

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

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

RESPUESTA DE LA REPÚBLICA DE EL SALVADOR
A LA SOLICITUD DE MEDIDAS PROVISIONALES DE LA DEMANDANTE

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

Foley Hoag LLP

ÍNDICE

I.	Introducción	1
II.	Los hechos no mencionados por ENEL revelan una historia muy diferente a la presentada por ENEL	1
A.	El proceso de selección de ENEL como socio estratégico en LaGeo fue fraudulento y estaba diseñado para favorecer a ENEL a expensas de los intereses del Estado.....	1
1.	Antecedentes: liberalización del sector energético y creación de LaGeo.....	1
2.	Comienzo de las irregularidades en el proceso de búsqueda y selección de un socio estratégico: reemplazo total de la Junta Directiva de LaGeo y cesión del proceso a LaGeo.....	3
3.	El proceso de selección del socio estratégico puso en evidencia la intención de beneficiar ilegalmente a ENEL.	6
4.	Firma del Acuerdo entre Accionistas y su inmediata modificación.	12
5.	Primer incremento irregular de la participación accionaria de ENEL en LaGeo.....	13
B.	Alcance limitado del laudo arbitral CCI.	14
C.	Particulares iniciaron por su cuenta acciones ante la Corte Suprema de Justicia de El Salvador.	16
1.	Acción en la Sala de lo Constitucional.	16
2.	Acciones en la Sala de lo Contencioso Administrativo.....	18
D.	La Fiscalía General de la República solicitó el inicio de un procedimiento penal y de responsabilidad civil después de haber realizado una investigación profesional.	19
III.	Las requisitos para el otorgamiento de medidas provisionales son muy elevados	22
A.	Las medidas provisionales solicitadas por ENEL.....	22
B.	Los requisitos legales para otorgar medidas provisionales.....	24
1.	El tribunal debe tener jurisdicción <i>prima facie</i> sobre la disputa.....	24
2.	Las medidas provisionales sólo pueden ser otorgadas en limitadas circunstancias.....	26

3.	El solicitante debe identificar sus <i>derechos</i> que están sujetos a sufrir <i>daño irreparable</i>	28
4.	El solicitante debe probar por qué es <i>necesario</i> proteger sus supuestos derechos.....	29
5.	El solicitante debe probar por qué las medidas provisionales requeridas son <i>urgentes</i>	30
IV.	Las medidas provisionales solicitadas por ENEL no cumplen con los requisitos para ser otorgadas	32
A.	Deficiencias generales de las medidas provisionales solicitadas.....	32
1.	No existe jurisdicción <i>prima facie</i> para este arbitraje porque la Solicitud de Arbitraje presentada por ENEL no se refiere a ninguna disputa legal entre ENEL y el Estado.	32
2.	ENEL ha omitido mencionar un hecho trascendental que impacta la jurisdicción de este Tribunal.	40
3.	ENEL no ha identificado ningún derecho susceptible a protección mediante medidas provisionales.	43
B.	Deficiencias específicas de las medidas provisionales solicitadas.	44
1.	La primera medida solicitada por ENEL no tiene base jurisdiccional; es demasiado amplia; coincide con la Solicitud de Arbitraje; y ENEL no ha probado necesidad, urgencia, o daño irreparable a los supuestos derechos afectados.	45
2.	La segunda medida solicitada por ENEL tampoco tiene base jurisdiccional; es demasiado amplia; coincide con la Solicitud de Arbitraje; y ENEL no ha probado necesidad, urgencia, o daño irreparable a los supuestos derechos afectados.	47
3.	La tercera medida solicitada por ENEL no tiene base jurisdiccional; es demasiado amplia; y ENEL no ha ni siquiera articulado, mucho menos probado, necesidad, urgencia, o daño irreparable a los supuestos derechos afectados.	50
4.	La cuarta medida solicitada por ENEL tampoco tiene base jurisdiccional; es demasiado vaga; y ENEL no ha probado necesidad, urgencia, o daño irreparable a los supuestos derechos afectados.	56

5.	La quinta medida solicitada por ENEL tampoco tiene base jurisdiccional; es demasiado vaga; y ENEL no ha probado necesidad, urgencia o daño irreparable a los supuestos derechos afectados.	60
6.	La sexta medida solicitada por ENEL tampoco tiene base jurisdiccional; es demasiado vaga; y ENEL no ha probado necesidad, urgencia o daño irreparable a los supuestos derechos afectados.	60
V.	Conclusión	60
VI.	Petición	63

ÍNDICE DE AUTORIDADES LEGALES

CASOS

<i>Azurix Corp. c. La República Argentina</i> , Caso CIADI No. ARB/01/12, Decisión sobre jurisdicción, 8 de diciembre de 2003.....	46, 49
<i>Caratube International Oil Company LLP v. The Republic of Kazakhstan</i> , ICSID Case No. ARB/08/12, Decision Regarding Claimant's Application for Provisional Measures, July 31, 2009	29, 30, 55
Case Concerning <i>Application of the International Convention on the Elimination of all Forms of Racial Discrimination</i> (Georgia v. Russian Federation), Request for the Indication of Provisional Measures, Order of 15 October 2008, I.C.J. Reports 353	26
Case Concerning <i>Certain Criminal Proceedings in France</i> (Republic of the Congo v. France), Request for the Indication of a Provisional Measure, Order of 17 June 2003, I.C.J. Reports 102	26
Case Concerning <i>Pulp Mills on the River Uruguay</i> (Argentina v. Uruguay), Request for the Indication of Provisional Measures, Order of 23 January 2007, I.C.J. Reports 3	57
<i>CEMEX Caracas Investments B.V. and CEMEX Caracas II Investments B.V. v. Bolivarian Republic of Venezuela</i> , ICSID Case No. ARB/08/15, Decision on the Claimants' Request for Provisional Measures, Mar. 3, 2010.....	passim
<i>City Oriente Limited v. The Republic of Ecuador and Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (Petroecuador)</i> , ICSID Case No. ARB/06/21, Decision on Provisional Measures, Nov. 19, 2007	31
<i>Emilio Agustín Maffezini c. El Reino de España</i> , Caso CIADI No. ARB/97/7, Resolución Procesal No. 2, 28 de octubre de 1999	28, 29, 30
<i>Helnan International Hotels A/S v. The Arab Republic of Egypt</i> , ICSID Case No. ARB/05/19, Decision of the Tribunal on Objection to Jurisdiction, Oct. 17, 2006	25
<i>Mavrommatis Palestine Concessions</i> (Greece v. United Kingdom), 1924 P.C.I.J. (Series A) No. 2, Judgment of 30 August 1924	25
<i>Occidental Petroleum Corporation y Occidental Exploration and Production Company c. La República del Ecuador</i> , Caso CIADI No. ARB/06/11, Decisión sobre medidas provisionales, 17 de agosto de 2007	passim
<i>Perenco Ecuador Ltd. c. La República del Ecuador y Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (Petroecuador)</i> , Caso CIADI No. ARB/08/6, Decisión sobre medidas provisionales, 8 de mayo de 2009.....	25
<i>Phoenix Action, Ltd. v. The Czech Republic</i> , ICSID Case No. ARB/06/5, Decision on Provisional Measures, Apr. 6, 2007	26, 30, 31
<i>Plama Consortium Ltd. v. Republic of Bulgaria</i> , ICSID Case No. ARB/03/24, Order [on Provisional Measures], Sept. 6, 2005.....	passim
<i>Quiborax S.A., Non Metallic Minerals S.A. y Allan Fosk Kaplún c. Estado Plurinacional de Bolivia</i> , Caso CIADI No. ARB/06/2, Decisión sobre medidas provisionales, 26 de febrero de 2010.....	25, 28, 59

<i>Railroad Development Corporation v. Republic of Guatemala</i> , ICSID Case No. ARB/07/23, Decision on Provisional Measures, Oct. 15, 2008	31
<i>Request for Interpretation of the Judgment of 31 March 2004 in the Case Concerning Avena and Other Mexican Nationals</i> (Mexico v. United States of America), Request for the Indication of Provisional Measures, Order of 16 July 2008, I.C.J. Reports 311	26
Resolución de la Cámara Primera de lo Penal de la Primera Sección del Centro, Inc. 310/2013, Ref. 176A-2-2013, 21 de marzo de 2014.....	2
Sentencia de la Sala de lo Constitucional, Caso No. 28-2008, 27 de junio de 2012.....	17, 38
Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, Caso No. 243-2013, 16 de octubre de 2013	19
Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, Caso No. 305-2013, 16 de octubre de 2013	19
<i>SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Islamic Republic of Pakistan</i> , ICSID Case No. ARB/01/13, Procedural Order No. 2 [on provisional measures], Oct. 16, 2002	59
<i>Tokios Tokelès v. Ukraine</i> , ICSID Case No. ARB/02/18, Order No. 1 on Claimant's Request for Provisional Measures, July 1, 2003	49
<i>Tokios Tokelès v. Ukraine</i> , ICSID Case No. ARB/02/18, Order No. 3, Jan. 18, 2005	passim
<i>Víctor Pey Casado y Fundación Presidente Allende c. La República de Chile</i> , Caso CIADI No. ARB/98/2, Decisión sobre la adopción de medidas provisionales solicitadas por las partes, 25 de septiembre de 2001	24, 26, 29, 49

LEYES

Constancia de Circulación No. 1220, emitida por el Diario Oficial, 10 de abril de 2014	41
Ley General de Electricidad, Decreto Legislativo No. 843, publicado en el Diario Oficial No. 201, Tomo No. 333, 25 de octubre de 1996	2
Reforma a la Ley de Inversiones, Decreto No. 423, publicado en el Diario Oficial No. 137, Tomo No. 400, 25 de julio de 2013.....	41

OTRAS

Christoph H. Schreuer, <i>The ICSID Convention: A Commentary</i> (2nd ed., 2009)	passim
--	--------

I. INTRODUCCIÓN

1. El solicitante de medidas provisionales tiene la carga de la prueba de establecer que existe, a primera vista, una base jurisdiccional para que el tribunal pueda decidir una disputa, y que las medidas solicitadas son necesarias y urgentes para prevenir daños irreparables a derechos que no pueden ser compensados por un laudo final. Enel Green Power S.p.A. ("ENEL") está solicitando seis medidas provisionales demasiado amplias, algunas de las cuales coinciden exactamente con los reclamos en su Solicitud de Arbitraje. ENEL tampoco ha establecido ni siquiera de una forma preliminar que existe jurisdicción, ni ha probado que existe necesidad ni urgencia para la protección de ningún derecho identificado en este arbitraje. Por lo tanto, la Solicitud de Medidas Provisionales carece de fundamento y debe ser rechazada.

2. Con esta Solicitud de Medidas Provisionales, lo que ENEL verdaderamente pretende es detener las investigaciones, salvaguardias y decisiones—que solamente son competencia de los tribunales salvadoreños—con respecto a lo actuado por diecinueve personas que diseñaron, ejecutaron y permitieron el proceso fraudulento que culminó con la firma del Acuerdo entre Accionistas que benefició exclusivamente a ENEL a costa de los intereses del Estado.

II. LOS HECHOS NO MENCIONADOS POR ENEL REVELAN UNA HISTORIA MUY DIFERENTE A LA PRESENTADA POR ENEL

A. El proceso de selección de ENEL como socio estratégico en LaGeo fue fraudulento y estaba diseñado para favorecer a ENEL a expensas de los intereses del Estado.

1. Antecedentes: liberalización del sector energético y creación de LaGeo.

3. Hasta finales de 1996, el sector energético en El Salvador era operado como un monopolio a cargo de una institución estatal autónoma denominada "Comisión Ejecutiva

Hidroeléctrica del Río Lempa" (en lo sucesivo "CEL"). Esta institución pública estaba encargada de todas las actividades relacionadas con la generación, transmisión y distribución de energía eléctrica en El Salvador.¹

4. El 10 de octubre de 1996, se promulgó en El Salvador el Decreto Legislativo No. 843 que contiene la "Ley General de Electricidad," teniendo ésta como propósito fundamental, desarrollar un mercado competitivo en las actividades de generación, transmisión, distribución y comercialización de energía eléctrica.²

5. En el artículo 119 de la Ley General de Electricidad, se estableció que dentro del plazo de tres años posteriores a la entrada en vigencia de la ley, CEL debía reestructurarse a efecto de que las actividades de generación de energía fueran realizadas por el mayor número de operadores posibles. Esto abarcaba—por supuesto—la actividad de generación de energía eléctrica por medio de la explotación de recursos geotérmicos.

6. Para esta explotación, la misma Ley General de Electricidad señaló en el artículo 120, que las sociedades resultantes de la reestructuración de CEL deberían recibir de la Superintendencia General de Electricidad y Telecomunicaciones (en lo sucesivo "SIGET") las respectivas concesiones para la explotación de los recursos. SIGET había sido creada previamente a través del Decreto Legislativo No. 808 del 12 de septiembre de 1996 como una

¹ Para los efectos de esta etapa en la que se analiza la Solicitud de Medidas Provisionales presentada por ENEL, El Salvador reducirá al mínimo las citas a documentos de prueba, pues el examen de los mismos solamente será necesario a partir de la siguiente etapa de este arbitraje. Sin embargo, como referencia para el desarrollo de esta sección sobre los hechos, El Salvador remite al Tribunal al Requerimiento presentado por la Fiscalía General de la República al Juzgado Séptimo de Paz, de fecha 11 de noviembre de 2013 (Anexo MP 12 de la Demandante), así como a la Resolución de la Cámara Primera de lo Penal, de fecha 21 de marzo de 2014. Resolución de la Cámara Primera de lo Penal de la Primera Sección del Centro, Inc. 310/2013, Ref. 176A-2-2013, 21 de marzo de 2014 (**Anexo R-1**).

² Ley General de Electricidad, Decreto Legislativo No. 843, publicado en el Diario Oficial No. 201, Tomo No. 333, 25 de octubre de 1996 (Anexo 07 de la Demandante).

institución pública de carácter autónomo, encargada de aplicar todas las normas sobre electricidad y telecomunicaciones que estuvieren vigentes en El Salvador.

7. Fue en ese contexto que el día 31 de julio de 1998, CEL constituyó en El Salvador una sociedad anónima originalmente denominada "GESAL, S.A. de C.V." y más adelante denominada LaGeo, S.A. de C.V. (*en lo sucesivo se referirá a ambas como "LaGeo"*).³ Durante el año 1999 CEL capitalizó a LaGeo y le transfirió los activos necesarios para el desarrollo de las actividades de generación de energía geotérmica.

8. En marzo del año 2000, y tal como en ese entonces lo establecía la Ley de Electricidad, SIGET otorgó a LaGeo las concesiones para la explotación de los campos geotérmicos de Ahuachapán y Berlín para la generación de energía eléctrica. LaGeo comenzó a explotar desde entonces esos campos. Para esa fecha, CEL era la propietaria del 99.99% de las acciones de LaGeo.⁴

2. Comienzo de las irregularidades en el proceso de búsqueda y selección de un socio estratégico: reemplazo total de la Junta Directiva de LaGeo y cesión del proceso a LaGeo.

9. Paralelo a lo anterior, en 1998 CEL consideró necesario buscar asesoría que le permitiera, entre otras cosas, contar con un socio estratégico que pudiera acompañarle en la recién constituida LaGeo. Fue así como en septiembre de 1998, CEL celebró un contrato con el Consorcio Ernst & Young LLP, Deutsche Bank Securities y Synex Ingenieros Consultores para ayudarle a buscar y seleccionar un socio para el establecimiento de una alianza estratégica en el área de geotermia. Dentro de los alcances de la contratación se preveía que el Deutsche Bank

³ La modificación de la denominación social de GESAL a LaGeo ocurrió el día 15 de junio de 2003.

⁴ En El Salvador se requiere que las sociedades estén formadas por al menos 2 socios. La Compañía de Luz Eléctrica de Ahuachapán era el otro accionista con el 0.01% de las acciones.

Securities asesoraría a CEL en el proceso de licitación internacional que al efecto se realizaría para encontrar un socio estratégico.

10. *Pero el 28 de noviembre de 2000, CEL removió de sus cargos a todos los miembros de la Junta Directiva de LaGeo y los reemplazó con personas sugeridas sin ninguna autoridad legal por el entonces Ministro de Economía. Entre los nuevos directivos se encontraba el nuevo director presidente de LaGeo, Oscar Armando Valdez Iraheta, quien es hermano de Benjamín Valdez Iraheta, abogado ante cuyos oficios se constituyeron dos de las empresas del Grupo ENEL que participaron en la licitación para el socio estratégico de LaGeo.*⁵

11. *Poco después, en marzo del año 2001, también por solicitud del entonces Ministro de Economía, la Junta Directiva de CEL acordó ceder a LaGeo los derechos y obligaciones derivados del Contrato de Asesoría Financiera para la selección del socio estratégico.*⁶

12. Es a partir de estos dos actos que se generan las continuas irregularidades investigadas por la Fiscalía General de la República de El Salvador ("FGR").⁷

13. La cesión de derechos de CEL a LaGeo fue determinante. Como se ha mencionado anteriormente, CEL es una institución pública. Siendo así, de conformidad al

⁵ Como ejemplo de otros conflictos de intereses, el asesor jurídico de LaGeo, Porfirio Díaz Fuentes, era socio del bufete Díaz, López, Martínez & Asociados, el mismo bufete de otro representante del Grupo ENEL, José Daniel Martínez.

