

**ARBITRAJE ANTE EL CENTRO INTERNACIONAL DE ARREGLO DE
DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES**

Caso CIADI No. ARB/23/43

FERNANDO PAIZ ANDRADE Y ANABELLA SCHLOESSER DE LEÓN DE PAIZ
(Demandantes)

c.

REPÚBLICA DE HONDURAS
(Demandada)

**MEMORIAL SOBRE OBJECIONES JURISDICCIONALES
DE LA REPÚBLICA DE HONDURAS**

25 de febrero de 2025



Manuel A. Díaz Galeas

**PROCURADURÍA GENERAL
REPÚBLICA DE HONDURAS**



Kenneth J. Figueroa
Andrés F. Esteban Tovar

FOLEY HOAG LLP
1717 K Street, N.W.
Washington, DC 20006
Estados Unidos de América

Abogados de la República de Honduras

ÍNDICE

I.	Introducción	1
II.	Hechos Principales.....	4
A.	El PPA entre Pacific Solar y la ENEE.....	4
1.	El PPA estuvo plagado de irregularidades desde su inicio porque se aprobó como parte del denominado “Robo Parlamentario del Siglo”	5
2.	Los Demandantes sabían o debían saber que sus reclamos contractuales han estado presentes desde el inicio del PPA.....	8
3.	Los Demandantes sabían o debían saber de la situación financiera de la ENEE y los intentos por rescatar el sector energético	15
4.	Los Demandantes no prueban la titularidad de su supuesta inversión que, en cualquier caso, habría sido cedida en su totalidad	19
B.	El Decreto 46-2022 no modificó el PPA, mucho menos es una amenaza de expropiación para los generadores.....	20
C.	El PPA entre ENEE y Pacific Solar se continúa ejecutando sin modificación alguna después de la entrada en vigor del Decreto 46-2022.....	23
III.	El Tribunal carece de jurisdicción para conocer de la disputa y las pretensiones de los Demandantes son en cualquier caso inadmisibles	24
A.	El Tribunal carece de jurisdicción <i>ratione voluntatis</i> porque los Demandantes no ha cumplido con el agotamiento de recursos internos previo a recurrir al arbitraje	24
1.	Honduras condicionó su consentimiento al arbitraje CIADI al agotamiento de los recursos locales bajo el Artículo 26 del Convenio CIADI	25
2.	Los Demandantes no agotaron los recursos domésticos por las supuestas violaciones	31
3.	El Artículo 26 del Convenio CIADI no exige que la condición del agotamiento de los recursos locales conste en un único e indivisible instrumento de consentimiento	32
B.	El Tribunal carece de jurisdicción <i>ratione temporis</i> porque los reclamos de los Demandantes fueron presentados fuera del plazo establecido en el Tratado.....	36
1.	El Tribunal no puede conocer de ningún supuesto incumplimiento ocurrido con anterioridad al 24 de agosto de 2020	37

2.	Los Demandantes sabían o debían saber de los supuestos incumplimientos y daños alegados con anterioridad a la fecha de corte de 24 de agosto de 2020.....	39
3.	Incluso si el Tribunal considera que tiene jurisdicción para conocer de las reclamaciones de expropiación y de violación del estándar de trato mínimo, es evidente que los reclamos bajo la cláusula paraguas están fuera de la jurisdicción <i>ratione temporis</i> del Tribunal	43
C.	El Tribunal carece de jurisdicción <i>ratione materiae</i> pues los Demandantes no han probado ser titulares de la supuesta inversión que alegan	45
D.	El TLC no permite importar cláusulas paraguas de otros tratados, por lo que los reclamos de los Demandantes por supuestas violaciones de obligaciones contractuales caen fuera de la jurisdicción <i>ratione voluntatis</i> del Tribunal.....	50
1.	El Artículo 10.13(5) del Tratado excluye la aplicación de la cláusula de NMF respecto de compras realizadas por el Estado	52
2.	No existe una base legal para importar estándares de otros tratados a partir de una cláusula de NMF como la del Artículo 10.04 del Tratado.....	61
E.	Los Demandantes no han probado que la controversia surge de un acuerdo de inversión en virtud del Artículo 10.28 del CAFTA-DR.....	73
1.	Los Demandantes no prueban que el PPA cumpla con los requisitos para considerarse un acuerdo escrito	75
2.	Los Demandantes no prueban que el supuesto Acuerdo pueda otorgar derechos con respecto a recursos naturales u otros activos controlados por las autoridades nacionales.....	81
F.	En cualquier caso, el Tribunal carece de jurisdicción <i>ratione materiae</i> porque los reclamos de los Demandantes son puramente contractuales	85
1.	Los reclamos se refieren esencialmente al incumplimiento de obligaciones contractuales por parte de una empresa estatal y no a reclamos de violación de un tratado, los cuales requieren el ejercicio del poder soberano	86
2.	Las alegaciones de los Demandantes dan cuenta que la controversia es simplemente contractual, aunque se esfuercen por disfrazarla como una disputa bajo el Tratado	88
3.	La cláusula de elección de foro en el PPA impide a este Tribunal de conocer de este asunto	95
IV.	Petitorio.....	98

I. INTRODUCCIÓN

1. A lo largo de este escrito la República de Honduras (“**Honduras**” o la “**República**”) demuestra cómo la demanda presentada por Fernando Paiz y Anabella Schloesser de Paiz (los “**Demandantes**” o los “**Paiz**”) por cuenta propia y en representación de Pacific Solar Energy S.A. de C.V. (“**Pacific Solar**”) se encuentra fuera de la jurisdicción y competencia del Tribunal y debe por tanto ser rechazada en su totalidad.

2. El presente arbitraje constituye un abuso por parte de los Demandantes del sistema de solución de controversias entre inversionistas y Estados que no puede ser aceptado por el Tribunal, según se explica a continuación.

3. Como punto de partida, debido a ciertos problemas financieros estructurales del mercado de generación eléctrica en Honduras, existe una controversia de larga data entre Pacific Solar y la Empresa Nacional de Energía Eléctrica (“**ENEE**”) sobre la correcta interpretación y cumplimiento del Contrato No. 002-2014 celebrado entre ellas en 2014 (“**Contrato**” o “**PPA**”).

4. Por motivos que Honduras desconoce, los Paiz, que no han demostrado todavía tener conexión alguna con Pacific Solar, decidieron traer dicha controversia frente a este Tribunal, como si fuese una controversia sobre supuestos incumplimientos del Tratado de Libre Comercio entre Estados Unidos, Centroamérica y República Dominicana (“**CAFTA-DR**” o el “**Tratado**”). El intento de los Demandantes de internacionalizar una disputa que es esencialmente doméstica se basa casi de forma exclusiva en la promulgación del Decreto 46-2022 por parte de Honduras en 2022 (el “**Decreto 46-2022**,” o el “**Decreto**”).

5. Sin perjuicio de que el referido Decreto no ha modificado de ninguna manera el PPA, que luego de su promulgación sigue ejecutándose de la misma forma que venía ocurriendo desde su inicio, la artificial maniobra de los Demandantes presenta severos problemas jurisdiccionales. En efecto, los Paiz han fracasado estrepitosamente en presentar una controversia cubierta por el consentimiento otorgado por Honduras en el Tratado y el Convenio CIADI.

6. El presente escrito de la República comienza por explicar brevemente los hechos relevantes para la jurisdicción del Tribunal, corrigiendo los múltiples errores, tergiversaciones y omisiones de los Demandantes (**Capítulo II**). En particular, se detallan los orígenes irregulares del

Contrato en el contexto del denominado “Robo Parlamentario del Siglo,” además de un análisis objetivo de sus términos (**Sección II.A.1.**). También se explica que los problemas que ha tenido la ejecución del Contrato —que constituyen la verdadera disputa en este caso— no son recientes y mucho menos derivados del Decreto 46-2022 (**Sección II.A.2.**). Además, se expone que los Demandantes sabían o debieron saber de la delicada situación financiera de la ENEE antes del inicio de la entrada en operación de la Planta Nacaome (**Sección II.A.3.**). Igualmente, se demuestra que la titularidad de la supuesta inversión de los Paiz es a la fecha incierta y los Demandantes no han podido probarla (**Sección II.A.4.**). Finalmente se detallan los alcances del Decreto 46-2022 y cómo éste no ha afectado de ninguna manera a Pacific Solar o los Paiz (**Sección II.B.**).

7. A continuación, se presentan las objeciones jurisdiccionales de la República (**Capítulo III**). Dando cumplimiento a la solicitud del Tribunal establecida en la Orden Procesal No. 3, Honduras presenta ciertas objeciones adicionales que no habían sido incluidas en la Solicitud de Bifurcación.

8. *En primer lugar*, el Tribunal carece de jurisdicción, en razón de que los Demandantes no cumplieron con el agotamiento de los recursos domésticos previo a recurrir al arbitraje. Al ratificar su aprobación del Convenio CIADI mediante el Decreto No. 41-88, la República de Honduras condicionó su consentimiento al arbitraje internacional bajo el Convenio CIADI al agotamiento previo de recursos internos. Dicha posibilidad está consagrada en el Artículo 26 del Convenio CIADI, el cual establece que “[u]n Estado Contratante podrá exigir el agotamiento previo de sus vías administrativas o judiciales.” En ese sentido, los Paiz debieron haber recurrido y agotado los recursos domésticos disponibles para la resolución de sus disputas con la ENEE previo a haber iniciado el presente arbitraje internacional (**Sección III.A.**).

9. *En segundo lugar*, el Tribunal carece de jurisdicción porque los reclamos de los Demandantes se encuentran prescritos. Según el Tratado, “[N]o claim may be submitted to arbitration under this Section if more than three years have elapsed from the date on which the claimant first acquired, or should have first acquired, knowledge of the breach alleged.” Conforme demostrará la República, la gran mayoría de los reclamos presentados por los Demandantes, incluyendo la falta de pago, las limitaciones en el despacho de energía, y otros supuestos incumplimientos contractuales, tienen su origen con anterioridad a la promulgación del Decreto

No. 46-2022 y, en cualquier caso, los Demandantes sabían o debían saber de ellos más de tres años antes de la presentación de su notificación de arbitraje. En efecto, los reclamos contractuales presentados por los Demandantes tienen una fecha de inicio cercana a la entrada en operación comercial de Pacific Energy y se han extendido durante la vida de la relación contractual (**Sección III.B**).

10. *En tercer lugar*, los Demandantes no han demostrado ser titulares de su supuesta inversión. Es más, ni siquiera han intentado respaldar la compleja estructura corporativa bajo la cual alegan controlar indirectamente el 100% de Pacific Solar. Por el contrario, toda la evidencia disponible indica que Pacific Solar ya no es el dueño de la inversión pues cedió la propiedad y titularidad del PPA y la Planta Nacaome a un banco hondureño mediante la constitución de un fideicomiso de garantía. (**Sección III.C**).

11. *En cuarto lugar*, los Demandantes no pueden importar una cláusula paraguas a través de la cláusula de Nación Más Favorecida (“**NMF**”) del Tratado por, al menos, dos razones. Primero, el artículo 10.13(5) del Tratado excluye expresamente las compras públicas del trato NMF. Así, siendo la compra de energía eléctrica bajo el PPA una compra pública, la aplicación de la cláusula NMF se encuentra excluida a su respecto. Segundo, y más general, la cláusula de NMF no permite importar estándares de protección completamente nuevos para crear derechos sustantivos que no se encuentren expresamente previstos en el Tratado (**Sección III.D**).

12. *En quinto lugar*, los Demandantes no pueden probar que la controversia surge de un acuerdo de inversión según el Artículo 10.28 del CAFTA-DR. Si bien alegan que el PPA, el Aval Solidario y el Acuerdo de Operaciones califican como acuerdos de inversión, estos instrumentos no cumplen con los requisitos establecidos en el Tratado por múltiples razones: *Primero*, la ENEE no constituye una “autoridad nacional” al ser una empresa pública autónoma fuera del nivel central de gobierno; *Segundo*, los acuerdos no fueron ejecutados entre una autoridad nacional hondureña y una inversión o inversionista cubierto de otra Parte Contratante, pues Pacific Solar era una empresa hondureña controlada por nacionales hondureños al momento de la firma; *Tercero*, los acuerdos no otorgan derechos sobre recursos naturales controlados por autoridades nacionales, ya que el recurso solar no puede ser controlado por el Estado; y *Cuarto*, existe una contradicción conceptual al pretender que los mismos acuerdos sean simultáneamente el

fundamento de la inversión y la inversión cubierta. Consecuentemente, el Tribunal carece de competencia *ratione materiae* para conocer el reclamo presentado (**Sección III.E**).

13. *En sexto lugar*, los reclamos de los Demandantes son puramente contractuales, por lo que no se encuentran cubiertos por el Tratado. En esencia, los Paiz reclaman el cumplimiento de una obligación de pago y el cumplimiento de disposiciones contractuales, las cuales son disputadas por la ENEE. Es decir, en ningún momento la ENEE ha actuado más allá que una contraparte contractual, que supuestamente ha cometido un incumplimiento, por lo que es imposible que hubiese incurrido en una violación del Tratado que pueda ser conocida por el Tribunal. Adicionalmente, todos los acuerdos invocados por los Demandantes cuentan con sus propias cláusulas de elección de foro y resolución de controversias, por lo que el Tribunal está obligado a dar efecto a dichas cláusulas —aceptadas por los Demandantes— en caso de que decida que puede conocer de los reclamos contractuales (**Sección III.F**).

14. Finalmente, el Capítulo IV contiene el petitorio, mediante el cual Honduras respetuosamente solicita al Tribunal que declare que las reclamaciones son inadmisibles y/o se encuentran fuera de su jurisdicción. Adicionalmente, la República solicita que condene a los Demandantes al pago de todas las costas de este arbitraje, incluyendo los gastos y honorarios profesionales incurridos por Honduras, el Tribunal, y el CIADI con los intereses correspondientes sobre esos montos.

II. HECHOS PRINCIPALES

A. El PPA entre Pacific Solar y la ENEE

15. Los Demandantes omiten asuntos fundamentales para que el Tribunal establezca su jurisdicción en su Memorial de Demanda. Esa situación obliga a la República a presentar una breve descripción de los hechos principales que soportan sus objeciones jurisdiccionales y brindan claridad al Tribunal sobre la verdadera dimensión de la presente disputa.

16. En la presente Sección, se exponen las circunstancias en las cuales el PPA de Pacific Solar fue aprobado por el Congreso Nacional, y quiénes fueron los propulsores de este Contrato (**Subsección 1**). Asimismo, demuestra que los reclamos presentados en este arbitraje son meramente contractuales y han estado presentes desde el inicio del PPA (**Subsección 2**), y el

verdadero costo económico que ha tenido el PPA y otros contratos de suministro suscrito con generadores eléctricos, en las finanzas del Estado de Honduras (**Subsección 3**). Por último, se hace evidente que los Demandantes no prueban la titularidad de su supuesta inversión, que en cualquier caso habría sido cedida en su totalidad a sus financistas (**Subsección 4**).

1. El PPA estuvo plagado de irregularidades desde su inicio porque se aprobó como parte del denominado “Robo Parlamentario del Siglo”

17. Los Paiz solamente indican que el PPA fue suscrito en enero de 2014 y que el Congreso posteriormente lo aprobó.¹ En ningún momento mencionan las circunstancias bajo las cuales el PPA fue aprobado por el Congreso Nacional. En ese sentido, los Demandantes optaron por omitir completamente que la aprobación del PPA —y decenas de otros contratos de suministro de energía— resultaron en uno de los escándalos políticos más grandes que haya visto Honduras.²

18. La aprobación de los contratos de energía solar fue un escándalo que nace de la mano del ahora condenado expresidente Juan Orlando Hernández, quien en ese momento era Presidente del Congreso Nacional. A pesar de haber resultado victorioso en las elecciones presidenciales del año 2013, su partido político, el Partido Nacional, no ganó los suficientes escaños en el Congreso para formar una mayoría simple, por lo que su próxima agenda legislativa se vería paralizada una vez que llegara a ocupar el poder.³

19. El artículo 189 de la Constitución de Honduras que establece que el Congreso Nacional se “reunirá en sesiones ordinarias [...] el veinticinco de enero de cada año, sin necesidad de convocatoria y clausurará sus sesiones el treinta y uno de octubre del mismo año.”⁴ No obstante, las sesiones legislativas del Congreso pueden prorrogarse mediante resolución del mismo

¹ Memorial de Demanda, ¶ 51.

² “Masiva aprobación de contratos y decretos,” *El Herald* (7 de abril de 2014) (**R-022**). Véase también “Conozca algunos de los decretos aprobados en el denominado Robo Parlamentario,” *Criterio* (21 de noviembre de 2017) (**R-035**).

³ Misión de Observación Electoral UE: Honduras, Informe Final sobre las Elecciones Generales (2013) (**R-020**), pág. 31 (“En cuanto al Congreso [...], nunca antes el partido gobernante había tenido una bancada tan pequeña. El Partido Nacional, que cuenta con el grupo más numeroso, tiene apenas 48 congresistas, 23 menos que los 71 que tenía en la anterior Cámara, y tendrá que buscar alianzas con otros partidos para llegar a la mayoría simple (65 escaños) necesaria para aprobar leyes.”).

⁴ Constitución Política de la República de Honduras (20 de enero de 1982) (**R-015**), Art. 189.

Congreso.⁵ Utilizando este resquicio, el 6 de septiembre de 2013, el Congreso aprobó el Decreto No. 210-2013 mediante el cual estableció, de manera transitoria, que habilitaría una sesión legislativa desde el 1 de noviembre de 2013 hasta el 19 de enero de 2014.⁶ Así, el Congreso Nacional (2010-2014) solo podría realizar actos válidos hasta el 19 de enero de 2014. Cualquier decreto aprobado con posterioridad a esa fecha, devendría en inconstitucional.⁷

20. Así, Juan Orlando Hernández procedió a dedicar sus dos últimas semanas como Presidente del Congreso Nacional, a la aprobación de todos los proyectos legislativos que avanzaban sus intereses y los de sus aliados. En solo un día —el 20 de enero de 2014— el Congreso Nacional, fuera de su periodo legislativo, **aprobó 67 decretos legislativos**, entre los cuales se contemplaba la aprobación de alrededor de 100 contratos de generación de energía renovable. Asimismo, se aprobaron una serie de leyes cruciales para eliminar cualquier obstáculo que pudiera entorpecer los actos ilegítimos que el presidente que estaba por asumir venía fraguando desde que se encontraba en el Congreso, entre otras, la Ley Orgánica del Poder Legislativo y Ley del Presupuesto de la República para el año 2014.⁸ Esto fue un golpe claro y profundo contra la institucionalidad de la República de Honduras. Un acto que fue denunciado posteriormente como el “Robo Parlamentario del Siglo.”⁹

21. Los decretos aprobados tenían como destinatarios a políticos, narcotraficantes y empresarios reconocidos en Honduras. Pacific Solar no fue la excepción, pues era una empresa de papel sin experiencia alguna.¹⁰

⁵ *Ibid.*, Art. 189.

⁶ Decreto que Establece las Sesiones Ordinarias del Congreso Nacional (Decreto No. 210-2013) (13 de junio de 2013) (**R-021**), Art. 1.

⁷ Ley sobre Justicia Constitucional, 2004 (**R-018**), Art. 75 (“Las leyes podrán ser declaradas inconstitucionales por razón de forma o de contenido [...]. En la forma, cuando no se ha observado el proceso legislativo establecido en la Constitución [...].”).

⁸ “Conozca algunos de los decretos aprobados en el denominado Robo Parlamentario,” *Criterio* (21 de noviembre de 2017) (**R-035**).

⁹ “Diputados presentan pruebas de lo que denominan el 'Robo Parlamentario del siglo en Honduras’” *Criterio* (21 de noviembre de 2017) (**R-036**); “Conozca algunos de los decretos aprobados en el denominado Robo Parlamentario,” *Criterio* (21 de noviembre de 2017) (**R-035**).

¹⁰ “El Estado convierte la energía renovable en un negocio para políticos, narcotraficantes y empresarios,” *Radio Progreso* (5 de noviembre de 2021) (**R-057**).

22. Pacific Solar carecía de experiencia en la industria fotovoltaica, lo que explica la conservadora descripción que los Demandantes realizan al respecto, limitándose a exponer la experiencia del señor Fernando Paiz en proyectos de energía geotérmica en Nicaragua.¹¹ En efecto, los propios Demandantes señalan haber invertido en Pacific Solar en “February 2015, **after** Pacific Solar entered into the long-term Agreements [...]”¹² Es decir, no fueron los Paiz quienes llevaron a cabo los procedimientos para concretar la suscripción del PPA, el Aval Solidario o el Contrato de Operación, sino que estos pasos fueron llevados a cabo por sus fundadores, los [REDACTED] [REDACTED]¹³ esta última siendo quien efectivamente firmó el PPA.¹⁴

23. En ninguna parte de su Memorial hace referencia a la experiencia de Pacific Solar ni de sus ejecutivos originales en el mercado eléctrico previo a la suscripción del PPA. La razón es sencilla, dicha experiencia no existe. Conforme indican los propios Demandantes en su Memorial de Demanda, Pacific Solar fue constituida el 30 de septiembre de 2013 “[t]o pursue the opportunities in renewables that emerged after the enactment of the 2013 Renewables Law.”¹⁵

24. Uno de los empresarios beneficiados por el “robo parlamentario” fue [REDACTED] [REDACTED]¹⁶ quien no solo obtuvo la aprobación del PPA de Pacific Solar, sino también de la empresa Producción de Energía Solar y Demás Renovables, S.A. (PRODERSSA).¹⁷

25. Así, con la clara intención de vender este contrato de compraventa de energía al mejor postor, [REDACTED] vendieron todas sus acciones de Pacific Solar a la sociedad [REDACTED] y el señor Fernando Paiz el 19

¹¹ Memorial de Demanda, ¶ 49.

¹² Memorial de Demanda, ¶ 50.

¹³ Acta de Constitución de Pacific Solar Energy S.A. de C.V. (10 de septiembre de 2013) (C-072), pág. 5 [PDF].

¹⁴ Contrato No. 002-2014, entre Empresa Nacional de Energía Eléctrica y Pacific Solar Energy, S.A. de C.V. (“Contrato No. 002-2014”) (16 de enero de 2014) (C-001), pág. 4.

¹⁵ Memorial de Demanda, ¶ 49.

¹⁶ “Yerno de Callejas pagó fianza en Nueva York,” *El Herald* (18 de diciembre de 2015) (R-030).

¹⁷ “ASJ 'desnuda' negocio de energía solar y al Zar de los Hospitales,” *Proceso* (22 de noviembre de 2018) (R-045).

de diciembre de 2014.¹⁸ A pesar de que había claros indicios de irregularidades alrededor de la aprobación de los contratos,¹⁹ los Demandantes decidieron ignorarlos y supuestamente comprar acciones en Pacific Solar.

2. Los Demandantes sabían o debían saber que sus reclamos contractuales han estado presentes desde el inicio del PPA

26. En su Memorial de Demanda, los Demandantes describen los derechos y obligaciones bajo el PPA sin ofrecer ningún contexto sobre los desacuerdos que han existido desde el inicio de la relación contractual entre la ENEE y Pacific Solar, así como los presuntos incumplimientos del PPA.

27. A continuación, Honduras demuestra que la mayoría de los supuestos incumplimientos del PPA han estado en discusión entre las partes mucho antes que los Demandantes presentaran su Notificación de Arbitraje y, por lo tanto, dejan en evidencia que la Ley de Energía de 2022 es un simple pretexto para presentar en este arbitraje una controversia enteramente contractual y, en cualquier caso, fuera de la competencia del presente Tribunal.

a. El PPA es un acuerdo comercial con fines gubernamentales de provisión de un servicio público

28. A través del PPA, la ENEE se comprometió contractualmente a comprar la energía eléctrica y potencia entregada por la planta fotovoltaica a ser construida por Pacific Solar, una sociedad comercial constituida bajo las leyes de la República de Honduras.²⁰ La ENEE es un organismo autónomo de servicio público, con personería y capacidad jurídica, así como un patrimonio propio.²¹ Asimismo, conforme la Ley General de Administración Pública, la ENEE califica como una empresa pública, creada para desarrollar actividades económicas al servicio de fines diversos pero que no adopta la forma de una sociedad mercantil tradicional.²²

¹⁸ Certificación del Acta No. 4 de la Asamblea General de Accionistas de Pacific Solar Energy S.A. de C.V. (19 de diciembre de 2014) (**R-027**).

