

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

Fernando Paiz Andrade y Anabella Schloesser de León de Paiz

c.

República de Honduras

(Caso CIADI No. ARB/23/43)

RESOLUCIÓN PROCESAL No. 3

DECISIÓN SOBRE BIFURCACIÓN

Miembros del Tribunal

Prof. Nicolas Angelet, Presidente del Tribunal

Sr. Stephen L. Drymer, Árbitro

Prof.^a Brigitte Stern, Árbitro

Secretaria del Tribunal

Sra. Gabriela González Giráldez

20 de diciembre de 2024

Índice de Contenidos

I. INTRODUCCIÓN.....	1
II. ANTECEDENTES PROCESALES.....	1
III. SÍNTESIS DE LAS POSICIONES DE LAS PARTES.....	2
A. LA POSICIÓN DE LA DEMANDADA	2
B. LA POSICIÓN DE LOS DEMANDANTES	5
IV. EL ANÁLISIS DEL TRIBUNAL	11
A. GENERAL.....	11
B. EVALUACIÓN <i>PRIMA FACIE</i> DE CADA OBJECIÓN PRELIMINAR	12
1. OBJECIÓN PRELIMINAR 1	12
2. OBJECIÓN PRELIMINAR 2	12
3. OBJECIÓN PRELIMINAR 3	13
4. OBJECIÓN PRELIMINAR 4	13
5. OBJECIÓN PRELIMINAR 5	15
C. EVALUACIÓN GENERAL.....	16
1. NO BIFURCACIÓN DE LA OBJECIÓN PRELIMINAR 3	16
2. BIFURCACIÓN DE LAS OBJECIONES PRELIMINARES 4, 5, 1 Y 2	16
D. IMPLICANCIAS Y ORIENTACIONES ADICIONALES	17
1. OBJECIONES JURISDICCIONALES ADICIONALES	17
2. CALENDARIO PARA UNA POSIBLE FASE SOBRE EL FONDO	17
V. DECISIÓN.....	18

I. INTRODUCCIÓN

1. Esta Resolución Procesal aborda la Solicitud de Bifurcación presentada por la República de Honduras (también “**Honduras**” o la “**Demandada**”) el 21 de octubre de 2024, en la que solicita al Tribunal que bifurque el procedimiento para tratar las objeciones a la jurisdicción como una cuestión preliminar de conformidad con la Regla 44 de las Reglas de Arbitraje del CIADI. El Sr. Fernando Paiz Andrade y la Sra. Anabella Schloesser de León de Paiz (respectivamente, el “**Sr. Paiz**” y la “**Sra. Schloesser**” y, en su conjunto, los “**Demandantes**”) se oponen a la solicitud.

II. ANTECEDENTES PROCESALES

2. El 24 de agosto de 2023, los Demandantes presentaron una Solicitud de Arbitraje ante el Secretariado del CIADI en virtud del Tratado de Libre Comercio entre la República Dominicana - Centroamérica y los Estados Unidos firmado el 5 de agosto de 2004 (el “**DR-CAFTA**” o el “**Tratado**”), y del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (el “**Convenio del CIADI**” o el “**Convenio**”). El Secretario General Interino del CIADI registró la Solicitud de Arbitraje el 13 de septiembre de 2023.
3. El 13 de mayo de 2024, el Tribunal fue constituido de conformidad con el Artículo 37(2)(a) del Convenio.
4. El 2 de julio de 2024, el Tribunal celebró la primera sesión.
5. El 22 de julio de 2024, el Tribunal emitió la Resolución Procesal No. 1 (“**RP1**”), así como la Resolución Procesal No. 2 sobre Transparencia y Confidencialidad. El Anexo B de la RP1 contiene tres calendarios procesales que reflejan la eventualidad de una solicitud de bifurcación.
6. El 20 de septiembre de 2024, los Demandantes presentaron su Memorial sobre el Fondo, junto con los anexos documentales C-0043 a C-0239, las autoridades legales CL-0001 (presentada nuevamente) y CL-0007 a CL-0149, las declaraciones testimoniales de Fernando Paiz y [REDACTED] y el informe pericial de Miguel A. Nakhle de Compass Lexecon.
7. El 21 de octubre de 2024, la Demandada presentó una Síntesis de las Objeciones Jurisdiccionales y Solicitud de Bifurcación, junto con los anexos documentales R-001 a R-007 y las autoridades legales RL-001 a RL-053 (la “**Solicitud de Bifurcación**” o la “**Solicitud**”), de conformidad con el calendario procesal aplicable.
8. El 20 de noviembre de 2024, los Demandantes presentaron Observaciones sobre la Solicitud de Bifurcación, junto con los anexos documentales C-0240 a C-0255 y las autoridades legales CL-0150 a CL-0200 (las “**Observaciones**”), de conformidad con el calendario procesal aplicable.

9. Tras haber considerado las presentaciones de las Partes, el Tribunal emite su Decisión sobre Bifurcación como Resolución Procesal No. 3, de conformidad con el Anexo B de la RP1.
10. Luego de resumir las posiciones de las Partes en la **Sección III**, el Tribunal analiza la Solicitud en la **Sección IV**. La decisión del Tribunal se recoge en la **Sección V**.