⁶ Carta de Guillermo A. Sol (Presidente de CEL) dirigida al Ing. Miguel E. Lacayo (Ministro de Economía), 23 de marzo de 2001 (**Anexo R-2**) (donde le informa que se aceptó su solicitud de ceder el Contrato de Asesoría Financiera a LaGeo).

⁷ De hecho, todos los miembros de las Juntas Directivas de CEL y de LaGeo en ese período, así como el entonces Ministro de Economía y otros tres funcionarios o asesores de CEL y LaGeo, constituyen 16 de las 19 personas que están siendo procesadas penalmente o por responsabilidad civil asociada a delitos. Las otras tres personas están relacionadas con ENEL. Todas estas personas gozan de la presunción de inocencia mientras no se demuestre lo contrario ante los tribunales de El Salvador.

ordenamiento jurídico salvadoreño, CEL está obligada a sujetarse a las regulaciones que al efecto existen para la adquisición y contratación de obras, bienes y servicios de la Administración Pública. Estas regulaciones están contenidas fundamentalmente en la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública ("LACAP"), disposiciones que CEL desatendió.⁸

14. LaGeo en cambio, al ser una sociedad anónima, no estaba sujeta a ningún régimen específico de contratación, sino tan solo al cumplimiento de los requisitos formales de todas las sociedades en El Salvador. Esto incluso aparece reforzado por la misma Ley de Electricidad, la que en su artículo 119 dice que a las sociedades que hubiera constituido CEL como resultado de su reestructuración, no les serían aplicables las disposiciones sobre constitución de sociedades por acciones de economía mixta.⁹

15. LaGeo no tenía así que observar los procedimientos establecidos en la LACAP, ni quedaba sujeta a la fiscalización de la Corte de Cuentas de la República, porque ni siquiera le aplicaba el régimen de las sociedades de economía mixta. Esto es solamente el inicio de muchas irregularidades hoy investigadas. Ya no sería CEL, sino LaGeo, quien recibiría la asesoría para diseñar e implementar una estrategia adecuada para la selección del socio inversionista estratégico que se incorporaría a la sociedad.

16. Es así como se inicia el proceso de licitación internacional conducido por LaGeo. En julio de 2001, el Deutsche Bank Securities presentó su propuesta final de términos de referencia para la licitación. La Junta Directiva de LaGeo los aprobó, preparándose de los

⁸ La LACAP fue promulgada a través del Decreto Legislativo No. 868 de fecha 15 de mayo de 2000.

⁹ Las sociedades de economía mixta son sociedades formadas por particulares e instituciones públicas o municipales. En virtud de la participación de estas últimas instituciones, estas sociedades pueden ser fiscalizadas por la Corte de Cuentas de la República según se dispone en la Ley sobre Constitución de Sociedades por Acciones de Economía Mixta.

mismos un borrador de lo que supuestamente sería el Acuerdo entre Accionistas que luego suscribiría CEL con quien resultara adjudicatario del proceso de búsqueda y selección.

3. El proceso de selección del socio estratégico puso en evidencia la intención de beneficiar ilegalmente a ENEL.

- (a) ENEL estaba inhabilitada por los términos de referencia para participar en el proceso de selección, pero su participación fue auto-permitida fraudulentamente.

17. Entre agosto y septiembre de 2001, los términos de referencia fueron adquiridos por tres grupos de empresas que manifestaron su interés: 1) el grupo Sumitomo; 2) el grupo Shell; y 3) el grupo ENEL, a través de un grupo de empresas que originalmente se llamó Grupo ERGA, que incluía a Energía Global International ("EGI"), pero que al final de varios cambios de denominación resultaron siendo las empresas ENEL y ENEL El Salvador.

18. Los oferentes tuvieron acceso a la información inicial relevante, y existió un período dentro del cual los interesados podían hacer llegar sus consultas a LaGeo. Los tres interesados cumplieron con presentar en tiempo y forma la documentación requerida en los denominados "sobres A."¹⁰

19. Una de esas consultas—la más importante—fue realizada el día 5 de septiembre de 2001 por el señor José Vicente Machado en su calidad de representante de EGI, sociedad del grupo ENEL.¹¹ En esa consulta, el representante de ENEL consultaba a LaGeo lo siguiente:

La presente consulta está relacionada con el numeral 1.23.2 de los términos de referencia, en el cual se inhabilita de participar en el proceso de búsqueda de un socio estratégico de parte de

¹⁰ Los participantes debían presentar en fechas distintas, tres sobres con información y documentación distinta. Los sobres fueron identificados como A, B, y C.

¹¹ Carta del Ing. José Vicente Machado (EGI) dirigida al Ing. José Antonio Rodríguez Rivas (LaGeo), 5 de septiembre de 2001 (**Anexo R-3**).

GESAL, a aquellas sociedades que participan en actividades de generación o distribución eléctrica en El Salvador.

Entendemos que esa cláusula se refiere a sociedades que ejercen el control mayoritario en las compañías de generación o distribución en El Salvador, sin embargo le solicitamos la confirmación de que nuestra participación minoritaria en la empresa AES-CLESA S. en C., a través de EGI Ltd, subsidiaria de ERGA, no inhabilita nuestra participación en el mencionado proceso.¹²

20. De manera sorprendente, sin hacer ningún tipo de cuestionamiento o investigación adicional sobre la participación de EGI en AES-CLEA, el Gerente General de LaGeo, José Antonio Rodríguez (cuñado del entonces Presidente de la República Francisco Flores, quien está siendo procesado penalmente por los delitos de enriquecimiento ilícito y peculado en otra acción no relacionada al presente caso), respondió el mismo 5 de septiembre de 2001, diciendo:

Con respecto a su consulta sobre la cláusula de inhabilidad (1.23.2 de los Términos de Referencia), le confirmo que, en vista que EGI Ltd., no ejerce el control de AES-CLESA, según la definición de la misma cláusula, no es considerada una sociedad afiliada de AES CLESA, y por lo tanto las empresas de su grupo empresarial, EGI, ERGA, y CHI, están habilitadas para participar en el proceso de Capitalización.¹³

21. Nadie puede explicar hasta la fecha cómo es posible que el entonces Gerente General de LaGeo hubiera podido concluir—el mismo día—que no había ningún impedimento legal para que ENEL participara en la licitación. Primero, el Gerente General de LaGeo no tenía la autoridad para dar esa respuesta por sí mismo; él tenía que haber remitido la consulta al

¹² *Id.*

¹³ Carta del Ing. José Antonio Rodríguez (LaGeo) respondiendo al Ing. José Vicente Machado (EGI), 5 de septiembre de 2001 (**Anexo R-4**).

Comité de Evaluación de Documentos de Precalificación de LaGeo, del cual el Gerente General era solamente uno de cinco miembros.

22. *Pero lo más impactante es que el Gerente General de LaGeo, conociendo de la inhabilitación de ENEL para participar en el proceso, se atrevió a autorizar la misma.*

23. El impedimento para participar en la licitación del socio estratégico no estaba dirigido solamente a empresas que ejercieran control sobre las empresas generadoras o distribuidoras de energía eléctrica en El Salvador. La prohibición era para empresas que directa o indirectamente tuvieran *participación* en empresas generadoras o distribuidoras de energía eléctrica en El Salvador. No se requería control, sino que solamente participación directa o indirecta a través de empresas afiliadas. Claramente, ENEL ejercía control sobre EGI, y EGI a su vez participaba en AES-CLEA, que era una empresa de distribución de energía eléctrica. Por lo tanto, ENEL estaba inhabilitada por los términos de referencia para participar en el proceso de selección de socio estratégico de ENEL, y la inversión de ENEL en LaGeo nació viciada de ilegalidad.¹⁴

24. Lo cierto es que esta respuesta viciada pretendió eliminar cualquier obstáculo o inhabilitación que hubiera podido tener ENEL para participar en la licitación. Este acto fue realizado de una forma no sólo irregular, sino que fraudulenta e ilegal.

25. Fue precisamente sobre la base de esta respuesta de José Antonio Rodríguez, en la que participó José Vicente Machado, representante de ENEL, que ENEL participó y fue seleccionada como socio estratégico de CEL en LaGeo, a pesar de que conforme a las reglas

¹⁴ De todas formas, y aunque no es parte necesaria para demostrar la ilegalidad de la inversión de ENEL en LaGeo, EGI también ejercía control sobre AES CLESA. ENEL ocultó en esa oportunidad que tenía un Acuerdo entre Accionistas que le permitía ejercer control sobre AES CLESA. Esto es algo que también está siendo investigado por la FGR. La FGR incluso ha requerido la realización de pruebas técnicas para determinar si las cartas fueron elaboradas en la misma máquina computadora y por la misma persona.

establecidas en los términos de referencia, ENEL estaba inhabilitada para participar. Si José Antonio Rodríguez hubiera actuado de conformidad con lo establecido en los términos de referencia, no habría sido posible la participación de ENEL en el proceso de búsqueda y selección del socio estratégico y el daño al patrimonio estatal de El Salvador se habría evitado.

26. De conformidad con las investigaciones de la FGR, esto no fue un error de buena fe o una coincidencia. Todo indica que José Antonio Rodríguez, Gerente General de LaGeo, en complicidad con José Vicente Machado, representante de ENEL, acordaron este intercambio fraudulento de consulta y respuesta para permitir la participación de ENEL a pesar que ENEL estaba inhabilitada para participar.¹⁵

27. Por lo tanto, como El Salvador demostrará en la siguiente etapa de este arbitraje, la inversión de ENEL en LaGeo no fue realizada de conformidad con las leyes de El Salvador sino que en contravención a ellas. De haberse cumplido las leyes de El Salvador, ENEL no podría haber realizado su inversión. Por lo tanto, la inversión de ENEL no puede gozar de la protección de la Ley de Inversiones, de cuya jurisdicción ENEL se quiere aprovechar para acceder al arbitraje internacional ante el CIADI.

- (b) El esquema para favorecer a ENEL continuó con importantes modificaciones al borrador de Acuerdo entre Accionistas que completamente desnaturalizaron la participación del socio estratégico.

28. El proceso de selección del socio estratégico continuó. Las empresas participantes hicieron consultas adicionales y producto de esas consultas se introdujeron varias modificaciones al borrador de Acuerdo entre Accionistas que llegaría a ser suscrito con CEL. Estas

¹⁵ La relación de José Antonio Rodríguez con ENEL se vuelve aún más preocupante después de esos acontecimientos, cuando José Antonio Rodríguez posteriormente se va a trabajar con ENEL.

modificaciones fueron importantísimas porque desnaturalizaron completamente el esquema inicial que se había aprobado por recomendación del asesor de Deutsche Bank.

29. De mayor importancia para este caso, CEL modificó el borrador del Acuerdo entre Accionistas a ser suscrito entre CEL y el socio estratégico a través de un procedimiento muy irregular en febrero de 2002, incluyendo por primera vez la ausencia de restricciones para que el socio estratégico se convirtiera en el socio mayoritario de LaGeo mediante la capitalización de acciones por inversiones realizadas. Además, se le dio al socio estratégico la primera opción para financiar dichas inversiones. Finalmente, se eliminó el requisito que las inversiones realizadas que pudieran resultar en la capitalización de acciones debían estar ligadas a un aumento de la capacidad generadora de LaGeo.

30. El resultado de estas modificaciones fue el de eliminar completamente el esquema original concebido para la relación entre CEL y el socio estratégico, de tal forma que el proceso se convirtió en un traspaso encubierto de los recursos del Estado a una empresa privada sin una contraprestación proporcional al beneficio otorgado, sin ninguna base legal y en violación a las leyes salvadoreñas.

- (c) El proceso para favorecer a ENEL se consumó con la salida de los otros dos concursantes, dejando a ENEL como la única beneficiaria de los cambios.

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

- (d) Las irregularidades que favorecieron a ENEL continuaron con la apertura del sobre "B."

32. El día 11 de abril de 2002, la Junta Directiva de LaGeo autorizó al Gerente General de esa sociedad para que recibiera los sobres "B" que presentaran los oferentes y para que revisara si estos sobres cumplían con los Términos de Referencia. Esto era imprescindible para que se les permitiera luego presentar los sobres "C." Solamente el grupo ENEL presentó el sobre "B." Esto lo hizo el día 15 de abril de 2002.

33. Coincidentemente, el mismo 15 de abril de 2002, el Gerente General de LaGeo suscribió una carta dirigida a CEL, en la que sin haber dado apertura al sobre "B," invitaba al acto en que procedería a la apertura del sobre "C," así como a un cóctel que se ofrecería al ganador del proceso.¹⁶ Aún no se sabía ni siquiera qué es lo que contenía el sobre "B," pero ya se sabía que habría un ganador. Reiteramos que para esta fecha ya solamente ENEL estaba participando en el proceso.

34. Se había autorizado al Gerente General de LaGeo para que verificara el contenido del sobre "B" y el cumplimiento de los Términos de Referencia. Pero fue en realidad un miembro de una firma de abogados (mencionada antes como una firma que representaba tanto a LaGeo como a ENEL), quien el día 15 de abril de 2002 remitió un fax al Gerente General de LaGeo diciendo que el sobre "B" presentado por ENEL cumplía con los términos de referencia.¹⁷ Un día después, el 16 de abril de 2002, LaGeo comunicó a ENEL que podía presentar el sobre "C"; para entonces CEL ya estaba invitada a la apertura y al cóctel del 18 de abril.

¹⁶ Carta del Ing. José Antonio Rodríguez (LaGeo) dirigida a la Junta Directiva de CEL, 15 de abril de 2002 (**Anexo R-5**).

¹⁷ Nadie sabe a la fecha quién autorizó que un miembro de una firma de abogados certificara el cumplimiento de estos requisitos; eso también es investigado por la FGR.

35. Pero si bien se suponía que ENEL había cumplido con los Términos de Referencia, lo cierto es que el día previsto para la apertura del sobre "C," ENEL aún estaba realizando enmiendas a la documentación presentada en el sobre "B."¹⁸ A pesar de todo esto, ENEL resultó adjudicataria.

36. Todo lo anterior evidencia que todo el proceso fue desarrollado para que ENEL fuera el socio estratégico en LaGeo.

4. Firma del Acuerdo entre Accionistas y su inmediata modificación.

37. El día 4 de junio de 2002, CEL y ENEL firman el Acuerdo entre Accionistas (el "Acuerdo"), estableciéndose que ENEL iniciaría con una participación accionaria equivalente al 8.5%. Este porcentaje se obtenía como resultado de un previo aumento de capital social de LaGeo y la consiguiente renuncia de CEL a suscribir ese aumento de capital social. En el Acuerdo también se establecieron mecanismos por medio de los que ENEL podía eventualmente incrementar su participación accionaria.¹⁹

38. A pesar de que el Acuerdo había sido revisado minuciosamente por todos los participantes, a pesar de que ENEL estuvo de acuerdo en su texto cuando presentó el tan citado sobre "B," y a pesar de que el 4 de junio de 2002 se firmó libremente por ambas partes ese Acuerdo, estas decidieron modificarlo de inmediato.

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

¹⁸ Carta del Ing. José Vicente Machado (Representante Especial de ENEL) dirigida al Ing. José Antonio Rodríguez Rivas (LaGeo), 18 de abril de 2002 (**Anexo R-6**).

¹⁹ Acuerdo entre Accionistas (Anexo 02 de la Demandante).

decir, la auténtica notarial del Acuerdo fue realizada exactamente a la misma hora que la primera modificación a dicho Acuerdo.

40. En esas auténticas notariales se dice que existió una Sesión Extraordinaria de CEL en la cuál como Punto Único se aprobaron las modificaciones al Acuerdo, haciendo ver que dicha Sesión Extraordinaria fue celebrada con fecha tres de junio de dos mil dos. Esto significa que un día antes de haberse celebrado el Acuerdo entre Accionistas, ya la Junta Directiva de CEL había aprobado—en sesión extraordinaria—las modificaciones que habría de hacerse al Acuerdo. Todas las modificaciones introducidas fueron hechas en beneficio de ENEL.²⁰

5. Primer incremento irregular de la participación accionaria de ENEL en LaGeo.

41. A finales del año 2002, CEL le informó a ENEL que necesitaba acceso inmediato a aproximadamente US \$10 millones para cubrir parte del subsidio del sector eléctrico en El Salvador. CEL entonces le propuso a ENEL obtener estos fondos a través de una disminución de capital en LaGeo de aproximadamente US \$11 millones que serían distribuidos entre ambas empresas en proporción a su participación accionaria en LaGeo.