¹⁹ “Masiva aprobación de contratos y decretos,” *El Heraldo* (7 de abril de 2014) (**R-022**).

²⁰ Contrato No. 002-2014 (**C-001**), Cláusula 2.1.

²¹ Ley Constitutiva de la Empresa Nacional de Energía Eléctrica, 1957 (Decreto No. 48 de 1957) (“**Decreto No. 48 de 1957**”) (27 de febrero de 1957) (**C-006**), Art. 1.

²² Ley General de la Administración Pública (Decreto No. 146-86) (29 de octubre de 1966) (**C-061**), Art. 53.

29. Para esos fines, Pacific Solar se comprometió, a su propio riesgo y costo, a construir, operar y mantener una planta generadora, la cual estaría ubicada en el Valle Nacaome en la región sur de Honduras (en adelante la “**Planta Nacaome**”), de acuerdo con las especificaciones técnicas establecidas en el PPA.²³ Según el PPA, la Planta Nacaome tendría una capacidad instalada máxima de 49.90MW.²⁴ El PPA también establece que tendrá una vigencia de 20 años, contados a partir de la fecha de inicio de operación comercial.²⁵ Todas estas son especificaciones contractuales respecto de la operación de la Planta Nacaome.

30. Sin perjuicio de que los Demandantes pretendan elevar artificialmente esta disputa a una internacional, la realidad es que todas las actuaciones a las que se refieren podrían, únicamente, ser caracterizadas como violaciones de compromisos contractuales,²⁶ como se detallará en mayor detalle en la Sección III.F.

b. El Aval Solidario y el Contrato de Operación son documentos complementarios que no otorgan las garantías que los Demandantes alegan

31. Los Demandantes presentan el PPA como parte de lo que denominan “the Agreements,” que incluiría el Acuerdo de Apoyo y Aval Solidario, y el Contrato de Operación en un intento infructuoso de elevar el rango del PPA a una especie de acuerdo marco de estabilidad jurídica que limitaría completamente el derecho inherente del Estado a regular sus sectores industriales. Esta caracterización es incorrecta.

(1.) El Acuerdo de Apoyo y Aval Solidario no es una garantía de estabilidad jurídica

32. Los Demandantes sostienen erróneamente que el Acuerdo de Apoyo y Aval Solidario (en adelante “Aval Solidario”) constituye una garantía amplia por parte del Estado de Honduras, que no solo cubre las obligaciones de la ENEE bajo el PPA, sino que también garantizaría la estabilidad a largo plazo de la inversión de los Demandantes²⁷. Esta interpretación

²³ Contrato No. 002-2014 (C-001), Cláusula 2.1 y 2.2.

²⁴ Contrato No. 002-2014 (C-001), § C.

²⁵ Contrato No. 002-2014 (C-001), § B.

²⁶ Memorial de Demanda, ¶¶ 189-192.

²⁷ Memorial de Demanda, ¶ 56.

contradice la naturaleza y propósito específico del documento, que se limita a ser un acuerdo de respaldo financiero.

33. El Aval Solidario, suscrito el 1 de octubre de 2014 entre el Estado -representado por la Procuraduría General de la República y la Secretaría de Estado en el Despacho de Finanzas- y Pacific Solar, tiene un alcance claramente definido y limitado: garantizar el pago de las obligaciones monetarias de la ENEE frente a Pacific Solar.²⁸ Este acuerdo, amparado en el artículo 4 de la Ley de Energía Renovable de 2007²⁹ y previsto en el Anexo X del PPA,³⁰ establece específicamente que “[l]a obligación de pago del Estado según el presente documento será solidaria con respecto a las obligaciones a cargo de la ENEE.”³¹ Es revelador que, a pesar de enfatizar esta disposición,³² los Demandantes no han presentado una sola instancia en que hayan intentado ejecutar el Aval Solidario ante el Estado de Honduras.

(2.) El Contrato de Operación tampoco es una garantía de estabilidad jurídica

34. Los Demandantes argumentan erróneamente que el Contrato de Operación para la generación, transmisión y comercialización de energía eléctrica (en adelante, el “Contrato de Operación”),³³ suscrito entre Pacific Solar y la Secretaría de Estado en los Despachos de Recursos Naturales, Ambiente y Minas (en adelante, “SERNA”) el 23 de febrero de 2014, establece nuevos compromisos del Estado.³⁴ Sin embargo, este documento es esencialmente un instrumento técnico que simplemente autoriza la construcción, posesión y operación de una planta eléctrica, sin crear obligaciones sustantivas adicionales para la ENEE o el Estado más allá de las ya contempladas en

²⁸ Acuerdo de Apoyo y Aval Solidario del Estado de Honduras para el cumplimiento del Contrato de Suministro, entre la ENEE y SPE (“**Decreto 113-2014**”) (19 de noviembre de 2014) (C-002).

²⁹ Ley de Promoción a la Generación de Energía Eléctrica con Recursos Renovables (Decreto No. 70-2007) (“**Decreto No. 70-2007**”) (2 de octubre de 2007) (C-004), Art. 4.

³⁰ Contrato No. 002-2014 (C-001), Cláusula 9.7.

³¹ Decreto 113-2014 (C-002), Art. 4.2.

³² Memorial de Demanda, ¶ 61.

³³ Contrato de Operación entre Pacific Solar y la Secretaría de Estado en los Despachos de Energía, Recursos Naturales, Ambiente y Minas (Decreto No. 109-2015) (“**Contrato de Operación**”) (26 de octubre de 2015) (C-003).

³⁴ Memorial de Demanda, ¶ 62.

el PPA.³⁵ Por el contrario, el Contrato de Operación principalmente impone condiciones sobre Pacific Solar respecto a las especificaciones técnicas que debe cumplir.

35. Los Demandantes intentan distorsionar el alcance del Contrato de Operación al alegar que éste garantiza ciertos derechos e incentivos,³⁶ cuando en realidad solo hace referencias generales a beneficios ya contemplados en el PPA. En particular, la disposición que establece que “la Secretaría proveerá la asistencia necesaria para que la Empresa Generadora obtenga las exoneraciones y apoyo establecidos en las disposiciones contenidas en los decretos”³⁷ se refiere específicamente a exoneraciones fiscales, no a garantías económicas generales como pretenden los Demandantes. Además, su argumento sobre el supuesto despacho obligatorio de energía ignora que esta obligación estaba condicionada a que “el Reglamento de Operación del Sistema Interconectado Nacional no haya sido emitido oficialmente,”³⁸ reglamento que entró en vigencia el 18 de noviembre de 2015,³⁹ casi un año antes del inicio de operaciones de Pacific Solar, estableciendo la facultad del Centro Nacional de Despacho para realizar limitaciones por motivos de seguridad operativa.⁴⁰

c. Los reclamos contractuales de Pacific Solar no son nuevos, mucho menos generados por el Decreto 46-2022

36. Los Demandantes presentan a su conveniencia el modelo de compensación de Pacific Solar como una situación que no está en disputa entre las partes del PPA.⁴¹ Si bien Honduras no controvierte el precio de la energía (US\$114.14/Mwh) y los incentivos aplicables (10% adicional) bajo el PPA, sí se opone a la interpretación que los Demandantes realizan de los

³⁵ Contrato de Operación (C-003).

³⁶ Memorial de Demanda, ¶ 62.

³⁷ Contrato de Operación (C-003), Cláusula 1.4.7.

³⁸ *Ibid.*, Cláusula 1.4.4. Véase también Memorial de Demanda, ¶ 62 (“The Operations Agreement further provided that Pacific Solar must deliver to the CND all available power generation capacity of the Plant, and the CND must receive and dispatch all generated electricity at the delivery point agreed to in the PPA”).

³⁹ CREE - Reglamento de Operación del Sistema y Administración del Mercado Mayorista (18 de noviembre de 2015) (R-029).

⁴⁰ *Ibid.*, Art. 116.

⁴¹ Memorial de Demanda, ¶ 54.

pagos compensatorios por limitaciones, y a su narrativa de que el incumplimiento de pago de las facturas de Pacific Solar comenzó recién a partir de la entrada en vigencia del Decreto 46-2022.⁴²

(1.) El impago de facturas e intereses reclamados por los Demandantes es previo al Decreto 46-2022

37. Según los Demandantes, “the 2022 New Energy Law codified the State’s intention to repudiate its compensation [...]”⁴³ Sin embargo, esta narrativa carece de asidero dado que la misma Pacific Solar lleva reclamando el pago de facturas e intereses con anterioridad al Decreto No. 46-2022.

38. Así, el experto de los Demandantes señala que la deuda comenzó a acumularse en el año 2018.⁴⁴ Efectivamente, desde el 2020, Pacific Solar ha reclamado el pago de la deuda generada por facturas impagas e intereses generados, indicando que la deuda comenzó a acumularse en el 2018.⁴⁵ Por lo que, no es cierto que la falta de pago de facturas haya comenzado a raíz del Decreto 46-2022. No obstante, la ENEE ha sido constante en el pago proporcional de su deuda con los generadores, en la medida de sus posibilidades.⁴⁶

(2.) El reclamo de compensación por limitaciones en el despacho de energía eléctrica tampoco es nuevo y además es improcedente

39. Los Demandantes buscan dar la impresión de que las reducciones en el despacho de la energía eléctrica por parte del Centro Nacional de Despacho es una cuestión que surgió

⁴² Ley Especial para garantizar el servicio de la energía eléctrica como un bien público de seguridad nacional y un derecho humano de naturaleza económica y social, 2022 (Decreto No. 46-2022) (“**Decreto No. 46-2022**”) (16 de mayo de 2022) (**C-010**).

⁴³ Memorial de Demanda, ¶ 125.

⁴⁴ Primer Informe Pericial de Miguel A. Nakhle (Compass Lexecon) (“**Informe de Nakhle**”) (20 de septiembre de 2024) (**CER-01**), ¶¶ 44-45, Figura 6.

⁴⁵ Carta de R. Barahona (PSE) a G. Perdomo (ENEE) (10 de julio de 2020) (**R-049**) (“[...] desde el 13 de diciembre de 2018, la suma correspondiente al capital es de [REDACTED] y el valor de los intereses es de [REDACTED] por lo cual necesitamos saber cuándo se realizará el pago de dicha deuda ya que debemos de cancelar los préstamos con la banca local y extranjera.”).

⁴⁶ Comprobantes de Pago de ENEE a Pacific Solar Energy (2020) (**R-008**); Comprobantes de Pago de ENEE a Pacific Solar Energy (2021) (**R-009**); Comprobantes de Pago de ENEE a Pacific Solar Energy (2022) (**R-010**); Comprobantes de Pago de ENEE a Pacific Solar Energy (2023) (**R-011**); Comprobantes de Pago de ENEE a Pacific Solar Energy (2024) (**R-012**).

después de la entrada en vigencia del Decreto 46-2022, cuando en realidad esta disputa surgió mucho antes.

40. En primer lugar, las reducciones en el despacho de energía han sido una realidad constante en la operación de la Planta Nacaome desde 2017,⁴⁷ y Pacific Solar era plenamente consciente de esta posibilidad, habiendo confirmado expresamente antes del inicio de operaciones que la planta podría ser desconectada o disminuida en su capacidad según los procedimientos establecidos en el PPA.⁴⁸ Asimismo, el PPA contempla varias excepciones al despacho obligatorio de la energía, entre ellas la “desconexión automática de la planta por Esquemas de Control Suplementarios (ECS) que tienen como objeto mantener o restablecer la estabilidad del [Sistema Interconectado Nacional].”⁴⁹

41. Los Demandantes hacen esfuerzos para dar la impresión de que la ENEE tiene la obligación de comprar y despachar absolutamente toda la energía que puede producir la Planta Nacaome.⁵⁰ Esto no es correcto. Como ya mencionamos, el PPA contempla varias excepciones. Asimismo, el PPA establece que la ENEE “**se obliga a comprar y pagar a [Pacific Solar] toda la energía y potencia facturada de acuerdo con los precios, términos y condiciones establecidos en este Contrato.**”⁵¹ Según el PPA, la energía facturada significa la energía efectivamente entregada por Pacific Solar a la ENEE en el punto de entrega.⁵² De esta forma, el PPA establece que no necesariamente toda la energía que puede ser producida por la Planta Nacaome, es la misma cantidad de energía que debe ser despachada y pagada por la ENEE.

42. En segundo lugar, en 2021, Pacific Solar comenzó a enviar facturas mensuales reclamando compensación por estas reducciones, las cuales fueron rechazadas por ENEE por

⁴⁷ Con el objeto de mantener los márgenes de seguridad del SIN, Pacific Solar ha recibido órdenes del CND y ha experimentado reducciones técnicas desde 2017. Véase PSE, Informe Ejecutivo de Proyecto Nacaome I (octubre de 2017) (R-034); Carta de L. Bulnes (PSE) a E. Torres y D. Aguilar (PSE) (30 de enero de 2018) (R-038).

⁴⁸ Acta No. 03/2016 del Comité Interoperativo del Contrato No. 002/2014 (3 de agosto de 2016) (R-031); Acta No. 01/2018 del Comité Interoperativo del Contrato No. 002/2014 (27 de diciembre de 2018) (R-046).

⁴⁹ Contrato No. 002-2014 (C-001), Anexo III, Cláusula 1.1. Véase también Contrato No. 002-2014 (C-001), Cláusula 2.4.

⁵⁰ Memorial de Demanda, ¶¶ 12, 43, 54, 57.

⁵¹ Contrato No. 002-2014 (C-001), Cláusula 2.3.

⁵² *Ibid.*, Cláusula 1.1, ¶ 32.

carecer de fundamento legal y documentación adecuada.⁵³ Estos hechos demuestran que los reclamos de Pacific Solar no surgen del Decreto 46-2022, sino que reflejan una realidad operativa preexistente y necesaria para mantener la integridad del sistema eléctrico hondureño, realidad que aplica de manera equitativa a todos los generadores según criterios técnicos transparentes publicados diariamente por el CND.⁵⁴

43. La controversia entre las Partes ha sido constante frente a la interpretación de la Cláusula 9.5.1 del PPA. Los Demandantes argumentan, erróneamente, que cualquier restricción de energía es indemnizable. Sin embargo, el PPA claramente establece que solo las restricciones causadas por fallas en el SIN son susceptibles de indemnización,⁵⁵ no así las reducciones técnicas necesarias para mantener la seguridad operativa de la red eléctrica. El Centro Nacional de Despacho (CND), como Operador del Sistema, tiene la obligación legal y técnica de garantizar la continuidad del suministro eléctrico y la correcta coordinación del sistema, facultades que están contempladas tanto en la Ley de Industria Eléctrica de 2014⁵⁶ como en el Tratado Marco del Mercado Eléctrico de América Central.⁵⁷ En cumplimiento de estas obligaciones, el CND debe controlar el despacho de energía para evitar sobrecargas en los transformadores y posibles colapsos del sistema,⁵⁸ especialmente considerando que las 17 plantas fotovoltaicas en la región sur de Honduras, incluida la Planta Nacaome, alcanzan sus picos de generación simultáneamente.

44. De este modo, es evidente que el reclamo de Pacific Solar respecto a las reducciones de la generación de la Planta Nacaome no surge de la promulgación del Decreto 46-2022, ya que

⁵³ Carta de R. Barahona (PSE) a R. Lean (CIENEE) (5 de marzo de 2021) (**R-052**); Carta de R. Barahona (PSE) a R. Lean (CIENEE) (10 de mayo de 2021) (**R-053**); Carta de R. Barahona (PSE) a R. Lean (CIENEE) (7 de junio de 2021) (**R-054**); Carta de R. Barahona (PSE) a R. Lean (CIENEE) (7 de julio de 2021) (**R-055**). La ENEE ha rechazado firmemente la legitimidad de estas facturas dado que no tienen ningún fundamento legal y no mostraban suficiente documentación para sustentar los cobros. Véase ENEE, Oficio DER-199-XI-2021, Carta de D. Aguilar (Comité Operativo) a R. Barahona (PSE) (18 de noviembre de 2021) (**R-058**).

⁵⁴ El CND procura dar un trato igualitario entre todos los generadores, publicando diariamente en su página web un reporte de las reducciones realizadas. “Limitaciones renovables” CND, ENEE (24 de febrero de 2025) (**R-067**).

⁵⁵ Contrato No. 002-2014 (**C-001**), Cláusula 9.5.1.

⁵⁶ Ley General de la Industria Eléctrica, 2014 (Decreto No. 404-2013) (“**Decreto No. 404-2013**”) (11 de abril de 2014) (**C-008**).

⁵⁷ Tratado Marco del Mercado Eléctrico de América Central (**C-107**). Art. 2(e).

⁵⁸ Los generadores deben obedecer todas las instrucciones que provengan del CND, de lo contrario, el sistema está expuesto al colapso o a condiciones críticas de operación. Véase también CREE - Reglamento de Operación del Sistema y Administración del Mercado Mayorista (18 de noviembre de 2015) (**R-029**), Art. 9(c).

tales reducciones han sido una realidad constante durante la vida del PPA para mantener la integridad del SIN y la continuidad del suministro de electricidad en Honduras.

3. Los Demandantes sabían o debían saber de la situación financiera de la ENEE y los intentos por rescatar el sector energético

45. En su Memorial de Demanda, los Demandantes ignoran completamente la precaria situación financiera de la ENEE, la cual ha sido un tema de discusión nacional por muchos años, limitándose únicamente a señalar que los pagos de la ENEE “were at times delayed or incomplete.”⁵⁹ Asimismo, los Demandantes intentan hacer ver que, a partir de la promulgación del Decreto 46-2022, la ENEE sólo ha hecho “sporadic and incomplete payments.”⁶⁰ Esto es falso. Los Demandantes intentan esconder el impacto de las dificultades financieras de la ENEE en el PPA, lo cual ha ocurrido desde el inicio de la relación contractual.

46. En el siguiente apartado, Honduras explica la situación financiera de la ENEE durante la vigencia del PPA y, asimismo, abordará el diagnóstico de las finanzas de la ENEE, según los organismos financieros internacionales que motivaron un intento de Honduras por rescatar el sector energético y mejorar las finanzas de la ENEE mediante un compromiso entre gobierno y sector privado, que posteriormente fracasó.

a. La situación financiera de la ENEE tras el robo parlamentario del siglo

47. Los organismos financieros internacionales, particularmente el Fondo Monetario Internacional (en adelante “FMI”), determinaron que el déficit financiero de la ENEE afectaba la estabilidad macroeconómica de Honduras.⁶¹ A pesar de que los Demandantes no lo mencionan en su Memorial, desde el año 2010, la ENEE ha experimentado un sostenido aumento en su déficit económico, lo cual ha generado un sobreendeudamiento del Estado a fin de cumplir con las obligaciones de pago de la ENEE.⁶²

⁵⁹ Memorial de Demanda, ¶ 87.

⁶⁰ *Ibid.*, ¶ 94.

⁶¹ Fondo Monetario Internacional, Reporte País Honduras No. 19/236 (16 de julio de 2019) (C-105), pág 2 [PDF].

⁶² L. Rodríguez, “Déficit operativo de ENEE creció a L. 4,549 millones,” *El Heraldo* (26 de febrero de 2018) (R-040).

48. En primer lugar, los Demandantes tienen conocimiento de que la ENEE siempre ha cumplido tardíamente en el pago de facturas por electricidad dentro del plazo establecido en el PPA. A pesar de no haberla dicho expresamente, la evidencia documental es clara. Ya en 2018,⁶³ es decir, apenas un poco más de un año a partir del inicio de la operación comercial de Pacific Solar, la ENEE se encontraba retrasada en los pagos.

49. En segundo lugar, en este arbitraje, Pacific Solar está reclamando una deuda que, según su propio experto en daños, se encuentra pendiente desde 2018.⁶⁴ Esto es un indicio claro de que, desde un inicio, Pacific Solar tiene conocimiento de que la ENEE no ha podido cumplir con sus obligaciones de pago. Asimismo, en 2020, al momento de exigir a la ENEE el pago de la deuda acumulada a la fecha, Pacific Solar indicó que la ENEE todavía le debía intereses moratorios.⁶⁵

50. La situación financiera de la ENEE ya era crítica cuando Pacific Solar inició sus operaciones. En 2013, cuando Pacific Solar fue constituida, la ENEE operaba con un déficit financiero histórico, registrando pérdidas por 6.963,9 millones de Lempiras, un incremento del 51,52% respecto al año anterior.⁶⁶ Según el informe del Tribunal Superior de Cuentas, la ENEE acumulaba un pasivo total de 24.133,8 millones de Lempiras y carecía de “capacidad de enfrentar sus obligaciones a corto plazo.”⁶⁷ La situación empeoró en 2014, cuando las pérdidas ascendieron a 7.614,1 millones de Lempiras,⁶⁸ con un pasivo total de 33.658,3 millones de Lempiras,⁶⁹ representando el 76,87% del patrimonio total de la empresa.⁷⁰

51. Para 2018, el FMI identificó que los contratos de compraventa de electricidad (PPA) se habían convertido en uno de los principales problemas estructurales de la ENEE, señalando que estos “restringen la autonomía operacional de la ENEE y su habilidad para

⁶³ Informe de Nakhle (**CER-01**), ¶ 44, Figura 6.

⁶⁴ *Ibid.*

⁶⁵ Carta de R. Barahona (PSE) a G. Perdomo (ENEE) (10 de julio de 2020) (**R-049**).

⁶⁶ Tribunal Superior de Cuentas, Informe No. 41-2014-DFEP-ENEE (26 de agosto de 2014) (**R-023**), pág. 11.

⁶⁷ *Ibid.*, pág. 13-14.

⁶⁸ Tribunal Superior de Cuentas, Informe No. 38-2015-FEP-ENEE (julio de 2015) (**R-028**), pág. 8.

⁶⁹ *Ibid.*

⁷⁰ *Ibid.*

minimizar los costos en la compra de electricidad.”⁷¹ La situación continuó deteriorándose hasta 2019, cuando el FMI citó explícitamente los altos costos de generación como uno de los factores del deterioro financiero de la ENEE,⁷² señalando que Honduras estaba aumentando su deuda externa solo para cubrir las obligaciones de pago de la empresa.⁷³ Los Demandantes, aunque no lo admiten en su Memorial, están conscientes de que son parte de este problema estructural que el FMI ha identificado como uno de los principales riesgos macroeconómicos para la economía hondureña.⁷⁴

52. Por lo tanto, la resolución de varios problemas estructurales, entre ellos, la revisión de los precios de energía pactados mediante PPA's era necesario. Sin embargo, aun cuando Honduras y el sector privado suscribieron un pacto nacional para abordar los problemas de la ENEE, el mismo no fue honrado por los generadores, por lo que permitieron que la catástrofe financiera de la ENEE continuara.

b. El compromiso incumplido de los generadores para renegociar los precios de generación

53. En octubre de 2018, ante la evidente crisis financiera de la ENEE,⁷⁵ diversos actores del sector público y privado, incluyendo el entonces presidente Juan Orlando Hernández, el

⁷¹ Fondo Monetario Internacional, Reporte País Honduras No. 18/206 (29 de junio de 2018) (R-042), pág. 14, ¶ 22 (“Existing contracts of energy purchases. These agreements restrict ENEE’s operational autonomy to minimize costs in purchases of electricity.”).