III. SÍNTESIS DE LAS POSICIONES DE LAS PARTES

A. LA POSICIÓN DE LA DEMANDADA

11. En su Solicitud de Bifurcación, la Demandada plantea sumariamente cinco objeciones preliminares (las “**Objeciones Preliminares**”).
12. De conformidad con la *Objeción Preliminar 1*, el CIADI carece de jurisdicción porque la Demandada condicionó su consentimiento al arbitraje al agotamiento previo de los recursos locales por parte de los inversionistas. La Demandada argumenta que formuló esta condición al aprobar y ratificar el Convenio del CIADI mediante el Decreto Legislativo No. 41-88 del 4 de agosto de 1988. Por lo tanto, si los Demandantes creían que Honduras violó sus derechos al promulgar una nueva ley de energía o porque la Empresa Nacional de Energía Eléctrica, ENEE, buscaba una renegociación con Pacific Solar Energy, S.A. de C.V. (“**Pacific Solar**”), la empresa supuestamente propiedad de los Demandantes, éstos debían haber recurrido, y aún pueden recurrir, a los tribunales judiciales de Honduras, y podrían y debían haber recurrido o presentado una reclamación administrativa ante las instituciones públicas respectivas y siguiendo los procedimientos establecidos en la Ley de Procedimiento Administrativo de Honduras¹.
13. De conformidad con la *Objeción Preliminar 2*, la Sra. Schloesser no cumplió con el requisito obligatorio de consultas y negociación antes de someter su reclamación a arbitraje, tal como exige el Artículo 10.15 del DR-CAFTA. El 22 de octubre de 2022, el Sr. Paiz, en su propio nombre y en nombre de Pacific Solar, presentó una notificación de intención en virtud del DR-CAFTA, pero esta notificación no mencionaba a la Sra. Schloesser. Los Demandantes presentaron una nueva Notificación de Intención el 24 de marzo de 2023 solo para añadir a la Sra. Schloesser. Sin embargo, esta nueva notificación no incluía una solicitud de consultas y negociaciones. No se celebraron consultas ni negociaciones entre la Demandada y la Sra. Schloesser antes de que ésta sometiera su reclamación a arbitraje y, por lo tanto, la oferta de Honduras de someter a arbitraje dicha reclamación no ha quedado perfeccionada².

¹ Solicitud de Bifurcación, párrs. 10-22.

² Solicitud de Bifurcación, párrs. 23-30.

14. De conformidad con la *Objeción Preliminar 3*, el Tribunal carece de competencia *ratione materiae* para conocer de la reclamación por expropiación de los Demandantes por ser prematura. Los Demandantes simplemente aducen encontrarse bajo amenaza de expropiación, lo que confirma que no se ha producido toma o confiscación alguna. Los Demandantes no han sido objeto de ninguna medida que pueda analizarse como expropiación directa o indirecta. La ENEE se limitó a iniciar un proceso de renegociación del contrato con Pacific Solar, pero ha seguido ejecutando el contrato. A diferencia de lo que afirman los Demandantes, la Nueva Ley de Energía de 2022 no ordena la terminación del contrato si fracasa la renegociación. Imparte instrucciones a la ENEE para que solicite la renegociación de los contratos energéticos, lo que requiere el consentimiento de ambas partes, y solo autoriza a la ENEE a proponer la terminación si fracasa la renegociación. Además, los argumentos de los Demandantes son contradictorios porque la expropiación directa y la expropiación indirecta no pueden coexistir. Por consiguiente, no existe controversia sobre la que el Tribunal pueda pronunciarse. Varios tribunales arbitrales han confirmado que no asumirán jurisdicción en los casos en que la reclamación por expropiación sea prematura³.
15. De conformidad con la *Objeción Preliminar 4*, el Tribunal carece de jurisdicción *ratione voluntatis* para conocer de la reclamación de los Demandantes sobre la presunta violación de la cláusula de la Nación Más Favorecida (“NMF”). Esto se debe a dos razones:
- *En primer lugar*, las cláusulas de NMF pueden utilizarse, a lo sumo, para importar una protección más favorable con respecto a derechos o estándares que ya se contemplan en el tratado que contiene la cláusula de NMF. Las cláusulas de NMF no pueden utilizarse para importar derechos totalmente nuevos. El DR-CAFTA no contiene una cláusula paraguas. En consecuencia, su cláusula de NMF no puede utilizarse para importar las cláusulas paraguas de los TBI Honduras-Suiza y Honduras-Alemania⁴.
 - *En segundo lugar* y, en cualquier caso, los Demandantes se encuentran imposibilitados de presentar una reclamación de NMF, ya que la controversia se refiere a una contratación pública efectuada por Honduras. El Artículo 10.13(5) del DR-CAFTA excluye específicamente la contratación pública de la aplicación de la cláusula de NMF. El Artículo 2.1 del DR-CAFTA define la contratación pública como “el proceso mediante el cual un gobierno obtiene el uso de o adquiere mercancías o servicios, o cualquier combinación de éstos, para propósitos gubernamentales y no con miras a la venta o reventa comercial o con miras al uso en la producción o suministro de mercancías o servicios para la venta o reventa comercial”. Existen tres requisitos simples para determinar la existencia de una contratación pública: (i) la adquisición

³ Solicitud de Bifurcación, párrs. 31-43.

⁴ Solicitud de Bifurcación, párrs. 45-51.

debe ser realizada por el gobierno, lo cual es el caso ya que la ENEE es la empresa nacional de electricidad de Honduras; (ii) el gobierno debe adquirir mercancías o servicios, lo cual es el caso ya que la ENEE adquiere electricidad; y (iii) dichas mercancías o servicios deben ser obtenidos para propósitos gubernamentales, lo cual es el caso ya que la electricidad adquirida es distribuida a los ciudadanos de Honduras⁵.

16. De conformidad con la *Objeción Preliminar 5*, el Tribunal carece de jurisdicción *ratione materiae* porque la controversia no se relaciona con un acuerdo de inversión en el sentido del Artículo 10.28 del DR-CAFTA. Hay tres razones para ello:

- *En primer lugar*, los propios Demandantes no son partes del supuesto acuerdo de inversión, por cuanto los acuerdos de inversión deben ser celebrados por el Estado receptor y el inversionista extranjero, no por una entidad estatal o una empresa local establecida por el inversionista.
- *En segundo lugar*, los Demandantes sólo se involucraron después de que Pacific Solar ya había el contrato con la ENEE.
- *En tercer lugar*, los acuerdos forman parte de un contrato comercial de compraventa de electricidad, no de un contrato “con respecto a los recursos naturales u otros activos controlados por las autoridades nacionales” en el sentido del Artículo 10.28 del DR-CAFTA, es decir, un contrato de concesión o un contrato que otorgue derechos sobre recursos naturales o bienes del Estado⁶.