42. ENEL aceptó proceder con la operación de reducción de capital pero condicionó su aprobación. Dentro de las condiciones impuestas por ENEL, solicitó que se aprobara a título gratuito un aumento de un 4% en el poder accionario de ENEL en LaGeo. CEL aprobó esta y otras condiciones impuestas por ENEL y fue así como en diciembre de 2002, se volvió a modificar el Acuerdo para permitir que de forma gratuita, ENEL aumentara su participación accionaria en un 4% y llegara así a tener el 12.5% de las acciones de LaGeo.²¹

²⁰ Acuerdo entre Accionistas, Modificación No. 1, 4 de junio de 2002 (**Anexo R-7**).

²¹ Acuerdo entre Accionistas, Modificación No. 2, 20 de diciembre de 2002 (**Anexo R-8**).

43. Las circunstancias en las que se concretó este incremento del 4% en la participación de ENEL, así como los antecedentes ocurridos durante el proceso de selección, han motivado que la Fiscalía General de la República investigue la posible existencia de actos de corrupción tendientes a favorecer de manera ilícita a ENEL. Es importante hacer notar que la FGR es una entidad estatal independiente de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial del gobierno de El Salvador.

44. En abril de 2006, CEL transfirió todos sus derechos y acciones derivados del Acuerdo entre Accionistas a una sociedad anónima de nacionalidad salvadoreña, denominada Inversiones Energéticas, S.A. de C.V. ("INE"). A partir de ese momento, INE se convirtió en la titular de la mayoría de las acciones de LaGeo, y era INE quien frente a ENEL, asumía los derechos y obligaciones del Acuerdo.

45. Más adelante y a través de alegadas inversiones efectuadas en LaGeo, ENEL logró entre los años 2006 y 2008, aumentar su participación social hasta un 36.2% de las acciones de LaGeo. El 63.8% restante de las acciones, permanecía—como hasta ahora—en poder de INE como cesionaria de los derechos de CEL.

B. Alcance limitado del laudo arbitral CCI.

46. La cláusula 6 del Acuerdo entre Accionistas, denominada "Capitalización de Otras Inversiones" (una de las cláusulas que fueron modificadas significativamente durante el proceso de licitación), contenía un mecanismo en virtud del cual ENEL podría incrementar su participación societaria en LaGeo. INE y ENEL interpretaron de manera diferente la referida cláusula 6. ENEL alegaba que tenía derecho a continuar incrementando su participación en LaGeo y que INE se lo estaba impidiendo. Eso dio lugar a que ENEL iniciara un procedimiento arbitral ante la Cámara de Comercio Internacional (el "arbitraje CCI").

47. El arbitraje CCI fue iniciado por ENEL en octubre del año 2008 en contra de CEL y de INE. INE a su vez interpuso una demanda reconvenzional contra ENEL. La sede del arbitraje fue París según lo establecía el convenio arbitral.

48. En el referido arbitraje, el tribunal dictó su laudo el día 30 de mayo de 2011, que fue comunicado a las partes el día 5 de julio de 2011.

49. En relación a la demanda presentada por ENEL, en el laudo se dijo:

- Que el Tribunal no tenía jurisdicción ni competencia para conocer reclamos en contra de CEL, sino únicamente en contra de INE como cesionaria de los derechos de aquella;
- Que ENEL tenía derecho a capitalizar inversiones por \$127,394,130, con lo que ENEL llegaría al 53.25% de participación accionaria en LaGeo;
- Que ENEL tenía derecho a que se repartieran dividendos pendientes de repartir hasta el ejercicio 2009;
- Que ENEL no tenía derecho a ser indemnizada por incumplimientos al artículo 6 del Acuerdo entre Accionistas;
- Que ENEL tenía derecho a \$2,788,470 en concepto de intereses moratorios por no haberse repartido oportunamente dividendos hasta el ejercicio 2009; y
- Que ENEL no tenía derecho a ser indemnizada por \$202,576,085 en concepto de indemnización subsidiaria.

50. La demanda reconvenzional de INE fue rechazada en todas sus partes por el tribunal arbitral. *Sin embargo, el tribunal no llegó a pronunciarse sobre el fondo de varios de los reclamos hechos por INE, pues consideró que en todo caso, era LaGeo o en algunos casos CEL, la legitimada para incoar esas reclamaciones. Esto es importante señalarlo desde ya, porque no es cierto—como lo afirma ENEL en su solicitud—que los asuntos que están siendo investigados por la FGR o que estén en conocimiento de tribunales salvadoreños, ya hayan sido decididos en el arbitraje CCI.*

51. Luego de notificado el laudo, ambas partes interpusieron solicitudes de corrección e interpretación del laudo. El laudo fue corregido el 21 de diciembre de 2012, quedando firme desde entonces. Pero ENEL nunca intentó la homologación del laudo ante los tribunales judiciales salvadoreños como lo prevé el ordenamiento jurídico de El Salvador.

C. Particulares iniciaron por su cuenta acciones ante la Corte Suprema de Justicia de El Salvador.

1. Acción en la Sala de lo Constitucional.

52. En El Salvador, la Ley de Procedimientos Constitucionales dice, en su artículo 2, que cualquier ciudadano puede pedir a la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia que declare la inconstitucionalidad de las leyes, decretos y reglamentos, de un modo general y obligatorio.

53. En noviembre del año 2008 (dos años y medio antes de la fecha del laudo en el arbitraje CCI), cuatro ciudadanos interpusieron un recurso de inconstitucionalidad contra los artículos 5 y 12 de la Ley General de Electricidad y los artículos 4, 12 y 51 del Reglamento de la Ley General de Electricidad. En resumen, los ciudadanos alegaban que estas disposiciones indebidamente permitían a SIGET el otorgamiento de concesiones para la explotación de ciertos recursos del Estado por plazo indefinido, y que de acuerdo a la Constitución de El Salvador, tales recursos sólo podían ser otorgados en concesión, con límites temporales, por la Asamblea Legislativa.

54. En el referido proceso de inconstitucionalidad, la Sala de lo Constitucional otorgó audiencia a la Asamblea Legislativa de El Salvador, al Presidente de la República y a la Fiscalía General de la República. *Sumamente importante es señalar que tanto la Asamblea Legislativa, como el Presidente y Fiscal General en funciones, evacuaron la audiencia defendiendo la constitucionalidad de las normas impugnadas. En otras palabras, estas instituciones del Estado*

salvadoreño sostuvieron frente a la Sala de lo Constitucional, que las normas impugnadas no eran inconstitucionales.

55. Esta sola circunstancia pone en evidencia que jamás ha existido un plan orquestado por el Estado y Gobierno de El Salvador para afectar los derechos de ENEL. Quienes iniciaron el procedimiento de inconstitucionalidad de estas normas fueron ciudadanos comunes y corrientes. Estos ciudadanos no atacaron la concesión otorgada por SIGET a LaGeo, sino que impugnaron de manera general una norma que había servido para otorgar esa y muchas otras concesiones. Por su parte, las instituciones del Estado defendieron las atribuciones de SIGET para el otorgamiento de este tipo de concesiones.

56. No obstante, el día 27 de junio de 2012 la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia declaró inconstitucionales las disposiciones impugnadas de la Ley General de Electricidad y de su Reglamento, porque otorgaban a SIGET la potestad de concesionar una actividad que requiere una autorización parlamentaria indelegable y porque contradecían la exigencia de temporalidad establecida en la Constitución.

57. La Sala de lo Constitucional jamás entró a conocer de la concesión otorgada a LaGeo, sino que se limitó a declarar de manera general la inconstitucionalidad de una norma. Más aún, la Sala de lo Constitucional reconoció que no podía afectar derechos adquiridos de ningún concesionario, por lo que expresamente dijo que las concesiones otorgadas a concesionarios de buena fe, podían mantenerse. Lo único que dijo es que la Asamblea Legislativa debía revisar esas concesiones y establecer un plazo para las mismas.²²

²² Sentencia de la Sala de lo Constitucional, Caso No. 28-2008, 27 de junio de 2012, páginas 16-17 (Anexo MP 02 de la Demandante).

58. En conclusión, las concesiones otorgadas a LaGeo continúan vigente y en iguales términos a los originalmente otorgados. La Asamblea Legislativa ni siquiera ha iniciado el proceso de revisión de éstas.

2. Acciones en la Sala de lo Contencioso Administrativo.

59. Por otra parte, el artículo 9 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de El Salvador dice que cualquier persona titular de un derecho que se considere infringido, puede demandar la ilegalidad de los actos de la Administración Pública. Esta demanda se puede interponer ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia.

60. Basado en lo anterior, el 31 de mayo de 2013, un ciudadano interpuso un recurso contencioso administrativo en contra de varias decisiones adoptadas por CEL, argumentando que la incorporación de ENEL como socio de LaGeo se había realizado de manera ilegal y que existía una nulidad de pleno derecho en esas actuaciones. El 5 de julio de 2013 otros ciudadanos interpusieron una segunda demanda con casi los mismos argumentos y peticiones.

61. De vital importancia es decir que en ninguno de estos casos ha existido pronunciamiento o intervención alguna de la FGR. Sin pudor alguno, ENEL se atreve a afirmar que el Fiscal General de la República y el Coordinador de la Comisión Especial CEL/ENEL han presentado escritos apoyando la solicitud de estos ciudadanos. *Eso es completamente falso.*

62. La FGR supo de estos casos a través de la prensa y fue por ello que presentó escritos solicitando única y exclusivamente que se le extendiera una copia certificada de todo el expediente. A esta fecha la Sala de lo Contencioso Administrativo ni siquiera ha entregado copia certificada del expediente a la FGR, ni mucho menos le ha mandado a escuchar para que la FGR se manifieste al respecto.

63. En esos procesos en los que la FGR no ha tenido ninguna participación, la Sala de lo Contencioso Administrativo ha ordenado como medida cautelar que CEL se abstenga de realizar todo tipo de traspaso de acciones y bienes muebles o inmuebles a ENEL mientras dure el procedimiento.²³

64. También de vital importancia es destacar que la medida cautelar es dictada contra CEL, y que CEL como se ha dicho no es accionista de LaGeo desde el año 2006, con lo cual no logra comprenderse cuál es la alegada vulneración a los derechos de ENEL. Aun sin contar con la medida cautelar dictada, CEL no tiene ninguna acción o bien que traspasar a ENEL. El socio de ENEL es INE, y es INE contra quien se ha dictado el laudo en el arbitraje CCI (laudo que por cierto nunca fue homologado en El Salvador).

D. La Fiscalía General de la República solicitó el inicio de un procedimiento penal y de responsabilidad civil después de haber realizado una investigación profesional.

65. El día 4 de febrero de 2013, la FGR recibió aviso del actual Presidente de CEL, solicitándole iniciar investigación en relación a la posible comisión de delitos en la transferencia de activos y la incorporación de un socio estratégico para la explotación de recursos del Estado en la generación de energía eléctrica.

66. Siendo competencia de la FGR la defensa de los intereses del Estado y encontrándose dentro de sus atribuciones la investigación del delito, la FGR decidió crear una Comisión Especial compuesta por juristas salvadoreños el 27 de febrero de 2013.

²³ Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, Caso No. 243-2013, 16 de octubre de 2013 (Anexo MP 09 de la Demandante); Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, Caso No. 305-2013, 16 de octubre de 2013 (Anexo MP 10 de la Demandante).

67. La Comisión Especial inició así un exhaustivo análisis del caso que duró varios meses. Durante ese tiempo, la Comisión Especial analizó la documentación que obraba en su poder, requirió información adicional a diferentes instituciones públicas y privadas, condujo extensas entrevistas con funcionarios y particulares involucrados con el caso y, por último, rindió un informe a la FGR.

68. En el informe rendido el día 31 de octubre de 2013, la Comisión Especial concluyó que existían varias actuaciones irregulares e ilícitas de funcionarios de CEL, representantes de LaGeo y representantes de ENEL; y que las mismas podían ser tipificadas como delitos de naturaleza penal. La Comisión Especial también concluyó que estas actuaciones habían ocasionado importantes daños pecuniarios al Estado de El Salvador. Por lo mismo, la Comisión Especial recomendó promover las acciones pertinentes.

69. Tomando en cuenta lo anterior, el día 11 de noviembre de 2013, la FGR presentó ante los tribunales judiciales de El Salvador, un requerimiento solicitando la instrucción de un proceso penal contra varios ex-funcionarios de CEL, representantes de LaGeo y representantes de ENEL, acusándoles del delito de peculado como cómplices necesarios en esos delitos. Además, en ese mismo proceso se ejerció acción de responsabilidad civil contra las personas físicas imputadas, así como acción de responsabilidad civil subsidiaria contra Enel Green Power S.p.A. y contra Enel Green Power El Salvador, S.A. de C.V.²⁴

70. Se celebró una audiencia donde estuvieron representados todos los imputados, y donde también estuvo representada ENEL El Salvador a través de su abogado Samuel Merino

²⁴ Los artículos 119 y 121 establecen la responsabilidad civil subsidiaria y responsabilidad civil subsidiaria especial que es la que se le imputa a ENEL y ENEL El Salvador.

González.²⁵ La Juez que conoció del requerimiento fiscal, resolvió el 26 de noviembre de 2013, denegando la solicitud de medidas cautelares de carácter civil solicitadas por la FGR.

71. Ante esa decisión, la FGR se vio forzada a interponer recurso de apelación. El 21 de marzo de 2014, la Cámara Primera de lo Penal de San Salvador resolvió la apelación interpuesta y decidió revocar la decisión adoptada por el juez inferior en grado. La Cámara Primera de lo Penal concedió de manera preventiva el embargo de bienes de todos los imputados en virtud de su responsabilidad civil, y concedió también el embargo preventivo en bienes de ENEL Italia y ENEL El Salvador como responsables civiles subsidiarios.

72. En su Solicitud de Medidas Provisionales, ENEL dice que la acción promovida por la FGR pretende discutir asuntos que ya fueron discutidos y decididos en el arbitraje CCI; como en seguida se explica, eso no es así.

73. Dentro de los actos de corrupción, el Código Penal de El Salvador tipifica el delito de "Peculado." Al hacerlo, el Código Penal dice que comete peculado el funcionario o empleado público que se apropie en beneficio propio o ajeno de dinero, valores, especies u otra cosa mueble de cuya administración, custodia o venta estuviere encargado en virtud de su función o empleo, o diere ocasión a que se cometiere el hecho.

74. El proceso de investigación iniciado por la FGR y el posterior requerimiento penal, intentan demostrar que ex-funcionarios públicos cometieron el delito de peculado y que para hacerlo existieron cómplices necesarios, dentro de los que se encuentran representantes de

²⁵ En el proceso promovido por la FGR, ENEL ha tenido oportunidad plena de hacer valer sus derechos. En el caso de ENEL El Salvador, su abogado ha estado presente en todas las diligencias, y en el caso de ENEL, ha sido su representante quien intencionalmente ha eludido recibir las notificaciones correspondientes y no se ha presentado. En todo caso y tal como se desprende de la misma Solicitud de Medidas Provisionales, es obvio que ENEL tiene pleno conocimiento del proceso y que puede mostrarse parte en el momento que estime oportuno.

ENEL. Es obvio que esto nunca pudo haberse discutido en el arbitraje CCI, toda vez que en un arbitraje comercial—como lo fue ese—simplemente se discuten posibles incumplimientos contractuales o la interpretación de cláusulas contractuales, pero nunca el cometimiento de delitos penales ni la responsabilidad civil que esos delitos puedan generar.

75. Además y como ya se mencionó anteriormente, la demanda reconvenzional presentada por INE ante la CCI, fue desestimada en su gran mayoría, porque el tribunal arbitral consideró que no era INE la legitimada activamente para incoar las reclamaciones, con lo cual los hechos en que se sustentaba la reconvencción nunca fueron conocidos y resueltos en su mérito.

76. La sola narrativa de estos hechos es en sí misma suficiente para desechar la petición de medidas provisionales solicitadas por ENEL.

77. Además, esta narrativa evidencia que la inversión objeto de este arbitraje fue realizada a través de un proceso fraudulento, diseñado para favorecer a ENEL a expensas de los intereses del Estado. Por lo tanto, la inversión de ENEL se originó violando las leyes de El Salvador, y no puede gozar de la protección de la Ley de Inversiones que ENEL invoca como base jurisdiccional para su demanda.

