es parte contratante del Convenio CIADI”.

332. De lo anterior, se desprende claramente que el Estado salvadoreño, mediante el Artículo 15 de la Ley de Inversiones, hizo a los inversionistas extranjeros una oferta unilateral de consentimiento para someterse, en caso de que el inversionista extranjero así lo decidiera, a la jurisdicción del Centro, para conocer de todas las “*controversias referentes a inversiones*” que se suscitaran entre **El Salvador** y el inversionista en cuestión. Sin embargo, en el caso que nos ocupa, como se ha manifestado en las consideraciones anteriores, **Inceysa** no puede gozar de los derechos que esa Ley de Inversiones confiere toda vez que su “inversión” no reviste la condición de legalidad

necesaria para ubicarse dentro de los alcances y protección de esa ley. Por ende, este Tribunal de Arbitraje no puede sino negar también la jurisdicción del Centro y su competencia para resolver a las reclamaciones derivadas del Contrato.

333. A mayor abundamiento, este Tribunal de Arbitraje también coincide con el argumento de **El Salvador** en el sentido de que para invocar la jurisdicción arbitral prevista por la Ley de Inversión, debe existir un reclamo fundado sustantivamente en dicha ley, situación que no se presenta en el caso que nos ocupa. En efecto, **Inceysa** no puede reclamar la jurisdicción del Centro para conocer de controversias derivadas del **Contrato**, con fundamento en una disposición legislativa que sólo confiere jurisdicción al Centro para conocer de diferencias derivadas de la aplicación de la propia Ley que excluye las controversias puramente contractuales.

334. Con fundamento en lo expuesto, este Tribunal de Arbitraje niega su competencia para conocer de las divergencias contractuales de las partes, con fundamento en el artículo 15 de la Ley de Inversiones, que confiere jurisdicción al Centro únicamente para conocer de las controversias derivadas de la aplicación de la propia Ley.

#### e) **El APPRI**

335. Finalmente, la Demandante pretende fundamentar en el propio **APPRI** la jurisdicción del Centro para conocer de sus diferencias contractuales con **El Salvador**. Sin embargo, tal y como se ha expuesto con anterioridad, **Inceysa** no puede beneficiarse de los derechos conferidos en el **APPRI**, entre ellos el acceso a la jurisdicción del Centro, porque su inversión no reviste las condiciones de legalidad necesarias para quedar comprendida dentro de los alcances de ese acuerdo de protección de inversiones.

336. Así las cosas, por las consideraciones expuestas, la jurisdicción del Centro para conocer de las diferencias derivadas del **Contrato** o de cualquier otra controversia, cualquiera que sea su origen, no puede ser reconocida por este Tribunal de Arbitraje puesto que la inversión de **Inceysa** no se encuentra comprendida dentro de los alcances del **APPRI**.

337. En resumen, este Tribunal de Arbitraje concluye que en el presente caso el Centro no tiene jurisdicción para conocer de las diferencias que se han planteado, derivadas del **Contrato** celebrado entre **El Salvador** e **Inceysa**, y el Tribunal de Arbitraje carece de competencia para resolver esas diferencias.

## VI. COSTAS

338. En este laudo el Tribunal de Arbitraje ha analizado minuciosamente la forma incorrecta en que la Demandante procedió en lo referente a la Licitación Pública número 05/2000, para la Contratación de Servicios de Instalación, Administración y Operación de Plantas de Revisión Técnica Vehicular, en la cual se originaron las diferencias que ella pretendió resolver en este procedimiento arbitral. Mediante esa conducta indebida, logró que se le adjudicara esa licitación lo que, evidentemente, no hubiera sucedido si el MARN de **El Salvador** hubiera conocido la realidad de los hechos. A sabiendas de que había procedido indebidamente en el trámite de la licitación dicha, inició este arbitraje en el que, de nuevo, ocultó hechos de enorme trascendencia para la resolución de este asunto. Fue necesario que su contraparte hiciera un esfuerzo grande y costoso para probar las actuaciones incorrectas de **Inceysa**. Por ello este Tribunal estima que ella debe sufragar la totalidad de los honorarios y gastos de los árbitros y los derechos por la utilización del Centro. A pesar de lo dicho, el Tribunal considera que las circunstancias que rodearon la negociación que originó esta disputa y otra, promovida por ANDA en la misma época; el manejo ingenuo que le dieron a la licitación número 05/2000 los funcionarios del MARN y, en general, la forma en que reaccionaron esos y otros funcionarios públicos de El Salvador ante las actuaciones de **Inceysa**, hacen que la conducta de El Salvador no pueda considerarse como intachable. Por ese motivo la **Demandada**, al igual que **Inceysa**, debe satisfacer los honorarios de los abogados que cada una de ellas contrató para que la asesoraran.

## VII. DECISION

339. Por las razones expuestas y con fundamento en lo dispuesto en las Reglas 41(5) y 47(1)(j) de las Reglas de Arbitraje y en el Artículo 61(2) del Convenio, el Tribunal de Arbitraje unánimemente resuelve:

1. Acoger la excepción a la jurisdicción del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones interpuesta por la República de El Salvador.
2. En consecuencia, declarar que el **Centro** no tiene jurisdicción para conocer de este asunto ni este Tribunal de Arbitraje tiene competencia para resolverlo;
3. Por innecesario, se omite dictar pronunciamiento en cuanto a las Medidas Provisionales solicitadas por la República de El Salvador;
4. Imponerle a Inceysa Vallisoletana, S.L. el pago de la totalidad de los honorarios y gastos de los miembros de este Tribunal de Arbitraje y de los derechos por la utilización del **Centro**. Cada parte deberá cubrir los honorarios de los abogados que la han asesorado.
5. Las peticiones de las partes que no se conceden expresamente, deben considerarse denegadas.

*firmado*  
Burton A. Landy  
Árbitro  
Fecha: 10 de julio de 2006

*firmado*  
Claus von Wobeser  
Árbitro  
Fecha: 13 de julio de 2006

*firmado*  
Rodrigo Oreamuno Blanco  
Presidente  
Fecha: 25 de julio de 2006