17. La Demandada solicita al Tribunal que se pronuncie sobre sus objeciones con carácter preliminar. Alega que, a los efectos de determinar si la bifurcación está justificada, el Tribunal debe evaluar: (i) si es probable que la bifurcación supondrá un ahorro de tiempo y recursos; (ii) si las objeciones, de ser admitidas, resolverán la totalidad o una parte significativa de la controversia, reduciendo o eliminando así la necesidad de una fase sobre el fondo; y (iii) si la objeción a la jurisdicción requiere un análisis del fondo de la cuestión. En un caso implicando un Estado soberano, la bifurcación garantiza además que el Tribunal sólo juzgará aquellas controversias en las que el Estado haya prestado su consentimiento para el arbitraje⁷.

18. En cuanto al segundo criterio, la Demandada observa que la *Objeción Preliminar 1*, de ser admitida, conduciría a la desestimación de todas las reclamaciones⁸. La *Objeción Preliminar 2* llevaría a la

⁵ Solicitud de Bifurcación, párrs. 52-62.

⁶ Solicitud de Bifurcación, párrs. 63-73.

⁷ Solicitud de Bifurcación, párrs. 74-81.

⁸ El párrafo 83, primer punto, de la Solicitud de Bifurcación de la Demandada indica que la primera objeción preliminar daría lugar a la desestimación de todas las reclamaciones presentadas por “el Demandante” (singular).

desestimación de la totalidad de las reclamaciones de la Sra. Schloesser. Las Objeciones Preliminares 3, 4 y 5 darían lugar a una “reducción sustancial” [Traducción del Tribunal] en la fase sobre el fondo del procedimiento⁹.

19. En cuanto al tercer criterio, la Demandada observa que las Objeciones Preliminares 1 y 2 no se refieren a ningún aspecto fáctico de la controversia. Las Objeciones Preliminares 3, 4 y 5 requieren únicamente “un análisis jurídico basado en una lectura *prima facie* de las... reclamaciones, tal como las plantean los propios Demandantes, sin profundizar en el fondo de los hechos”¹⁰. Las Objeciones Preliminares 4 y 5 sólo requieren “un análisis jurídico basado en una lectura *prima facie* de las... reclamaciones, tal como las plantean los propios Demandantes”¹¹. [Traducción del Tribunal]
20. En lo que respecta al primer criterio, la Demandada argumenta que, dado que litigar sobre el fondo implicaría presentar una gran cantidad de documentos financieros y técnicos, así como pruebas testimoniales y periciales sustanciales, la bifurcación permitirá la eficiencia procesal y reducirá, en gran medida, el tiempo y costo del procedimiento¹².
21. La Demandada solicita al Tribunal que bifurque el procedimiento de conformidad con el calendario procesal establecido en el Escenario 2 del Anexo B de la RP1¹³. Asimismo, la Demandada se reserva el derecho de plantear objeciones jurisdiccionales adicionales en el futuro¹⁴.

B. LA POSICIÓN DE LOS DEMANDANTES

22. En sus Observaciones, los Demandantes sostienen que, al decidir la Solicitud de Bifurcación, el Tribunal debe considerar los siguientes principios y factores:
 - No existe presunción a favor de la bifurcación y la Demandada tiene la carga de demostrar que la bifurcación está justificada¹⁵.
 - Además de los criterios enumerados en la Regla 44(2) de las Reglas de Arbitraje del CIADI, a saber, si (a) la bifurcación reduciría significativamente el tiempo y costo del procedimiento; (b) la decisión de la excepción preliminar desestimaría toda o una parte sustancial de la diferencia; y (c) la excepción preliminar y el fondo están tan ligados

Sin embargo, es evidente que la primera objeción preliminar daría lugar a la desestimación de todas las reclamaciones presentadas por ambos Demandantes, a diferencia de la segunda objeción, que daría lugar a la desestimación de las reclamaciones de la Sra. Schloesser (“ese Demandante”, como se indica en el párr. 83, segundo punto).

⁹ Solicitud de Bifurcación, párrs. 82-88.

¹⁰ Solicitud de Bifurcación, párr. 91.

¹¹ *Ibid.*

¹² Solicitud de Bifurcación, párrs. 96-100.

¹³ Solicitud de Bifurcación, párr. 101.

¹⁴ Solicitud de Bifurcación, párr. 102.

¹⁵ Observaciones, párrs. 10 y ss.

que harían que la bifurcación no fuera práctica¹⁶, el Tribunal debe considerar si las objeciones planteadas son *prima facie* serias y sustanciales, lo que no requiere demostrar que es probable que la objeción prospere, pero requiere algo más que el mero planteamiento de una objeción no frívola¹⁷.

- El Tribunal debe guiarse por la equidad y la eficiencia procesal¹⁸. La bifurcación es ineficiente cuando daría lugar a la evaluación de pruebas duplicadas¹⁹. Si la respuesta a las cuestiones jurisdiccionales depende de testimonios y otras pruebas que sólo pueden obtenerse a través de una audiencia completa del caso, o si existe una superposición significativa entre las pruebas pertinentes tanto a la jurisdicción como al fondo, también debe rechazarse la bifurcación²⁰.
- Los criterios mencionados son cumulativos²¹.
- La carga de la prueba de la Demandada se ve reforzada dada su reserva de plantear objeciones jurisdiccionales adicionales en el futuro, lo que conlleva el riesgo de frustrar la supuesta eficiencia procesal que se persigue mediante la bifurcación²².

23. Los Demandantes afirman que ninguna de las Objeciones Preliminares reúne los factores cumulativos mencionados. Ni una sola objeción reduce significativamente el tiempo y los costos, desestima la totalidad o parte de las reclamaciones o no está ligada al fondo²³.