⁷² Fondo Monetario Internacional, Reporte País Honduras No. 19/236 (16 de julio de 2019) (C-105), pág. 2 [PDF] (“Supported by the Fund program during 2014-17, Honduras made great strides reducing macroeconomic imbalances and strengthening its policy framework. Confidence improved; and Honduras’s debt spreads declined steadily and translated into better financing terms for private and public investment. Nevertheless, challenges remain to reduce vulnerabilities and risks, including the still high level of poverty and informality, **the deteriorating financial situation of the public electricity company (ENEE)**, and the continued need to strengthen the macroeconomic policy framework and improve governance.”).

⁷³ Fondo Monetario Internacional, Reporte País Honduras No. 18/206 (29 de junio de 2018) (R-042), pág. 65 [PDF] (“**External debt increased in 2017.** The increase in 2 percentage points of GDP (from 35½ percent of GDP in 2016 to 37½ percent of GDP in 2017) reflected the above-mentioned bond placement. The procedures from the placement were used to pay liabilities from the public electricity company ENEE.”).

⁷⁴ Fondo Monetario Internacional, Reporte País Honduras No. 19/236 (16 de julio de 2019) (C-105), pág. 14 ¶ 27 (“The weakening in ENEE’s finances arises from below-cost tariff setting, large electricity losses, and high generation costs”).

⁷⁵ L. Rodríguez, “En 2017, ENEE erogó 18,769 millones de lempiras en pago de energía,” *El Herald* (19 de junio de 2018) (R-041). Véase también L. Rodríguez, “Mora de ENEE por bono solar sube a 2,372 millones de lempiras,” *El Herald* (29 de enero de 2021) (R-051); L. Rodríguez, “Últimos contratos de energía limpia agobian a la ENEE por

Consejo Hondureño de la Empresa Privada, la ENEE, la Asociación Hondureña de Productores de Energía Eléctrica, la Empresa Energía Honduras y la Asociación Hondureña de Instituciones Bancarias, firmaron el Acuerdo de Reforma Eléctrica.⁷⁶ Este acuerdo, que los Demandantes mencionan selectivamente en su Memorial,⁷⁷ establecía ocho puntos de acción fundamentales, incluyendo la revisión inmediata y renegociación urgente de los contratos con los generadores de energía,⁷⁸ reconociendo que los problemas estructurales del sector ejercían una presión significativa sobre las finanzas del Estado y amenazaban la capacidad de financiar programas sociales esenciales.

54. A pesar del optimismo inicial y el respaldo del FMI a estas medidas, los intentos de renegociación fracasaron.⁷⁹ En julio de 2020, en el contexto de la pandemia del COVID-19 y el impacto de dos huracanes consecutivos,⁸⁰ la ENEE propuso a todos los generadores una reducción del costo de energía de 0.14 a 0.08 centavos de dólar por Kwh, propuesta que fue rechazada por todos, incluida Pacific Solar.⁸¹ Como consecuencia, la ENEE se vio forzada a continuar endeudándose, incluyendo una emisión de bonos por US\$600 millones en 2020 destinada enteramente al pago de pasivos.⁸² Estos hechos demuestran que las diferencias contractuales entre

altos precios,” *El Heraldo* (23 de julio de 2018) (R-043); L. Rodríguez, “El sector privado pide a la ENEE revisar los contratos y las tarifas,” *El Heraldo* (31 de julio de 2018) (R-044).

⁷⁶ Acuerdo para la Reforma del Sector Energético Eléctrico Hondureño (10 de octubre de 2018) (C-175), pág. 1.

⁷⁷ Memorial de Demanda, ¶ 89.

⁷⁸ Acuerdo para la Reforma del Sector Energético Eléctrico Hondureño (10 de octubre de 2018) (C-175) (“**Revisión inmediata de todos los contratos con proveedores, lo cual incluye: la urgente renegociación de los contratos con los Generadores de Energía.**”).

⁷⁹ L. Rodríguez, “ENEE ahorraría 1,500 millones con la revisión de los contratos,” *El Heraldo* (17 de febrero de 2019) (R-047); Fondo Monetario Internacional, Reporte País Honduras No. 19/236 (16 de julio de 2019) (C-105), pág. 14 (“**The authorities’ plan aims at resolving the complex structural challenges in the electricity sector. The road map is based on the agreement signed by the government, the banking association, the generators association, the business association, and ENEE in October 2018.** The plan involves both institutional reforms, as well as operational and financial measures that will require compromises both from ENEE and from key stakeholders in the electricity sector—private generators and banks, among others.”); L. Rodríguez, “Los generadores no aceptarán revisar precios de contratos.” *El Heraldo* (7 de marzo de 2019) (R-048).

⁸⁰ Banco Mundial, “Honduras Informe sobre el Gasto Público” (noviembre de 2022) (R-061), pág. 16 (“La crisis de 2020 afectó a Honduras más que a otros países de la región y otros países en desarrollo a nivel mundial en medio de un contexto político y de gobernanza más complejo”).

⁸¹ L. Rodríguez, “Mora de ENEE por bono solar sube a 2,372 millones de lempiras,” *El Heraldo* (29 de enero de 2021) (R-051).

⁸² Banco Mundial, “Honduras Informe sobre el Gasto Público” (noviembre de 2022) (R-061), pág. 33; Memorial de Demanda, ¶ 91.

Pacific Solar y la ENEE son anteriores al Decreto 46-2022, el cual los Demandantes presentan incorrectamente como detonante del presente arbitraje.

4. Los Demandantes no prueban la titularidad de su supuesta inversión que, en cualquier caso, habría sido cedida en su totalidad

55. Según la propia documentación aportada por los Demandantes, entre el 30 de septiembre de 2013 y febrero de 2015, los accionistas de Pacific Solar habrían cambiado de [REDACTED] a los Paiz.⁸³ Sin embargo, a pesar de que los Demandantes intentan demostrar que actualmente son los dueños de Pacific Solar y sus activos, incluyendo el PPA, la realidad es que de los antecedentes no se desprende que los Paiz sean los titulares de la empresa.

56. En primer lugar, el único documento que los Demandantes presentan para demostrar su titularidad de Pacific Solar es un diagrama, notariado en inglés por una notaria guatemalteca, señalando la estructura corporativa y cadena de propiedad desde Pacific Solar hasta los señores Fernando Paiz y Anabella Schloesser de León.⁸⁴ Los Demandantes no pueden pensar seriamente que un diagrama corporativo creados probablemente por ellos mismos, sin más, sea suficiente para probar la titularidad de su supuesta inversión. En ese sentido, el Estado considera que este documento carece de valor probatorio alguno y no demuestra que los Demandantes sean los propietarios de Pacific Solar.

57. En segundo lugar, el 12 de enero de 2018, la ENEE recibió una comunicación de Pacific Solar cuyo propósito era informar a la ENEE de que Pacific Solar había cedido en garantía todos sus derechos relativos a la Planta Nacaome. Pacific Solar explica que “[a] fin de obtener el financiamiento necesario para la construcción, desarrollo y operación del Proyecto, la Compañía suscribirá, respectivamente, contratos de préstamo con [Banco de Desarrollo Empresarial Holandés]⁸⁵ y la [Corporación de Inversión Alemana]⁸⁶ (conjuntamente, las “Instituciones Financieras”) [...] la Compañía suscribirá un convenio modificadorio al contrato de fideicomiso

⁸³ Memorial de Demanda, ¶ 50. Véase también Acta de Constitución de Pacific Solar Energy S.A. de C.V. (10 de septiembre de 2013) (C-072), pág. 5 [PDF].

⁸⁴ Organigrama de la estructura accionista de Pacific Solar Energy, S.A. de C.V. (13 de julio de 2023) (C-027).

⁸⁵ En su idioma nativo, *Nederlandse Financierings-Maatschappij voor Ontwikkelingslanden N.V.*

⁸⁶ En su idioma nativo, *Deutsche Investitions- und Entwicklungsgesellschaft.*

de garantía a favor de [REDACTED] [...] en beneficio de las Instituciones Financieras [...] en virtud del cual la **Compañía cede en garantía todos los derechos y activos relacionados con el proyecto, incluyendo la Planta (como la misma se define en el PPA) y los derechos económicos a los cuales tiene derecho según se deriva del PPA.**⁸⁷

58. La carta mencionada anteriormente serviría como la notificación previa requerida bajo el PPA.⁸⁸ A partir de lo anterior, se desprende que los Demandantes, no son los verdaderos beneficiarios del PPA. Tampoco son los propietarios de la Planta Nacaome y sus activos, ya que el verdadero propietario sería el fiduciario, es decir, el [REDACTED]. Además, las ganancias derivadas de la operación de la Planta Nacaome son dirigidas a los beneficiarios de dicho fideicomiso, vale decir, las instituciones financieras indicadas.⁸⁹ Es más, Pacific Solar comenzó a solicitar que los pagos de sus facturas fueran realizados a una cuenta en el [REDACTED], cuando previamente recibían sus pagos en el [REDACTED].⁹⁰

B. El Decreto 46-2022 no modificó el PPA, mucho menos es una amenaza de expropiación para los generadores

59. Los Demandantes aseguran que el Decreto 46-2022 “crystalized the State’s desire to tear up existing PPAs, such as Pacific Solar’s”⁹¹ Según los Demandantes, el Decreto 46-2022 incluyó “[a] threat to expropriate the generator’s plants if “renegotiation” of the PPA’s energy Price is not to the State’s satisfaction.”⁹² Una lectura del artículo relevante y el comportamiento de la ENEE comprueba que las afirmaciones de los Demandantes son infundadas.

⁸⁷ Carta de Pacific Solar Energy S.A. a J. A. Mejía Arita (ENEE) (12 de enero de 2018) (R-037), págs. 2-3.

⁸⁸ Contrato No. 002-2014 (C-001), pág. 51, Cláusula 20.6 (“El VENDEDOR podrá gravar, pignorar, ceder o transferir en garantía este Contrato y/o los. derechos que le otorga el presente Contrato, a favor y/o en beneficio de cualquier Financista que ha dado los recursos que amparan este Contrato, o en el caso contemplado en la Cláusula 20.1 Cesión por Parte del VENDEDOR, **informando por escrito previamente al COMPRADOR**”) (énfasis añadido).

⁸⁹ Carta de Pacific Solar Energy S.A. a J. A. Mejía Arita (ENEE) (12 de enero de 2018) (R-037), pág. 2-3. Según el artículo 1035 del Código de Comercio de la República de Honduras, (“El fideicomiso implica la cesión de los derechos o la traslación del dominio de los bienes en favor del fiduciario.”).

⁹⁰ Carta de L. Bulnes (PSE) a J.A. Mejía Arita (ENEE) (2 de febrero de 2017) (R-032); Carta de L. Bulnes (PSE) a J.A. Mejía Arita (ENEE) (1 de febrero de 2018) (R-039).

⁹¹ Memorial de Demanda, ¶ 116.

⁹² *Ibid.*, ¶ 116.

60. El artículo 5 del Decreto 46-2022 dispone:⁹³

Se autoriza a la Empresa Nacional de Energía Eléctrica (ENEE) para que, a través de la Junta Directiva y la Gerencia, con base en la legislación nacional y las cláusulas contractuales, **plantee bajo sus prerrogativas y facultades** y, por razones de interés público, **la renegociación de los contratos** y los precios a los que el Estado a través de la Empresa Nacional de Energía Eléctrica (ENEE), adquiere el servicio de energía hídrica, solar y eólica tomando como referencia los precios de la región Centroamericana, Caribe y América Latina. En caso de no ser posible la renegociación, se **autoriza plantear** la terminación de la relación contractual y la adquisición por parte del Estado, previo el justiprecio.

61. El artículo 5 contiene dos verbos principales, por un lado, el verbo *autorizar* que es un verbo transitivo y significa “[d]ar o reconocer a alguien facultad o derecho para hacer algo.”⁹⁴ Por lo tanto, necesita un complemento directo, que en el caso del artículo 5 es el verbo *plantear*, que significa proponer o sugerir algo.⁹⁵ Por lo tanto, el artículo citado únicamente reconoce una facultad, ya prevista en el Contrato, para proponer la renegociación y en caso de no ser exitoso, proponer la terminación de la relación contractual. Notablemente, estos únicos verbos del artículo 5 no tienen un carácter imperativo que haga siquiera pensar a un lector desprevenido, que la teoría de una amenaza de expropiación que sugieren los Demandantes podría ser cierta.

62. El artículo 5 define tres escenarios: *El primero*, en el que la ENEE plantea, propone o sugiere una renegociación de los contratos relacionados con tres tecnologías renovables: hídrica, solar y eólica, en particular sobre los precios a los que se adquiere la energía, pero no limitado

⁹³ Decreto No. 46-2022 (C-010), Art. 5; Decreto No. 46-2022, Artículo 5 (**Traducción Corregida del Anexo C-10-ENG**) (R-068).

⁹⁴ Real Academia Española, Diccionario de la lengua española, 23.ª edición, definición de “autorizar” (2014) (R-025). Entre sus sinónimos se encuentra “*permitir, consentir, conceder, acceder, asentir, aprobar, tolerar, otorgar, licenciar, apoderar, delegar, facultar, comisionar, capacitar.*”

⁹⁵ Real Academia Española, Diccionario de la lengua española, 23.ª edición, definición de “plantear” (2014) (R-024). RAE plantear Entre sus sinónimos se encuentra proponer, sugerir. Los Demandantes sustentan su interpretación en una incorrecta traducción del término “plantear,” quienes traducen al inglés como “set”: «Set» (en inglés) significa establecer o fijar algo en su lugar, mientras que “plantear” significa sugerir u ofrecer algo para su consideración, lo que a menudo implica un plan o idea que necesita aprobación; esencialmente, “fijar” consiste en establecer algo definitivo, mientras que “proponer” consiste en presentar una idea para una acción potencial. Para conveniencia del Tribunal, la Demandada presenta una traducción corregida el Art. 5 del Decreto 46-2022 y reserva su derecho de presentar correcciones adicionales a las traducciones sometidas por los Demandantes. Véase Decreto No. 46-2022, Artículo 5 (**Traducción Corregida del Anexo C-10-ENG**) (R-068).

únicamente a las tarifas.⁹⁶ En caso de una renegociación exitosa, las partes del Contrato, como ya lo han hecho otros generadores, puede acordar nuevos precios. El artículo establece parámetros claros para la renegociación de precios, indicando que estos deben ser ajustados tomando como referencia los precios aplicados en las regiones de Centroamérica, el Caribe y América Latina. Este enfoque asegura un marco objetivo y transparente para las modificaciones contractuales, reduciendo riesgos de arbitrariedad.

63. El mismo artículo 5 reconoce, cuando se refiere a la propuesta de renegociación, que esta se debe plantear “con base en la legislación nacional y **las cláusulas contractuales.**”⁹⁷ Por lo tanto, el Contrato sólo puede renegociarse de común acuerdo como dispone Cláusula 18.1: “Este Contrato puede ser modificado **solamente por acuerdo escrito entre las Partes**, siempre y cuando se observe el procedimiento establecido en las Leyes Aplicables.”⁹⁸

64. El *segundo escenario*, concurre en caso de no ser posible la renegociación. En ese caso, la ENEE puede plantear —es decir proponer o sugerir— la terminación de la relación contractual y adquirir la planta de generación, previo pago del justiprecio. Notablemente, la exigencia de un *justiprecio* en caso de terminación refuerza la garantía de compensación adecuada para los contratistas. En ningún momento el Decreto 46-2022 manda u obliga a la ENEE a terminar la relación contractual para adquirir la planta de los generadores cuya renegociación no fue exitosa. Por lo tanto, no es cierto que “the State is authorized to unilaterally terminate agreements.”⁹⁹

65. Por último, *el tercer escenario* es aquel en el que no se logra una renegociación por falta de voluntad de las partes, y no se propone la adquisición de la planta. En ese caso, el PPA sigue vigente entre las partes y sus condiciones continúan inalteradas. Como ha ocurrido con Pacific Solar.

66. Por otro lado, los Demandantes aseguran, incorrectamente, que el Decreto 46-2022 tiene la intención de “expropriate the Plant if the PPA’s “renegotiation” was not to the State’s

⁹⁶ Decreto No. 46-2022 (C-010), Art. 5; Decreto No. 46-2022, Artículo 5 (**Traducción Corregida del Anexo C-10-ENG) (R-068)**).

⁹⁷ *Ibid.*

⁹⁸ Contrato No. 002-2014 (C-001), Cláusula 18.1.

⁹⁹ Memorial de Demanda, ¶ 118.

satisfaction.”¹⁰⁰ Según los Demandantes, la inclusión del término “justiprecio” en el Artículo 5 “was in fact a tool to be used by the State to put pressure on the generators to “renegotiate.”¹⁰¹ Esto es nuevamente falso.

67. *Primero*, como se explicó anteriormente, el sentido literal del Artículo 5 no deja lugar a duda que la intención del legislador fue la de autorizar a la ENEE a plantear una renegociación, así como a plantear la terminación de la relación contractual.

68. *Segundo*, en ningún momento, la ENEE ha mostrado interés ni ha planteado la posibilidad de adquirir alguna de estas plantas, salvo por el interés de Pacific Solar de venderle su planta a la ENEE.¹⁰² Después de casi tres años, esta sigue siendo la situación. Ninguna planta se ha adquirido, mucho menos expropiado. Por el contrario, el proceso de renegociación ha tenido como resultado la aprobación de 18 adendas a contratos de energía entre generadores privados y la ENEE con condiciones beneficiosas para las dos partes.¹⁰³

69. En conclusión, carece de sustento la afirmación de los Demandantes y su experto que el Decreto 46-2022 ordena o amenaza con una expropiación de los activos de los generadores.

C. El PPA entre ENEE y Pacific Solar se continúa ejecutando sin modificación alguna después de la entrada en vigor del Decreto 46-2022

70. Los Demandantes no han demostrado, ni podrán demostrar que el PPA entre la ENEE y Pacific Solar se ha visto afectado de manera alguna con ocasión del Decreto 46-2022. Sin embargo, intentan utilizar el Decreto 46-2022 como el punto de origen de varias controversias bajo el PPA, a pesar de que como se explica más adelante, las mismas son enteramente contractuales.

¹⁰⁰ *Ibid.*, ¶ 98.

¹⁰¹ *Ibid.*, ¶ 119.

¹⁰² ENEE, “Gobierno cumple con la tercera ronda de renegociación de contratos de generación de energía” *Facebook* (2 de junio de 2022) (C-213) (“El titular de la ENEE aseguró categóricamente que en ningún momento se plantea la expropiación o nacionalización de empresas, la ley delimita en los artículos 3 y 4 el justiprecio, que es precisamente por lo que se está en las mesas de diálogo planteando acuerdos mutuos que den como resultado un precio justo.”).

¹⁰³ “Aprueban adendas a contratos de energía de la estatal eléctrica,” *Secretaría de Energía* (5 de febrero de 2025) (R-065).

71. A pesar de que los Demandantes aseguran que “[t]he 2022 New Energy Law sent a clear message that the full payment of existing debt would not be honored,”¹⁰⁴ la ENEE ha continuado pagando a todos los generadores, incluyendo Pacific Solar, por la energía y la potencia según los términos del PPA. El comportamiento de la ENEE en los pagos a Pacific Solar deja sin base alguna estas afirmaciones.

72. La ENEE ha continuado realizando pagos parciales a todos los generadores, incluyendo a Pacific Solar a fin de cumplir con sus obligaciones de deuda. Una simple mirada al comportamiento de la ENEE en relación con los montos pagados a Pacific Solar confirma que, tras la dictación del Decreto No. 46-2022, no existe el cambio que alegan los Demandantes.¹⁰⁵

73. La misma evidencia presentada por el experto de los Demandantes, señor Miguel Nakhle, confirma que pagos de la ENEE a Pacific Solar continuaron posterior a la entrada en vigencia del Decreto No. 46-2022.¹⁰⁶

III. EL TRIBUNAL CARECE DE JURISDICCIÓN PARA CONOCER DE LA DISPUTA Y LAS PRETENSIONES DE LOS DEMANDANTES SON EN CUALQUIER CASO INADMISIBLES

A. El Tribunal carece de jurisdicción *ratione voluntatis* porque los Demandantes no ha cumplido con el agotamiento de recursos internos previo a recurrir al arbitraje

74. El Tribunal Arbitral carece de jurisdicción para conocer del presente caso porque la República de Honduras condicionó su consentimiento al arbitraje CIADI al agotamiento previo de los recursos locales y los Demandantes no cumplieron con dicha condición jurisdiccional.

75. A continuación, Honduras demostrará que condicionó su consentimiento al arbitraje CIADI al agotamiento de los recursos locales bajo el artículo 26 del Convenio CIADI

¹⁰⁴ Memorial de Demanda, ¶ 146.

¹⁰⁵ Comprobantes de Pago de ENEE a Pacific Solar Energy (2020) (**R-008**); Comprobantes de Pago de ENEE a Pacific Solar Energy (2021) (**R-009**); Comprobantes de Pago de ENEE a Pacific Solar Energy (2022) (**R-010**); Comprobantes de Pago de ENEE a Pacific Solar Energy (2023) (**R-011**); Comprobantes de Pago de ENEE a Pacific Solar Energy (2024) (**R-012**).

¹⁰⁶ Pacific Solar Energy, Estados Financieros Auditados (2023) (**MN-011**), pág. 8. Los Estados Financieros Auditados de Pacific Solar incluso demuestran que, en el año 2023, la empresa recibió mayores ingresos comparados con el año 2022. Véase también Pacific Solar, “Facturas y pagos ENEE histórico 1607202408.41” (agosto de 2016 a junio de 2024) (**MN-0032**).

(**Subsección 1**); y que los Demandantes no agotaron los recursos domésticos respecto de las supuestas violaciones que reclaman en este arbitraje (**Subsección 2**). Por último, la República demostrará que el Artículo 26 del Convenio CIADI no exige que la condición del agotamiento de los recursos locales conste en un único e indivisible instrumento de consentimiento (**Subsección 3**).

1. Honduras condicionó su consentimiento al arbitraje CIADI al agotamiento de los recursos locales bajo el Artículo 26 del Convenio CIADI

76. De acuerdo con el artículo 26 del Convenio, los Estados Contratantes pueden exigir a los inversionistas agotar los recursos internos como condición previa a iniciar un arbitraje en contra de ellos. Según esta disposición:

A Contracting State may require the exhaustion of local administrative or judicial remedies as a condition of its consent to arbitration under this Convention.¹⁰⁷

77. Esta es una facultad incontrovertida que tiene todo Estado parte del Convenio para preservar la regla tradicional del agotamiento de los recursos del derecho internacional consuetudinario y evitar ser arrastrado ante un tribunal internacional antes de que sus propios tribunales tengan oportunidad de pronunciarse con respecto a los presuntos reclamos.¹⁰⁸

78. En ejercicio de esta prerrogativa, la República de Honduras condicionó su consentimiento al arbitraje CIADI al momento de aprobar y promulgar el Convenio CIADI, a través del Decreto Legislativo No. 41-88 de fecha 4 de agosto de 1988 (el “**Decreto Legislativo 41-88**”). El referido decreto aprobatorio establece con toda claridad, como condición *sine qua non* del consentimiento de la República de Honduras, que:

¹⁰⁷ Centro Internacional de Arreglos de Disputas relativas a Inversiones, *Convenio CIADI, Regulaciones y Reglas*, WBG Doc. ICSID/15/3 (2022) (“**Convenio y Reglas CIADI**”) (**RL-048**), Convenio, pág. 12, Art. 26.

¹⁰⁸ C. F. Amerasinghe, “Basis of the Rule” en *Local Remedies in International Law* (2004) (**RL-006**), pág. 58 (“the rule results mainly from recognition of the respondent state’s sovereignty in what is basically an international dispute.”); I. Shihata, “Towards A Greater Depoliticization of Investment Disputes: The Roles of ICSID and MIGA” (1992) (**RL-057**), págs. 13-14; M.C. Porterfield, “Exhaustion of Local Remedies in Investor-State Dispute Settlement: an idea whose time has come?” 41 *The Yale Journal of International Law Online* (Fall 2015) (**RL-028**), pág. 5 (“The central function of the local remedies rule is to protect the sphere of sovereignty that States are entitled to under international law.”).