III. LAS REQUISITOS PARA EL OTORGAMIENTO DE MEDIDAS PROVISIONALES SON MUY ELEVADOS

A. Las medidas provisionales solicitadas por ENEL.

78. Las medidas provisionales son "medidas extraordinarias, que no pueden recomendarse a la ligera."²⁶ Son apropiadas solamente cuando la cuestión no puede esperar el resultado del laudo sobre el fondo de la controversia y hay un riesgo inminente de un daño

²⁶ *Occidental Petroleum Corporation y Occidental Exploration and Production Company c. La República del Ecuador*, Caso CIADI No. ARB/06/11, Decisión sobre medidas provisionales, 17 de agosto de 2007, párrafo 59 ("*Occidental Petroleum c. Ecuador*") (**Autoridad RL-1**).

irreparable.²⁷ Aquí, ENEL ha solicitado nada menos que seis medidas provisionales. Estas solicitudes son amplias, pretenden impedir una extensa gama de actividades estatales y, en caso de ser concedidas, obstaculizarían gravemente las funciones normales de dos de los tres Poderes del Estado, el Poder Legislativo y el Poder Judicial, además de la Fiscalía General de la República, que es una institución independiente, encargada de velar y defender los intereses del Estado.

79. Específicamente, ENEL le ha solicitado al Tribunal que adopte las siguientes medidas provisionales:

- (i) Que se ordene a la Asamblea Legislativa de El Salvador abstenerse de cumplir con una sentencia de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador, en el sentido de revisar las condiciones de explotación de las concesiones de LaGeo.
- (ii) Que se ordene a El Salvador suspender o poner fin a procedimientos contencioso administrativos iniciados por ciudadanos particulares en 2011 (Expedientes 243-2013 y 305-2013), hasta que este Tribunal emita un laudo sobre este arbitraje.
- (iii) Que se ordene a El Salvador suspender o poner fin a un procedimiento penal contra múltiples ex-funcionarios públicos y una persona relacionada con ENEL respecto a fraude y corrupción en el establecimiento de la inversión de ENEL en LaGeo, así como suspender o poner fin a un procedimiento de responsabilidad civil relacionado contra estas nueve personas y diez personas más (Expediente 171-A-2-13); y que se ordene levantar el embargo preventivo ordenado por una corte salvadoreña en fecha 10 de abril de 2014, para evitar el traspaso de bienes de estas 19 personas, así como los bienes de ENEL y de ENEL El Salvador, que serían necesarios para pagar una eventual restitución que pudiera ser ordenada por la corte competente, hasta que este Tribunal emita un laudo en este arbitraje.
- (iv) Que de manera general se ordene a El Salvador abstenerse de iniciar cualquier otro procedimiento judicial directamente relacionado con las cuestiones sometidas al presente arbitraje y, en general, de tomar cualquier

²⁷ Christoph H. Schreuer, *The ICSID Convention: A Commentary* (2nd ed., 2009), página 776 ("Schreuer (2009)") (**Autoridad RL-2**).

otra medida que tenga relación con el objeto del arbitraje CIADI y resulte en una agravación de la supuesta disputa en detrimento de ENEL y/o sus ex empleados.

- (v) Que se interprete que las solicitudes antes señaladas se extienden a hechos o actos conexos y relacionados con las mismas.
- (vi) Que se ordene, disponga o recomiende cualquier otro remedio que considere justo y apropiado.²⁸

80. Las medidas provisionales solicitadas son extremadamente amplias y vagas, a pesar que el derecho internacional circunscribe el otorgamiento de medidas provisionales como se explica a continuación.

B. Los requisitos legales para otorgar medidas provisionales.

1. El tribunal debe tener jurisdicción *prima facie* sobre la disputa.

81. Un tribunal no puede ordenar medidas provisionales a menos que su jurisdicción se encuentre justificada *prima facie*.²⁹

82. El primer requisito para la jurisdicción *prima facie* consiste en que debe existir una disputa legal entre las partes. El artículo 25(1) del Convenio del CIADI establece que "[l]a jurisdicción del Centro se extenderá a las *diferencias de naturaleza jurídica* que surjan directamente de una inversión [...]"³⁰ En una histórica decisión, la Corte Permanente de Justicia

²⁸ Solicitud de Medidas Provisionales por la Demandante (ENEL Green Power S.p.A), 14 de abril de 2014, párrafo 95 ("Solicitud de Medidas Provisionales").

²⁹ *Occidental Petroleum c. Ecuador*, párrafo 55 (RL-1); *Víctor Pey Casado y Fundación Presidente Allende c. La República de Chile*, Caso CIADI No. ARB/98/2, Decisión sobre la adopción de medidas provisionales solicitadas por las partes, 25 de septiembre de 2001, párrafos 1-12 ("*Pey Casado c. Chile*") (**Autoridad RL-3**).

³⁰ El artículo 25 del Convenio CIADI dispone: "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 añadido).

Internacional ("CPJI") explicó la noción de una disputa legal en el caso *Mavrommatis*.³¹ En ese caso, la CPJI definió una disputa legal como "un desacuerdo sobre un punto de derecho o de hecho, un conflicto de puntos de vista jurídicos o de intereses entre dos personas."³² El marco conceptual de la CPJI ha resistido el paso del tiempo y ha sido incorporado a las decisiones del CIADI.³³ Del mismo modo, un destacado analista académico del CIADI ha señalado que "una disputa debe ir *más allá de agravios generales* y debe ser susceptible de ser expresada en términos de una *reclamación concreta*."³⁴

83. Luego de decidir que existe una disputa legal, un tribunal deber establecer si tiene, *prima facie*, jurisdicción *ratione materiae*, *ratione personae*, *ratione temporis*, y *ratione voluntatis*.³⁵ No puede haber jurisdicción del CIADI—ni siquiera *prima facie*—si faltara alguno de esos requisitos. En particular, una disputa legal (en caso de que existiera) no podría ser sometida a la jurisdicción del CIADI, si el instrumento de consentimiento de un Estado soberano no se encontraba en vigor en el momento relevante.

³¹ *The Mavrommatis Palestine Concessions* (Greece v. United Kingdom), 1924 P.C.I.J. (Series A) No. 2, Judgment of 30 August 1924, página 11 (**Autoridad RL-4**).

³² *Id.*, ("A dispute is a disagreement on a point of law or fact, a conflict of legal views or of interests between two persons.").

³³ Ver, por ej., *Helnan International Hotels A/S v. The Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/05/19, Decision of the Tribunal on Objection to Jurisdiction, Oct. 17, 2006, párrafo 52 (**Autoridad RL-5**).

³⁴ Schreuer (2009), párrafo 44 (RL-2) ("*The dispute must go beyond general grievances and must be susceptible of being stated in terms of a concrete claim.*") (énfasis añadido).

³⁵ Ver *Quiborax S.A., Non Metallic Minerals S.A. y Allan Fosk Kaplún c. Estado Plurinacional de Bolivia*, Caso CIADI No. ARB/06/2, Decisión sobre medidas provisionales, 26 de febrero de 2010, párrafos 109-112 ("*Quiborax c. Bolivia*") (**Autoridad RL-6**) (donde el tribunal se aseguró de tener jurisdicción *prima facie* bajo los cuatro requisitos). Ver también, *Perenco Ecuador Ltd. c. La República del Ecuador y Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (Petroecuador)*, Caso CIADI No. ARB/08/6, Decisión sobre medidas provisionales, 8 de mayo de 2009, párrafo 39 (**Autoridad RL-7**).

2. Las medidas provisionales sólo pueden ser otorgadas en limitadas circunstancias.

84. En caso de que existiera jurisdicción respecto de una disputa, el Tribunal debe determinar si las circunstancias fácticas del caso justifican el otorgamiento de un remedio provisional. La Corte Internacional de Justicia ("CIJ") ha establecido de manera uniforme en su jurisprudencia que las medidas provisionales solamente pueden acordarse cuando algún derecho controvertido se encuentra bajo amenaza inminente de un daño irreparable.³⁶ Los tribunales del CIADI con frecuencia han encontrado apoyo en la jurisprudencia de la CIJ al decidir sobre las medidas provisionales del artículo 47 del Convenio del CIADI.³⁷

85. El artículo 47 y la correspondiente Regla de Arbitraje 39(1) establecen una serie de requisitos de estricto cumplimiento para el otorgamiento de medidas provisionales. Estos requisitos han sido consistentemente referidos y aplicados por los tribunales del CIADI. El texto del artículo 47 establece:

Salvo acuerdo en contrario de las partes, el Tribunal, si considera que las circunstancias así lo requieren, podrá recomendar la

³⁶ Ver, por ej., *Case Concerning Application of the International Convention on the Elimination of all Forms of Racial Discrimination* (Georgia v. Russian Federation), Request for the Indication of Provisional Measures, Order of 15 October 2008, I.C.J. Reports 353, párrafo 118 (**Autoridad RL-8**); *Request for Interpretation of the Judgment of 31 March 2004 in the Case Concerning Avena and Other Mexican Nationals* (Mexico v. United States of America), Request for the Indication of Provisional Measures, Order of 16 July 2008, I.C.J. Reports 311, párrafos 65-66 (**Autoridad RL-9**); *Case Concerning Certain Criminal Proceedings in France* (Republic of the Congo v. France), Request for the Indication of a Provisional Measure, Order of 17 June 2003, I.C.J. Reports 102, párrafos 22-30 (**Autoridad RL-10**).

³⁷ *CEMEX Caracas Investments B.V. and CEMEX Caracas II Investments B.V. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB/08/15, Decision on the Claimants' Request for Provisional Measures, Mar. 3, 2010, párrafos 40-41 ("*CEMEX v. Venezuela*") (**Autoridad RL-11**); *Pey Casado c. Chile*, párrafo 2 (RL-3); *Phoenix Action, Ltd. v. The Czech Republic*, ICSID Case No. ARB/06/5, Decision on Provisional Measures, Apr. 6, 2007, párrafo 33 ("*Phoenix Action v. Czech Republic*") (**Autoridad RL-12**); *Occidental Petroleum c. Ecuador*, párrafo 59 (RL-1); *Tokios Tokelès v. Ukraine*, ICSID Case No. ARB/02/18, Order No. 3, Jan. 18, 2005 ("*Tokios Tokelès v. Ukraine, Order No. 3*"), párrafo 8 (**Autoridad RL-13**).

adopción de aquellas medidas provisionales que considere necesarias para salvaguardar los respectivos derechos de las partes.

86. El artículo 39(1) de las Reglas de Arbitraje del CIADI establece:

En cualquier etapa una vez incoado el procedimiento, cualquiera de las partes puede solicitar que el Tribunal recomiende la adopción de medidas provisionales para la salvaguardia de sus derechos. La solicitud deberá especificar los derechos que se salvaguardarán, las medidas cuya recomendación se pide, y las circunstancias que hacen necesario el dictado de tales medidas.

87. En consecuencia, el artículo 47 del Convenio del CIADI otorga al Tribunal autoridad para "recomendar la adopción de aquellas medidas provisionales que considere necesarias para salvaguardar los respectivos derechos de las partes," *siempre y cuando* el tribunal "consider[e] que las circunstancias así lo requieren." La correspondiente Regla de Arbitraje 39(1) sólo permite a una parte solicitar medidas provisionales "para la salvaguardia de sus derechos." Esa solicitud, a su vez, debe "especificar los derechos que se salvaguardarán, las medidas cuya recomendación se pide, y las circunstancias que hacen necesario el dictado de tales medidas."

88. Tales circunstancias fácticas "son aquellas en las que las medidas [provisionales] son *necesarias* para salvaguardar los derechos de una parte y esa necesidad es *urgente*."³⁸ Se considera que existe urgencia cuando "es probable que se adopten medidas perjudiciales a los derechos de cualquiera de las partes antes de que se adopte una decisión final."³⁹ Las medidas provisionales sólo pueden otorgarse cuando existe un *derecho* a ser preservado y una situación de *necesidad y urgencia* que ocasionaría un *daño irreparable* a ese derecho.⁴⁰

³⁸ *Tokios Tokelès v. Ukraine*, Order No. 3, párrafo 8 (RL-13) ("...are those in which the measures are necessary to preserve a party's rights and that need is urgent.") (énfasis original).

³⁹ *Id.*, párrafo 8 ("... action prejudicial to the rights of either party is likely to be taken before such final decision is taken.").

⁴⁰ *Occidental Petroleum c. Ecuador*, párrafo 61 (RL-1).

3. El solicitante debe identificar sus *derechos* que están sujetos a sufrir *daño irreparable*.

89. Tal como se desprende del artículo 47 del Convenio del CIADI, no todos los derechos de las partes se encuentran protegidos. El artículo 47 sólo salvaguarda aquellos derechos "relacionados con las disputas específicas bajo arbitraje, las cuales, a su vez, están definidas por las reclamaciones y solicitudes de remedios de la Demandante a la fecha."⁴¹ De manera similar, destacados analistas han notado que los derechos a ser protegidos "deben *tener relación con los derechos en disputa* entre las partes."⁴² Un tribunal del CIADI ha explicado que las medidas provisionales "debe[n] referirse a la *materia del caso presentado* ante el Tribunal, y no a cuestiones diferentes que sean ajenas a éste o no guarden relación con el caso."⁴³ Así es que el solicitante de medidas provisionales debe identificar derechos sustanciales implicados en el arbitraje que pretende proteger con las medidas provisionales que solicita. A su vez, el derecho procesal de una parte a presentar su caso ante los tribunales del CIADI (como por ejemplo, el derecho a presentar a sus propios testigos si el acceso a los testigos está siendo impedido por la otra parte) también ha sido mencionado como un derecho merecedor de protección por medio de medidas provisionales.⁴⁴

90. Debe existir un derecho en disputa al momento de la solicitud de medidas provisionales; el derecho no debe ser hipotético o simplemente factible de ser creado en el

⁴¹ *Plama Consortium Ltd. v. Republic of Bulgaria*, ICSID Case No. ARB/03/24, Order [on Provisional Measures], Sept. 6, 2005, párrafo 40 ("*Plama v. Bulgaria*") (**Autoridad RL-14**) ("*... rights must be related to the specific disputes in arbitration, which, in turn, are defined by the Claimant's claims and requests for relief to date.*").

⁴² Schreuer (2009), página 798 (RL-2) ("*... must relate to the rights in dispute between the parties.*").

⁴³ *Emilio Agustín Maffezini c. El Reino de España*, Caso CIADI No. ARB/97/7, Resolución Procesal No. 2, 28 de octubre de 1999, párrafo 23 ("*Maffezini c. España*") (**Autoridad RL-15**).

⁴⁴ *Quiborax c. Bolivia*, párrafos 141-148 (RL-6).

futuro.⁴⁵ Por último, "las medidas provisionales no deben prejuzgar los derechos a ser determinados por la decisión del tribunal sobre el fondo de la controversia."⁴⁶

91. Los procedimientos judiciales domésticos en curso sólo pueden afectar el derecho de una de las partes al arbitraje exclusivo del CIADI en circunstancias limitadas. No existe tal impedimento cuando los procedimientos judiciales domésticos tienen un objeto diferente y no deciden (con efecto de cosa juzgada) sobre las cuestiones que están siendo sometidas ante un tribunal del CIADI.⁴⁷ En tanto las demandas y la causa de las acciones en los procedimientos domésticos sean diferentes a los procedimientos internacionales y no impidan el acceso de la demandante a documentos o testigos, no se configura un perjuicio del derecho procesal al arbitraje del CIADI.⁴⁸ Los tribunales del CIADI han sido cuidadosos en buscar la verdadera naturaleza de los procedimientos domésticos que corren en paralelo, los cuales han incluido procedimientos penales, para decidir si el derecho de una parte ha sufrido un daño irreparable.⁴⁹

4. El solicitante debe probar por qué es necesario proteger sus supuestos derechos.

92. Una vez que una parte ha demostrado que existe un derecho, el tribunal debe evaluar si tal derecho puede estar sujeto a sufrir un daño irreparable. Sin embargo, los tribunales

⁴⁵ *Maffezini c. España*, párrafos 12-14 (RL-15).

⁴⁶ Schreuer (2009), página 798 (RL-2) ("... *provisional measures must not prejudice the rights to be determined by the tribunal's decision on the merits.*").

⁴⁷ *Pey Casado c. Chile* (RL-3); *Plama v. Bulgaria*, párrafo 42 (RL-14).

⁴⁸ *Plama v. Bulgaria*, párrafo 43 (RL-14).