24. Con respecto a la *Objeción Preliminar 1 sobre el agotamiento de los recursos locales*²⁴, los Demandantes alegan, en esencia, lo siguiente:

- La Demandada no puede hacer valer esta “reserva” [Traducción del Tribunal] porque Honduras nunca ha notificado a los inversionistas acerca de su existencia, y no figura en la lista de medidas legislativas y de otra índole que los Estados Miembros han comunicado al CIADI²⁵.
- Múltiples tribunales ya han rechazado esta objeción como una limitación de umbral (“*threshold limitation*”)²⁶.

¹⁶ Observaciones, párrs. 11-12.

¹⁷ Observaciones, párr. 13.

¹⁸ Observaciones, párr. 15.

¹⁹ Observaciones, párr. 16.

²⁰ Observaciones, párr. 17.

²¹ Observaciones, párr. 18.

²² Observaciones, párr. 20.

²³ Observaciones, párr. 21.

²⁴ Observaciones, párrs. 22 y ss.

²⁵ Observaciones, párr. 25.

²⁶ Observaciones, párr. 26.

- La objeción no es seria ni sustancial. El requisito de agotamiento de los recursos locales debe expresarse en el instrumento por el que se otorga el consentimiento al arbitraje. Sin embargo, la Demandada no expresó ese requisito en el DR-CAFTA. El Tratado no contempla el agotamiento de los recursos locales como requisito previo al consentimiento. En cambio, prohíbe expresamente a los inversionistas o a sus empresas interponer demandas por incumplimiento de acuerdos de inversión que hayan sido presentadas previamente ante instancias nacionales. Además, el DR-CAFTA exige que los demandantes, y la empresa en cuyo nombre se presenten las reclamaciones, renuncien a su derecho a iniciar o continuar acciones administrativas o judiciales con el objeto de obtener reparación en relación con las medidas que supuestamente constituyen una violación del Tratado²⁷.
 - La bifurcación de la Objeción Preliminar 1 crearía ineficiencias y prolongaría el procedimiento. Aun suponiendo que la objeción no sea infundada, requerirá que el Tribunal determine si el agotamiento de los recursos locales sería un ejercicio “inútil” [Traducción del Tribunal]. Esto plantea cuestiones ligadas al fondo, en particular, porque los recursos administrativos deben interponerse ante las autoridades que supuestamente incumplieron las obligaciones de la Demandada con respecto a la inversión de los Demandantes²⁸.
25. Con respecto a la *Objeción Preliminar 2 sobre la presunta falta de consulta y negociación previas por parte de la Sra. Schloesser*²⁹, los Demandantes argumentan que la bifurcación no reduciría el tiempo ni los costos porque la objeción carece de asidero en el Tratado y está ligada al fondo. Más concretamente, los Demandantes alegan lo siguiente:
- No está en disputa que la Sra. Schloesser cumplió el periodo de reflexión de 90 días en virtud del Tratado y notificó debidamente la controversia casi un año antes de la Solicitud de Arbitraje. La objeción de la Demandada es que la Sra. Schloesser no cumplió con el requisito de notificación del Tratado porque no se celebraron reuniones entre funcionarios del Gobierno y ella. Sin embargo, el DR-CAFTA establece que las partes en una controversia “deben primero tratar de solucionar” las controversias mediante consultas y negociación (Artículo 10.15), y que se podrá incoar un procedimiento de arbitraje “[e]n caso de que una parte contendiente considere que no puede resolverse una controversia relativa a una inversión mediante consultas y negociación” (Artículo 10.16). El texto no indica que una parte en particular o que

²⁷ Observaciones, párrs. 27-32.

²⁸ Observaciones, párrs. 33-34.

²⁹ Observaciones, párrs. 36-51.

ambas partes deban considerar que la resolución es inviable antes de someter una reclamación a arbitraje³⁰.

- El argumento de la Demandada de que las Partes contendientes necesitan entablar negociaciones para “perfeccionar” [Traducción del Tribunal] el consentimiento de Honduras al arbitraje no encuentra sustento en el texto del tratado y se contradice con el término “deben” del Artículo 10.15 del DR-CAFTA³¹.
- La Sra. Schloesser invitó a la Demandada en varias ocasiones a entablar consultas o negociaciones³².
- En cualquier caso, las negociaciones habrían sido inútiles. La Demandada no respondió a las invitaciones en su momento y aún no ha entablado negociaciones³³.
- Esta objeción está ligada al fondo del caso. Para resolver esta objeción, el Tribunal tendrá que evaluar la conducta de la Demandada después de recibir la notificación de disputa, que es la misma conducta que subyace al fondo del caso³⁴.
- La bifurcación por este motivo no desestimaría ninguna reclamación porque las reclamaciones del Sr. Paiz son las mismas que las de la Sra. Schloesser, y la Demandada no ha impugnado el cumplimiento de la disposición sobre notificación por el Sr. Paiz³⁵.

26. Con respecto a la *Objeción Preliminar 3 sobre la reclamación por expropiación*³⁶, los Demandantes argumentan que, por definición, está ligada al fondo y que pondría fin a las reclamaciones. Más concretamente, los Demandantes alegan que:

- Esta objeción carece de fundamento porque la Demandada ya ha expropiado indirectamente la inversión de los Demandantes y los amenaza con una expropiación directa. Los pagos recibidos por los Demandantes son manifiestamente insuficientes³⁷. Además, la Demandada ha declarado que “ha priorizado el pago de la deuda histórica con los generadores que han ‘aceptado’ reducir sus derechos de indemnización” [Traducción del Tribunal], aumentando así activamente la deuda que ya tiene con respecto a la inversión de los Demandantes³⁸.

³⁰ Observaciones, párrs. 38-40.

³¹ Observaciones, párr. 41.

³² Observaciones, párrs. 42-46.

³³ Observaciones, párrs. 47-48.

³⁴ Observaciones, párrs. 49-50.

³⁵ Observaciones, párr. 51.

³⁶ Observaciones, párrs. 52-57.