DECLARACIÓN DE LA REPÚBLICA DE HONDURAS. El Estado de Honduras se someterá a los procedimientos de arbitraje y conciliación previstos en el Convenio, únicamente cuando haya expresado previamente su consentimiento por escrito. **El inversionista deberá agotar las vías administrativas y judiciales de la República de Honduras, como condición previa a la puesta en marcha de los mecanismos de solución de diferencias previstos en este Convenio.** En cualquier caso sometido al Tribunal en que el Estado de Honduras sea Parte, las leyes aplicables serán las de la República de Honduras y, únicamente podrán hacer uso de los procedimientos previstos en el convenio las partes naturales y jurídicas de los Estados Parte del mismo.¹⁰⁹

79. Mediante este Decreto Legislativo, **que los Demandantes no revelaron a este Tribunal y que omitieron en su Memorial de Demanda,** la República de Honduras optó por preservar expresamente la regla tradicional del derecho internacional consuetudinario y condicionar su consentimiento al arbitraje CIADI al agotamiento previo de los recursos locales.¹¹⁰ Así, excluyó el acceso directo —sin el previo agotamiento de los referidos recursos— a dicho mecanismo de resolución de controversias bajo el TLC. Tal como han hecho otros tribunales concluyendo que:

[...] it is a general principle of international law that international courts and tribunals can exercise jurisdiction over a State only with its consent. [...] A **presumed** consent is not regarded as sufficient, because any restriction upon the independence of a State (not agreed to) cannot be presumed by courts.¹¹¹

¹⁰⁹ República de Honduras, Decreto relativo al Convenio CIADI (Decreto 41-88) (**R-003**), Art. 75 (énfasis añadido).

¹¹⁰ B. Sabahi *et al.* “Exhaustion of Local Remedies,” en *Investor-State Arbitration* (2019) (**RL-040**), ¶ 13.01 (“The requirement of exhaustion of local remedies (or local remedies rule) is a longstanding rule of customary international law that was developed in the context of diplomatic protection. Under this rule, where a state commits an act that injures a foreign person, the victim traditionally must exhaust all the effective domestic legal remedies before its home government can espouse its claim in the exercise of diplomatic protection. Exhaustion of local remedies in this sense is a precondition of the admissibility of international claims. The exhaustion of certain local remedies may also be required as a substantive element of some international wrongs, such as denial of justice.”).

¹¹¹ *Wintershall Aktiengesellschaft c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/04/14, Laudo (8 de diciembre de 2008) (**RL-011**), ¶ 160(3) (énfasis en el original); *Lighthouse Corporation Pty Ltd y Lighthouse Corporation Ltd, IBC c. República Democrática de Timor Oriental*, Caso CIADI No. ARB/15/2, Laudo (22 de diciembre de 2017) (**RL-035**), ¶ 148 (“consent cannot be presumed; it must be established by an express manifestation of intent or implicitly by conduct that demonstrates consent. Further, the burden of proving the existence of consent is on the Claimants, as they are the ones asserting jurisdiction.”).

80. Como es sabido, esta exigencia es un reflejo del respeto a la soberanía de los Estados para permitirles, precisamente, abordar a través de sus propios tribunales cualquier supuesta ilegalidad en el actuar de sus órganos.¹¹² Sería, por lo tanto, del todo inaceptable que la República de Honduras, habiendo limitado y subordinado explícitamente su consentimiento a esta condición jurisdiccional, según lo autoriza el artículo 26 del Convenio CIADI, sea arrastrada a este arbitraje sin que esa condición se haya cumplido. En ese sentido, el Tribunal no puede ampararse en el Convenio CIADI para asumir jurisdicción e ignorar al mismo tiempo la condición que — bajo el mismo instrumento— estableció la República de Honduras para acceder a dicho mecanismo de resolución de controversias.

81. Los *trabajos preparatorios* del Convenio CIADI confirman, asimismo, que la intención de los redactores nunca fue impedir a los Estados hacer valer la regla del agotamiento de los recursos internos dentro del sistema CIADI. Por el contrario, deja claro que los Estados mantendrían el poder soberano de exigir el agotamiento de los recursos internos.¹¹³ La segunda parte del artículo 26, no deja duda alguna al respecto. Tal como quedó constancia durante las discusiones que precedieron a la adopción del Convenio:

In order to make clear that it was not intended thereby to modify the rules of international law regarding the exhaustion of local remedies, the second sentence [of Article 26] explicitly recognizes the right of a State to require the prior exhaustion of local remedies.¹¹⁴

82. Los *trabajos preparatorios* también dan cuenta de que los redactores dieron por hecho que los Estados contratantes podrían manifestar su voluntad en orden a dar primacía al

¹¹² C. F. Amerasinghe, “Basis of the Rule” en *Local Remedies in International Law* (2004) (RL-006), pág. 58 (“the rule results mainly from recognition of the respondent state’s sovereignty in what is basically an international dispute.”); I. Shihata, “Towards A Greater Depoliticization of Investment Disputes: The Roles of ICSID and MIGA” (1992) (RL-057), págs. 13-14; M.C. Porterfield, “Exhaustion of Local Remedies in Investor-State Dispute Settlement: an idea whose time has come?” 41 *The Yale Journal of International Law Online* (Fall 2015) (RL-028), pág. 5 (“The central function of the local remedies rule is to protect the sphere of sovereignty that States are entitled to under international law.”).

¹¹³ Convenio y Reglas CIADI (RL-048), Informe de los Directores Ejecutivos, pág. 38, ¶¶ 32, 33; History of the ICSID Convention, Vol. II-1 (1968) (RL-055), pág. 162: (“Similarly, Section 16 leaves it open to a State to stipulate that its undertaking to have recourse to arbitration is subject to the condition that the foreign investor first exhaust his remedies in the State’s national courts or administrative agencies.”).

¹¹⁴ History of the ICSID Convention, Vol. II-2 (1968) (RL-056), pág. 973 (Asimismo, los redactores dejaron constancia de que “The second sentence of Article 26(1) has been added by the Legal Committee merely to make clear that the first sentence was not intended to cast any doubt on the right of States to require exhaustion of local remedies.”) (énfasis en el original).

agotamiento de los recursos locales de diversas formas.¹¹⁵ En virtud del artículo 26, y tal como sostuvo el tribunal de *Lanco c. Argentina*, “[a] State may require the exhaustion of domestic remedies as a prior condition for its consent to ICSID arbitration. This demand may be made (i) in a bilateral investment treaty that offers submission to ICSID arbitration, (ii) in domestic legislation, or (iii) in a direct investment agreement that contains an ICSID clause.”¹¹⁶

83. Es crucial entender el contexto histórico que llevó a Honduras a la inclusión del requisito de agotamiento de recursos internos al momento de ratificar el Convenio CIADI. En 1964, todos los países latinoamericanos votaron en contra de la creación del CIADI, debido a la fuerte influencia de la Doctrina Calvo, que promovía la resolución de disputas con inversionistas extranjeros bajo la ley del Estado anfitrión y a través de recursos internos, rechazando la intervención diplomática extranjera en estos conflictos.¹¹⁷ Esta postura, profundamente arraigada en la soberanía y el derecho interno, hizo que la región inicialmente rechazara la idea de arbitrajes internacionales administrados por una entidad como el CIADI.¹¹⁸

84. No obstante, en 1984, el entonces Secretario General del CIADI, señor Ibrahim F. I. Shihata, escribió un editorial donde planteaba que el mecanismo de resolución de controversias dispuesto en el Convenio CIADI era compatible con la doctrina Calvo.¹¹⁹ Hizo mención al artículo 26 del Convenio CIADI¹²⁰ y a que la Secretaría General del CIADI había preparado cláusulas modelo que contemplaban el agotamiento de recursos domésticos antes de proceder al arbitraje internacional.¹²¹ El Secretario General hizo referencia específica a que una de las maneras para establecer el requisito de agotar mecanismos locales es a través de una declaración hecha por el

¹¹⁵ History of the ICSID Convention, Vol. II-1 (1968) (RL-055), pág. 241: (“When parties consented to arbitration, they would be free to stipulate either that local remedies might be pursued in lieu of arbitration, or that local remedies must first be exhausted before the dispute could be submitted for arbitration under the Convention.”).

¹¹⁶ *Lanco International Inc. c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/97/6, Decisión Preliminar: Jurisdicción del Tribunal Arbitral (8 de diciembre de 1998) (RL-058), ¶ 39.

¹¹⁷ I. Shihata, “Towards A Greater Depoliticization of Investment Disputes: The Roles of ICSID and MIGA” (1992) (RL-057), pág. 13-14.

¹¹⁸ *Ibid.*, pág. 13-14.

¹¹⁹ I. Shihata, “ICSID and Latin America,” 1 News from ICSID 2 (Summer 1994) (RL-062), pág. 2.

¹²⁰ Convenio y Reglas CIADI (RL-048), Convenio, pág. 12, Art. 26. (“A Contracting State may require the exhaustion of local administrative or judicial remedies as a condition of its consent to arbitration under this Convention.”).

¹²¹ I. Shihata, “ICSID and Latin America,” 1 News from ICSID 2 (Summer 1994) (RL-062), pág. 2.

Estado al momento de la firma o ratificación del Convenio CIADI.¹²² Exactamente lo hecho por Honduras.

85. La República de Honduras incluyó esta condición jurisdiccional —como adelantábamos— en su legislación aprobatoria del Convenio CIADI, y la ha defendido en distintos casos a los cuales ha sido sometida.¹²³ El agotamiento de los recursos locales es —por lo tanto— aplicable a todos los acuerdos de arbitraje que refieran al CIADI y que involucren a la República de Honduras, sea cual sea el instrumento de consentimiento, incluyendo —desde luego— el TLC entre la República Dominicana, Centroamérica y los Estados Unidos.

86. Numerosos tribunales han destacado que el incumplimiento de esta clase de condiciones previas afecta el consentimiento del Estado receptor y, por lo tanto, a la jurisdicción del Tribunal Arbitral.¹²⁴ Así, a modo ejemplar, el Tribunal en *ICS c. Argentina*, en el contexto de un caso bajo un tratado de protección de inversiones, expresó que:

¹²² *Ibid.*, pág. 2. (“Another way to accomplish the same objective might result from a declaration made by a Contracting State at the time of signature or ratification of the Convention that it intends to avail itself of the provision of Article 26 and will require, as a condition of its consent to ICSID arbitration, the exhaustion of local remedies.”).

¹²³ Los Demandantes intenta restar preponderancia al argumento de Honduras por haber invocado esta objeción en algunos de los arbitrajes en su contra ante el CIADI. Honduras ha reclamado la necesidad de agotar los remedios locales bajo el Artículo 26 del Convenio CIADI en todos aquellos casos en que, bajo su concepto, resultaba procedente. Incluyendo los casos promovidos por JLL Capital, Autopistas del Atlántico, Palmerola International, Inversiones y Desarrollos Energéticos, y Fernando Paiz de Andrade. Véase Observaciones sobre la Solicitud de Bifurcación (18 de octubre de 2024), ¶¶ 24-26. *Inversiones y Desarrollos Energéticos, S.A. c. República de Honduras*, Caso CIADI No. ARB/23/40, La Demandante registra una observación sobre la solicitud de discutir las objeciones jurisdiccionales como una cuestión preliminar (18 de octubre de 2024) (**R-064**); *Palmerola International Airport, S.A. de C.V. c. República de Honduras*, Caso CIADI No. ARB/23/42, La Demandada solicita discutir las objeciones jurisdiccionales como una cuestión preliminar (16 de octubre de 2024) (**R-063**).

¹²⁴ *Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. y Abal Hermanos S.A. c. República Oriental del Uruguay*, Caso CIADI No. ARB/10/7, Decisión sobre Jurisdicción (2 de julio de 2013) (**RL-022**), ¶¶ 34-35 (“The history of the BIT’s negotiation and ratification shows that Uruguay deemed domestic litigation requirement to be a critical element of the BIT and an important limitation on the consent to international arbitration. [...] Consent being the cornerstone of ICSID jurisdiction, any limitations on consent contained in a BIT constitute limitations on the scope of the tribunal’s jurisdiction. International jurisprudence, both from the ICJ and other ICSID tribunals, confirms that procedural preconditions like those [...] limit States’ consent to jurisdiction.”); *Wintershall Aktiengesellschaft c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/04/14, Laudo (8 de diciembre de 2008) (**RL-011**), ¶ 145: (“The circumstance that ‘waiting periods’ are held in some decisions to be ‘procedural’ rather than imposing a jurisdictional requirement has no bearing in the present case on the characterization of the eighteen-month requirement before the local Courts as a jurisdictional requirement.”); P.M. Dupuy, “Preconditions to Arbitration and Consent of States to ICSID Jurisdiction,” en *Building International Investment Law: The 50 years of ICSID* (2016) (**RL-030**), pág. 227 (“The *Wintershall v. Argentina* Award appears as a warning addressed to the community of investor-State arbitrators to remind them of the limits of their powers in the face of consent to arbitration by sovereign States.”); *Murphy Exploration and Production Company International c. República del Ecuador*, Caso CIADI No. ARB/08/4, Laudo sobre Jurisdicción (15 de diciembre de 2010) (**RL-015**), ¶ 149 (“This Tribunal finds the requirement that the parties should seek to resolve their

[...] the failure to respect the precondition to the Respondent’s consent to arbitrate cannot but lead to the conclusion that the Tribunal lacks jurisdiction over the present dispute. Not only has the Respondent specifically conditioned its consent to arbitration on a requirement not yet fulfilled, but the Contracting Parties to the Treaty have expressly required the prior submission of a dispute to the Argentine courts for at least 18 months, before a recourse to international arbitration is initiated. The Tribunal is simply not empowered to disregard these limits on its jurisdiction.¹²⁵

87. Por otro lado, la idea de que la República de Honduras estaría impedida de exigir el agotamiento de recursos locales como condición al consentimiento CIADI bajo la doctrina de *estoppel* —en tanto habría actuado en supuesta contradicción con su conducta en otros arbitrajes, es tan incorrecta como irrelevante. Como los mismos Demandantes reconocen,¹²⁶ Honduras ha reclamado la necesidad de agotar los remedios locales como objeción preliminar en todos aquellos casos en que, bajo su concepto, resultaba procedente. La postura de los Demandantes es irrelevante pues la presentación de excepciones jurisdiccionales no es un imperativo ni representa una obligación, sino que constituye una facultad procesal cuyo ejercicio queda a plena disposición del Estado. El hecho de que Honduras no haya ejercido esta facultad en otros casos en modo alguno le impide ejercer su derecho en la presente disputa. En cualquier caso, y como es sabido, el estándar para acoger una alegación de *estoppel* es alto,¹²⁷ lo cual se refleja en su baja tasa de éxito.¹²⁸

dispute through consultation and negotiation for a six-month period does not constitute, as Claimant and some arbitral tribunals have stated, ‘a procedural rule’ or a ‘directory and procedural’ rule which can or cannot be satisfied by the concerned party. To the contrary, it constitutes a fundamental requirement that Claimant must comply with, compulsorily, before submitting a request for arbitration under the ICSID rules.”); *Burlington Resources Inc. c. República del Ecuador*, Caso CIADI No. ARB/08/5, Decisión sobre Jurisdicción (2 de junio de 2010) (RL-014), ¶ 315: (“[...] by imposing upon investors an obligation to voice their disagreement at least six months prior to the submission of an investment dispute to arbitration, the Treaty effectively accords host States the right to be informed about the dispute at least six months before it is submitted to arbitration. The purpose of this right is to grant the host State an *opportunity* to redress the problem before the investor submits the dispute to arbitration. In this case, Claimant has deprived the host State of that opportunity. That suffices to defeat jurisdiction.”) (énfasis en el original).

¹²⁵ *ICS Inspection and Control Services Limites c. República Argentina*, Caso CPA No. 2010-9, Laudo sobre Jurisdicción (10 de febrero de 2012) (RL-083), ¶ 262.

¹²⁶ Observaciones sobre la Solicitud de Bifurcación, ¶ 25.

¹²⁷ *Chevron Corporation & Texaco Petroleum Corporation c. República del Ecuador*, Caso CPA No. 2007-02/AA277, Laudo Interino (1 de diciembre de 2008) (RL-075), ¶ 143, (“[...] it has further to be noted that in all legal systems, the doctrines of abuse of rights, estoppel and waiver are subject to a high threshold.”).

¹²⁸ A. Kulick, “About the Order of Cart and Horse, Among Other Things: Estoppel in the Jurisprudence of International Investment Arbitration Tribunals,” en 27 *The European Journal of International Law* 1 (2016) (RL-092), pág. 113 (“With respect to the outcome of the decisions, the tribunal/dissenting arbitrator rejected the estoppel argument in 33

88. En virtud de lo anterior, el reclamo de los Demandantes debe ser rechazado *in limine* en tanto es evidente la falta de cumplimiento del requisito de agotamiento de los recursos internos como condición para habilitar la jurisdicción del CIADI, como se explica a continuación.

2. Los Demandantes no agotaron los recursos domésticos por las supuestas violaciones

89. Los Demandantes decidieron no agotar los recursos a su disposición.¹²⁹

90. En este caso, la falta de agotamiento de los recursos locales es evidente e innegable. Los Demandantes no han agotado ninguna vía administrativa y judicial local antes de someter su controversia a arbitraje internacional. No es que hayan probado sin éxito, sino que ni siquiera lo han intentado.

91. Por lo tanto, si los Demandantes creyeran que la República de Honduras violó sus derechos por la simple promulgación del Decreto 46-2022 o porque la ENEE está buscando una renegociación, deberían haber recurrido —y aún pueden recurrir— a los tribunales judiciales de Honduras¹³⁰ o ante los Tribunales Arbitrales designados específicamente como competentes para conocer las diferencias derivadas del marco regulatorio del sector energético.¹³¹ Igualmente, frente a las facturas adeudadas o demás reclamos podrían —y deberían— haber recurrido o presentado una reclamación administrativa ante las instituciones públicas respectivas, siguiendo los procedimientos establecidos en la Ley de Procedimiento Administrativo.¹³²

92. Sólo después de agotar los procedimientos locales, y en caso de que los Demandantes no hubieran obtenido la protección que esperaban de sus supuestos derechos, podrían haber acudido al CIADI para iniciar el presente arbitraje internacional. Sin embargo, los Demandantes no hicieron nada de eso.

instances, while only nine decisions came out in favour. In the remaining 11 decisions, the matter remained undecided. It is thus fair to say that arbitrators are rather hesitant to endorse an estoppel claim or argument.”).

¹²⁹ Solicitud de Bifurcación, § II.A.

¹³⁰ Constitución Política de la República de Honduras (20 de enero de 1982) (**R-015**), Art. 185.

¹³¹ Decreto No. 46-2022 (**C-010**), Art. 27 (“Las partes podrán poner fin a sus disputas o controversias en cualquiera de sus etapas mediante la Conciliación y El Arbitraje.”).

¹³² Ley de Procedimiento Administrativo, 1987 (Decreto No. 152-87) (**R-002**), Arts. 129-145.

93. En virtud de lo anterior, la pretensión de los Demandantes debe ser rechazada *in limine* pues es evidente que no han cumplido con el requisito de agotamiento de los recursos internos como condición para habilitar la jurisdicción del CIADI.

3. El Artículo 26 del Convenio CIADI no exige que la condición del agotamiento de los recursos locales conste en un único e indivisible instrumento de consentimiento

94. Los Demandantes aseguran que el único instrumento por el que la República de Honduras consintió al presente arbitraje es el Tratado.¹³³ Esta postura omite la clara obligación del Tribunal Arbitral de analizar si se han cumplido las condiciones jurisdiccionales del Convenio y del tratado aplicable en el cual las partes consintieron al arbitraje internacional.¹³⁴ En el presente caso, el consentimiento a la jurisdicción del CIADI no se ha perfeccionado.

95. Los Demandantes buscan controvertir este hecho, argumentando que Honduras debió haber ejercido la prerrogativa del Artículo 26, incorporando la exigencia del agotamiento de los recursos locales en el instrumento de consentimiento.¹³⁵

96. Sin embargo, y como se verá, ni el tenor literal del Artículo 26, interpretado de conformidad con las reglas establecidas en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (“**CVDT**”),¹³⁶ ni la doctrina o la jurisprudencia apoyan su posición.

97. *En primer lugar*, una lectura de los términos del Artículo 26, interpretados de buena fe y en su contexto, y teniendo en cuenta su objeto y fin, permite constatar que el Convenio no prevé ninguna formalidad para que los Estados puedan ejercer la prerrogativa reconocida en dicho

¹³³ Observaciones sobre la Solicitud de Bifurcación, ¶ 31.

¹³⁴ A. Reinisch, “Jurisdiction and Admissibility in International Investment Law,” 16 *The Law and Practice of International Courts and Tribunals* 1 (2017) (**RL-094**), pág. 30 (“The above-discussed elements are those under Article 25 of the ICSID Convention which in cases brought under the ICSID Rules have to be fulfilled in addition to the jurisdictional requirements stemming from the applicable BIT or international investment agreements (IIA) in which the consent of the parties to the jurisdiction is expressed.”). Véase también *Phoenix Action Ltd c. República Checa*, Caso CIADI No. ARB/06/5, Laudo (15 de abril de 2009) (**RL-076**), ¶ 74 (“It is common ground between the parties that the jurisdiction of the Tribunal is contingent upon the fulfillment of the jurisdictional requirements of both the ICSID Convention and the relevant BIT.”); Convenio y Reglas CIADI (**RL-048**), Convenio, págs. 11, 16-27, Arts. 25(1), 41.

¹³⁵ Observaciones sobre la Solicitud de Bifurcación, ¶ 32.

¹³⁶ Asamblea General de las Naciones Unidas, Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, U.N. Doc. A/CONF.39/27, 1155 U.N.T.S. 331 (“**CVDT**”) (23 de mayo de 1969) (**CL-133**), Art. 31.

precepto.¹³⁷ En el mejor de los casos, lo único requerido es que el Estado receptor manifieste su voluntad de exigir el agotamiento de los recursos locales por escrito, según pudiera concluirse a partir de lo dispuesto en el artículo 25(1) del Convenio.¹³⁸ Pues bien, está claro que dicha exigencia se cumple a cabalidad en este caso.

98. En segundo lugar, los Demandantes citan el caso *Generation Ukraine* para argumentar que el artículo 26 del Convenio no permitiría a los Estados requerir unilateralmente el agotamiento de los recursos internos independientemente de su consentimiento al arbitraje contenido en el acuerdo de arbitraje celebrado con el inversor.¹³⁹ Pero la discusión en dicho caso era completamente distinta, de modo que las conclusiones del tribunal no resultan aplicables aquí en modo alguno.

99. En el caso *Generation Ukraine*, Ucrania no limitó su consentimiento al CIADI mediante su legislación doméstica ni nada parecido, sino que pretendía imponer el requisito de agotamiento de recursos locales únicamente en base a lo dispuesto en el Artículo 26.¹⁴⁰ Es decir, como si el mismo artículo estableciera dicha exigencia de agotamiento sin que los Estados necesitaran expresar previamente su voluntad a tal fin. Dicha posición, evidentemente, no resiste análisis. En este caso, por el contrario, Honduras condicionó expresamente su consentimiento al

¹³⁷ Por el contrario, el Artículo 26 del Convenio CIADI es claro en señalar que “[c]onsent of the parties to arbitration under this Convention shall, unless otherwise stated, be deemed consent to such arbitration to the exclusion of any other remedy. A Contracting State may require the exhaustion of local administrative or judicial remedies as a condition of its consent to arbitration under this Convention.” Véase Convenio y Reglas CIADI (RL-048), Convenio, pág. 12, Art. 26.