⁴⁹ *Pey Casado c. Chile* (RL-3); *Plama v. Bulgaria*, párrafos 42-46 (RL-14); *Caratube International Oil Company LLP v. The Republic of Kazakhstan*, ICSID Case No. ARB/08/12, Decision Regarding Claimant's Application for Provisional Measures, July 31, 2009, párrafos 139-140 ("*Caratube v. Kazakhstan*") (**Autoridad RL-16**); *Tokios Tokelès v. Ukraine*, Order No. 3, párrafos 8, 18 (RL-13).

del CIADI *no* han considerado que un daño sea irreparable si puede ser resarcido con una indemnización por daños y perjuicios.⁵⁰

93. Cuando en los procedimientos domésticos concurrentes se deciden cuestiones diferentes a las que están sometidas al arbitraje del CIADI, no hay necesidad de otorgar medidas provisionales.⁵¹ Más aun, los tribunales del CIADI han sido reticentes a otorgar medidas provisionales con respecto a procedimientos penales domésticos. Incluso en aquellos casos en los cuales se justifica el otorgamiento de medidas provisionales, dichas medidas en general se limitan al mantenimiento del *status quo*. Las medidas provisionales no pueden—y no han sido diseñadas con el objeto de—"mejorar la situación de la Demandante antes de que el Tribunal emita su laudo."⁵² Los tribunales del CIADI han destacado sistemáticamente que las medidas provisionales no son *necesarias* en los casos en que el solicitante no poseía con anterioridad el derecho subyacente que pretende proteger.⁵³

5. El solicitante debe probar por qué las medidas provisionales requeridas son urgentes.

94. ENEL intenta evadir el cumplimiento del requisito fundamental de *urgencia*.⁵⁴ Las medidas provisionales solamente son apropiadas cuando la cuestión no puede esperar el

⁵⁰ *Plama v. Bulgaria*, párrafo 46 (RL-14).

⁵¹ *Ver Tokios Tokelès v. Ukraine*, Order No. 3, párrafo 12 (RL-13). Véase también, *Caratube v. Kazakhstan*, párrafos 139-140 (RL-16).

⁵² *Phoenix Action v. Czech Republic*, , párrafo 37 ("*Phoenix Action v. Czech Republic*") (RL-12) ("... improve the situation of the Claimant before the rendering of the Tribunal's award.").

⁵³ *Maffezini c. España*, párrafos 12-14 (RL-15); *Phoenix Action v. Czech Republic*, párrafo 33 (RL-12).

⁵⁴ Solicitud de Medidas Provisionales, párrafo 93 (diciendo: "No es claro que la 'urgencia' sea un requisito necesario para evaluar medidas como las que descriptas en esta Solicitud de Medidas Preliminares.").

resultado del laudo del CIADI sobre el fondo de la controversia.⁵⁵ Los tribunales del CIADI han insistido reiteradamente en la necesidad de la existencia de la urgencia para el otorgamiento de medidas provisionales.⁵⁶ Los tribunales del CIADI ya han denegado medidas provisionales por falta de urgencia. Por ejemplo, cuando se hubieren iniciado procedimientos domésticos relacionados con anterioridad a la solicitud de arbitraje de la demandante, se ha entendido que no existe urgencia que justifique el otorgamiento de medidas provisionales.⁵⁷

95. El requisito de la urgencia no puede tenerse por cumplido simplemente porque la demandante solicita "el no agravamiento de la disputa." Más bien, un tribunal solo puede ordenar medidas provisionales si los *derechos* que la demandante pretende proteger sufrirán un inminente daño irreparable.⁵⁸ Un tribunal ha logrado resumir perfectamente la noción del "no agravamiento de la disputa": "El denominado principio del no agravamiento [de la disputa] no puede suplantar

⁵⁵ Schreuer (2009), página 775 (RL-2) (diciendo que las medidas provisionales "solo serán apropiadas cuando la cuestión no pueda esperar el resultado del laudo sobre el fondo de la controversia" / "*will only be appropriate where a question cannot await the outcome of the award on the merits.*").

⁵⁶ Los tribunales del CIADI han enfatizado repetidamente el requisito de la urgencia en el examen legal de las medidas provisionales. Ver, por ej. *Phoenix Action v. Czech Republic*, párrafo 32 (RL-12) (diciendo: "Es de común entendimiento que las medidas provisionales deben concederse sólo en situaciones de absoluta necesidad y urgencia, con el fin de proteger los derechos que pudieran, a falta de estas medidas, perderse definitivamente." / "*It is common understanding that provisional measures should only be granted in situations of absolute necessity and urgency, in order to protect rights that could, absent these measures, be definitely lost.*"); *Tokios Tokelès v. Ukraine*, Order No. 3, párrafos 8, 12, 13, 15, 18 (RL-13); *Plama v. Bulgaria*, párrafo 38 (RL-14); *Occidental Petroleum c. Ecuador*, párrafo 61 (RL-1); *City Oriente Limited v. The Republic of Ecuador and Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (Petroecuador)*, ICSID Case No. ARB/06/21, Decision on Provisional Measures, Nov. 19, 2007, párrafo 54 ("*City Oriente v. Ecuador*") (**Autoridad RL-17**); *Railroad Development Corporation v. Republic of Guatemala*, ICSID Case No. ARB/07/23, Decision on Provisional Measures, Oct. 15, 2008, párrafo 34 (**Autoridad RL-18**); *CEMEX v. Venezuela*, párrafos 41-43 (RL-11).

⁵⁷ *Tokios Tokelès v. Ukraine*, Order No. 3, párrafo 12 (RL-13).

⁵⁸ *City Oriente v. Ecuador*, párrafo 69 (RL-17).

a los requisitos del artículo 47 (es decir, la urgencia y la necesidad). Las medidas solicitadas no pueden concederse sobre la base del principio del no agravamiento por sí solo."⁵⁹

IV. LAS MEDIDAS PROVISIONALES SOLICITADAS POR ENEL NO CUMPLEN CON LOS REQUISITOS PARA SER OTORGADAS

A. Deficiencias generales de las medidas provisionales solicitadas.

1. No existe jurisdicción *prima facie* para este arbitraje porque la Solicitud de Arbitraje presentada por ENEL no se refiere a ninguna disputa legal entre ENEL y el Estado.

96. En su Solicitud de Arbitraje, ENEL fundamenta su demanda en tres medidas que, ENEL alega, dan lugar a una disputa legal entre ENEL y el Estado, capaz de ser sometida a arbitraje bajo el artículo 15 de la Ley de Inversiones y el artículo 25 del Convenio del CIADI:

- Primero, ENEL aduce que "el Presidente de El Salvador ha manifestado claramente su intención de no respetar el derecho de ENEL a obtener la mayoría accionaria de LaGeo que surge del Acuerdo [entre Accionistas] y fue ratificado en un laudo arbitral;"
- Segundo, ENEL reclama que "la Corte Suprema de El Salvador ha declarado inconstitucional las concesiones geotérmicas que sirven de base a las operaciones de LaGeo y en las que ENEL invirtió más de U\$s 100 millones [sic], sometiendo la continuidad de tales derechos al arbitrio de la Asamblea Legislativa;" y
- Tercero, ENEL reclama que, "en consonancia con expresas manifestaciones del Presidente de El Salvador, personas que estarían relacionadas con CEL han tomado medidas concretas para habilitar la competencia de los tribunales judiciales salvadoreños para anular los derechos de ENEL establecidos en el Acuerdo [entre Accionistas], en violación del pacto de arbitraje internacional allí contenido."⁶⁰

⁵⁹ *CEMEX v. Venezuela*, párrafo 61 (RL-11) ("*The so-called principle of non-aggravation [of the dispute] cannot supplant the requirements of Article 47. The measures relating to the Vessels cannot be granted on the basis of the principle of non-aggravation alone.*").

⁶⁰ Solicitud de Arbitraje por la Demandante (ENEL Green Power S.p.A.), 2 de agosto de 2013, párrafo 5 ("Solicitud de Arbitraje").

97. Aún en esta temprana etapa de este arbitraje, el Tribunal puede advertir sin mayor esfuerzo que ENEL no presentó en su Solicitud de Arbitraje ninguna disputa legal entre ENEL y el Estado que pueda ser sometida a arbitraje bajo el Convenio del CIADI. La decisión de ENEL de iniciar este arbitraje prematuramente, cuando no existía ninguna disputa legal entre ENEL y el Estado que pudiera ser sometida a arbitraje, se explica por un acontecimiento trascendental que ENEL ha omitido mencionar a este Tribunal, y que será discutido en la siguiente subsección.

98. Lo que ENEL en realidad pretende lograr al iniciar este arbitraje es convertir a este Tribunal constituido bajo el Convenio del CIADI en el ente ejecutor de un laudo comercial CCI entre dos empresas privadas (ENEL e Inversiones Energéticas, "INE"). Para ello, ENEL intenta transformar artificialmente una disputa comercial entre dos empresas privadas, en una disputa inversionista-Estado, a pesar de que ENEL no inició el procedimiento establecido en las leyes de El Salvador para el reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales internacionales. El plazo de dos años que ENEL tenía para solicitar a la Corte Suprema de Justicia de El Salvador el reconocimiento y ejecución de ese laudo comercial CCI ya expiró. Por lo tanto, ese laudo CCI no es ejecutable ni en El Salvador ni en ninguna parte del mundo. ENEL no puede culpar a nadie más que a su propia negligencia por ese resultado, ni puede pretender que este Tribunal vaya a enmendar el error cometido por ENEL.

99. En un procedimiento para decidir una solicitud de medidas provisionales como el presente, el Tribunal no necesita realizar un examen riguroso sobre admisibilidad o jurisdicción de la demanda presentada por la demandante en su solicitud de arbitraje. Sin embargo, es necesario aclarar desde el principio que ENEL solamente invoca la jurisdicción del CIADI bajo el artículo 15 de la Ley de Inversiones porque no existe ningún tratado internacional entre El Salvador e Italia que incluya el consentimiento a arbitraje internacional para decidir disputas

entre inversionistas extranjeros y el Estado. Tampoco existe ningún contrato entre El Salvador y ENEL que incluya el consentimiento de El Salvador a someter disputas contractuales a arbitraje internacional bajo el Convenio del CIADI. Así es que la única posible base jurisdiccional para que este Tribunal pueda decidir una disputa entre ENEL y el Estado de El Salvador, tendría necesariamente que existir dentro del texto de la Ley de Inversiones de El Salvador.

100. Tomando en cuenta lo anterior, para los efectos del análisis jurisdiccional preliminar para decidir la solicitud de medidas provisionales—un análisis que ENEL omitió en su Solicitud de Medidas Provisionales⁶¹—resulta sin embargo evidente que ninguna de las tres medidas reclamadas por ENEL en su Solicitud de Arbitraje, constituye una disputa legal entre un inversionista extranjero y el Estado de El Salvador que pueda ser sometida a arbitraje internacional bajo el artículo 15 de la Ley de Inversiones y el artículo 25 del Convenio del CIADI. Por lo tanto no existe jurisdicción *prima facie* para este arbitraje.

- (a) La falta de ejecución del laudo arbitral comercial CCI entre dos empresas privadas no constituye una disputa entre ENEL y el Estado.

101. El Acuerdo entre Accionistas al que ENEL hace referencia vincula a dos empresas privadas, ENEL Green Power SpA, por una parte, e Inversiones Energéticas, S.A. de C.V. ("INE"), por la otra.⁶² Por esta razón, el laudo arbitral CCI a que hace referencia ENEL fue entre esas dos empresas privadas (ENEL e INE) y solamente es aplicable a esas dos empresas privadas.

⁶¹ Solicitud de Medidas Provisionales, párrafo 78 (remitiendo al Tribunal a la referencia sobre jurisdicción incluida en los párrafos 55 a 64 de la Solicitud de Arbitraje).

⁶² El Acuerdo entre Accionistas fue originalmente suscrito entre ENEL y CEL (una institución estatal autónoma), pero CEL posteriormente creó a INE como una sociedad anónima (o empresa privada) y le transfirió todos sus derechos bajo el Acuerdo entre Accionistas.

102. En el arbitraje CCI, ENEL pudo perfectamente haber solicitado al tribunal CCI solamente una indemnización económica por el supuesto incumplimiento de INE al Acuerdo entre Accionistas con respecto a la capitalización de inversiones de ENEL que le otorgaría la mayoría accionaria en LaGeo. Un laudo arbitral CCI que incluyera una indemnización económica podía haber sido reconocido y ejecutado tanto en El Salvador como en cualquier otro país del mundo que sea parte de la Convención de Nueva York sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras.

103. Sin embargo, lo que ENEL solicitó al tribunal CCI como el remedio preferido fue que el tribunal CCI le ordenara a INE permitir la inversión y el incremento de la participación accionaria de ENEL hasta llegar a tener la mayoría accionaria en LaGeo. Por la propia naturaleza del laudo que fue emitido de conformidad con lo solicitado por ENEL, ese laudo solamente se podía ejecutar en El Salvador. De conformidad con las leyes de El Salvador que ENEL se comprometió a respetar y cumplir, lo que ENEL debió haber hecho desde que obtuvo un laudo favorable firme del tribunal CCI, es haber recurrido a la Corte Suprema de Justicia de El Salvador para solicitar el reconocimiento y ejecución de ese laudo. Pero ENEL nunca solicitó el reconocimiento y ejecución de ese laudo a la Corte Suprema de Justicia. Es más, a este momento, el plazo de dos años para solicitar el reconocimiento y ejecución del laudo de conformidad con la legislación salvadoreña ya expiró. Por lo tanto, ese laudo arbitral comercial CCI favorable para ENEL ya no es ejecutable en El Salvador, y nunca fue ejecutable en ninguna otra parte del mundo. Este resultado es solamente responsabilidad de ENEL.

104. A pesar de que es comprensible que ENEL ahora esté decepcionada de su propia negligencia al no haber solicitado el reconocimiento y la ejecución de ese laudo a la Corte Suprema de Justicia de El Salvador, la no ejecución voluntaria por parte de INE del laudo

arbitral comercial CCI entre dos empresas privadas no convierte a esa disputa en una disputa legal entre ENEL y el Estado. La única forma en que esa disputa podría haber sido elevada al plano estatal es si ENEL hubiese acudido a la Corte Suprema de Justicia para buscar el reconocimiento y ejecución de ese laudo arbitral comercial CCI, y la Corte Suprema se hubiese negado a hacerlo sin ninguna razón válida reconocida en la Convención de Nueva York. Pero eso no fue así, debido a que ENEL nunca acudió a la Corte Suprema de Justicia para solicitar el reconocimiento y ejecución del laudo arbitral, como era su obligación hacerlo de conformidad con las leyes salvadoreñas.

105. Por otra parte, con respecto a las declaraciones del Presidente de la República sobre el arbitraje comercial internacional CCI entre ENEL e INE, es necesario comenzar recordando que INE es "Inversiones Energéticas, S.A. de C.V.," una empresa privada. El dueño de INE es CEL, una institución estatal autónoma de conformidad con las leyes salvadoreñas que ENEL se comprometió a respetar y cumplir. El hecho que CEL es una institución estatal autónoma significa que el Presidente de la República no tiene la facultad legal de ordenarle a la Junta Directiva de CEL lo que tiene o no tiene que hacer. Mucho menos tiene el Presidente de la República la facultad legal de dar órdenes a la Junta Directiva de INE. Por lo tanto, el Presidente de la República de El Salvador no tiene la facultad legal de ordenarle a la Junta Directiva de INE, directa o indirectamente, que cumpla o que no cumpla con el laudo del tribunal arbitral comercial CCI. En vista de lo anterior, las declaraciones del Presidente de la República no tienen ningún efecto legal para implicar la responsabilidad del Estado sobre el hecho que INE no haya cumplido voluntariamente con el laudo CCI (que ENEL tampoco presentó a la Corte Suprema de Justicia para su reconocimiento y ejecución). La disputa existente fue, y sigue siendo, una

disputa contractual entre ENEL e INE, y no una disputa entre ENEL y el Estado. Ninguno de los hechos relatados o manipulados por ENEL puede cambiar esta situación.

- (b) La decisión de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia declarando inconstitucionales todas las concesiones otorgadas bajo la Ley General de Electricidad (y no solamente las concesiones de LaGeo como ENEL pretende sugerir) no constituye una disputa entre ENEL y el Estado.

106. ENEL aduce que la decisión de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador del 27 de junio de 2012, "declara[n]do inconstitucional las concesiones geotérmicas que sirven de base a las operaciones de LaGeo y en las que ENEL invirtió más de U\$s 100 millones [sic], sometiendo la continuidad de tales derechos al arbitrio de la Asamblea Legislativa,"⁶³ fue emitida en retribución por la decisión favorable a ENEL en el arbitraje comercial internacional CCI del 30 de mayo de 2011, y que por lo tanto la sentencia de la Sala de lo Constitucional de junio de 2012 constituye una disputa entre ENEL y el Estado.

107. Sin embargo, ENEL no le ha dicho al Tribunal que la demanda de inconstitucionalidad que fue decidida por la Sala de lo Constitucional en junio de 2012, *fue presentada desde el 20 de noviembre de 2008*.⁶⁴ Por lo tanto, cuando se inició el proceso de inconstitucionalidad de las concesiones, el arbitraje CCI acababa de comenzar solamente un mes antes y no había ninguna forma de predecir su resultado.