³⁷ Observaciones, párrs. 53-55.

³⁸ Observaciones, párr. 55.

- Esta objeción está ligada al fondo de la reclamación por expropiación, y el Tribunal tendría que prejuzgar cuestiones relacionadas con la reclamación relativa al Nivel Mínimo de Trato, respecto de la cual la Demandada no objeta la jurisdicción del Tribunal³⁹.
- A fin de analizar esta objeción, el Tribunal tendría que analizar la misma prueba, o pruebas similares, en dos ocasiones⁴⁰.

27. Con respecto a la *Objeción Preliminar 4 relativa a la cláusula de NMF y al incumplimiento de compromisos*⁴¹, los Demandantes alegan que esta objeción carece de fundamento, está ligada al fondo y no pondría fin a una parte sustancial de las reclamaciones. Más concretamente, los Demandantes alegan que:

- La doctrina mayoritaria respalda la postura de que las cláusulas de NMF conceden al demandante el derecho a beneficiarse de las garantías sustantivas que recogen terceros tratados⁴².
- En cualquier caso, el DR-CAFTA otorga a los inversionistas el derecho a “exigir el cumplimiento de las disposiciones de... acuerdo[s] de inversión” [Traducción del Tribunal], que es un estándar de protección similar a los contemplados en las cláusulas paraguas que invocan los Demandantes⁴³.
- La “excepción de NMF” [Traducción del Tribunal] del DR-CAFTA se limita a la contratación pública, definida como “el proceso mediante el cual un gobierno obtiene el uso de o adquiere mercancías o servicios”. Las reclamaciones de los Demandantes no guardan relación con dicho proceso⁴⁴.
- Esta objeción está ligada al fondo del caso y no pondría fin a una parte sustancial de las reclamaciones. Si se rechazara la objeción, el Tribunal tendría que analizar nuevamente las mismas pruebas en la fase sobre el fondo. Además, la objeción, de ser admitida, no reduciría sustancialmente la reclamación de NMF de los Demandantes, que también se aplica a la Garantía del Estado y al Acuerdo de Operaciones⁴⁵.

³⁹ Observaciones, párr. 56.

⁴⁰ Observaciones, párr. 57.

⁴¹ Observaciones, párrs. 58-64.

⁴² Observaciones, párr. 59.

⁴³ *Ibid.*

⁴⁴ Observaciones, párr. 60.

⁴⁵ Observaciones, párrs. 62-64.

28. Con respecto a la *Objeción Preliminar 5 sobre los acuerdos de inversión*⁴⁶, los Demandantes alegan que esta objeción carece de fundamento y está ligada al fondo. Más concretamente, los Demandantes alegan que:

- El PPA, la Garantía del Estado y el Acuerdo de Operaciones (a los que los Demandantes se refieren como los Acuerdos) constituyen acuerdos de inversión de conformidad con el Artículo 10.28 del DR-CAFTA, aunque los Demandantes no sean partes de los mismos. De conformidad con el Artículo 10.28, un “acuerdo de inversión” es un acuerdo escrito entre una autoridad nacional de una Parte “y una inversión cubierta o un inversionista de otra Parte”. Asimismo, el Artículo 10.16.1(b)(i)(C) permite que “el demandante, en representación de una empresa del demandado que sea una persona jurídica propiedad del demandante o que esté bajo su control directo o indirecto, somet[a] a arbitraje una reclamación en la que alegue que el demandado ha violado... un acuerdo de inversión”⁴⁷.
- Resulta irrelevante que los Demandantes recién se implicaran después de que se celebraran los Acuerdos. El Artículo 10.28 del DR-CAFTA establece concretamente que un acuerdo de inversión es aquel sobre el cual “el inversionista se fundamenta para el establecimiento o adquisición de una inversión cubierta”. Los Demandantes en efecto se fundamentaron en los Acuerdos cuando decidieron realizar su inversión⁴⁸.
- Los Acuerdos no son simples contratos comerciales fuera del ámbito de los acuerdos de inversión en el sentido del DR-CAFTA⁴⁹.
- La objeción está ligada al fondo y no desestima ninguna parte sustancial del caso, puesto que el Tribunal debería oír nuevamente los mismos argumentos y pruebas a los efectos de pronunciarse sobre las reclamaciones de los Demandantes relativas a la expropiación, a la cláusula paraguas y al Nivel Mínimo de Trato⁵⁰.

29. Los Demandantes solicitan al Tribunal que (a) rechace la Solicitud de Bifurcación de la Demandada; (b) condene a la Demandada al pago de todos los costos en que incurrieran los Demandantes en relación con la Solicitud de Bifurcación; y (c) adopte el Calendario Procesal No. 3 contemplado en el Anexo B de la RP1⁵¹.

⁴⁶ Observaciones, párrs. 65-72.

⁴⁷ Observaciones, párrs. 66-68.

⁴⁸ Observaciones, párr. 69.

⁴⁹ Observaciones, párrs. 70-71.

⁵⁰ Observaciones, párr. 72.

⁵¹ Observaciones, párr. 73.