¹³⁸ Es generalmente aceptado que las partes puedan prestar su consentimiento al arbitraje CIADI mediante instrumentos distintos e incluso unilaterales, en la medida en que dicho consentimiento conste por escrito. Véase S. Schill *et al.*, “Article 25” en *Schreuer’s Commentary on the ICSID Convention* (2022) (RL-107), ¶¶ 764, 780 (“The Convention’s only formal requirement for consent is that it must be in writing. [...] The possibility that a host State might express its consent to the Centre’s jurisdiction through a provision in its national legislation, or through some other form of unilateral declaration, was discussed repeatedly during the Convention’s preparation. In response to several questions, Mr. Broches pointed out that unilateral acceptance of the Centre’s jurisdiction constituted an offer that could be accepted by a foreign investor and so become binding on both parties (History, Vol. II, pp. 274–275).”). Convenio y Reglas CIADI (RL-048), Informe de los Directores Ejecutivos, pág. 36, ¶¶ 23-24 (“Consent to jurisdiction must be in writing and once given cannot be withdrawn unilaterally. [...] Nor does the Convention require that the consent of both parties be expressed in a single instrument. Thus, a host State might in its investment promotion legislation offer to submit disputes arising out of certain classes of investments to the jurisdiction of the Centre, and the investor might give his consent by accepting the offer in writing.”).

¹³⁹ Observaciones sobre la Solicitud de Bifurcación, ¶ 33, nota 111.

¹⁴⁰ *Generation Ukraine, Inc. c. Ucrania*, Caso CIADI No. ARB/00/9, Laudo (16 de septiembre de 2003) (CL-179), ¶ 13.

arbitraje CIADI mediante el Decreto Legislativo 41-88, en uso de la prerrogativa provista por el Artículo 26 del Convenio —y no pretende limitar su consentimiento sólo fundándose en las disposiciones del Convenio. Además, el tribunal en *Generation Ukraine* también refirió —citando el caso *Lanco c. Argentina*— a la posibilidad de que la condición de previo agotamiento de recursos locales se incluya en la legislación doméstica.¹⁴¹

100. *En tercer lugar*, el artículo 26 del Convenio del CIADI, al igual que el artículo 25, establece límites jurisdiccionales que prevalecen sobre las disposiciones de los tratados subyacentes, tal como lo reconocen los Demandantes.¹⁴² Es un principio bien establecido que los tribunales del CIADI evalúen si una controversia cumple tanto con los requisitos del tratado como con los criterios del Convenio, incluyendo el test *Salini* para determinar la existencia de una “inversión”¹⁴³ y la estricta prohibición de doble nacionalidad establecida en el artículo 25(2)(a) del Convenio.¹⁴⁴ Aun cuando un tratado permita reclamaciones de nacionales con doble nacionalidad, el Convenio del CIADI las excluye, lo que a menudo obliga a los inversionistas a buscar foros alternativos como la CNUDMI. De igual forma, cuando un Estado invoca el requisito de agotamiento de los recursos internos conforme al artículo 26, como lo ha hecho Honduras en este caso, dicho requisito se convierte en una condición vinculante para el consentimiento de cualquier arbitraje bajo el Convenio CIADI, aunque no lo sea para los otros foros disponibles bajo el artículo 10.16.3 del Tratado. Por lo tanto, el Tribunal debe analizar separadamente el cumplimiento de las condiciones impuestas por el Artículo 26 del Convenio CIADI y las condiciones impuestas por el Tratado; por ejemplo, con relación al requisito de renuncia de procedimientos internos.

101. Los Demandantes hacen referencia a la cláusula de renuncia o “no vuelta atrás” (cláusula *no-u-turn*) establecida en el Artículo 10.18.2 y 10.18.4 del CAFTA-DR. Según sostienen, dicha cláusula —que exige a los inversionistas renunciar a iniciar o continuar cualquier actuación

¹⁴¹ *Ibid.*, ¶ 13.5.

¹⁴² Observaciones sobre la Solicitud de Bifurcación, ¶ 31.

¹⁴³ *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. c. Reino de Marruecos*, Caso CIADI No. ARB/00/4, Decisión sobre Jurisdicción (16 de julio de 2001) (RL-059), ¶ 52.

¹⁴⁴ Convenio y Reglas CIADI (RL-048), Convenio, pág. 11, Art. 25(2)(a).

respecto de medidas que aleguen como violatorias del Tratado— sería inconsistente con el requisito de agotamiento de los recursos locales.¹⁴⁵

102. La referida renuncia, sin embargo, ha sido deliberadamente establecida en beneficio de los Estados Contratantes para protegerlos frente a potenciales procedimientos paralelos¹⁴⁶ y en ningún caso exime a los inversionistas de agotar los recursos internos cuando así lo exija el consentimiento reflejado en la legislación del Estado respectivo, como es el caso de Honduras. Interpretar de otro modo dicha disposición iría en contra de su sentido y finalidad, contrariando cánones de interpretación básicos de la CVDT.¹⁴⁷

103. En este punto la decisión sobre jurisdicción en *Nova Scotia c. Venezuela (I)* es ilustrativa frente a la potestad del Tribunal de declararse sin competencia para conocer una reclamación cuando la demandante no ha cumplido con los requisitos necesarios para acceder al consentimiento ofrecido por la demandada, existiendo la posibilidad del demandante de acudir a un foro diferente.¹⁴⁸

104. Al igual que en *Nova Scotia (I)*, Honduras no está negando al supuesto inversionista un foro para resolver las controversias bajo el TLC. Simplemente, el inversionista debe cumplir con las condiciones impuestas por el Estado para presentar un reclamo bajo el Tratado y el Convenio CIADI. El mismo Tratado brinda opciones diferentes al CIADI, en caso de que el

¹⁴⁵ Observaciones sobre la Solicitud de Bifurcación, ¶ 32.

¹⁴⁶ M. Kinnear & C. Mavromati, “Consolidation of Cases at ICSID,” en *Jurisdiction, Admissibility and Choice of Law in International Arbitration* (2018) (RL-100), pág. 244 (“numerous treaties have adopted provisions that reduce the potential for cases arising out of the same measure to proceed in multiple fora. For example [...], to waive their right to pursue a single claim in parallel fora simultaneously, or to elect one dispute resolution forum to the exclusion of others (e.g.: fork in the road or no U-turn clauses.)”); G. Kaufmann-Kohler & M. Potestà, Investor-State Dispute Settlement and National Courts en *European Yearbook of International Economic Law* (2020) (RL-103), ¶ 81 (“In broad terms, fork-in-the-road and waiver clauses pursue the same objectives: avoiding parallel proceedings, which entail duplication of costs, risks of double recovery and of inconsistent outcomes”).

¹⁴⁷ CVDT (CL-133), Art. 31 (“A treaty shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose.”).

¹⁴⁸ *Nova Scotia Power Incorporated c. República Bolivariana de Venezuela (I)*, CNUDMI, Laudo sobre Jurisdicción (22 de abril de 2010) (RL-077), ¶ 88 (“A protected investor under the Treaty enjoys a right to file international arbitration proceedings. The question is—which procedure?”).

inversionista no cumpla con los requisitos previstos en el Convenio y decida someter su reclamación a arbitraje, por ejemplo, bajo las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI.¹⁴⁹

105. En conclusión, el reclamo de los Demandantes debe ser rechazado *in limine* en tanto es evidente la falta de cumplimiento del requisito de agotamiento de los recursos internos como condición para habilitar la jurisdicción del CIADI.

B. El Tribunal carece de jurisdicción *ratione temporis* porque los reclamos de los Demandantes fueron presentados fuera del plazo establecido en el Tratado

106. Los reclamos de los Demandantes se encuentran fuera de la jurisdicción del Tribunal pues fueron presentados de manera extemporánea, vencido el plazo máximo establecido en el Tratado para este tipo de reclamaciones.

107. En este sentido, el artículo 10.18(1) del Tratado establece que:

No claim may be submitted to arbitration under this Section if more than three years have elapsed from the date on which the claimant first acquired, or should have first acquired, knowledge of the breach alleged under Article 10.16.1 and knowledge that the claimant (for claims brought under Article 10.16.1(a)) or the enterprise (for claims brought under Article 10.16.1(b)) has incurred loss or damage.¹⁵⁰

108. En su Memorial de Demanda, los Demandantes le dedican tan solo unas líneas a este tema, limitándose a afirmar que “[t]he events giving rise to the Paizes’s claims arose within three years prior to the submission of the Notice for Arbitration. The breach of the Treaty by Honduras crystallized in May 2022 [con el Decreto 46-2022], and the Notice for Arbitration was filed in August 2023, just a year and three months after Honduras’s breach occurred.”¹⁵¹

109. Sin embargo, como se ha señalado a través de este escrito,¹⁵² los Paiz intentan darle una apariencia internacional a una disputa que tiene un carácter eminentemente doméstico respecto al alcance y cumplimiento de las obligaciones de pago de la ENEE bajo el PPA. Pues bien, la

¹⁴⁹ CAFTA-DR (CL-001), Art. 10.16.3.

¹⁵⁰ *Ibid.*, Art. 10.18(1).

¹⁵¹ Memorial de Demanda, ¶ 182.

¹⁵² Véase *supra* § II.A.2.c.

verdadera disputa que enfrenta a las partes nació con anterioridad a la promulgación del Decreto 46-2022, por lo que se encuentra fuera del plazo de tres años establecido en el Tratado y por tanto fuera de la jurisdicción del Tribunal.

110. En la presente sección se detalla por qué el Tribunal carece de jurisdicción *ratione temporis*. En particular, se explica brevemente el sentido y aplicación de la limitación temporal contenida en el Tratado (**Subsección 1**); luego se explica cómo las reclamaciones de los Demandantes se basan en supuestos incumplimientos ocurridos con anterioridad a la fecha límite de la jurisdicción del Tribunal (**Subsección 2**); y, cómo en cualquier caso, incluso si el Tribunal considera que tiene jurisdicción para conocer de los reclamos de los Demandantes sobre el estándar mínimo de trato y expropiación, es indudable que los reclamos bajo la cláusula paraguas se encuentran fuera de la jurisdicción del Tribunal (**Subsección 3**).

1. El Tribunal no puede conocer de ningún supuesto incumplimiento ocurrido con anterioridad al 24 de agosto de 2020

111. Los Demandantes presentaron su notificación de arbitraje el 24 de agosto de 2023. Conforme lo dispuesto por los artículos 10.18(1) del Tratado, el Tribunal es incompetente para conocer de cualquier eventual incumplimiento del Tratado que haya ocurrido con más de tres años de anterioridad a esa fecha. Es decir, cualquier eventual incumplimiento de Honduras que sea previo al 24 de agosto de 2020, se encuentra fuera de la jurisdicción del Tribunal.

112. Esta limitación temporal no es una cuestión procesal menor, sino una de las condiciones fundamentales del consentimiento otorgado por Honduras y las otras partes del Tratado. Como señaló el tribunal del caso *Mobil c. Canadá* este tipo de limitaciones temporales garantizan un grado de certidumbre y finalidad a las partes del Tratado.¹⁵³

113. En el mismo sentido, y considerando la importancia de esta regla, diversos tribunales que han debido interpretar tratados con lenguajes casi idénticos al TLC han señalado que la limitación temporal es “clear and rigid.”¹⁵⁴

¹⁵³ *Mobil Investments Canada Inc. c. Canadá*, Caso CIADI No. ARB/15/6, Decisión sobre Jurisdicción y Responsabilidad (13 de julio de 2018) (**RL-101**), ¶ 146.

¹⁵⁴ *Marvin Feldman c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/99/1, Laudo (16 de diciembre de 2002) (**RL-061**), ¶ 63; *Grand River Enterprises Six Nations, Ltd. et al. c. Estados Unidos de América*, CNUDMI, Decisión

114. Como señaló el tribunal en el caso *Infinito Gold c. Costa Rica*, para efectos de decidir una objeción de jurisdicción *ratione temporis* como esta, “the Tribunal must answer three questions: (i) first, it must identify the cut-off date for the three-year limitation period; (ii) second, it must determine whether the Claimant knew or should have known of the alleged breach or breaches before that cut-off date; and (iii) third, it must determine whether the Claimant knew or should have known that it had incurred loss or damage before that date.”¹⁵⁵

115. El primer elemento no debiese ser controversial. La fecha límite para efectos de la jurisdicción del Tribunal es el 24 de agosto de 2020, es decir tres años antes de la Notificación de Arbitraje de los Demandantes. Respecto, de los siguientes dos, la siguiente sección demuestra que los Demandantes no solo debían saber, sino que efectivamente sabían de los supuestos incumplimientos que ahora reclaman, así como de los alegados daños sufridos.

116. Finalmente, es necesario tener presente que, para estos efectos, según lo dispuesto expresamente por el Tratado, lo relevante es el *primer* momento en que el inversionista tuvo conocimiento de los supuestos incumplimientos, aun si éstos se mantienen en el tiempo. Así, diversos tribunales enfrentados a tratados con redacción análoga al de este caso, han rechazado los intentos de los inversionistas por alegar incumplimientos continuos o nuevos hechos para evitar las limitaciones temporales de la jurisdicción. En este contexto destaca lo señalado por el tribunal del caso *Spence International c. Costa Rica* que sostuvo que:

While it may be that a continuing course of conduct constitutes a continuing breach, the Tribunal considers that such conduct cannot without more renew the limitation period as this would effectively denude the limitation clause of its essential purpose, namely, to draw a line under the prosecution of historic claims. Such an approach would also encourage attempts at the endless parsing up of a claim into ever finer sub-components of breach over time in an attempt to come within the limitation period. This does not comport with the policy choice of the parties to the treaty. While, from a given claimant's perspective, a limitation clause may be perceived as an arbitrary cut off point for the prosecution of a claim, such clauses are a legitimate legal mechanism to limit the proliferation of historic

sobre las Objeciones a la Jurisdicción (20 de julio de 2006) (RL-071), ¶ 29; *Mobil Investments Canada Inc. c. Canadá*, Caso CIADI No. ARB/15/6, Decisión sobre Jurisdicción y Responsabilidad (13 de julio de 2018) (RL-101), ¶ 146.

¹⁵⁵ *Infinito Gold Ltd. c. República de Costa Rica*, Caso CIADI No. ARB/14/5, Decisión sobre Jurisdicción (4 de diciembre de 2017) (RL-098), ¶ 330.

claims, with all the attendant legal and policy challenges and uncertainties that they bring.¹⁵⁶

117. En este sentido, Honduras considera que el énfasis de los Demandantes en el Decreto 46-2022 debe ser entendido como un intento de escapar de las limitaciones temporales a la jurisdicción, dado que las controversias presentadas la anteceden.

2. Los Demandantes sabían o debían saber de los supuestos incumplimientos y daños alegados con anterioridad a la fecha de corte de 24 de agosto de 2020

118. Como cuestión preliminar, es necesario tener presente que, para efectos de la jurisdicción *ratione temporis*, el Tribunal no debe contentarse con la forma como los Demandantes han presentado su reclamo, sino que el Tribunal debe determinar de manera independiente su verdadera naturaleza. En este sentido, el tribunal del caso *Spence International c. Costa Rica*, al decidir precisamente sobre una objeción de esta misma naturaleza, declaró que:

The relevance of this appreciation for present purposes is that, **in determining jurisdiction, a tribunal cannot rest simply on how a claimant has formulated its case** and the respondent formulated its reply. In an adversarial system, such as operates in investor-State arbitration proceedings, it is the litigation imperative of counsel for each side to formulate their case in the strongest, most uncompromising terms. Their task is not to shine a light on truth. It is to shine a light on the issues, **leaving the tribunal to discern the reality of the case**.¹⁵⁷

119. A continuación, se analiza cada uno de los supuestos hechos alegados por los Paiz que constituirían un incumplimiento del Tratado por parte de Honduras y se demuestra que los

¹⁵⁶ *Spence International Investments, LLC et al. c. República de Costa Rica*, Caso CIADI No. UNCT/13/2, Laudo Provisional (Corregido) (30 de mayo de 2017) (RL-097), ¶ 208. En el mismo sentido, véase, *Mobil Investments Canada Inc. c. Canadá*, Caso CIADI No. ARB/15/6, Decisión sobre Jurisdicción y Responsabilidad (13 de julio de 2018) (RL-101), ¶ 157 (“The Tribunal nevertheless sees certain difficulties with this argument. It would render Articles 1116(2) and 1117(2) largely ineffective in cases of a change in regulatory framework, since it could always be argued that each day’s instance of application or enforcement of a measure was a separate act.”).

¹⁵⁷ *Spence International Investments, LLC et al. c. República de Costa Rica*, Caso CIADI No. UNCT/13/2, Laudo Provisional (Corregido) (30 de mayo de 2017) (RL-097), ¶ 226 (énfasis añadido).

Demandantes, a través de Pacific Solar,¹⁵⁸ tuvieron conocimiento de éstos y de los supuestos daños sufridos, con anterioridad a la fecha de corte de la jurisdicción del Tribunal.

120. Los Demandantes alegan, en esencia, que Honduras habría incumplido el Tratado de las siguientes maneras: (i) no pagando facturas pendientes y demás derechos supuestamente debidos bajo el Contrato;¹⁵⁹ (ii) limitando la energía que Pacific Solar podía inyectar al sistema eléctrico;¹⁶⁰ y (iii) obligando a Pacific Solar a renegociar el PPA.¹⁶¹ Estas supuestas medidas son el fundamento de las todas las alegadas violaciones de Honduras del Tratado.

121. Respecto del primero de los supuestos incumplimientos, como se ha explicado *supra*,¹⁶² los Demandantes intentan disfrazar una controversia sobre el cumplimiento de las obligaciones bajo el PPA, como si fuese un incumplimiento del Tratado. Posiblemente, conscientes de los problemas jurisdiccionales que tiene su caso, los Demandantes alegan que el Decreto 46-2022 constituye una repudiación de las obligaciones de pago de la ENEE bajo el PPA,¹⁶³ lo que sería un incumplimiento independiente del Tratado.

122. Sin perjuicio de que, como se ha explicado,¹⁶⁴ la supuesta repudiación no tiene ningún fundamento, pues los pagos por parte de la ENEE han seguido inalterados luego de la dictación del Decreto 46-2022, en términos jurisdiccionales, este argumento de los Demandantes tampoco tiene ningún soporte.

123. El Tribunal no debe quedarse con la simple calificación que hacen los Demandantes de su propio caso, sino que debe investigar su verdadera naturaleza y origen. Pues bien, detrás de toda la argumentación de los Paiz sobre el Decreto 46-2022, lo que existe es una simple

¹⁵⁸ Como se señaló en la § II.A.4 los Demandantes ni siquiera han intentado demostrar que controlan Pacific Solar, lo cual priva de jurisdicción a este Tribunal. Solo para los efectos de la presente sección, se asume que (*quod non*) los Demandantes son las controladoras de Pacific Solar.

¹⁵⁹ Memorial de Demanda, ¶¶ 125, 190, 215, 314, 340.

¹⁶⁰ *Ibid.*, ¶¶ 155, 317, 341.

¹⁶¹ *Ibid.*, ¶¶ 188, 193, 208, 247, 272, 340.

¹⁶² Véase *supra* § II.A.2.c.

¹⁶³ Memorial de Demanda, ¶¶ 125, 190, 215, 314, 340.

¹⁶⁴ Véase *supra* § II.C.

controversia sobre el monto que Honduras debe pagar por la energía y potencia proporcionada por Pacific Solar.¹⁶⁵

124. En este sentido, como señaló el tribunal en el caso de *Vieira c. Chile*, la pretensión de daños de la parte Demandante es un elemento relevante para determinar la verdadera naturaleza del reclamo presentado.¹⁶⁶ Pues bien, como se desprende de la sola lectura del capítulo de daños del Memorial,¹⁶⁷ alrededor de ████████ de los daños reclamados por los Demandantes se refieren al pago parcial de facturas e intereses emitidos con anterioridad al Decreto 46-2022.¹⁶⁸ Así, la propia evaluación de daños realizada por los Demandantes, muestra que su reclamación real se relaciona con el pago de los montos que Pacific Solar considera que le deben bajo el PPA.

125. En este contexto, ¿cuándo tomaron conocimiento los Paiz y Pacific Solar del pago parcial y/o tardío de las facturas emitidas y de que esta circunstancia les provocaba pérdidas en los términos del artículo 10.18(1) del Tratado? Como se verá a continuación, esto ocurrió mucho antes de la fecha de corte de agosto de 2020.

¹⁶⁵ Véase, p. ej., Memorial de Demanda, ¶ 314 (“**Second**, Honduras has failed to pay the remuneration as promised to Pacific Solar under the Agreements. Honduras is not compensating Pacific Solar for (i) the energy and capacity that the Plant has delivered, and (ii) the Renewables Incentives and interests that it is owed, as promised under the Agreements.”).

¹⁶⁶ *Sociedad Anónima Eduardo Vieira c. República de Chile*, Caso CIADI No. ARB/04/7, Laudo (21 de agosto de 2007) (**RL-073**), ¶ 208 (“En efecto, [el tribunal] concuerda con CHILE en el sentido que el análisis jurisdiccional no se limita de manera exclusiva a los hechos planteados por la DEMANDANTE en su Memorial de Demanda, sino que el mismo debe integrarse por los hechos apreciables por el Tribunal como relevantes a su competencia, ya sea que hayan sido planteados por CHILE o por VIEIRA”), ¶ 213 (“Asimismo, en atención a la propia caracterización jurídica de los reclamos alegada por VIEIRA y sin entrar en el fondo de las cuestiones planteadas — esto es, sin analizar ni determinar si las conductas referidas en el párrafo anterior son o no violatorias del ACUERDO y sin analizar ni determinar la cuantificación de los daños que CHILE deba pagar a VIEIRA en caso de que sus reclamos fueren fundados—, al realizar su análisis sobre la jurisdicción, y únicamente como un referente a la misma, este Tribunal tomará en consideración la reclamación general planteada por VIEIRA en cuanto a la compensación que exige de CHILE y que consiste en el pago de ‘la totalidad de los daños sufridos por su inversión’ que calcula tuvieron lugar desde 1990, tal y como se desprende del Informe Económico por la DEMANDANTE presentado durante el procedimiento.”).

¹⁶⁷ Véase Memorial de Demanda, ¶¶ 374-380 en lo que los Demandantes denominan eufemísticamente “Pacific Solar’s Historical Losses.”

¹⁶⁸ Adicionalmente, como será demostrado en el improbable caso el caso proceda al fondo, el reclamo de los Demandantes tiene un serio problema de causalidad del daño. En efecto, los Demandantes no explican como daños ocurridos desde el 2018 (no pago de facturas) podrían haber sido causados por un incumplimiento del Tratado ocurrido en 2022 (dictación del Decreto 46-2022).

126. En efecto, el 10 de julio de 2020, Pacific Solar envió una comunicación a la ENEE reclamando el pago de la deuda acumulada a dicha fecha. Este documento ya es anterior a la fecha límite del 24 de agosto de 2020. Adicionalmente la propia comunicación demuestra un conocimiento de un perjuicio económico que se arrastraba por varios años. Así, Pacific Solar explícitamente señala que “con relación a la deuda de capital más intereses que la [ENEE] mantiene con la empresa Pacific Solar Energy, S.A. **desde el 13 de diciembre de 2018, la suma correspondiente al capital es de [REDACTED] y el valor de los intereses es de [REDACTED], por lo cual necesitamos saber cuándo se realizará el pago de dicha deuda ya que debemos de cancelar los préstamos con la banca local y extranjera.**”¹⁶⁹ Esto es una admisión clara de que Pacific Solar consideraba que la ENEE estaría supuestamente incumpliendo el PPA y causando un perjuicio económico a la empresa desde al menos el 13 de diciembre de 2018. En ese sentido, cualquier reclamo sobre la obligación de la ENEE de pagar las facturas e intereses adeudados a Pacific Solar debería haber sido presentado a más tardar el 13 de diciembre de 2021, casi dos años antes de la presentación de la notificación de arbitraje. Cualquier sometimiento de una disputa después de esa fecha, como en el presente caso, queda fuera de la jurisdicción de este Tribunal.