108. ENEL tampoco le ha informado al Tribunal que la sentencia emitida el 27 de junio de 2012 es una sentencia que declara la inconstitucional de los artículos de la Ley General de Electricidad que se refieren al poder de otorgar concesiones así como al plazo de las

⁶³ Solicitud de Arbitraje, párrafo 5.

⁶⁴ Ver Página web de Consulta de Expedientes de la Sala de lo Constitucional, Expediente 28-2008 (**Anexo R-9**).

concesiones, y que por lo tanto afecta a todas las concesiones otorgadas bajo la Ley General de Electricidad, y no solamente las concesiones geotérmicas a LaGeo en las que está interesada ENEL.⁶⁵

109. Finalmente, ENEL no le ha informado al Tribunal que tanto la Asamblea Legislativa de El Salvador, como el Presidente de la República y el Fiscal General de la República, presentaron escritos a la Sala de lo Constitucional entre enero y mayo del 2009, *defendiendo la constitucionalidad del poder delegado bajo la Ley General de Electricidad para que SIGET pudiera otorgar concesiones.*⁶⁶ La posición adoptada por la Asamblea Legislativa, el Presidente y el Fiscal General, en el sentido que las concesiones eran constitucionales, *coincidía completamente con la posición y los intereses de ENEL*, a pesar que ENEL ya había iniciado su arbitraje CCI contra INE.

110. La sentencia de la Sala de lo Constitucional de junio de 2012 se dio en el ejercicio de las atribuciones constitucionales de la Sala dentro de un esquema de gobierno democrático en el que existe separación de los Poderes del Estado. La sentencia de la Sala de lo Constitucional ha sido acatada y respetada por los otros dos Poderes del Estado, tal como ENEL tenía que hacer de conformidad con las leyes de El Salvador que ENEL se comprometió a respetar y cumplir como una condición indispensable para invertir en El Salvador.

111. ENEL reconoce implícitamente en su reclamo que la sentencia de la Sala de lo Constitucional mantiene la vigencia de todas las concesiones declaradas inconstitucionales

⁶⁵ Sentencia de la Sala de lo Constitucional, Caso No. 28-2008, 27 de junio de 2012, páginas 16-17 (Anexo MP 02 de la Demandante).

⁶⁶ *Id.*, páginas 4-10.

mientras son revisadas por la Asamblea Legislativa.⁶⁷ Sin embargo, ENEL actúa prematuramente cuando afirma que el solo hecho que las concesiones de LaGeo estén sujetas al estudio de la Asamblea Legislativa, cuando la Asamblea todavía no ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre la continuidad o no de los términos de esas concesiones, constituye una disputa entre ENEL y el Estado. Mientras la Asamblea Legislativa no se haya pronunciado de una forma que afecte los intereses legales de ENEL en las concesiones de LaGeo, no puede existir una disputa legal entre ENEL y el Estado en base a la decisión de la Sala de lo Constitucional del 27 de junio de 2012.

- (c) La presentación de dos demandas ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia por parte de personas particulares tampoco constituye una disputa entre ENEL y el Estado.

112. Aún más absurda es la afirmación de ENEL que la sola presentación en mayo y julio de 2011 de dos demandas ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, por personas particulares, equivale a una disputa entre ENEL y el Estado. Al momento que ENEL presentó su Solicitud de Arbitraje (2 de agosto de 2013), esas demandas solamente habían sido presentadas, y ni siquiera habían sido admitidas, por lo que es absurdo pensar que en esa fecha podía existir una disputa legal entre ENEL y el Estado.

113. Tampoco pudieron haber creado una disputa legal entre ENEL y el Estado la posterior admisión de esas demandas por parte de la Sala de lo Contencioso Administrativo, ni la emisión de medidas provisionales, ambas el 16 de octubre de 2013, dos meses después que la Solicitud de Arbitraje fue presentada por ENEL ante el CIADI. Por una parte, la admisión de una demanda solamente significa que los demandantes han cumplido los requisitos formales para que

⁶⁷ *Id.*, páginas 18-20.

la demanda sea considerada, pero de ninguna forma es una decisión sobre el fondo de la demanda. Por otra parte, las medidas provisionales ordenadas por la Sala de lo Contencioso Administrativo están limitadas a impedir que se cambie la situación existente de tal forma que se pueda frustrar una posible sentencia de la Sala antes que ésta pueda ser emitida. La medida provisional dictada por la Sala (ordenando que CEL no emita acciones a favor de ENEL hasta que se levante la orden), no ha producido ningún cambio a la realidad existente desde hace seis años, pues CEL no es quien puede emitir acciones de LaGeo, ni tampoco CEL, INE o LaGeo, han emitido acciones a favor de ENEL desde abril de 2008.⁶⁸ En efecto, esa es la razón por la que ENEL inició el arbitraje comercial internacional CCI.

114. Por lo tanto, el solo hecho que varios ciudadanos particulares hayan presentado dos demandas ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, tampoco ha creado una disputa legal entre ENEL y el Estado que pueda ser sujeta a arbitraje bajo el artículo 15 de la Ley de Inversiones ni bajo el artículo 25 del Convenio del CIADI.

2. ENEL ha omitido mencionar un hecho trascendental que impacta la jurisdicción de este Tribunal.

115. Después de leer la subsección anterior, el Tribunal indudablemente se preguntará por qué ENEL se precipitó en presentar su Solicitud de Arbitraje al CIADI el 2 de agosto de 2013, cuando no existía ninguna disputa legal entre ENEL y el Estado que pudiera ser sometida a arbitraje bajo el Convenio del CIADI.

116. La respuesta está en un acontecimiento trascendental que ENEL ha omitido mencionar al Tribunal: el 11 de julio de 2013, la Asamblea Legislativa de El Salvador aprobó una reforma al artículo 15 de la Ley de Inversiones de El Salvador, removiendo cualquier

⁶⁸ Solicitud de Arbitraje, párrafos 34-35.

referencia a arbitraje internacional como una opción para resolver disputas entre inversionistas extranjeros y el Estado.⁶⁹ Por lo tanto, ENEL se apresuró a presentar una Solicitud de Arbitraje antes que la reforma entrara en vigor, aunque para ello tuviera que fabricar artificialmente supuestas disputas legales entre ENEL y el Estado que no existían al 2 de agosto de 2013.

117. Disputas inexistentes no pueden constituir el perfeccionamiento del consentimiento requerido para una demanda, cuando el ofrecimiento de arbitraje se refiere a disputas existentes, no a disputas hipotéticas. Tampoco se le puede agregar a un consentimiento inexistente, una disputa que surja después que la oferta de arbitraje ha sido retirada. Por ejemplo, cualquier disputa entre ENEL y el Estado que surja después de la fecha de entrada en vigor de la reforma al artículo 15 de la Ley de Inversiones no está sujeta a ningún consentimiento de El Salvador a que sea sometida a arbitraje internacional bajo el Convenio del CIADI. La reforma al artículo 15 de la Ley de Inversiones entró en vigor el 4 de septiembre de 2013, ocho días después de su publicación en el Diario Oficial de El Salvador.⁷⁰ Cualquier disputa legal entre ENEL y el Estado que surja después de esa fecha, queda fuera del supuesto consentimiento de El Salvador que existía antes de esa fecha para que fuese decidida por un tribunal arbitral internacional constituido de conformidad con el Convenio del CIADI.⁷¹

118. Así es que ENEL presentó su Solicitud de Arbitraje de forma impermissible y anticipatoria en agosto de 2013, a pesar de que no existía una disputa legal entre ENEL y el

⁶⁹ Reforma a la Ley de Inversiones, Decreto No. 423, publicado en el Diario Oficial No. 137, Tomo No. 400, 25 de julio de 2013 (**Anexo R-10**).

⁷⁰ Constancia de Circulación No. 1220, emitida por el Diario Oficial, 10 de abril de 2014 (**Anexo R-11**) (en la cual consta que el ejemplar del Diario Oficial No. 137, Tomo No. 400 correspondiente al día 25 de julio de 2013, salió a circulación con fecha 27 de agosto de 2013).

⁷¹ El Salvador reserva el derecho de objetar a la jurisdicción del CIADI en base al texto del artículo 15 de la Ley de Inversiones anterior a la reforma aprobada por la Asamblea Legislativa el 11 de julio de 2013.

Estado, porque ENEL sabía que la oferta de consentimiento de El Salvador a la jurisdicción del CIADI estaba por expirar de forma inminente y ENEL quería mantener abierta una puerta jurisdiccional al arbitraje CIADI. Entonces, como ahora, no existía una disputa legal entre ENEL y el Estado de El Salvador. Por lo tanto, las reclamaciones de ENEL no podían ser sometidas a arbitraje de conformidad con el artículo 25 del Convenio del CIADI pues el Tribunal no tiene jurisdicción para decidir disputas inexistentes al momento que ENEL presentó su Solicitud de Arbitraje.

119. *Estos son defectos jurisdiccionales susceptibles de ser vistos sin mayor esfuerzo, y por lo tanto impiden el otorgamiento de cada una de las medidas provisionales solicitadas por ENEL.*

120. Tampoco puede ENEL tratar de introducir por la puerta de atrás—mediante su incorporación a esta Solicitud de Medidas Provisionales—reclamos sobre nuevas medidas que ocurrieron después que el ofrecimiento de consentimiento de El Salvador a someter disputas a arbitraje bajo el Convenio del CIADI expiró el 4 de septiembre de 2013. Esto es precisamente lo que ENEL intenta hacer, como se evidencia en la reserva que hace ENEL en el párrafo 96 de su Solicitud de Medidas Provisionales sobre un supuesto derecho de modificar la Solicitud de Arbitraje. El Salvador desea enfatizar que no existe tal derecho ni en el Convenio del CIADI ni en las Reglas de Arbitraje del CIADI. Por lo tanto, El Salvador se opondría a cualquier intento de ENEL de modificar su Solicitud de Arbitraje.

121. Finalmente, y aunque éste no es el momento para que el Tribunal examine a fondo su jurisdicción, los hechos relatados en la sección II de esta Respuesta evidencian que la inversión de ENEL en LaGeo no fue hecha de conformidad con las leyes de El Salvador. Una inversión que no haya sido realizada de conformidad con las Leyes de El Salvador no puede

gozar de la protección de la Ley de Inversiones, incluyendo el acceso a arbitraje internacional bajo el Convenio del CIADI.

3. ENEL no ha identificado ningún derecho susceptible a protección mediante medidas provisionales.

122. Aún si hubiere jurisdicción *prima facie*, la Solicitud de Medidas Provisionales de ENEL no procede puesto que ENEL no tiene ningún derecho que se pueda proteger mediante medidas provisionales. Es de fundamental importancia recordar que *ENEL no alega derecho sustancial alguno relacionado con el fondo de este arbitraje que pretende proteger con su Solicitud de Medidas Provisionales*. Solamente alega dos supuestos derechos procesales accesorios. En primer lugar, ENEL reclama el "derecho" a la jurisdicción exclusiva del CIADI bajo el artículo 26 del Convenio del CIADI.⁷² En segundo lugar, ENEL reclama el "derecho" al no agravamiento de la disputa.⁷³ Sin embargo, ENEL no es titular de ninguno de estos dos derechos. Respecto al primer supuesto derecho, hasta que un tribunal del CIADI se declare competente, no puede existir una violación del artículo 26 del Convenio del CIADI. El artículo 26 del Convenio del CIADI establece: "Salvo estipulación en contrario, el consentimiento de las partes al procedimiento de arbitraje conforme a este Convenio se considerará como consentimiento a dicho arbitraje con exclusión de cualquier otro recurso." El consentimiento de un Estado al arbitraje solamente se extiende a procedimientos que cumplen los requisitos jurisdiccionales porque estos constituyen los límites de su consentimiento. Por lo tanto, no se

⁷² Solicitud de Medidas Provisionales, párrafo 79. El artículo 26 del Convenio del CIADI establece: "Salvo estipulación en contrario, el consentimiento de las partes al procedimiento de arbitraje conforme a este Convenio se considerará como consentimiento a dicho arbitraje con exclusión de cualquier otro recurso. Un Estado Contratante podrá exigir el agotamiento previo de sus vías administrativas o judiciales, como condición a su consentimiento al arbitraje conforme a este Convenio."

⁷³ Solicitud de Medidas Provisionales, párrafo 79.

sabr  si un demandante tiene derecho al arbitraje exclusivo hasta que se haya determinado el cumplimiento de los requisitos jurisdiccionales. No es una cuesti3n de jurisdicci3n *prima facie*, sino una cuesti3n de la existencia de un derecho que solamente surge cuando se establece que hay un procedimiento válidamente instituido ante un tribunal competente y cuál es el alcance jurisdiccional de ese procedimiento con respecto a las medidas reclamadas por la demandante. Tal derecho aún no ha nacido para ENEL en este procedimiento. Hasta el momento, el Tribunal ni siquiera se ha constituido, ni mucho menos ha tenido la oportunidad de examinar y pronunciarse sobre su propia jurisdicci3n.

123. En lo que concierne al segundo supuesto derecho que ENEL alega, el no agravamiento de la disputa, tal y como se ha indicado anteriormente, ENEL inici3 este arbitraje cuando no había una disputa legal entre las partes. Además de ser causante de la falta de jurisdicci3n (incluyendo jurisdicci3n *prima facie*), este hecho significa que ENEL no tiene un derecho al no agravamiento de la disputa, puesto que *no existe ninguna disputa legal sujeta a este arbitraje que pudiera agravarse*.

124. En consecuencia, ENEL no tiene ningún derecho susceptible de protecci3n mediante una recomendaci3n de medidas provisionales en este proceso.

B. Deficiencias específicas de las medidas provisionales solicitadas.

125. Es evidente que la Solicitud de Medidas Provisionales de ENEL no procede por falta de jurisdicci3n *prima facie* y, adicionalmente, por la inexistencia de derechos susceptibles a protecci3n. Pero los defectos en su Solicitud no acaban all . La carga de probar que el Tribunal debe otorgar cada una de sus seis solicitudes de medidas provisionales recae en ENEL. Por las razones expuestas a continuaci3n, ENEL no ha logrado probarlo.

1. La primera medida solicitada por ENEL no tiene base jurisdiccional; es demasiado amplia; coincide con la Solicitud de Arbitraje; y ENEL no ha probado necesidad, urgencia, o daño irreparable a los supuestos derechos afectados.

126. *Primero*, ENEL le ha solicitado al Tribunal que le ordene a El Salvador abstenerse de tomar medidas que afecten las condiciones de explotación de las concesiones de LaGeo.

127. Incluso a primera vista, esta solicitud es vaga y excesivamente amplia. ENEL se opone a una decisión de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia salvadoreña de junio de 2012. De acuerdo con esa decisión, todas las concesiones de electricidad—no sólo las concesiones geotérmicas de LaGeo—otorgadas en virtud de la Ley General de Electricidad, fueron consideradas inconstitucionales debido a que fueron otorgadas por medio de una delegación inconstitucional de facultades. Además, todas las concesiones tendrán que ser revisadas y aprobadas, en una etapa posterior, por la Asamblea Legislativa de El Salvador.

128. ENEL omite mencionar que este procedimiento ante la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema fue iniciado en 2008, mucho antes de que se emitiera el laudo en el arbitraje comercial de la CCI.⁷⁴ De hecho, tanto la Asamblea Legislativa, el Presidente de la República, como la Fiscalía General, participaron en esos procedimientos. Es más, todos ellos argumentaron en favor de la constitucionalidad de la Ley, y no a la inversa, tal como pretende insinuar ENEL. Aunque las concesiones de LaGeo han sido declaradas inconstitucionales, siguen siendo válidas hasta que sean revisadas por la Asamblea Legislativa de El Salvador.⁷⁵

⁷⁴ El procedimiento ante la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia fue iniciado en noviembre de 2008. El laudo de la CCI fue emitido en mayo de 2011.

⁷⁵ ENEL tampoco ha mencionado que las concesiones le fueron otorgadas a LaGeo, la compañía de empresa mixta, y por lo tanto la decisión también afecta a INE, la otra accionista en LaGeo.

129. Hasta la fecha, la Asamblea Legislativa no ha tenido oportunidad de discutir sobre la continuidad de los términos de las concesiones de LaGeo. Debido a que la Asamblea Legislativa no ha afectado los intereses jurídicos de ENEL en las concesiones de LaGeo, no existió ninguna disputa que justificara la aplicación de la protección de la Ley de Inversiones. Además es obvio que no hay necesidad ni urgencia alguna.