IV. EL ANÁLISIS DEL TRIBUNAL

A. GENERAL

30. De conformidad con el Artículo 41(2) del Convenio, corresponde al Tribunal determinar si considera toda alegación de que la diferencia cae fuera de los límites de la jurisdicción del Centro, o que por otras razones el Tribunal no es competente para oírla, como cuestión previa o conjuntamente con el fondo de la cuestión.
31. De conformidad con la Regla 44(2) de las Reglas de Arbitraje del CIADI, que aplica a las solicitudes de bifurcación relativas a una excepción preliminar, al decidir si corresponde bifurcar, el Tribunal “considerará todas las circunstancias relevantes, incluyendo si: (a) la bifurcación reduciría significativamente el tiempo y costo del procedimiento; (b) la decisión de la excepción preliminar desestimaría toda o una parte sustancial de la diferencia; y (c) si la excepción preliminar y el fondo están tan ligados que harían que la bifurcación no fuera práctica”.
32. La Regla 44(2) de las Reglas de Arbitraje del CIADI no establece una presunción a favor o en contra de la bifurcación. La lista de circunstancias relevantes que han de considerarse no es exhaustiva.
33. El Tribunal observa que la eficiencia procesal y el ahorro de tiempo y costos deben apreciarse desde distintas perspectivas y con respecto al procedimiento en su totalidad. Una organización prevista del procedimiento que requiera más trabajo y resulte más onerosa para las Partes en una fase determinada puede facilitar y acelerar las fases ulteriores del procedimiento.
34. Además, la tramitación ordenada del procedimiento puede abogar en favor de que dos o más Objeciones Preliminares se traten conjuntamente en la misma etapa del procedimiento, ya que plantean cuestiones jurídicas conexas o se refieren al mismo conjunto de hechos. Las decisiones sobre bifurcación también deben tener en cuenta el efecto en la calidad sustantiva del procedimiento, lo cual puede tener impacto en la justicia sustantiva, aunque también, nuevamente, en la eficiencia.
35. A la luz de ello, el Tribunal analizará en primer lugar cada Objeción Preliminar por separado (**B**), y procederá luego a realizar una evaluación general (**C**). El Tribunal enfatiza que la presente decisión sobre bifurcación es de carácter estrictamente procesal y no implica, en modo alguno, prejuzgar cualquier decisión que pueda adoptarse en fases ulteriores del procedimiento. Por lo tanto, todas las consideraciones se realizan sobre la base de un análisis *prima facie* y exclusivamente a los fines de esta decisión.

B. EVALUACIÓN *PRIMA FACIE* DE CADA OBJECCIÓN PRELIMINAR

1. Objeción Preliminar 1

36. De conformidad con la *Objeción Preliminar 1*, el CIADI carece de jurisdicción porque la Demandada condicionó su consentimiento para el arbitraje al agotamiento previo de los recursos locales por parte de los inversionistas, y los Demandantes no cumplieron este requisito.
37. Por una parte, el quid de esta objeción no guarda relación con el fondo y, de ser admitida, la objeción pondría término al procedimiento en su totalidad. Esto aboga a favor de la bifurcación.
38. Por otra parte, los Demandantes observan correctamente que, en el supuesto de que el agotamiento de los recursos locales resulte exigible, en principio, en los casos iniciados contra Honduras en virtud del DR-CAFTA, el Tribunal deberá determinar si el agotamiento habría sido un ejercicio inútil en el presente caso, lo cual plantea cuestiones que están ligadas al fondo.
39. El Tribunal observa además que, con independencia de si esté justificada o no, la cuestión de principio es clara y circunscrita. No parece requerir un debate que demande una importante cantidad de tiempo y de dinero. Considerada de forma aislada, no justificaría necesariamente una bifurcación que redundaría en la prolongación del procedimiento según lo previsto en el calendario procesal anexo a la RP1.
40. De ello se desprende que la decisión de bifurcar o no la *Objeción Preliminar 1* debe adoptarse a la luz de la evaluación general de la Solicitud por parte del Tribunal.

2. Objeción Preliminar 2

41. De conformidad con la *Objeción Preliminar 2*, la Sra. Schloesser incumplió el requisito obligatorio de consulta y negociación antes de incoar el arbitraje.
42. Esta objeción no requiere ningún análisis del fondo de la cuestión. En la medida en que las reclamaciones de la Sra. Schloesser sobre el fondo son esencialmente las mismas que aquellas del Sr. Paiz, bifurcar la *Objeción Preliminar 2* de forma aislada produciría, en el supuesto de que la objeción posteriormente se admitiera, solo beneficios marginales en términos de eficiencia procesal y ahorro de tiempo y de recursos.
43. Por el contrario, en caso de que el Tribunal decidiera bifurcar una o más de las otras *Objeciones Preliminares*, será en aras de la eficiencia procesal bifurcar también la *Objeción Preliminar 2*.
44. Al igual que en el caso de la *Objeción Preliminar 1*, se desprende que la decisión de bifurcar o no la *Objeción Preliminar 2* debe adoptarse a la luz de la evaluación general.

3. Objeción Preliminar 3

45. De conformidad con la *Objeción Preliminar 3*, el Tribunal carece de jurisdicción *ratione materiae* para conocer de la reclamación de los Demandantes por expropiación directa y/o indirecta por ser prematura. La Demandada arguye, en particular, que los Demandantes aducen encontrarse bajo amenaza de expropiación, lo cual confirma que no se ha producido toma o confiscación alguna; que los Demandantes no han sido objeto de ninguna medida que pudiera reproducir los efectos de una expropiación directa; y que la Nueva Ley de Energía de 2022 no ordena la terminación del contrato si fracasa la renegociación.
46. El Tribunal considera que esta objeción exigiría un análisis del fondo de la cuestión. En particular, requeriría un análisis de los pagos que la Demandada aún realiza, o no realiza, en contraprestación por la electricidad suministrada por la inversión de los Demandantes, y respecto de los cuales las Partes tienen opiniones contrapuestas⁵². Requeriría además un análisis de la viabilidad financiera de la inversión de los Demandantes en las circunstancias⁵³. En consecuencia, esta objeción debería abordarse en la fase sobre el fondo, si la hubiere.
47. Esto es tanto más cierto toda vez que la Demandada no ha planteado una *Objeción Preliminar* específica con respecto a las reclamaciones de los Demandantes relativas a la violación del Nivel Mínimo de Trato, con la consecuencia de que dichas reclamaciones se abordararán en cualquier caso sobre el fondo si la *Objeción Preliminar 1* no prospera. El Tribunal considera que puede resultar pertinente, si el caso procediere sobre el fondo, abordar el conjunto de hechos relevantes al mismo tiempo desde los puntos de vista de la expropiación directa y/o indirecta y del Nivel Mínimo de Trato.
48. En consecuencia, existen razones de peso para no bifurcar la *Objeción Preliminar 3*.