127. Algo similar ocurre con el segundo supuesto incumplimiento. Los Demandantes alegan que Honduras, luego de la promulgación del Decreto 46-2022, habría comenzado a limitar el despacho de energía de la planta en contravención de sus derechos contractuales.¹⁷⁰ Inclusive, resaltan de manera explícita que “[i]f the Government curtails the Plant’s production for more than six hours in a month, under the PPA, ENEE is obligated to compensate Pacific Solar.”¹⁷¹

128. Una vez más, los Demandantes invocan un supuesto incumplimiento del cual tenían conocimiento previo a la fecha de corte, e intentan presentarlo como si fuese un nuevo acontecimiento. En efecto, los propios informes de Pacific Solar relativos al avance de la construcción de la Segunda Fase de la Planta Nacaome señalan que ya en 2017, Pacific Solar

¹⁶⁹ Carta de R. Barahona (PSE) a G. Perdomo (ENEE) (10 de julio de 2020) (**R-049**). Véase también Carta de R. Barahona (PSE) a G. Perdomo (ENEE) (7 de agosto de 2020) (**R-050**).

¹⁷⁰ Memorial de Demanda, ¶ 155.

¹⁷¹ *Ibid.*, ¶¶ 54, 317, 341.

experimentó limitaciones superiores a seis horas.¹⁷² Según el propio razonamiento de los Demandantes estas acciones ya habrían causado un perjuicio económico reparable bajo el PPA.¹⁷³ Es decir, desde el 2017, casi tres años antes de la fecha de corte, Pacific Solar ya sabía de las mismas medidas sobre las que ahora reclama. En consecuencia, cualquier pretensión de los Demandantes basada en las limitaciones a la inyección de energía están fuera de la jurisdicción del Tribunal.

129. Finalmente, el único reclamo de los Demandantes que podría entrar en la jurisdicción temporal del Tribunal se refiere a la supuesta renegociación forzada del PPA en virtud del Decreto 46-2022. Como se explicó anteriormente,¹⁷⁴ este reclamo no tiene ningún fundamento pues, a pesar de ciertas conversaciones entre las partes, el PPA se mantiene inalterado desde su suscripción en 2014. En consecuencia, este insustancial reclamo de los Demandantes se encuentra formalmente dentro de la jurisdicción *ratione temporis* del Tribunal, sin perjuicio de otras objeciones jurisdiccionales aplicables a este reclamo.

3. Incluso si el Tribunal considera que tiene jurisdicción para conocer de las reclamaciones de expropiación y de violación del estándar de trato mínimo, es evidente que los reclamos bajo la cláusula paraguas están fuera de la jurisdicción *ratione temporis* del Tribunal

130. En el improbable caso que el Tribunal concuerde con los Demandantes y considere que solo con la promulgación del Decreto 46-2022 los Demandantes tenían una pretensión a ser presentada ante este Tribunal, esta conclusión debiese alcanzar únicamente a los reclamos basados en expropiación y estándar de trato mínimo. Como se explica a continuación, los reclamos bajo la cláusula paraguas se encuentran en cualquier caso fuera de la jurisdicción *ratione temporis* del Tribunal.¹⁷⁵

¹⁷² PSE, Informe Ejecutivo de Proyecto Nacaome I (octubre de 2017) (R-034). Véase también Carta de L. Bulnes (PSE) a E. Torres y D. Aguilar (PSE) (30 de enero de 2018) (R-038).

¹⁷³ Memorial de Demanda, ¶ 54.

¹⁷⁴ Véase *supra* § II.B.

¹⁷⁵ Como se explica en la § III.D., los Demandantes no pueden utilizar la cláusula de nación más favorecida para importar un nuevo estándar como la cláusula paraguas al Tratado. Sin embargo, solo para los efectos de la discusión de jurisdicción *ratione temporis*, esta sección asume que los Demandantes pueden beneficiarse de las cláusulas paraguas de otros tratados hondureños (*quod non*).

131. En efecto, mediante la operación de la cláusula paraguas, los Demandantes pretenden *eleva*r al plano internacional supuestos incumplimiento de Honduras a sus compromisos contractuales.¹⁷⁶ Así, el incumplimiento del PPA pasaría automáticamente a ser una violación del Tratado. Sin perjuicio de que Honduras considera que esta es una interpretación incorrecta de la cláusula paraguas, el efecto jurisdiccional de la interpretación de los Demandantes es confundir ambos regímenes de responsabilidad.

132. Es decir, respecto de la cláusula paraguas, la fecha relevante para efectos de las limitaciones temporales a la jurisdicción del Tribunal contenida en el artículo 10.18(1) del Tratado, sería la fecha en que Pacific Solar conoció de los supuestos incumplimientos contractuales y sus efectos perjudiciales. Como ambos incumplimientos coinciden, cuando Pacific Solar tuvo conocimiento del supuesto incumplimiento contractual debe entenderse que también tuvo conocimiento del supuesto incumplimiento de la cláusula paraguas que pretenden importar al Tratado.

133. Pues bien, los Demandantes identifican tres supuestos incumplimientos contractuales que pretenden elevar a un incumplimiento del Tratado. Estos son los mismos discutidos en la sección anterior: (i) falta de pago de las facturas e intereses;¹⁷⁷ (ii) reducciones en el despacho de energía,¹⁷⁸ y (iii) impedir el acceso a los beneficios e incentivos relativos a la generación solar.¹⁷⁹

134. Respecto del primer y segundo incumplimiento, como se explicó en la sección anterior, todos estos supuestos incumplimientos habrían iniciado en el periodo de 2017 a 2018, mucho antes de la fecha de corte de la jurisdicción de este Tribunal de agosto de 2020. Es más, respecto del cobro de facturas e intereses, Pacific Solar comunicó de manera expresa a ENEE su posición respecto de la deuda acumulada desde el 2018, por lo que es innegable su conocimiento al respecto.

¹⁷⁶ Memorial de Demanda, ¶¶ 337-346.

¹⁷⁷ *Ibid.*, ¶ 340.

¹⁷⁸ *Ibid.*, ¶ 341.

¹⁷⁹ *Ibid.*, ¶ 342.

135. Respecto del tercer incumplimiento, este es completamente superfluo dado que, como se menciona *supra*,¹⁸⁰ los beneficios e incentivos relativos a la generación solar ya se encuentran consagrados en el PPA, sobre el cual los Demandantes ya están alegando incumplimiento. En ese sentido, el conocimiento previo del alegado incumplimiento de las obligaciones de pago bajo el PPA (las cuales incluyen los incentivos a la generación solar), necesariamente implican que este reclamo también se encuentra fuera de plazo.

136. De esta manera, todas las reclamaciones de los Paiz respecto de la cláusula paraguas se encuentran fuera de la jurisdicción *ratione temporis* del Tribunal.

C. El Tribunal carece de jurisdicción *ratione materiae* pues los Demandantes no han probado ser titulares de la supuesta inversión que alegan

137. Los Demandantes no han sido capaces de probar uno de los requisitos más básicos de la jurisdicción *ratione materiae* del Tribunal: la titularidad de la supuesta inversión alegada. Como es evidente, los Demandantes tienen la carga de probar que son los titulares de la inversión alegada.¹⁸¹

138. Los Demandantes se limitan a afirmar que son dueños y controlan indirectamente el 100% de Pacific Solar,¹⁸² pero no ofrecen ninguna prueba al respecto. A pesar de que el Sr. Paiz se presenta a sí mismo como un sofisticado hombre de negocios,¹⁸³ decidió no presentar absolutamente ningún antecedente sobre el supuesto control de los Demandantes sobre su alegada inversión.

139. En este sentido, la única “prueba” presentada por los Demandantes es el anexo **C-27**, denominado “Ownership Structure Pacific Solar Energy, S.A. de C.V.,” el cual supuestamente

¹⁸⁰ Véase *supra* § II.A.2.b.(2).

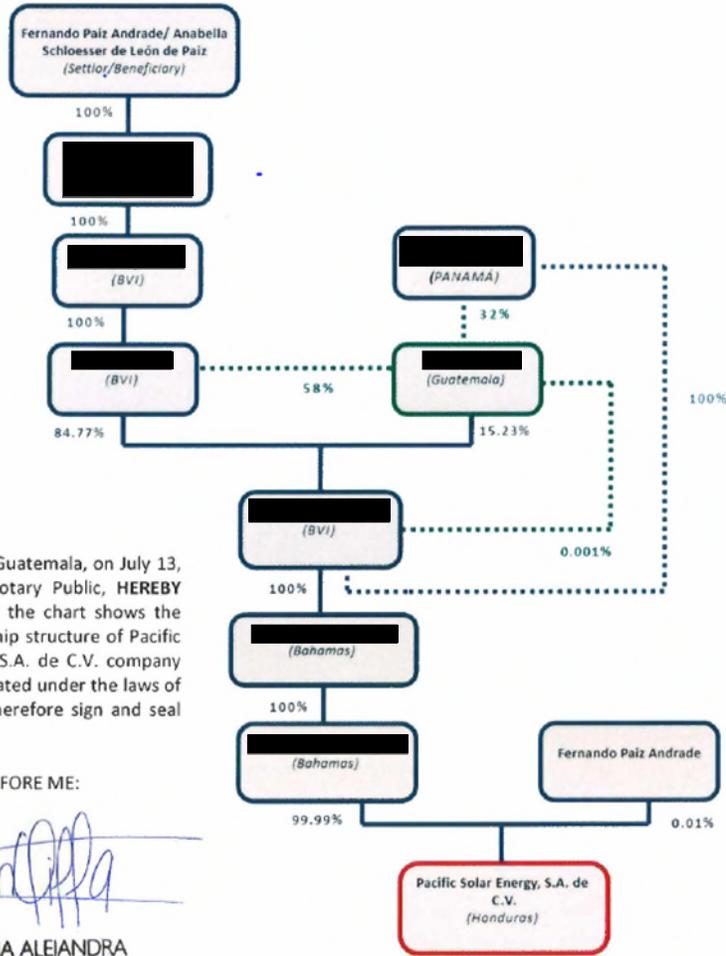
¹⁸¹ *Pac Rim Cayman LLC. c. República de El Salvador*, Caso CIADI No. ARB/09/12, Decisión sobre las Objeciones Jurisdiccionales de la Demandada (1 de junio de 2012) (**RL-085**), ¶ 2.11 (“As far as the burden of proof is concerned, in the Tribunal’s view, it cannot here be disputed that the party which alleges something positive has ordinarily to prove it to the satisfaction of the Tribunal. At this jurisdictional level, in other words, the Claimant has to prove that the Tribunal has jurisdiction.”).

¹⁸² Memorial de Demanda (20 de septiembre de 2024), ¶¶ 168-169; Notificación de Arbitraje (24 de agosto de 2023), ¶ 5.

¹⁸³ Declaración de Paiz (**CWS-02**), ¶¶ 4-10. Por otra parte, los Demandantes no presentan ninguna información sobre la historia profesional/económica de la Sra. Schloesser de Paiz, más allá de estar casada con el Sr. Paiz. Notificación de Arbitraje (24 de agosto de 2023), ¶ 11.

muestra la estructura corporativa de Pacific Solar y el control de los Demandantes, según se muestra a continuación:¹⁸⁴

OWNERSHIP STRUCTURE
PACIFIC SOLAR ENERGY, S.A. de C.V.



In the city of Guatemala, on July 13, 2023 I the Notary Public, HEREBY CERTIFY: That the chart shows the latest ownership structure of Pacific Solar Energy, S.A. de C.V. company dully incorporated under the laws of Honduras. I therefore sign and seal this page.

BY ME AND BEFORE ME:

MARIANA ALEJANDRA
CHINCHILLA CHAVEZ
Abogada y Notaria

¹⁸⁴ Es también curioso y llamativo que los Demandantes hayan solicitado al tribunal impedir que el público pudiera conocer el diagrama de su propia elaboración, solicitando que se tachen ciertos párrafos de sus escritos. En particular, requirieron la eliminación del párrafo 167 de su memorial y las notas al pie 389 y 390, que contienen la afirmación de ser dueños indirectos de Pacific Solar y refieren al Anexo C-027. Véase Organigrama de la estructura accionista de Pacific Solar Energy, S.A. de C.V. (13 de julio de 2023) (C-027). En este sentido, los Demandantes parecen empecinados que se difunda la menor información posible sobre su estructura corporativa.

140. Sin embargo, este documento es evidentemente insuficiente y no logra probar nada. En efecto, los Demandantes no aportan ningún antecedente para sustentar la relación entre ellos y las más de ocho sociedades que supuestamente existirían entre los Paiz y Pacific Solar.

141. El diagrama acompañado por los Demandantes cuenta con una “certificación” de una notaria guatemalteca que señala que “the chart shows the latest ownership structure of Pacific Solar Energy.”¹⁸⁵ Esta afirmación es insuficiente para solucionar las deficiencias del diagrama presentado, por varias razones.

142. *En primer lugar*, la supuesta “certificación” no cumple con las formalidades establecidas por el derecho guatemalteco para dar valor a las legalizaciones. En efecto, de conformidad con el artículo 13 del Decreto No. 314 que contiene el Código de Notariado de Guatemala, todas las legalizaciones deben ser en idioma español, estar identificadas por una numeración cardinal consecutiva y consignar fechas expresadas en letras, entre otras formalidades.¹⁸⁶ Además, el artículo 55 del mismo Decreto exige que el notario agregue las palabras “por mí y ante mí.”¹⁸⁷ Así, una certificación en idioma inglés, que no incluya dichas palabras, como la de este caso, carece de valor bajo el derecho guatemalteco. Adicionalmente, el mismo artículo exige que, además de la firma del notario, se agregue su sello, cuestión que no ocurre en este caso.

143. *En segundo lugar*, incluso dejando de lado los graves defectos formales de esta “certificación,” la notaria no señala cómo le constan los hechos que certifica. No hay ninguna indicación de qué documentos tuvo a la vista para poder afirmar que dicho diagrama representa la estructura corporativa de control de Pacific Solar. Se trata de una afirmación sin ningún tipo de sustento, particularmente considerando que la propia Pacific Solar está constituida en Honduras y además siete de las ocho sociedades involucradas están supuestamente constituidas en Bahamas, Panamá o Islas Vírgenes Británicas, jurisdicciones sobre las cuales la notaria no señala tener ningún conocimiento especial.

¹⁸⁵ Organigrama de la estructura accionista de Pacific Solar Energy, S.A. de C.V. (13 de julio de 2023) (C-027).

¹⁸⁶ Código del Notariado de Guatemala (Decreto No. 314 de 1946) (30 de noviembre de 1946) (R-013), Art. 13.

¹⁸⁷ *Ibid.*, Art. 55.

144. El Tribunal no debe dar ningún valor a esta “certificación” sino que, por el contrario, debe llegar a una conclusión propia sobre la titularidad de la alegada inversión, premisa básica de su propia jurisdicción. Como se muestra a continuación, los Demandantes no han aportado ningún antecedente que permita al Tribunal llevar adelante esta tarea.

145. La falta de prueba es realmente sorprendente tratándose de supuestos inversionistas sofisticados.¹⁸⁸ Si los Demandantes efectivamente controlaran de manera indirecta Pacific Solar, debiese ser muy simple poder demostrar tal relación, mediante certificados de acciones, libros de accionistas, escrituras de constitución de sociedades o cualquier otro documento corporativo. Sin embargo, sobre siete entidades de la cadena [REDACTED] los Demandantes no acompañaron absolutamente ningún documento.

146. Para tomar un ejemplo cualquiera de la alegada cadena control, ¿cómo [REDACTED] adquirió y es titular del 100% de [REDACTED]? Imposible saberlo. No hay ninguna prueba al respecto. Los Demandantes mantienen completo silencio sobre la materia. Este problema se repite en todos los otros eslabones de la cadena.

147. La única prueba ofrecida por los Demandantes se refiere al primer escalón. Los Demandantes acompañaron el libro de accionistas de Pacific Solar en que consta la propiedad del 99.99% [REDACTED], sociedad constituida bajo las leyes de las Bahamas, de un 0,01% por parte del Sr. Paiz.¹⁸⁹ ¿Aguas arriba de [REDACTED]? Nada.

148. Enfrentada a esta particular situación, en la que los Demandantes ni siquiera han intentado demostrar su titularidad sobre las inversiones alegadas, Honduras ha realizado su propia investigación al respecto. De los limitados antecedentes que se encuentran en poder de la República, todo indica que los señores Paiz no son los titulares de la inversión que reclaman.

¹⁸⁸ En este sentido, un antecedente adicional de la falta de rigor con que los Demandantes han enfrentado el cumplimiento de los requisitos jurisdiccionales de este arbitraje se refiere al incumplimiento de la señora Schloesser de Paiz de los requisitos imperativos de los artículos 10.15 y 10.16 del Tratado respecto a las negociaciones obligatorias previas. Esta circunstancia confirma también la nula relación que existe entre los Paiz y Pacific Solar. Véase CAFTA-DR (CL-001), Arts. 10.15, 10.16.

¹⁸⁹ Libro de Accionistas de Pacific Solar Energy S.A. de C.V. (22 de agosto de 2024) (C-073).

149. En este sentido, a pesar de que Pacific Solar es el signatario del PPA, no parece ser el beneficiario de éste. En enero de 2018, Pacific Solar informó a la ENEE que había celebrado un contrato de fideicomiso con el [REDACTED] como fiduciario¹⁹⁰ en virtud del cual le “cede en garantía todos los derechos y activos relacionados con el Proyecto, incluyendo la Planta [...] y los derechos económicos a los cuales tiene derecho según se deriva del PPA.”¹⁹¹

150. De conformidad con el artículo 1035 del Código de Comercio de Honduras “[e]l fideicomiso implica la cesión de los derechos o la traslación del dominio de los bienes en favor del fiduciario.”¹⁹² Por su parte, el artículo 1036 del mismo Código señala que “[f]rente a terceros, el fiduciario tendrá la consideración de dueño de los derechos o bienes Fideicometidos.”¹⁹³ Adicionalmente, lo anterior es ratificado por las “Normas para la Constitución, Administración y Supervisión de Fideicomisos” emitidas por la Comisión Nacional de Bancos y Seguros de Honduras (“**Normas de Fideicomiso**”).¹⁹⁴ En efecto, de conformidad con las Normas de Fideicomiso, el fideicomiso constituye “un patrimonio autónomo e independiente, distinto del patrimonio del fideicomitente,” que en este caso sería Pacific Solar.¹⁹⁵ De manera similar, las Normas de Fideicomiso señalan que uno de los efectos de la constitución del fideicomiso es “la transferencia de propiedad de los bienes [o derechos] del fideicomitente [Pacific Solar] al fiduciario [REDACTED].”¹⁹⁶

151. Así, el verdadero titular de la inversión alegada,¹⁹⁷ es decir, de la Planta Nacaome y del PPA es el fiduciario y no Pacific Solar. De esta manera, de conformidad con el derecho hondureño, con la constitución del fideicomiso, la propiedad de la Planta Nacaome y el PPA pasó

¹⁹⁰ Ya en 2016 Pacific Solar había sido autorizada a “transferir los derechos de los bienes inmuebles donde se desarrolla el proyecto, a un fideicomiso de garantía administrado por una institución financiera.” Instituto Hondureño de Turismo, Resolución No. 033-2016 (24 de agosto de 2016) (**C-014**), pág. 6.

¹⁹¹ Carta de Pacific Solar Energy S.A. a J. A. Mejía Arita (ENEE) (12 de enero de 2018) (**R-037**), pág. 3.

¹⁹² Código de Comercio de Honduras, 1950 (Decreto No. 73 de 1950) (17 de febrero de 1950) (**R-014**), Art. 1035.

¹⁹³ *Ibid.*, Art. 1036.

¹⁹⁴ Comisión Nacional de Bancos y Seguros, Normas para la Constitución, Administración y Supervisión de Fideicomisos (27 de febrero de 2017) (**R-033**).

¹⁹⁵ *Ibid.*, Art. 5.

¹⁹⁶ *Ibid.*, Art. 7.

¹⁹⁷ Memorial de Demanda, ¶ 171.

de Pacific Solar al [REDACTED].¹⁹⁸ Frente a terceros como la ENEE, Honduras y el propio Tribunal, el verdadero dueño de la inversión alegada es el [REDACTED] y, contrariamente a lo que señalan ahora los Paiz, no tienen ningún derecho sobre el PPA o la Planta Nacaome.

152. En consecuencia, los Demandantes han fracasado rotundamente en cumplir con su carga de la prueba y demostrar que son titulares de las inversiones objeto de la presente controversia. Por el contrario, la evidencia disponible muestra que los dueños y controladores de estas inversiones son terceros sin relación con este arbitraje.

153. Así, los Demandantes no pueden ser considerados como titulares de una inversión en los términos del Artículo 10.28 del Tratado. De la misma manera, Pacific Solar tampoco puede considerarse como una sociedad controlada por inversionistas en los términos del artículo 10.16.1.(b).

D. El TLC no permite importar cláusulas paraguas de otros tratados, por lo que los reclamos de los Demandantes por supuestas violaciones de obligaciones contractuales caen fuera de la jurisdicción *ratione voluntatis* del Tribunal

154. El Tribunal carece de jurisdicción para conocer el reclamo presentado por los Demandantes sobre la supuesta violación de obligaciones contractuales.¹⁹⁹ Los argumentos de los Demandantes buscan, de manera errónea, introducir nuevas obligaciones al Tratado mediante una interpretación expansiva de la cláusula de nación más favorecida (“NMF”) establecida en el Artículo 10.04. Esta interpretación no solo contradice el texto y el propósito del Tratado, sino también la jurisprudencia. El Artículo 10.04 del Tratado señala lo siguiente:

1. Each Party shall accord to investors of another Party treatment no less favorable than that it accords, in like circumstances, to investors of any other Party or of any non-Party with respect to the

¹⁹⁸ Esto es sin perjuicio del carácter temporal del Fideicomiso. Si bien es posible que la titularidad de los bienes y derechos regrese a Pacific Solar Energy con la extinción del fideicomiso, la situación actual es que su titularidad corresponde al [REDACTED].

¹⁹⁹ Memorial de Demanda, ¶ 337 (“Considering the text of Article 11 of the Switzerland-Honduras BIT and Article 8(2) of the Germany-Honduras BIT, both of which refer to obligations or commitments entered into “in respect of investments,” there can be no doubt that it includes contractual obligations, such as Honduras’s obligations under the Agreements, and obligations assumed through laws or in legislation, such as Honduras’s 2013 Renewables Law “”).

establishment, acquisition, expansion, management, conduct, operation, and sale or other disposition of investments in its territory.

2. Each Party shall accord to covered investments treatment no less favorable than that it accords, in like circumstances, to investments in its territory of investors of any other Party or of any non-Party with respect to the establishment, acquisition, expansion, management, conduct, operation, and sale or other disposition of investments.²⁰⁰

155. En base a esta disposición, los Demandantes intentan invocar las cláusulas paraguas contenidas en el TBI Honduras-Suiza y el TBI Honduras-Alemania.²⁰¹

156. El intento de los Demandantes no debe examinarse en el vacío. Para pronunciarse sobre la importación de estándares de otros tratados mediante el Artículo 10.04 del Tratado, el Tribunal debe determinar primero si la cláusula de NMF contenida en dicha disposición es o no aplicable. Esta cuestión fue decidida por el tribunal en *Mesa Power c. Canadá*, donde se determinó lo siguiente:

For an MFN clause in a base treaty to allow the importation of a more favorable standard of protection from a third party treaty, the applicability of the MFN clause in the base treaty must first be established. Put differently, one must first be under the treaty to claim through the treaty. Thus, the Claimant must first establish that the MFN provision of the base treaty applies. Then, relying on that provision, it may be able to import a more favorable standard of protection from a third party treaty. Here, the base treaty is the NAFTA. Thus, the Claimant must first establish that the MFN provision, i.e. Article 1103 of the NAFTA, is applicable. As Article 1108(7)(a) expressly excludes the application of Article 1103 in cases of procurement by a Party or State enterprise, for the Claimant to establish that Article 1103 of the NAFTA applies, it must show that the FIT Program does not constitute procurement.²⁰²

²⁰⁰ CAFTA-DR (CL-001), Art. 10.04.