130. *ENEL de hecho se queja de la misma medida, tanto en su Solicitud de Medidas Provisionales como en su Solicitud de Arbitraje.* Los tribunales del CIADI se han negado a ordenar medidas provisionales si, para otorgarlas, deben profundizar sobre el fondo del caso.⁷⁶ ENEL no puede solicitar el mismo tipo de remedio por dos vías. Pero además de esto, por corresponder exactamente a la medida reclamada en la Solicitud de Arbitraje, y debido a que no existía una disputa legal entre ENEL y el Estado en el momento de la presentación de la Solicitud de Arbitraje, no se cumplía el requisito sobre la existencia de una disputa legal del artículo 25 del Convenio del CIADI y del artículo 15 de su Ley de Inversiones. Por estas razones, el Tribunal carece de jurisdicción *prima facie*.

131. Más allá de la ausencia de jurisdicción *prima facie*, ENEL tampoco ha logrado explicar cómo la decisión de la Corte Suprema de Justicia del año 2012 ha de hecho socavado la capacidad del Tribunal para juzgar y pronunciarse sobre sus (supuestas) reclamaciones bajo la Ley de Inversiones.⁷⁷ Por otro lado, hasta que un tribunal del CIADI se declare competente, no puede existir una violación del artículo 26 del Convenio del CIADI. Hasta el momento, el

⁷⁶ *Por ej., Azurix Corp. c. La República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/01/12, Decisión sobre jurisdicción, 8 de diciembre de 2003, párrafo 14 ("*Azurix Corp. c. Argentina*") (**Autoridad RL-19**).

⁷⁷ *Ver, por ej. Tokios Tokelès v. Ukraine*, Order No. 3, párrafo 12 (RL-13) (donde el tribunal rechazó las medidas provisionales con estos mismo fundamentos, notando que el proceso doméstico en cuestión había sido iniciado nueve meses antes que la solicitud de arbitraje de la demandante).

Tribunal ni siquiera se ha constituido, ni mucho menos ha tenido la oportunidad de examinar y pronunciarse sobre su propia jurisdicción. Así es que ENEL no ha demostrado que tiene los supuestos derechos que pretende proteger, mucho menos ha probado necesidad, urgencia, o daño irreparable.

2. La segunda medida solicitada por ENEL tampoco tiene base jurisdiccional; es demasiado amplia; coincide con la Solicitud de Arbitraje; y ENEL no ha probado necesidad, urgencia, o daño irreparable a los supuestos derechos afectados.

132. *Segundo*, ENEL solicita que se ordene a El Salvador suspender o poner fin a ciertos procedimientos iniciados ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador en 2011. ENEL alega que El Salvador es de alguna manera responsable de haber transferido la disputa accionaria contractual a la Corte Suprema, la cual—ENEL alega—es un foro parcial, en violación a la cláusula de arbitraje de la CCI incluida en el Acuerdo entre Accionistas.⁷⁸

133. *Aquí también, esta medida provisional solicitada por ENEL coincide exactamente con una reclamación hecha en la Solicitud de Arbitraje*, sobre la cual, como se ha mencionado anteriormente no existe jurisdicción *prima facie* porque no existe ninguna "disputa."

134. Por otra parte, una vez más ENEL sólo muestra una parte distorsionada de la verdadera historia. Ese litigio fue iniciado por un ciudadano particular, en mayo de 2011. Otros ciudadanos interesados también presentaron una demanda similar en julio de 2011. El 16 de octubre de 2013, por medio de una decisión preliminar, la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador simplemente consideró admisibles las demandas de esos ciudadanos. Esa decisión, sin embargo, de ninguna manera fue final. Se trató de una

⁷⁸ Solicitud de Medidas Provisionales, párrafo 63.

decisión preliminar que, además de considerar que tales demandas eran admisibles, suspendió provisionalmente las transferencias futuras de acciones conforme al Acuerdo adoptado 12 años antes con CEL (y en virtud del cual la participación accionaria de ENEL en LaGeo se encontraba permitida).⁷⁹ Además, incluso después de una potencial sentencia de nulidad total de la decisión de CEL de ejecutar el Acuerdo entre Accionistas al final de esos procedimientos, la participación accionaria actual de ENEL se mantendría sin cambios.

135. A lo sumo, esta decisión preliminar significaría que las acciones de ENEL se encuentran congeladas en su nivel actual (36.2 por ciento), lo cual se ha mantenido sin cambios desde 2008. Por lo tanto, esta decisión preliminar simplemente dio fuerza de ley a lo que ya estaba ocurriendo en la práctica; de hecho, mantuvo el *status quo* mientras que la Sala de lo Contencioso Administrativo tiene la oportunidad de examinar y pronunciarse sobre el mérito de las demandas.⁸⁰

136. Aquí, los ciudadanos particulares interpusieron dos demandas ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador. Cuando ENEL presentó su Solicitud de Arbitraje en agosto de 2013, estas demandas de particulares ya habían sido interpuestas, y por lo tanto no pueden constituir la base para solicitar medidas provisionales. Estos hechos no crean una disputa legal entre ENEL y El Salvador. Por lo tanto, y debido a que no existía una disputa, no había nada que someter a arbitraje en virtud del artículo 15 de la Ley de Inversiones de El Salvador (y en el artículo 25 del Convenio del CIADI).

⁷⁹ Además, como se ha mencionado anteriormente, la medida provisional dictada por la Sala está dirigida a CEL. Sin embargo, CEL no es quien puede o no puede emitir las acciones de LaGeo.

⁸⁰ Esta decisión preliminar fue emitida dos meses después de la Solicitud de Arbitraje de ENEL, y luego de la caducidad del consentimiento de El Salvador a la jurisdicción del CIADI previamente contenida en el artículo 15 de la Ley de Inversiones.

137. Sin perjuicio de la falta de jurisdicción *prima facie*, la solicitud de ENEL tampoco cumple con el artículo 47 del Convenio del CIADI. *En primer lugar*, como se indicó anteriormente, debido a que el Tribunal no se ha declarado competente, ENEL no posee ningún "derecho" a un procedimiento de arbitraje exclusivo ante el CIADI en virtud del artículo 26 del Convenio del CIADI. *En segundo lugar*, los procedimientos administrativos iniciados por personas particulares ante la Corte Suprema no están decidiendo *las mismas demandas y el mismo objeto de controversia* que el arbitraje del CIADI. No puede existir perjuicio en contra del arbitraje del CIADI simplemente porque ciertos procedimientos relacionados estén teniendo curso ante tribunales domésticos.⁸¹ Por lo tanto, no hay ninguna necesidad o urgencia de proteger los supuestos derechos procesales de ENEL. *En tercer lugar*, lejos de "agravar la controversia," la decisión preliminar de la Corte Suprema de octubre de 2013 otorgando medidas provisionales, ha de hecho mantenido el *status quo*. *En cuarto lugar*, ENEL se queja de la misma acción tanto en su Solicitud de Arbitraje como en su Solicitud de Medidas Provisionales. Si el Tribunal concediera la solicitud de ENEL, le estaría otorgando *el mismo remedio* que ENEL está solicitando con respecto al fondo de la disputa. Los tribunales del CIADI ya se han negado a ordenar medidas provisionales por esta misma razón.⁸²

⁸¹ *Pey Casado c. Chile*, párrafos 59-60 (RL-3) (en el cual el tribunal también decidió que los procedimientos ministeriales reclamados por la demandante no decidieron las mismas cuestiones que aquellas bajo consideración en el arbitraje por ante el CIADI); *c.f. Tokios Tokelès v. Ukraine*, ICSID Case No. ARB/02/18, Order No. 1 on Claimant's Request for Provisional Measures, July 1, 2003, párrafo 7 (**Autoridad RL-20**) (en el cual el tribunal le ordenó inicialmente a Ucrania suspender cualesquiera procedimientos judiciales nacionales *si* su objeto era el mismo que aquel que el tribunal arbitral del CIADI había aceptado conocer).

⁸² El tribunal en *Azurix* se negó a otorgar medidas provisionales con base en este fundamento, y aconsejó a los tribunales a no hacerlo. *Azurix Corp. c. Argentina*, párrafo 14 (RL-19).

3. La tercera medida solicitada por ENEL no tiene base jurisdiccional; es demasiado amplia; y ENEL no ha ni siquiera articulado, mucho menos probado, necesidad, urgencia, o daño irreparable a los supuestos derechos afectados.

138. *Tercero*, ENEL le solicita al Tribunal que le ordene a El Salvador suspender por completo los procedimientos penales, así como las acciones por responsabilidad civil relacionadas. ENEL le solicita además al Tribunal que le ordene levantar la orden de embargo preventivo sobre todos los activos de las personas involucradas en los procedimientos, incluidos los de ENEL, la cual tuvo lugar muy recientemente.

139. El contexto de ambos procedimientos es en realidad muy diferente del que ha expuesto aquí ENEL. De hecho, toda la evidencia presentada por la Fiscalía General de la República de El Salvador indica que el proceso de selección de ENEL como socio estratégico de CEL en LaGeo fue fraudulento y diseñado para favorecer a ENEL a costa de El Salvador.

140. La Fiscalía General de la República inició investigaciones en febrero de 2013 para hacer frente a una posible conducta delictiva que tuvo lugar durante el proceso que dio lugar a la inversión inicial de ENEL. En noviembre de 2013, la Fiscalía General de la República presentó el caso ante un juez, quien inició un proceso penal y las acciones de responsabilidad civil correspondientes contra dieciséis ex-funcionarios del gobierno que tuvieron un papel clave en el proceso que dio lugar a la inversión de ENEL en LaGeo. Estos procedimientos también incluyen a tres ex-representantes de ENEL en El Salvador que participaron en el proceso (aunque sólo uno de ellos está siendo procesado penalmente). La Juez inicialmente no aceptó la solicitud de la Fiscalía General para el embargo preventivo de esas diecinueve personas por su propia participación. La Juez tampoco concedió una orden de embargo preventivo sobre ENEL y su subsidiaria ENEL El Salvador, por su responsabilidad subsidiaria, al haber sido ENEL quien obtuvo un mayor beneficio de los potenciales delitos cometidos por las personas individuales. La

Fiscalía General apeló la decisión con respecto a la orden de embargo preventivo y, en marzo de 2014, la Cámara Primera de lo Penal de San Salvador decidió revocar la decisión adoptada inicialmente.

141. Ahora, ENEL solicita que El Salvador suspenda por completo las acciones contra las diecinueve personas (nueve personas acusadas tanto penalmente como por la responsabilidad civil correspondiente, mientras que otras diez personas sólo pueden resultar ser civilmente responsables en relación con los delitos señalados, ya que no están siendo consideradas penalmente responsables, debido al agotamiento del plazo de prescripción) y las acciones contra ENEL y ENEL El Salvador por su responsabilidad civil subsidiaria. Sin embargo, ENEL ignora que la salvaguardia de los intereses del Estado y la defensa del principio de legalidad constituye una obligación de la Fiscalía General de la República, de los tribunales salvadoreños, y de otros funcionarios públicos. ENEL está tratando impedirle al Estado de El Salvador que ejerza su poder soberano dentro de sus propias fronteras y que aplique sus propias leyes penales para investigar, acusar y—si fuera declarada la culpabilidad—sancionar y obtener resarcimiento por los actos delictivos cometidos dentro su territorio. La solicitud de ENEL busca utilizar el artículo 47 del Convenio del CIADI con el fin de detener las investigaciones, las salvaguardias y las decisiones que son de exclusiva responsabilidad de los tribunales salvadoreños. Por las razones que se exponen a continuación, la solicitud de ENEL es deficiente en ese sentido, tanto en los hechos como en el derecho.

142. *En primer lugar*, no existe una disputa legal entre ENEL y El Salvador que pueda ser decidida por este Tribunal con respecto a los procedimientos penales y civiles que menciona ENEL en la tercera media que solicita. ENEL está intentando introducir en este arbitraje un nuevo reclamo basado en estos procedimientos penales y civiles, como se evidencia en la reserva

que ENEL hace en el párrafo 96 de su Solicitud de Medidas Provisionales, de un supuesto derecho—inexistente—de modificar su Solicitud de Arbitraje. Pero la oferta de consentimiento de El Salvador al arbitraje del CIADI expiró cuando la reforma al artículo 15 de la Ley de Inversiones entró en vigor el 4 de septiembre de 2013. Los procesos penales fueron iniciados el 11 de noviembre de 2013. Por lo tanto, el Tribunal carece de jurisdicción *prima facie* para decidir sobre una nueva disputa potencial con respecto a los procesos penales y civiles.

143. Además, debido a que no existe jurisdicción *prima facie* sobre el arbitraje presentado en la Solicitud de Arbitraje el 2 de agosto de 2013 por las razones mencionadas anteriormente, tampoco puede existir jurisdicción *prima facie* para agregarle a este arbitraje una supuesta nueva medida sobre la cual, de haberse incluido en la Solicitud de Arbitraje, tampoco habría jurisdicción *prima facie*. Lo que ENEL está intentando hacer es introducir a este arbitraje una nueva supuesta disputa sobre la cual no existe jurisdicción, encubierta dentro de una solicitud de medidas provisionales. Pero esta estrategia no puede tener éxito, pues no se puede agregar un nuevo reclamo a un arbitraje que carece de jurisdicción, más aun cuando tampoco existiría jurisdicción independientemente sobre ese nuevo reclamo.

144. En todo caso, una investigación penal extensa sobre corrupción no es suficiente para crear un conflicto de puntos de vista jurídicos entre ENEL y el Estado de El Salvador. Las nueve personas acusadas de delitos, incluyendo a la persona relacionada con ENEL, se presumen inocentes hasta que se demuestre lo contrario. Además, las nueve personas acusadas penalmente permanecen libres, mientras que el proceso penal continúa, incluso sin la necesidad del pago de una fianza. Las únicas restricciones a su libertad consisten en la prohibición de viajar fuera de El Salvador, la prohibición de entrar en contacto con ciertas personas que podrían ser testigos en su contra, y la obligación de comparecer ante el tribunal dos veces al mes. En cuanto a las diez

personas que sólo se encuentran sujetas a procedimientos civiles, todavía tendrían que ser declaradas penalmente responsables por la conducta respecto de la cual se las acusa individualmente (aunque no están siendo procesadas penalmente debido a la expiración del plazo de prescripción). Cabe destacar, además, que la responsabilidad civil de cualquiera de esas personas sólo resultaría en el pago de daños pecuniarios.

145. ENEL también afirma que "ENEL no ha tenido la oportunidad de defenderse en estas actuaciones."⁸³ Esta afirmación es incorrecta. ENEL siempre ha tenido y tiene la oportunidad de defenderse, así como lo ha estado haciendo su subsidiaria ENEL El Salvador. Hasta el momento ha sido imposible notificar oficialmente a ENEL de estas actuaciones porque no se ha encontrado a un representante legal de ENEL en El Salvador para hacerle llegar la notificación oficial. Pero su subsidiaria ENEL El Salvador tiene conocimiento de las actuaciones y de hecho se está defendiendo. ENEL misma, al solicitar estas medidas provisionales, demuestra que tiene conocimiento sobre las actuaciones en El Salvador. Por lo tanto, si ENEL no se está defendiendo, eso se debe solamente a que ha decidido no hacerlo, pues sí tiene tanto la oportunidad como el conocimiento sobre las actuaciones para defenderse.

146. *En segundo lugar*, ENEL alega prematuramente que tiene un derecho en virtud del artículo 26 del Convenio del CIADI. Como se ha explicado anteriormente, ENEL no posee tal derecho.

147. *En tercer lugar*, el Tribunal—en cualquier caso—no tendría la facultad en virtud del artículo 47 del Convenio del CIADI para frenar la administración gubernamental ordinaria de El Salvador de una manera tan amplia como la que ENEL solicita. Esto se debe a que las partes, los hechos y las cuestiones jurídicas en juego en los procesos domésticos son diferentes de las

⁸³ Solicitud de Medidas Provisionales, párrafo 70.

que se encuentran en disputa en el presente arbitraje ante el CIADI. La investigación penal y las acciones judiciales relacionadas surgen de posibles delitos, y abarcan una variedad de acusados (19 individuos) y cuestiones jurídicas sobre las que este Tribunal no tiene jurisdicción.

148. En lo que concierne propiamente a ENEL, la orden de embargo preventivo sobre los activos de ENEL está inextricablemente ligada a los procesos penales; tiene como objeto asegurar que los posibles infractores o responsables subsidiarios no transfieran sus activos antes de que los tribunales salvadoreños hayan adoptado una decisión final. La orden de embargo preventivo no tiene el objetivo—y tampoco tendrá el efecto—de obstaculizar las actividades comerciales de ENEL. El objetivo subyacente de la medida es simplemente evitar que ENEL transfiera activos a terceros con el propósito de eludir su potencial responsabilidad al finalizar los procesos penales y civiles. *De hecho, inmediatamente después de que la Cámara Primera de lo Penal de San Salvador revocara la decisión adoptada por el Juzgado de Paz y ordenara el embargo de activos, ENEL intentó vender sus acciones en una empresa de distribución de electricidad, AES, en un intento de eludir la orden de embargo preventivo antes de que ésta pudiera implementarse.*

149. Tampoco es de extrañar que recaiga sobre ENEL y su subsidiaria salvadoreña ENEL El Salvador la mayor parte del monto de la orden de embargo preventivo. Si fueran declarados culpables o responsables civilmente, los presuntos responsables individuales no tienen remotamente la capacidad financiera para reembolsar al Estado por el daño que han causado. Por otra parte, ENEL es la que ha resultado beneficiada por esos delitos, por lo que es justo que recaiga en dicha compañía la mayor parte del monto del embargo preventivo.