4. Objeción Preliminar 4

49. De conformidad con la *Objeción Preliminar 4*, el Tribunal carece de jurisdicción para conocer de la reclamación de los Demandantes sobre la cláusula de NMF. *En primer lugar*, Honduras afirma que la cláusula de NMF no permite importar al DR-CAFTA una cláusula paraguas que está completamente ausente del Tratado. *En segundo lugar*, la cláusula de NMF del DR-CAFTA contiene una excepción para la contratación pública, que aplica en el presente caso. *En tercer lugar*, el contrato entre Pacific Solar y la ENEE no califica como un “acuerdo de inversión” en el sentido del DR-CAFTA. Según la Demandada, esta objeción no requiere más que “un análisis jurídico de...

⁵² Párr. 26 *supra*.

⁵³ *Ibid*.

una lectura *prima facie* de las alegaciones del Demandante, tal como las plantean los propios Demandantes”⁵⁴. [Traducción del Tribunal]

50. Los Demandantes discuten cada uno de estos puntos y aducen que bifurcar esta objeción no contribuiría a la eficiencia procesal.
51. El Tribunal observa que esta objeción le obliga a pronunciarse sobre la interpretación de las disposiciones relevantes del DR-CAFTA, así como su aplicación al acuerdo entre Pacific Solar y la ENEE. Por ejemplo, la objeción tal y como la formula la Demandada exige que se determine si un contrato con la ENEE califica como un contrato con el Estado o con una autoridad estatal en el sentido del DR-CAFTA, y si la adquisición de electricidad para su distribución a los ciudadanos de Honduras es una actividad “para propósitos gubernamentales”.
52. Por el contrario, la Objeción Preliminar 4 no exige que el Tribunal determine si, suponiendo que pueda importarse la cláusula paraguas y suponiendo también que resulta aplicable a los acuerdos a los que los Demandantes alegan que se aplica, se han violado estos acuerdos, de manera tal que también se haya violado la cláusula paraguas. Por consiguiente, la Objeción Preliminar 4 no exige que el Tribunal ahonde en los hechos del caso, aunque pueda ser necesaria una evaluación de determinados hechos relevantes tanto para la jurisdicción como para el fondo. No plantea las mismas cuestiones probatorias que el caso de la cláusula paraguas en cuanto al fondo. Por el contrario, las cuestiones que plantea están bien circunscritas y no parecen requerir ni pruebas testimoniales ni extensos debates sobre los hechos. En consecuencia, en el supuesto de que se admita esta objeción, la bifurcación reducirá significativamente el tiempo y costo del procedimiento.
53. El Tribunal observa además que el argumento en subsidio de los Demandantes de que, en cualquier caso, el DR-CAFTA otorga a los inversionistas el derecho a “aplicar las disposiciones de... los acuerdo[s] de inversión”⁵⁵ [Traducción del Tribunal], supone que uno o más de los acuerdos en que se fundamentan efectivamente califican como “acuerdos de inversión” en el sentido del DR-CAFTA. Por lo tanto, la Objeción Preliminar 4 está relacionada con la Objeción Preliminar 5.
54. En consecuencia, puede haber razones sólidas para bifurcar la Objeción Preliminar 4, incluso si se la considera de manera aislada. Sin embargo, el que deba bifurcarse o no también depende de la Objeción Preliminar 5.

⁵⁴ Solicitud de Bifurcación, párr. 91.

⁵⁵ Párr. 27 *supra*.

5. Objeción Preliminar 5

55. De conformidad con la *Objeción Preliminar 5*, el Tribunal carece de jurisdicción *ratione materiae* debido a que la controversia no guarda relación con un acuerdo de inversión en el sentido del Artículo 10.28 del DR-CAFTA.
56. Los Demandantes disputan la interpretación que realiza la Demandada de las disposiciones relevantes del DR-CAFTA y su aplicación a los acuerdos en los que se basan. Arguyen que la objeción está ligada al fondo de la cuestión.
57. El Tribunal observa que el debate entre las Partes se refiere fundamentalmente a la interpretación de las disposiciones relevantes del DR-CAFTA y su aplicación en el presente caso, lo cual plantea algunas cuestiones bien circunscritas. La Objeción Preliminar 5 no requiere que el Tribunal ahonde en los hechos del caso y en si se han violado o no los acuerdos pertinentes. Las cuestiones probatorias que plantea esta objeción son esencialmente distintas de aquellas que plantea el fondo del argumento.
58. El Tribunal observa además que la Objeción Preliminar 5 exigirá en particular que el Tribunal determine si los acuerdos relevantes califican como un acuerdo “entre una autoridad nacional de una Parte y una inversión cubierta o un inversionista de otra Parte” conforme a lo establecido en el Artículo 10.28 del DR-CAFTA, o si, como aduce la Demandada, “un acuerdo debe ser celebrado por el Estado receptor y el inversionista extranjero, no por una entidad estatal o una empresa local establecida por el inversionista”⁵⁶ [Traducción del Tribunal]. Ello exigiría, en particular, que el Tribunal determinara si la ENEE califica como “autoridad nacional” en el sentido de dicha disposición. El Tribunal considera que, *prima facie*, esta cuestión puede estar relacionada con la cuestión que se abordará en la Objeción Preliminar 4 en el sentido de si la distribución de electricidad a los ciudadanos de Honduras califica como una actividad “para propósitos gubernamentales”.
59. Por lo tanto, existen dos razones para tratar las Objeciones Preliminares 4 y 5 conjuntamente. *En primer lugar*, tal como se mencionara anteriormente⁵⁷, la Objeción Preliminar 4 depende en parte de la calificación como “acuerdo de inversión” que es el objeto de la Objeción Preliminar 5. *En segundo lugar*, ambas objeciones giran en parte en torno a la distinción entre operaciones privadas y públicas y su aplicación en el presente caso.

⁵⁶ Solicitud de Bifurcación, párr. 68.