²⁰¹ Memorial de Demanda, ¶ 324. (“Invoking the MFN clause in Article 10.4 of the Treaty, Claimants rely on the umbrella clauses in the Switzerland-Honduras BIT and the Germany-Honduras-BIT.”).

²⁰² *Mesa Power Group LLC c. Gobierno de Canadá*, Caso CPA No. 2012-17, Laudo (24 de marzo de 2016) (RL-031), ¶ 401.

157. En ese orden de ideas, a continuación, Honduras demuestra que la aplicación del Artículo 10.04 está excluida para el caso de compras públicas (**Subsección 1**) y no existe una base legal para importar estándares de otros tratados a partir de una cláusula de NMF como la del Artículo 10.04 (**Subsección 2**).

1. El Artículo 10.13(5) del Tratado excluye la aplicación de la cláusula de NMF respecto de compras realizadas por el Estado

158. El Artículo 10.13(5) del Tratado establece claramente que las disposiciones de trato de NMF contenidas en el Artículo 10.04 no se aplican a la contratación pública:

5. Articles 10.3, **10.4**, 10.9 y 10.10 **do not apply to:**

a) procurement; or

b) subsidies or grants provided by a Party, including government-supported loans, guarantees, and insurance.²⁰³

159. Esta exclusión expresa limita el alcance del trato de NMF, protegiendo la soberanía de las Partes Contratantes para gestionar sus adquisiciones y subvenciones sin interferencias externas. Como lo indicó el tribunal en *Mesa Power c. Canadá*, en el marco del TLCAN que contiene una estructura similar, estas disposiciones “exclude certain measures from the substantive [investment] protections.”²⁰⁴ Basándose en este mismo entendimiento, diversos tribunales han determinado que el orden de análisis de este tipo de exclusiones consiste en (i) definir el alcance de las reservas y excepciones (en este caso, el Artículo 10.13) y luego (ii) analizar si las protecciones sustantivas (en este caso, el Artículo 10.04) son aplicables.²⁰⁵ En este caso, ese análisis confirma que los Demandantes no tienen derecho a las protecciones brindadas en el Artículo 10.04 del Tratado debido a que estas están excluidas en virtud del Artículo 10.13 ya que

²⁰³ CAFTA-DR (CL-001), Art. 10.13(5) (énfasis añadido).

²⁰⁴ *Mesa Power Group LLC c. Gobierno de Canadá*, Caso CPA No. 2012-17, Laudo (24 de marzo de 2016) (RL-031), ¶ 419.

²⁰⁵ *Resolute Forest Products Inc. c. Gobierno de Canadá*, Caso CPA No. 2016-13, Laudo Final (25 de julio de 2022) (RL-109), ¶ 371; *Mesa Power Group LLC c. Gobierno de Canadá*, Caso CPA No. 2012-17, Laudo (24 de marzo de 2016) (RL-031), ¶ 462; *Mercer International Inc. c. Canadá*, Caso CIADI No. ARB(AF)/12/3, Laudo (6 de marzo de 2018) (RL-038), ¶ 6.27.

sus reclamos están directamente relacionados con una contratación pública, a saber, la venta de energía eléctrica a la ENEE.

a. El alcance de las reservas y excepciones del Artículo 10.13 del Tratado: exclusión de las compras públicas

160. Es importante resaltar que, como lo confirman numerosas decisiones arbitrales bajo el TLCAN que se dieron en el marco de una disposición idéntica a la del Tratado, las Partes Contratantes han realizado la reserva establecida en el Artículo 10.13 para evitar que los inversionistas internacionales reclamen derechos o beneficios relacionados con transacciones que son esencialmente de interés público y responsabilidad soberana, como son las compras públicas.

161. De esta manera, la exclusión del Artículo 10.13 garantiza que las Partes Contratantes puedan gestionar sus adquisiciones de bienes y servicios sin estar sujetas a obligaciones internacionales adicionales. La naturaleza de esta excepción refleja un consenso de las Partes Contratantes sobre la necesidad de preservar el control soberano en áreas críticas de política económica y social, como las adquisiciones públicas.²⁰⁶ Esto se debe a que:

It appears reasonable that a State be free to procure goods or services in a manner that yields maximum benefits for the local economy. Government purchasing of goods and services is an extremely important function, and procurement by way of formal purchasing procedures is frequently utilised as an instrument of policy. To this end, Article 1108(7)(a) allows for preferential treatment of local suppliers, when a Party is engaged in formal purchasing of goods and services.²⁰⁷

²⁰⁶ *Mesa Power Group LLC c. Gobierno de Canadá*, Caso CPA No. 2012-17, Laudo (24 de marzo de 2016) (**RL-031**), ¶ 419 (“The Tribunal understands that through the exception carved out by Article 1108(7)(a), the NAFTA Contracting Parties sought to protect their ability to exercise nationality-based preferences in cases of procurement.”); *ADF Group Inc. c. Estados Unidos de América*, Caso CIADI No. ARB(AF)/00/1, Laudo (9 de enero de 2003) (**CL-010**), ¶ 94 (“The Federal Government of Canada, for instance, provides heavy financial assistance to the provinces for highway construction and many of the provinces receiving this assistance enforce domestic preference regulations in their procurement. In Mexico, too, federal law prescribes preferences for Mexican goods and services in procurement by states wholly or partially funded by the federal Mexican Government. [...] domestic requirements for Government procurement are in place ‘in most, if not all, countries.’”).

²⁰⁷ *Mesa Power Group LLC c. Gobierno de Canadá*, Caso CPA No. 2012-17, Laudo (24 de marzo de 2016) (**RL-031**), ¶ 420.

162. La consecuencia es que, si una actividad califica como “compra pública” bajo el Artículo 10.13(5), “it is excluded from the analysis.”²⁰⁸ Como lo explicó el tribunal en *Mesa Power*, estas disposiciones consisten en un “‘carve-out’ rule. Its function is to exclude all procurement activities from the scope of some of the obligations” comprendidas en los capítulos de inversión de los tratados.²⁰⁹ En ese orden de ideas, esta disposición permite un medio de defensa a la parte demandada, quien está “entitled to the defense [...] which [...] excludes the application of [certain investment protections] in a case [...] involving governmental procurement by a Party.”²¹⁰

163. En otras palabras, la reserva contenida en el Artículo 10.13(5) tiene evidentes efectos jurisdiccionales. Esto significa que, al verificar que el reclamo de NMF está relacionado con una compra pública, el Tribunal debe declararse sin jurisdicción. Esta interpretación ha sido confirmada por la jurisprudencia internacional.²¹¹

164. Habiendo aclarado la finalidad de la exclusión del Artículo 10.13 y sus efectos jurisdiccionales, es importante definir qué se entiende por “contratación pública.” Sobre este punto, el Tribunal indicó lo siguiente en su Orden Procesal No. 3:

The Tribunal observes that this objection requires it to make a finding on the interpretation of the relevant provisions of the CAFTA-DR, as well as on their application to the agreement between Pacific Solar and ENEE. For instance, the objection as formulated by the Respondent requires a finding on **whether a contract with ENEE qualifies as a contract with the State or with a State authority within the meaning of the CAFTA-DR, and on**

²⁰⁸ *Resolute Forest Products Inc. c. Gobierno de Canadá*, Caso CPA No. 2016-13, Laudo Final (25 de julio de 2022) (**RL-109**), ¶ 410.

²⁰⁹ *Mesa Power Group LLC c. Gobierno de Canadá*, Caso CPA No. 2012-17, Laudo (24 de marzo de 2016) (**RL-031**), ¶ 427.

²¹⁰ *ADF Group Inc. c. Estados Unidos de América*, Caso CIADI No. ARB(AF)/00/1, Laudo (9 de enero de 2003) (**CL-010**), ¶ 196.

²¹¹ Véase, p. ej., *Mercer International Inc. c. Canadá*, Caso CIADI No. ARB(AF)/12/3, Laudo (6 de marzo de 2018) (**RL-038**), ¶ 6.50 (“[T]he Tribunal [...] decides that it has no jurisdiction over the Claimant’s claims under NAFTA Articles 1102 and 1103 insofar as they concern [...] contractual terms in the 2009 EPA [...], the Tribunal [...] accepts the Respondent’s jurisdictional objection under NAFTA Article 1108(7)(a).”); *Mesa Power Group LLC c. Gobierno de Canadá*, Caso CPA No. 2012-17, Laudo (24 de marzo de 2016) (**RL-031**), ¶ 402 (“For the reasons set forth below, the Tribunal has come to the conclusion that the FIT Program does constitute procurement. Thus, by virtue of Article 1108(7)(a), the MFN provision enshrined in Article 1103 cannot apply.”).

whether the acquisition of electricity for distribution to Honduran citizens is an activity “for governmental purposes.”²¹²

165. Siguiendo el orden de análisis sugerido por el Tribunal, Honduras explicará en esta sección qué se entiende por contratación pública, por qué el PPA califica como un contrato con una empresa Estatal, y por qué la compra de electricidad para su distribución a los ciudadanos hondureños es una actividad con fines gubernamentales. Al respecto, el texto de los acuerdos de la Organización Mundial de Comercio (“**OMC**”), como las decisiones en el marco de éstos, brindan un importante punto de referencia. En particular, el lenguaje del Artículo III.8(a) del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (“**GATT**,” por sus siglas en inglés) usa un lenguaje muy similar al propuesto por el Tribunal:

The provisions of this Article shall not apply to laws, regulations or requirements governing the procurement by governmental agencies of products purchased for governmental purposes and not with a view to commercial resale or with a view to use in the production of goods for commercial sale.²¹³

166. *En primer lugar*, la noción de “contratación pública” es amplia. El Tratado define “contratación pública” en su Artículo 2.1 como “the process by which a government obtains the use of or acquires goods or services, or any combination thereof, for governmental purposes [...]”.²¹⁴ Asimismo lo han determinado varios tribunales bajo el TLCAN²¹⁵ frente al Artículo 1108(7) de ese acuerdo, que tiene la misma redacción del Tratado, concluyendo que se entiende en su contexto y a la luz del objetivo y propósito como “the buying of goods or services for or by a State or a state enterprise.”²¹⁶ Los Demandantes aceptan la misma definición al confirmar que la

²¹² Resolución Procesal No. 3 (20 de diciembre de 2024), ¶ 51.

²¹³ Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (1947) (**RL-054**), Art. III.8(a).

²¹⁴ CAFTA-DR (**CL-001**), Art. 2.1 (énfasis añadido).

²¹⁵ *Resolute Forest Products Inc. c. Gobierno de Canadá*, Caso CPA No. 2016-13, Laudo Final (25 de julio de 2022) (**RL-109**), ¶ 381; *Mesa Power Group LLC c. Gobierno de Canadá*, Caso CPA No. 2012-17, Laudo (24 de marzo de 2016) (**RL-031**), ¶ 408 (“In reaching its conclusion that the procurement exception applied, the tribunal observed that the term ‘procurement’ in Article 1108(7)(a) of the NAFTA was to be understood broadly [...]”).

²¹⁶ *Resolute Forest Products Inc. c. Gobierno de Canadá*, Caso CPA No. 2016-13, Laudo Final (25 de julio de 2022) (**RL-109**), ¶ 390 citando *Mercer International Inc. c. Canadá*, Caso CIADI No. ARB(AF)/12/3, Laudo (6 de marzo de 2018) (**RL-038**), ¶ 6.35.

contratación pública es “the **process** by which a government obtains the use of or acquires goods or services.”²¹⁷

167. *En segundo lugar*, conforme se establece más adelante en la Sección III.E., el PPA no fue firmado con una autoridad nacional, sino con una empresa estatal (la ENEE). Esto no impide la aplicación de la exclusión establecida en el Artículo 10.13(5) puesto es evidente que no todas las compras públicas son ejecutadas por las autoridades centrales de gobierno. En ese sentido, por ejemplo, en el contexto de la OMC, se ha confirmado que las compras públicas pueden ser realizadas, en general, por “entities acting for or on behalf of government,” y que esto se determina a partir de las “competences conferred on the entity concerned and by whether that entity acts for or on behalf of government.”²¹⁸ Además, puede ser el caso que las compras públicas se lleven a cabo a través de un intermediario o de una combinación de múltiples entidades, que no sean agencias gubernamentales, sino actores privados o entidades que sean propiedad o estén bajo el control del Estado.²¹⁹ Este puede ser el caso de las “state enterprises,” que el Tratado define como “an enterprise that is owned, or controlled through ownership interests, by a Party.”²²⁰

168. *Por último*, se ha interpretado que una actividad es “para fines gubernamentales” o “para cubrir las necesidades de los poderes públicos” cuando los bienes o servicios objeto de las respectivas compras públicas son consumidos por el gobierno directamente o dirigidos por este a sus beneficiarios, en el ejercicio de sus funciones públicas.²²¹

²¹⁷ Observaciones sobre la Solicitud de Bifurcación, ¶ 60.

²¹⁸ Órgano de Apelación de la OMC, *Canadá—Determinadas medidas que afectan al sector de generación de energía renovable, Canadá—Medidas relativas al programa de tarifas reguladas*, OMC Doc. WT/DS412/AB/R, WT/DS426/AB/R (6 de mayo de 2013) (RL-088), ¶¶ 5.60-5.61.

²¹⁹ Informe del Grupo Especial, *Turquía — Determinadas medidas relativas a la producción, importación y comercialización de productos farmacéuticos, Notificación de una apelación presentada por Turquía de conformidad con el artículo 25 del Entendimiento Relativo a las Normas y Procedimientos por los que se rige la Solución de Diferencias (ESD), de conformidad con el párrafo 5 del Procedimiento Convenido para el Arbitraje previsto en el artículo 25 del ESD (Acuerdo de Arbitraje), y de conformidad con la regla 20 de los procedimientos de trabajo para el Examen en Apelación*, OMC Doc. WT/DS583/12 (28 de abril de 2022) (RL-108), ¶¶ 7.96-7.97.

²²⁰ CAFTA-DR (CL-001), Art. 2.1.

²²¹ Informe del Grupo Especial, *Turquía — Determinadas medidas relativas a la producción, importación y comercialización de productos farmacéuticos, Notificación de una apelación presentada por Turquía de conformidad con el artículo 25 del Entendimiento Relativo a las Normas y Procedimientos por los que se rige la Solución de Diferencias (ESD), de conformidad con el párrafo 5 del Procedimiento Convenido para el Arbitraje previsto en el artículo 25 del ESD (Acuerdo de Arbitraje), y de conformidad con la regla 20 de los procedimientos de trabajo para el Examen en Apelación*, OMC Doc. WT/DS583/12 (28 de abril de 2022) (RL-108), ¶¶ 7.41; Órgano de Apelación

b. Las protecciones sustantivas del Artículo 10.04 no son aplicables en este caso

169. En este caso, el reclamo de los Demandantes nace de un contrato de suministro de energía eléctrica entre Pacific Solar y la ENEE, a saber, el PPA. El PPA establece que la ENEE comprará la energía generada por la Planta Nacaome que supuestamente es de propiedad de los Demandantes.²²² Así, el comprador es la ENEE y el vendedor es Pacific Solar.²²³ Es evidente, entonces, que el objeto del PPA es el suministro de energía, y que sus partes son la ENEE y Pacific Solar. A primera vista, esto no deja lugar a duda de que el negocio subyacente a este arbitraje es una contratación pública.

170. No obstante, los Demandantes se oponen y establecen para tal efecto una distinción artificial entre “measures that violate Honduras’s commitments under the Agreements” y “measures relating to the process by which the Government “obtained” the Agreements.”²²⁴ Esta distinción es poco clara y los Demandantes no han explicado de manera suficiente su significado ni su relevancia. Honduras entiende que lo que quieren decir los Demandantes es que las medidas presuntamente violatorias del Tratado no están relacionadas con el “proceso” a través del cual el Gobierno obtiene bienes o servicios.²²⁵ Con esto, los Demandantes sugieren que la exclusión establecida en el Artículo 10.13 requiere analizar “whether the dispute arises out of a process by which the Government obtains or acquires goods.”²²⁶ Este requisito no aparece en ninguna parte de la disposición respectiva, lo que demuestra que los Demandantes intentan crear condiciones que no están previstas en el Tratado, ni pueden derivarse de su objeto y propósito. Como se verá a lo largo de esta sección, la argumentación de los Demandantes para importar una cláusula paraguas es tan artificial que tiene que recurrir a esta estrategia más de una vez.

de la OMC, *Canadá—Determinadas medidas que afectan al sector de generación de energía renovable, Canadá—Medidas relativas al programa de tarifas reguladas*, OMC Doc. WT/DS412/AB/R, WT/DS426/AB/R (6 de mayo de 2013) (RL-088), ¶¶ 5.66-5.68.

²²² Contrato No. 002-2014 (C-001), Cláusula 2.1.

²²³ *Ibid.*

²²⁴ Observaciones sobre la Solicitud de Bifurcación, ¶ 60.

²²⁵ Honduras se reserva el derecho de reformular su posición frente a cualquier aclaración o cambio por parte de los Demandantes a su argumento.

²²⁶ Observaciones sobre la Solicitud de Bifurcación, ¶ 61.

171. En cualquier caso, incluso si el argumento de los Demandantes tuviera alguna lógica interna (*quod non*), lo cierto es que la disputa surge precisamente de un proceso de compra pública, lo que excluye la reclamación de los Demandantes del ámbito del Tratado. Los acuerdos de compraventa de energía eléctrica, o bien, PPAs constituyen, por definición, el mecanismo mediante el cual los Estados “obtienen o adquieren” energía eléctrica. De ahí su denominación como contratos de “compraventa” de energía. Los propios Demandantes han reconocido en reiteradas ocasiones que sus reclamaciones derivan esencialmente del impago de facturas bajo el PPA entre la ENEE y Pacific Solar.²²⁷ Según los Demandantes, aunque el PPA “tiene por objeto el suministro de energía y potencia,”²²⁸ no califica como un “agreement for the “supply of electric energy” by ENEE.”²²⁹ En otras palabras, para los Demandantes, aunque el PPA tiene la estructura, objeto y las partes de un PPA, en realidad sería algo distinto. Su posición no tiene ningún sentido ni sustento fáctico ni jurídico, ya sea bajo derecho hondureño o internacional y debe ser rechazado en consecuencia. En tan solo una nota a pie de página en sus Observaciones sobre la Solicitud de Bifurcación, los Demandantes intentan explicar su argumento. Ahí, reconocen que “the PPA certainly provides for ENEE’s obligation to purchase (and pay for) electricity from Pacific Solar,” lo que coincide completamente con la interpretación de Honduras, pero añaden que “ENEE’s commitments are not limited to this purchasing obligations [...] including the building and commissioning a 50 MW PV Plant.”²³⁰

172. Honduras no cuestiona que el PPA contemple otros objetivos y prestaciones, lo cual es habitual en este tipo de acuerdos para proyectos complejos. No obstante, ello no significa que la existencia de estas otras disposiciones desvirtúa la naturaleza del PPA como una contratación pública ni que deje de ser una de las situaciones excluidas del ámbito de aplicación del Artículo 10.13. Más aún, incluso si se aceptara (*quod non*) que estas otras prestaciones pudieran alterar la naturaleza del PPA como una compra pública —lo cual su propio texto desmiente al dejar claro que su objeto es el suministro de energía a una empresa del Estado— las reclamaciones de los Demandantes están directamente relacionadas con el componente del PPA que se refiere a este

²²⁷ Véase, p. ej., Memorial de Demanda, §§ II(F)(1)(b), II(F)(2)(a), V(B)(1).

²²⁸ Contrato No. 002-2014 (C-001). Cláusula 2.1.

²²⁹ Observaciones sobre la Solicitud de Bifurcación, ¶ 61.

²³⁰ Observaciones sobre la Solicitud de Bifurcación, ¶ 61, nota 204.

suministro, no con otros aspectos, como la construcción de la planta. Por lo tanto, no existe base alguna para calificar el PPA en este caso y al marco de esta disputa, como algo más que un contrato sobre una compra pública.

173. Como se verá más adelante, si la disputa no surgiera esencialmente de estas obligaciones contractuales, los Demandantes no tendrían la necesidad de insistir, a través de interpretaciones forzadas y erróneas del Tratado, en que las cláusulas paraguas pueden ser importadas de otros tratados. Es manifiestamente contradictorio que los Demandantes, por un lado, exijan el pago de facturas pendientes por estos conceptos y, por otro, sostengan que la disputa no surge de esas mismas obligaciones. La única explicación para esta incongruencia es que los Demandantes buscan ocultar la verdadera naturaleza contractual de su reclamación tras una compleja secuencia de medidas —muchas de las cuales ni siquiera han sido adoptadas— con el fin de forzar su encaje dentro del ámbito de protección del Tratado. De esta manera, intentan abrir a la fuerza las puertas del arbitraje de inversión para litigar un asunto que, en esencia, es estrictamente contractual.²³¹

174. Asimismo, es evidente que la ENEE es una empresa estatal. Bajo el derecho hondureño, la ley mediante la cual se creó la entidad indica en su primer artículo que se trata de **“un organismo autónomo de servicio público.”**²³² A su vez, el Artículo 45 de esta misma norma establece, sin ambigüedades, que la empresa es “un organismo del Estado.”²³³ El Artículo 53 de la Ley General de la Administración Pública indica que “[l]as empresas públicas son las que se crean para desarrollar actividades económicas al servicio de fines diversos y que no adoptan la forma de sociedad mercantil.”²³⁴

175. Por otro lado, la energía eléctrica es un bien que la ENEE adquiere de las generadoras y su propósito es distribuir esta energía para el cumplimiento de un fin público: suministrar electricidad a la población de Honduras. Nuevamente, la ley de creación de la ENEE indica en sus Artículos 2 y 3 el objeto y las atribuciones de esta, que incluyen “promover el

²³¹ Véase *infra* § III.F.

²³² Decreto No. 48 de 1957 (C-006), Art. 1.

²³³ *Ibid.*, Art. 45.

²³⁴ Ley General de la Administración Pública (Decreto No. 146-86) (29 de octubre de 1966) (C-061), Art. 53.

desarrollo de la electrificación del país” y “comprar y vender energía eléctrica y los servicios relacionados con ella.”²³⁵ Los propios Demandantes confirman que actores clave como el Ministro Tejada, y la propia Demandada, han aclarado que el objetivo del PPA es el “supply of electricity to the country” y que “[i]t cannot be disputed that the purchase of electricity by the ENEE includes a governmental purpose.”²³⁶ Así, este no es un punto en controversia entre las Partes.

176. Por consiguiente, es claro que las transacciones que son objeto del PPA cumplen con los criterios de una contratación pública bajo el Tratado y están expresamente excluidas del ámbito de aplicación del trato de NMF. Pero incluso si quedara cualquier duda, la jurisprudencia internacional bajo el TLCAN confirma la posición de Honduras.

177. La decisión en *Mercer c. Canadá* es de especial relevancia en este contexto, pues también consistía en un contrato de compraventa de energía y el tribunal determinó que el mismo estaba excluido en virtud de la reserva del tratado sobre compras públicas.²³⁷ Igualmente, en *Mesa Power c. Canadá*, el tribunal también decidió que un programa en virtud del cual el Gobierno de Ontario compraba energía para distribución final a los ciudadanos constituía una “compra pública” en el marco del TLCAN.²³⁸ Ambos casos son análogos a la controversia que subyace los reclamos de los Demandantes y por tanto llevan al mismo resultado: la exclusión de compras públicas es aplicable y la disposición de NMF no puede ser invocada.