150. El monto de la orden de embargo preventivo se estableció sobre la base de una valuación privada encargada por CEL en un momento en que no todos los factores relevantes

para su determinación podían ser conocidos. El cálculo oficial de los daños potenciales aún está pendiente y será llevado a cabo por los peritos designados por la corte salvadoreña. El monto de la orden de embargo preventivo se ajustará de acuerdo con el nuevo cálculo que realicen los peritos designados por la corte.

151. Por otra parte, las pretensiones de ENEL en cuanto a la suspensión de esos procedimientos judiciales están fuera de contexto y son desacertadas. Los tribunales del CIADI han sostenido que, incluso si la demandante en un arbitraje CIADI se encuentra implicada en un proceso penal doméstico, ello no constituye fundamento suficiente para la concesión de las medidas provisionales.⁸⁴ Por ejemplo, en *Tokios Tokelès contra Ucrania*, un tribunal del CIADI dictaminó expresamente que el simple inicio de un proceso penal no afectó, en sí mismo, el curso del arbitraje ante el CIADI.⁸⁵ A continuación, el tribunal denegó la solicitud de la demandante de suspender el proceso penal doméstico.

152. Aquí, ENEL simplemente no ha logrado establecer que sus derechos procesales en este arbitraje serían *irreparablemente dañados* por el legítimo esfuerzo de El Salvador para garantizar el cumplimiento de sus leyes. Tampoco ENEL ofrece ninguna justificación en cuanto a por qué es necesario y urgente suspender la legítima y soberana actuación de la administración gubernamental de El Salvador.⁸⁶ *La carga de probar cada uno de estos elementos recae sobre ENEL, y no sobre El Salvador.*

⁸⁴ Ver *Caratube v. Kazakhstan*, párrafo 139 (RL-16).

⁸⁵ *Tokios Tokelès v. Ukraine*, Order No. 3, párrafo 12 (RL-13).

⁸⁶ De modo similar, en *Tokios Tokelès v. Ukraine*, el tribunal decidió que las medidas provisionales con respecto a un proceso penal en marcha eran injustificadas debido a que la demandante no había demostrado que la medida fuera necesaria o urgente para proteger sus derechos. *Id.*

153. Sin embargo, El Salvador reconoce que la implementación a nivel internacional de la orden de embargo preventivo podría convertirse en una fuente de continua distracción para la labor de este Tribunal. Por lo tanto, El Salvador estaría dispuesto a llevar a cabo las consultas necesarias para no iniciar la ejecución de la orden de embargo preventivo sobre los activos de ENEL localizados fuera de El Salvador, mientras que procedimientos penales y civiles ante los tribunales salvadoreños continúan, hasta la resolución final de dichos procedimientos.

4. La cuarta medida solicitada por ENEL tampoco tiene base jurisdiccional; es demasiado vaga; y ENEL no ha probado necesidad, urgencia, o daño irreparable a los supuestos derechos afectados.

154. *Cuarto*, ENEL le solicita al Tribunal que le ordene a El Salvador abstenerse de iniciar cualquier otro procedimiento judicial directamente relacionado con las cuestiones sometidas al presente arbitraje ante el CIADI. De manera más general, ENEL solicita que El Salvador se abstenga de tomar cualquier otra medida que tenga relación con el objeto del arbitraje CIADI que pudiera agravar la disputa.

155. *En primer lugar*, la solicitud de ENEL está errada en derecho. Incluso si existiera una disputa legal que pudiera agravarse (la cual no existe), no se pueden otorgar medidas provisionales sólo con base en el no agravamiento de la disputa. El derecho al "no agravamiento de la disputa" es de carácter restringido por naturaleza. Este derecho sólo se refiere a:

las acciones que tornarían más difícil la resolución de la disputa por parte del Tribunal. Es un derecho al mantenimiento del *status quo*, cuando un cambio en las circunstancias pone en peligro la capacidad del Tribunal Arbitral de conceder el remedio que una de las partes busca y la capacidad de poner en práctica dicho remedio.⁸⁷

⁸⁷ *Plama v. Bulgaria*, párrafo 45 (RL-14) ("... actions which would make resolution of the dispute by the Tribunal more difficult. It is a right to maintenance of the *status quo*, when a change of circumstances threatens the ability of the Arbitral Tribunal to grant the relief which a party seeks and the capability of giving effect to the relief.") (énfasis original).

Pero el principio del "no agravamiento" no puede reemplazar los requisitos del artículo 47 del Convenio del CIADI, es decir, debe seguir siendo *necesario* y *urgente* proteger un *derecho* específico de un *daño irreparable*.⁸⁸

156. ENEL malinterpreta tanto la jurisprudencia de la CIJ como la del CIADI con respecto a las medidas provisionales para el no agravamiento de una disputa y el mantenimiento del *status quo*. Este tipo de medidas provisionales no son independientes; sólo se conceden en adición a otras medidas provisionales para proteger derechos de las partes. En otras palabras, si la conducta no causa un riesgo inminente de un daño irreparable a los derechos de una parte, el Tribunal no tiene la facultad de ordenar medidas provisionales solamente sobre la base del no agravamiento de la disputa. De hecho, la Corte Internacional de Justicia consideró este tema específicamente en el caso *Pulp Mills* entre la República Argentina y Uruguay. En el caso *Pulp Mills*, Uruguay solicitó que la Corte ordenara a Argentina abstenerse de realizar cualquier acción que agravara, extendiera o dificultara la resolución de la disputa.⁸⁹ Uruguay sostuvo que la Corte podría ordenar—de forma independiente—medidas provisionales tendientes a que no se agravara la disputa. La Corte estuvo en completo desacuerdo. La Corte confirmó de forma rotunda que las medidas provisionales para el no agravamiento de la disputa eran meramente *accesorias* de otras medidas que requieren específicamente una declaración de urgencia y daño irreparable a un derecho específico. La CIJ señaló que, "en esos casos [anteriores], medidas provisionales *distintas* de las medidas que requieren a las partes no llevar adelante acciones que puedan

⁸⁸ *CEMEX v. Venezuela*, párrafo 61 (RL-11).

⁸⁹ Case Concerning *Pulp Mills on the River Uruguay* (Argentina v. Uruguay), Request for the Indication of Provisional Measures, Order of 23 January 2007, I.C.J. Reports 3, párrafo 44 (**Autoridad RL-21**).

agravar o prolongar la disputa o tornar más dificultoso un arreglo de la disputa, también fueron recomendadas."⁹⁰

157. El tribunal del CIADI en *CEMEX contra Venezuela* hizo eco de la decisión de la CIJ.⁹¹ En *CEMEX*, las demandantes le solicitaron al tribunal que "le prohibiera a Venezuela adoptar cualquier otra medida perjudicial, que agraviara la disputa ante el Tribunal, o que tornara más dificultosa la resolución de la disputa."⁹² Específicamente, el tribunal consideró si, en virtud del artículo 47 del Convenio del CIADI, tenía la facultad de recomendar medidas provisionales relativas al no agravamiento de la disputa. El tribunal dictaminó que, aunque los tribunales del CIADI pueden recomendar medidas para evitar el agravamiento o la extensión de la disputa en virtud del artículo 47, "esas medidas de 'no agravamiento' son *medidas accesorias* que no puede recomendarse en la ausencia de medidas puramente protectivas o conservativas."⁹³ En otras palabras, dado que no había ninguna urgencia o necesidad de preservar el derecho de una parte de un daño irreparable, resultaba imposible ordenar medidas provisionales sobre la base del no agravamiento de la disputa.⁹⁴ Así, cuando los tribunales del CIADI han ordenado medidas provisional sobre la base del no agravamiento de la disputa, lo han hecho para proteger derechos sustantivos o procesales específicos, tales como el acceso a los testigos o a las pruebas, en los procedimientos del CIADI. Así ocurrió, por ejemplo, en *Quiborax contra Bolivia*, donde el

⁹⁰ *Id.*, párrafo 49 ("... *whereas in those [previous] cases provisional measures other than measures directing the parties not to take actions to aggravate or extend the dispute or to render more difficult its settlement were also indicated.*") (énfasis añadido).

⁹¹ *CEMEX v. Venezuela* (RL-11).

⁹² *Id.*, párrafo 62 ("... *to enjoin Venezuela from taking any action further prejudicing, aggravating the dispute before this Tribunal, or rendering this dispute more difficult of solution.*").

⁹³ *Id.*, párrafo 65 ("... *those 'non-aggravation' measures are ancillary measures which cannot be recommended in the absence of measures of a purely protective or preservative kind.*") (énfasis añadido).

⁹⁴ *Id.*, párrafo 62.

tribunal del CIADI estaba particularmente preocupado por garantizar el acceso a testigos y pruebas documentales, así como por la preservación de la integridad de las pruebas presentadas.⁹⁵

158. *En segundo lugar*, las solicitudes de ENEL son por demás excesivas. Las medidas provisionales deben ser específicas en su objeto y ámbito de aplicación; son, después de todo, "medidas extraordinarias, que no pueden recomendarse a la ligera."⁹⁶ Esta forma de remedio de emergencia *sólo* es apropiada cuando la cuestión no puede esperar el resultado del laudo sobre el fondo de la controversia.⁹⁷ En consecuencia, los tribunales del CIADI se han negado a conceder medidas provisionales demasiado amplias o que se basan en acciones futuras hipotéticas.⁹⁸ Por otra parte, aunque los procesos domésticos concurrentes pueden "en un sentido general, agravar la controversia entre las partes," las medidas provisionales deben denegarse.⁹⁹

159. En el presente caso, ENEL no ha detallado cuál es el tipo de daño irreparable al que se enfrenta, o cuáles son los derechos que resultarían dañados irreparablemente. En cambio, ENEL pide a este Tribunal que suspenda medidas judiciales (y otras medidas) que todavía no han tenido lugar. Si fuera concedida, esta solicitud obstruiría seriamente las funciones normales de dos de los tres Poderes del Estado de El Salvador, además de la labor de la Fiscalía General de

⁹⁵ *Quiborax c. Bolivia*, párrafo 153 (RL-6).

⁹⁶ *Occidental Petroleum c. Ecuador*, párrafo 59 (RL-1).

⁹⁷ Schreuer (2009), página 775 (RL-2).

⁹⁸ *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Islamic Republic of Pakistan*, ICSID Case No. ARB/01/13, Procedural Order No. 2 [on provisional measures], Oct. 16, 2002, página 301 (**Autoridad RL-22**) (en el cual el tribunal se negó a prohibirle al Estado demandado llevar adelante algunos de los procesos penales, administrativos y civiles normales dentro de su territorio).

⁹⁹ *Plama v. Bulgaria*, párrafo 45 (RL-14) ("... *in a general sense, aggravate the dispute between the parties.*").

la República, que es independiente, particularmente en el contexto de una investigación y un procedimiento judicial que busca investigar y determinar la responsabilidad sobre la comisión de graves delitos.

5. La quinta medida solicitada por ENEL tampoco tiene base jurisdiccional; es demasiado vaga; y ENEL no ha probado necesidad, urgencia o daño irreparable a los supuestos derechos afectados.

160. *Quinto*, ENEL le solicita al Tribunal que interprete que las solicitudes antes señaladas se extienden a hechos o actos conexos y relacionados con las mismas.

161. Por las razones expuestas anteriormente, la solicitud de ENEL es errónea tanto en los hechos como en el derecho.

6. La sexta medida solicitada por ENEL tampoco tiene base jurisdiccional; es demasiado vaga; y ENEL no ha probado necesidad, urgencia o daño irreparable a los supuestos derechos afectados.

162. *Sexto*, ENEL solicita al Tribunal que ordene cualquier otro remedio que considere justo y apropiado.

163. Por las razones expuestas anteriormente respecto a la solicitud de ENEL en la cuarta y quinta medida, no existe fundamento—ni en los hechos ni en el derecho—para conceder tal solicitud.

V. CONCLUSIÓN

164. Por medio de su Solicitud de Medidas Provisionales, ENEL busca que este Tribunal intervenga para detener los procesos penales y civiles en los que se investiga uno de los mayores fraudes cometidos contra el Estado de El Salvador. Pero ninguno de los procedimientos penales y civiles en El Salvador representa una amenaza para derechos sustantivos o procesales de ENEL en este arbitraje. La única razón por la que ENEL podría desear detener el desarrollo de la función soberana de los órganos fundamentales del Estado de El Salvador, es para tratar de

evitar que continúen las investigaciones sobre la forma fraudulenta en que ENEL realizó su inversión en LaGeo.

165. Pero la Solicitud de Medidas Provisionales no puede ser otorgada. ENEL no ha sido capaz de probar que existe ninguno de los requisitos necesarios para que este Tribunal constituido bajo el Convenio de CIADI pueda indicar medidas provisionales. Primero, ENEL no ha demostrado ni siquiera de forma preliminar que exista jurisdicción. ENEL tampoco ha articulado, ni mucho menos probado, cuáles son sus derechos fundamentales o procesales en este arbitraje que están siendo amenazados con daño irreparable si el Tribunal no actúa en este momento. Tampoco ha probado por qué las medidas preliminares solicitadas son necesarias y urgentes para proteger ningún derecho. La mera invocación de un supuesto derecho al mantenimiento del *status quo* y al no agravamiento de la disputa resultan insuficientes para justificar medidas provisionales cuando no se ha probado ni siquiera la existencia de derechos a proteger, ni mucho menos los requisitos de necesidad y urgencia para prevenir un daño irreparable a un verdadero derecho sustancial o procesal.

166. Por otra parte, El Salvador ha demostrado que los procedimientos penales y civiles que ENEL pretende detener se están desarrollando profesionalmente, sin intención de utilizar el poder del Estado de una forma abusiva y sin ninguna intención de interferir con este proceso arbitral. Para citar un ejemplo, al presentar el requerimiento al sistema judicial salvadoreño el pasado 11 de noviembre de 2013, la Fiscalía General ni siquiera solicitó la detención provisional de los imputados, quienes se mantienen en libertad mientras enfrentan los cargos en su contra.

167. El Salvador además se ha comprometido a cooperar con este Tribunal mediante la realización de las gestiones necesarias para que no se ejecute el embargo preventivo dirigido a

ENEL afuera del territorio de El Salvador. El Salvador ha actuado y seguirá actuando de buena fe en la investigación y desarrollo de los procedimientos penales y civiles para que esos procedimientos no interfieran con el desarrollo de este arbitraje. Por otra parte, el daño que se causaría a El Salvador con la implementación total o parcial de las medidas provisionales solicitadas por ENEL sería desproporcionalmente grave.

168. Por lo tanto, no existe ninguna razón para otorgar las medidas provisionales que ENEL solicita. Si ENEL no retira su solicitud, el Tribunal debe rechazarla en su totalidad.

169. Si ENEL insiste en mantener su Solicitud de Medidas Provisionales, El Salvador solicita la realización de una audiencia en Washington, D.C., en la que una delegación de la Fiscalía General, encabezada por el Fiscal General de la República, expondrá los resultados actuales de la investigación en el caso CEL-ENEL ante el Tribunal.

170. Finalmente, El Salvador desea referirse a la reserva que hace ENEL en el párrafo 96 de su Solicitud de Medidas Provisionales, sobre un supuesto derecho de modificar la Solicitud de Arbitraje. El Salvador desea enfatizar que no existe tal derecho ni en el Convenio del CIADI ni en las Reglas de Arbitraje del CIADI. Por lo tanto, El Salvador se opondría a cualquier intento de ENEL de modificar su Solicitud de Arbitraje.

VI. PETICIÓN

171. Si ENEL no retira su Solicitud de Medidas Provisionales, El Salvador solicita:

- 1) La realización de una audiencia en Washington, D.C., en que la Fiscalía General de la República presentará al Tribunal los resultados actuales de las investigaciones en el caso CEL-ENEL;
- 2) Que el Tribunal rechace en su totalidad la Solicitud de Medidas Provisionales presentada por ENEL; y
- 3) Que el Tribunal ordene a ENEL el reembolso a El Salvador de los honorarios y gastos legales y procesales incurridos para responder a esta Solicitud de Medidas Provisionales.

Fecha: 14 de mayo de 2014

Presentado respetuosamente,

Lic. Luis Antonio Martínez González
Fiscal General

Lic. Benjamín Pleités Mazzini
Secretario General

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



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

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

**ABOGADOS DE LA REPÚBLICA DE
EL SALVADOR**