⁵⁷ Párr. 53 *supra*.

60. En consecuencia, el Tribunal considera que la Objeción Preliminar 5 puede bifurcarse, y que la decisión de bifurcarla o no debe adoptarse a la luz de la evaluación general y de la necesidad de abordar las Objeciones Preliminares 4 y 5 en la misma fase del procedimiento.

C. EVALUACIÓN GENERAL

61. Con base en el análisis *supra* de las características intrínsecas de cada objeción, su relación con otras objeciones y otros factores relevantes para la correcta administración del procedimiento, el Tribunal realiza la siguiente evaluación general.

1. No Bifurcación de la Objeción Preliminar 3

62. La Objeción Preliminar 3 sobre la reclamación por expropiación no debe bifurcarse. Abordarla en la fase sobre el fondo, si la hubiere, permitirá en particular a las Partes y al Tribunal confrontar los mismos hechos o hechos relacionados con los estándares de expropiación directa e indirecta, por un lado, y de Nivel Mínimo de Trato, por otro. El Tribunal considera que esto contribuirá a la calidad y eficiencia del procedimiento sobre el fondo y, por tanto, también puede ahorrar tiempo y costos.

2. Bifurcación de las Objeciones Preliminares 4, 5, 1 y 2

63. Las Objeciones Preliminares 4 y 5 deberían, en resumidas cuentas, bifurcarse. Por las razones expuestas *supra*⁵⁸, el Tribunal considera necesario abordar ambas objeciones conjuntamente. A la luz de todas las circunstancias relevantes, esto debería realizarse en un procedimiento bifurcado. Ambas objeciones plantean principalmente cuestiones de interpretación del Tratado. Las cuestiones de hecho que plantean están bien circunscritas y no requieren un análisis de si se han vulnerado o no los acuerdos o los estándares del DR-CAFTA. Las cuestiones no son las mismas que aquellas que deberían abordarse en la fase sobre el fondo, y el riesgo de que se prejuzguen hechos relevantes para el fondo parece mínimo, aunque determinados hechos y pruebas pueden ser relevantes para ambas fases. Abordarlas conjuntamente en bifurcación debería contribuir a la eficiencia general y a la calidad del procedimiento. El alcance del debate sobre el fondo se reducirá y se aclarará, incluso si se rechazan una o ambas objeciones.
64. A su vez, la bifurcación de las Objeciones Preliminares 4 y 5 repercute en la bifurcación de las Objeciones Preliminares 1 y 2. Puesto que en cualquier caso habrá un procedimiento bifurcado respecto de las Objeciones Preliminares 4 y 5, y dado que el procedimiento bifurcado está sujeto a un calendario procesal preestablecido anexo a la RP1, bifurcar también las Objeciones Preliminares

⁵⁸ Párr. 59 *supra*.

1 y 2 permitirá que el tiempo dedicado al procedimiento bifurcado se utilice de la manera más eficiente.

65. Por lo tanto, en conclusión, las Objeciones Preliminares 1, 2, 4 y 5 serán bifurcadas, mientras que la Objeción Preliminar 3 se abordará en la fase sobre el fondo, si la hubiere.

D. IMPLICANCIAS Y ORIENTACIONES ADICIONALES

66. Tras haber decidido bifurcar parte, pero no la totalidad de las Objeciones Preliminares planteadas por la Demandada, el Tribunal dirige la atención de las Partes a las siguientes implicancias de su decisión.

1. Objeciones jurisdiccionales adicionales

67. La Demandada se ha reservado el derecho de plantear objeciones jurisdiccionales adicionales “en el futuro”⁵⁹. [Traducción del Tribunal]
68. Los Demandantes observan correctamente que esto no debe frustrar el objeto y fin de la bifurcación, es decir, su prevista eficiencia⁶⁰.
69. Asimismo, el Tribunal ha observado, y las Objeciones Preliminares planteadas por la Demandada lo ilustran, que las decisiones de bifurcar o no objeciones preliminares pueden plantear cuestiones de justicia sustantiva. Puede resultar necesario o conveniente abordar dos o más objeciones conjuntamente⁶¹.
70. Por lo tanto, el Tribunal pide a la Demandada que plantee cualquier objeción jurisdiccional adicional que pudiere tener en su memorial en el procedimiento bifurcado.

2. Calendario para una posible fase sobre el fondo

71. De las razones expuestas *supra* se desprende que, incluso en el supuesto de que el procedimiento no llegare a su fin en la fase de Objeciones Preliminares – en concreto, si no se admite la Objeción Preliminar 1 – la bifurcación anticipada dará lugar a una reducción sustancial del alcance de las cuestiones que se abordarán en la fase sobre el fondo.
72. El Tribunal observa que será posible reflejar esto en el calendario procesal para la fase sobre el fondo luego de la bifurcación, que aún no se ha adoptado.

⁵⁹ Solicitud de Bifurcación, párr. 102.

⁶⁰ Observaciones, párr. 20.

⁶¹ Párrs. 53, 58, 59 *supra*.

V. DECISIÓN

73. Por estas razones, el Tribunal decide lo siguiente:

- (A) Se acepta la Solicitud de Bifurcación de la Demandada con respecto a las Objeciones Preliminares 1, 2, 4 y 5.
- (B) Se rechaza la Solicitud de Bifurcación de la Demandada con respecto a la Objeción Preliminar 3.
- (C) El arbitraje procederá de conformidad con el cronograma para el procedimiento bifurcado establecido en el Calendario Procesal No. 2 en el Anexo B de la RP1, salvo que el Tribunal lo modifique posteriormente.
- (D) Se pide a la Demandada que aborde cualquier objeción jurisdiccional adicional en su memorial en el procedimiento bifurcado.
- (E) La cuestión de las costas se reserva para una etapa ulterior del procedimiento.

Por el Tribunal,

[firmado]

Prof. Nicolas Angelet
Presidente del Tribunal
Fecha: 20 de diciembre de 2024