178. Resulta particularmente revelador que, ante los precedentes claros citados por Honduras—que involucran una disposición idéntica en el TLCAN y un patrón de hechos

²³⁵ Decreto No. 48 de 1957 (C-006), Arts. 2 y 3.

²³⁶ Observaciones sobre la Solicitud de Bifurcación, ¶ 71.

²³⁷ *Mercer International Inc. c. Canadá*, Caso CIADI No. ARB(AF)/12/3, Laudo (6 de marzo de 2018) (RL-038), ¶ 6.47 (“Accordingly, the Tribunal finds that Celgar’s GBL, as a contractual term (but not otherwise), was integral to the procurement function of the 2009 EPA. Accordingly, the Tribunal (by a majority) decides that Celgar’s GBL, as part of the 2009 EPA, falls within the procurement exception in NAFTA Article 1108(7)(a).”).

²³⁸ *Mesa Power Group LLC c. Gobierno de Canadá*, Caso CPA No. 2012-17, Laudo (24 de marzo de 2016) (RL-031), ¶ 448. (“On the basis of this description, the Tribunal comes to the conclusion that the FIT Program constitutes ‘procurement.’ By way of the FIT Program, the Government of Ontario purchases electricity through the OPA for the use of and for the ultimate benefit of the people of Ontario. The FIT Program bears all the hallmarks of procurement that have been described above. It was introduced to create a green economy and stimulate job creation. It was designed following extensive consultations with stakeholders and launched by formal announcements of the Government. Applicants to the Program were rigorously screened through prescribed (and publicized) criteria in a competitive, open process to which any interested person could apply.”).

análogo—los Demandantes se limiten a señalar que el TLCAN, a diferencia del Tratado, no define el término “procurement” y, por lo tanto, estos precedentes están “misplaced and should therefore be given little weight in considering Honduras’s MFN carve-out objection.”²³⁹ Sin embargo, la definición de “procurement” no es relevante en este caso, ya que, como es ampliamente conocido, el CAFTA-DR sigue muy de cerca las reglas del TLCAN al ser un tratado precursor del mismo. En este sentido, no hay ninguna evidencia que la inclusión de una definición de “procurement” en el Tratado haya pretendido modificar de manera sustancial el sentido del “carve-out” del TLCAN que le sirvió de base.

179. En virtud de todo lo anterior, el Tribunal debe declarar que carece de jurisdicción para conocer el reclamo de los Demandantes, ya que la exclusión expresa en el Artículo 10.13(5) del Tratado elimina cualquier obligación de otorgar trato NMF en el contexto de compras públicas. Este enfoque no solo respeta el texto y el propósito del Tratado, sino que también protege la soberanía de las Partes Contratantes y evita abusos al sistema de arbitraje internacional.

2. No existe una base legal para importar estándares de otros tratados a partir de una cláusula de NMF como la del Artículo 10.04 del Tratado

180. Sin perjuicio de lo señalado en la sección anterior respecto al “carve-out,” en términos generales, el Artículo 10.04 del Tratado que los Demandantes invocan no permite la importación de estándares de otros tratados. En efecto, una cláusula de NMF tiene el propósito de evitar la discriminación entre inversionistas en circunstancias similares, no de crear derechos sustantivos que no estén expresamente previstos en el tratado base. Como afirma el Prof. Douglas, “[t]he MFN clause operates to secure more favourable treatment for the claiming party; it does not operate to rewrite the terms of a treaty in respect of which the claimant is not even a signatory.”²⁴⁰

²³⁹ Observaciones sobre la Solicitud de Bifurcación, ¶ 61.

²⁴⁰ Z. Douglas, “The MFN Clause in Investment Arbitration: Treaty Interpretation Off the Rails,” 2 *Journal of International Dispute Settlement* 97 (2011) (RL-079), pág. 105 (énfasis omitido). Véase también T. Cole, “The Boundaries of Most Favored Nation Treatment in International Investment Law,” 33 *Michigan Journal of International Law* 537 (2012) (RL-082), pág. 560 (explicando que la incorporación por referencia de disposiciones de un número ilimitado de tratados “would potentially be transformed into a replacement for the treaty itself, gathering any more favorable treatment offered to any third party while avoiding any restrictions.”). La Corte de Apelaciones de París, al anular un laudo preliminar del tribunal en *DS Construction FZCO c. Libia* —que permitía el uso de las disposiciones NMF para importar disposiciones de acuerdos de terceros— ya sostuvo que “the ambiguous references [included in Article 8] to the ‘context of economic activity’ and to ‘rights and privileges’ do not allow [the Court] to consider that they may extend to the procedural advantages of dispute settlement provided for in other investment protection treaties.” Véase *Estado de Libia c. D.S. Construction FZCO*, Corte de Apelaciones de París No. RG 18/05756, Sentencia (23 de marzo de 2021) (RL-105), ¶ 101 (“the equivocal references to ‘the context of the economic

Asimismo, en *VEB c. Ucrania*, el tribunal confirmó que la disposición de NMF “does not import other standards of protection, such as FET. Rather, it amounts to a non-discrimination standard that only and specifically precludes the application of measures of a discriminatory character that could interfere with the management and disposal of the investment in question.”²⁴¹

181. En este caso, no puede usarse la cláusula de NFM para importar una cláusula paraguas a un tratado que no la tiene. Las cláusulas paraguas permiten elevar disputas contractuales entre el inversionista y el Estado anfitrión al nivel de una violación internacional bajo un tratado de inversión. No es un hecho en disputa que el Tratado no incluye una cláusula paraguas. Si la incluyera, los Demandantes la invocarían en vez de pretender provocar su aplicación a través de un argumento artificial bajo el Artículo 10.04 del Tratado. La disputa entonces es si esta cláusula se puede importar a través de la cláusula de NMF. Como se demuestra a continuación, no se puede.

182. Si los Estados Parte hubieran tenido la intención de incluir una cláusula paraguas, la habrían hecho.²⁴² Sin embargo, no lo hicieron. Por lo tanto, usar las cláusulas de NMF para importar estándares de otros tratados resulta en una modificación *de facto* de lo acordado por las Partes Contratantes. Esto es trascendental ya que, en la interpretación de estas cláusulas, el Tribunal debe referirse primero a la intención de las Partes Contratantes, tal como lo sostuvo el tribunal en *Telenor c. Hungría* al aclarar que, al interpretar una cláusula de NMF, “what has to be applied is not some abstract principle of investment protection in favour of a putative investor who

activity’ and to ‘rights and privileges’ do not allow to judge that they can be extended to the procedural advantages of dispute settlement provided in other investment protection treaties.”). La República afirma respetuosamente que no debería ser diferente con respecto al intento de los Demandantes de fabricar jurisdicción sobre una causa de acción que no aparece en el Tratado.

²⁴¹ *State Development Corporation “VEB.RF” c. Ucrania*, Caso SCC No. V2019/088, Laudo Parcial sobre Objeciones Preliminares (31 de enero de 2021) (**RL-104**), ¶ 269.

²⁴² *Teinver S.A., Transportes de Cercanías S.A. y Autobuses Urbanos del Sur S.A. c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/09/1, Laudo (21 de julio de 2017) (**CL-102**), ¶ 884 (“In the Tribunal’s view, in interpreting the scope of the MFN Clause contained in Article IV(2) of the Treaty, meaning must be given to the critical words ‘[i]n all matters governed by this Agreement.’ According to Claimants, this language should be interpreted as referring generally to the protection of foreign investors. This interpretation is too broad and disregards the reference to all ‘matters’ governed by the Treaty. In the Tribunal’s view, the plain and ordinary meaning of this language is to refer to the various rights or forms of protection contained in the individual provisions of the Treaty. The Tribunal accepts that the parties to the Treaty were in all likelihood aware of the existence of umbrella clauses and if they had intended to include such a clause in the Treaty, they would have done so. According to Respondent, use of the MFN Clause to incorporate an umbrella clause into the Treaty would result in the incorporation of a new right or standard of treatment not provided for the Treaty. On the basis of the specific language used by the Parties in the Treaty, the Tribunal finds this argument persuasive.”).

is not a party to the BIT and who at the time of its conclusion is not even known, **but the intention of the States who are the contracting parties.**²⁴³ Asimismo, el tribunal en *Vercara c. Colombia* indicó que, para usar una cláusula de NMF como instrumento para importar estándares de otros acuerdos, se requiere establecer que la intención de las partes del tratado relevante era “eludir la cláusula más restrictiva” para “en cambio importar una obligación más amplia.”²⁴⁴ Los Demandantes no han presentado, ni mucho menos probado, su argumento.

183. Además, permitir la importación de estándares de otros tratados crea un precedente peligroso de *treaty shopping* bajo el cual los inversionistas podrían simplemente seleccionar “a la carta” los estándares que les resulten más convenientes para litigar un caso, en vez de sujetarse a lo expresamente acordado por las Partes Contratantes. Este abuso del sistema de arbitraje de inversiones no solo desvirtúa el propósito de los tratados, sino que también amenaza con erosionar la confianza en el sistema.

184. Es indiscutible que los Demandantes buscan importar una cláusula paraguas de otros tratados porque su reclamo es inherentemente contractual y está excluido de la protección del Tratado. Los propios Demandantes confirman esta intención al citar casos como *Enron c. Argentina*, argumentando que estos tribunales determinaron que “state commitments under both laws and contracts may be covered by an umbrella clause.”²⁴⁵ Como ya se evidenció, la excepción en el Artículo 10.13(5) asegura que las Partes Contratantes puedan preservar su soberanía en asuntos relacionados con compras públicas. En consecuencia, los Demandantes buscan transformar una disputa contractual explícitamente excluida bajo el Tratado en una de inversión a través de estándares que no son aplicables a este arbitraje. Este intento de reescribir el Tratado debe ser rechazado por el Tribunal, confirmando su falta de jurisdicción.

²⁴³ *Telenor Mobile Communications A.S. c. Hungría*, Caso CIADI No. ARB/04/15, Laudo (13 de septiembre de 2006) (RL-072), ¶ 95 (énfasis añadido).

²⁴⁴ *Neustar, Inc. y Vercara, LLC c. República de Colombia*, Caso CIADI No. ARB/20/7, Laudo (20 de septiembre de 2024) (RL-111), ¶ 726.

²⁴⁵ Memorial de Demanda, ¶ 334.

185. La estrategia de los Demandantes también debe ser rechazada porque confunde estándares claramente distintos, en acuerdos diferentes y autónomos. Como lo explicó el tribunal en *Ickale c. Turkmenistán*, entre otros,²⁴⁶ las disposiciones de NMF de un tratado:

[...] **cannot be read, in good faith, to refer to standards of investment protection included in other investment treaties between a State party and a third State.** The standards of protection included in other investment treaties create legal rights for the investors concerned, which may be more favorable in the sense of being additional to the standards included in the basic treaty, but such differences between applicable legal standards cannot be said to amount to “treatment accorded in similar situations,” without effectively denying any meaning to the terms “similar situations.”²⁴⁷

186. Estas importaciones son especialmente sensibles en materia de admisibilidad y jurisdicción. En *Tecmed c. México*, el tribunal decidió que los requisitos de admisibilidad de una reclamación bajo el TLCAN “are necessarily a part of the essential core of negotiations of the Contracting Parties; it should therefore be presumed that they would not have entered into the Agreement in the absence of such provisions.” y, por tanto, “fall outside the scope of the most favored nation clause.”²⁴⁸ Esta decisión es particularmente relevante porque rescata el valor de

²⁴⁶ *Veolia Propreté c. República Árabe de Egipto*, Caso CIADI No. ARB/12/15, Decisión sobre Objeciones a la Jurisdicción (13 de abril de 2015) (RL-089), ¶ 154 (“notwithstanding the contradictory conclusions arrived at by various arbitral awards as to whether the FET standard may be considered in international investment law to cover other standards such as FPS and an umbrella clause, **this Tribunal is of the view that an MFN clause [...] cannot be used to introduce into the treaty other autonomous standards of international investment law such as the FPS clause or the umbrella clause.** Indeed, each of these standards stands on its own and they should neither be conflated nor considered to belong to the same category or the same subject-matter under an MFN clause.”); *Société Générale en représentation de DR Energy Holdings Limited y Empresa Distribuidora de Electricidad del Este, S.A. c. República Dominicana*, Caso LCIA No. UN 7927, Objeciones Preliminares a la Jurisdicción (19 de septiembre de 2008) (RL-074), ¶ 41 (“Each treaty defines what it considers a protected investment and who is entitled to that protection, and definitions can change from treaty to treaty. In this situation, resort to the specific text of the MFN Clause is unnecessary because it applies only to the treatment accorded to such defined investment, but not to the definition of ‘investment’ itself.”); *Muhammet Çap & Sehil İnşaat Endüstri ve Ticaret Ltd. Şti. c. Turkmenistán*, Caso CIADI No. ARB/12/6, Laudo (4 de mayo de 2021) (RL-106), ¶ 789. (“The tribunal in *Içkale v Turkmenistan* concluded on the facts in that case that “given the limitation of the scope of application of the MFN clause to ‘similar situations’, it cannot be read, in good faith, to refer to standards of investment protection included in other investment treaties between a State party and a third State. The Tribunal concurs with this rationale and decision which is equally applicable to this case.”).

²⁴⁷ *Içkale İnşaat Limited Şirketi c. Turkmenistán*, Caso CIADI No. ARB/10/24, Laudo (8 de marzo de 2016) (RL-091), ¶ 329.

²⁴⁸ *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/00/2, Laudo (29 de mayo de 2003) (CL-036), ¶ 74.

consentimiento de los Estados como la base sobre la cual operan los acuerdos de inversión y, por consiguiente, sobre la cual se construye la legitimidad del sistema de solución de controversias inversionista-Estado, incluyendo naturalmente la jurisdicción de los tribunales arbitrales.

187. De igual manera, en *AIY Ltd. c. República Checa*, el tribunal se basó en las decisiones de *Hochtief, Plama* y *EURAM*, y recordó que es un principio bien establecido que la cláusula de NMF no puede usarse para crear el consentimiento de las partes del tratado a reclamaciones no cubiertas por este, “unless the Contracting Parties clearly and explicitly agreed thereto.”²⁴⁹ En consecuencia, para poder valerse del Artículo 10.04 del Tratado como un instrumento para importar protecciones sustantivas de otro acuerdo, los Demandantes tendrían que demostrar que esa era la intención de los Estados Parte, pero no lo han hecho. Esta carga debería acreditarse siguiendo las reglas de interpretación del derecho internacional consuetudinario, no citando indiscriminadamente laudos arbitrales que parecerían apoyar la posición de los Demandantes pero que, en realidad, no lo hacen ya que fueron emitidos bajo acuerdos diferentes al Tratado y, por lo tanto, no reflejan la intención de sus Partes Contratantes.

188. De hecho, los antecedentes citados por los Demandantes en supuesto apoyo de su interpretación del uso de las cláusulas de NMF han sido fuertemente criticados. Con respecto al caso *Maffezini c. España*, el tribunal en *ADF c. Estados Unidos*, un caso bajo el TLCAN—cuyas disposiciones son muy similares o idénticas a las del Tratado—aclaró que “Maffezini does not set out in any detail the basis for the above ruling and hence does not provide much guidance.”²⁵⁰ Asimismo, en *Salini c. Jordania*, el tribunal desestimó el argumento del inversionista que pretendía extender la jurisdicción del tribunal a reclamos contractuales a través de una cláusula de NMF. En particular, el tribunal expresó su preocupación sobre el antecedente en *Maffezini c. España*,

²⁴⁹ *AIY Ltd. c. República Checa*, Caso CIADI No. UNCT/15/1, Decisión sobre Jurisdicción (9 de febrero de 2017) (RL-096), ¶¶ 103-104; *Plama Consortium Limited c. República de Bulgaria*, Caso CIADI No. ARB/03/24, Decisión sobre Jurisdicción (8 de febrero de 2005) (RL-067), ¶ 198; *European American Investment Bank AG (Austria) c. República Eslovaca*, Caso CPA No. 2010-17, Laudo sobre Jurisdicción (22 de octubre de 2012) (RL-087), ¶¶ 448, 450; *Hochtief AG c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/07/31, Decisión sobre Jurisdicción (24 de octubre de 2011) (RL-016), ¶¶ 79 *et seq.*

²⁵⁰ *ADF Group Inc. c. Estados Unidos de América*, Caso CIADI No. ARB(AF)/00/1, Laudo (9 de enero de 2003) (CL-010), ¶ 197.

reconociendo que esta decisión había sido ampliamente cuestionada y daba lugar a incertidumbre y mayores riesgos de *treaty shopping*.²⁵¹

189. Los Demandantes afirman que “It Is Well-Accepted That MFN Enables the Importation of Substantive Protections in Other Investment Treaties.”²⁵² Esto es falso. Aunque los Demandantes sostienen que su postura está respaldada por “[m]any tribunals,”²⁵³ solo citan tres casos que, además, sacan de contexto, tal como Honduras explicará más adelante. Resulta revelador que, al mismo tiempo, sostengan que la posición de Honduras se basa “on a minority of arbitral tribunals,” sin dar mayores explicaciones de qué constituye una posición minoritaria.²⁵⁴ En cualquier caso, Honduras destaca que ha citado numerosos casos que confirman su interpretación, mientras que la Demandante vuelve una y otra vez sobre las mismas decisiones que han sido cuestionadas por la doctrina e incluso por otros tribunales arbitrales.

190. En ese contexto, no sorprende que, a pesar de haber tenido la oportunidad de desarrollar su argumento tras la Solicitud de Bifurcación de Honduras, los Demandantes se limitaron a reiterar los mismos tres casos, que, según ellos, representan la opinión de “many investment tribunals” y dan lugar a un “well-established principle.”²⁵⁵ Ciertamente, esta caracterización dista mucho de lo que el derecho internacional entiende por un principio legal bien establecido.

191. Además, los casos *Arif c. Moldavia* y *EDF c. Argentina* que los Demandantes citan son inapropiados. Los tribunales arbitrales en ambos casos aplicaron una interpretación “mecánica” de la cláusula de NMF, ignorando la voluntad de los Estados parte y sus disposiciones específicas. Como explican Dolzer y Schreuer: “[w]hen the MFN rule is applied in [...] a mechanical manner, the effect may be to replace the negotiated substance of the treaty.”²⁵⁶ Eso es

²⁵¹ *Salini Costruttori S.p.A. e Italstrade S.p.A. c. Reino Hachemita de Jordania*, Caso CIADI No. ARB/02/13, Decisión sobre Jurisdicción (9 de noviembre de 2004) (RL-065), ¶ 115.

²⁵² Memorial de Demanda, § IV.C.1.

²⁵³ *Ibid.*, ¶ 325.

²⁵⁴ Observaciones sobre la Solicitud de Bifurcación, ¶ 58.

²⁵⁵ *Ibid.*, ¶ 59, nota 199.

²⁵⁶ R. Dolzer & C. Schreuer, “Investment Contracts” en *Principles of International Investment Law* (2012) (RL-017), pág. 207 (“A literal application of an MFN clause may indeed have the effect of transferring a regime into the treaty in an area that the parties specifically negotiated and that they regulated in the treaty in a manner distinct from the

precisamente lo que ocurrió en esos casos, lo que llevó a críticas de su razonamiento y a que estos pierdan valor como evidencia legal.²⁵⁷

192. En cuanto al caso de *White Industries c. India*, los Demandantes omiten mencionar que la discusión sobre el uso de la cláusula de NMF en ese arbitraje no estaba relacionada con la importación de derechos procesales, y mucho menos con una cláusula paraguas. En realidad, el debate se centró en la aplicación del estándar de “effective means” en lugar del estándar de “denegación de justicia” que incluía el tratado aplicable. Por las razones ya expuestas, las cláusulas de NMF no pueden utilizarse para intercambiar protecciones, sean sustantivas o procesales. Sin embargo, resulta llamativo que los Demandantes no reparen en esta diferencia fundamental

substance of the referenced treaty.”). Véase también *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/00/2, Laudo (29 de mayo de 2003) (CL-036), ¶ 69 (rechazando la importación de una disposición de un tratado diferente a través de una cláusula NMF porque la disposición iba a “the core of matters that must be deemed to be specifically negotiated by the Contracting Parties” y “directly linked to the identification of the substantive protection regime applicable to the foreign investor [...]”).

El laudo en el caso *Al Warraq c. Indonesia* ha sido específicamente criticado por aplicar incorrectamente las reglas de interpretación relevantes para la cláusula de Nación Más Favorecida. Véase S. Batifort & J. B. Heath, *The New Debate on the Interpretation of MFN Clauses in Investment Treaties: Putting the Brakes on Multilateralization*, 111 *American Journal of International Law* 873 (2018) (RL-099), págs. 895-896 (“[The tribunal] analysis is in line with a strong presumption that MFN clauses are designed to import standards of treatment [...]. **The tribunal’s approach, however, is not necessarily in line with the interpretive tools that the tribunal purported to apply, which might have counseled a bottom-up, rather than top-down, approach.** As originally formulated, the *ejusdem generis* principle, which the *Al-Warraq* tribunal applied, is not satisfied simply by noting that the third-party treaty is of the same kind as the basic treaty. Instead, [...] the principle of *ejusdem generis* focuses on whether the benefit invoked is of the same kind as that contemplated in the MFN clause. **Applied in this way, the *ejusdem generis* principle directs the interpreter not to the broad purposes of the basic and target treaties, but rather to the specific terms of the MFN clause at issue. This approach would have led the *Al-Warraq* tribunal to grapple with the ‘economic activity’ language before reaching a conclusion in principle on the ability of the MFN clause to import other treaty standards.**”) (énfasis añadido). Véase también *Daimler Financial Services AG c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/05/1, Laudo (22 de agosto de 2011) (RL-081), ¶¶ 214-215 (donde el tribunal explica que “[o]ne may observe in the two treaties, to use the ILC’s words, ‘a substantial identity between the subject-matter of the two sets of clauses concerned.’ Moreover, there is a clear and logical connection between the subject matter of the clauses and the subject matter of the invoked treaties. [...] The *ejusdem generis* rule merely identifies the outer limit of the clauses’ field of application; it cannot tell us which particular subject matters, within that outer limit, the clauses were actually intended to cover. **As stressed by the *Ambatielos* Commission, the latter question ‘can only be determined in accordance with the intention of the Contracting Parties as deduced from a reasonable interpretation of the Treaty’. This is so, in the ILC’s words, because ‘States cannot be regarded as being bound beyond the obligations they have undertaken.**”) (énfasis añadido). La misma crítica se aplica al caso *KCI c. Gabón*, en el que el tribunal basó su decisión únicamente en la decisión del tribunal de *Al-Warraq*. Véase *Kontinental Conseil Ingenierie c. República de Gabón*, Caso CPA No. 2015-25, Laudo Final (23 de diciembre de 2016) (RL-093), ¶ 169 (“The tribunal constituted in the case *Al Warraq v. Indonesia* has indeed made the same interpretation and application of Article 8 of the Agreement.”) (traducción de la República, original en francés: “*Le tribunal constitué dans l’affaire Al Warraq c. Indonésie a d’ailleurs fait la même lecture et application de l’article 8 de l’Accord.*”).

entre protecciones de uno y otro tipo, y que citen el caso *White Industries* como un supuesto precedente que respalda su postura, a pesar de que claramente no es un caso análogo.

193. Además, los Demandantes citan una publicación académica sobre la decisión en el caso *White Industries* que, según ellos, demuestra que “the importation of substantive provisions through MFN provisions is not controversial.”²⁵⁸ Sin embargo, la cita de los Demandantes es engañosa ya que omite el contenido anterior y posterior a la misma oración, en el cual la autora reconoce que este uso de las cláusulas de NMF ha sido asociado al *treaty shopping* y que la importación de mecanismos de solución de controversias, como una cláusula paraguas, a través de una cláusula de NMF es, de hecho, controversial.²⁵⁹

194. Es más, la literatura especializada confirma que la interpretación adoptada por el tribunal en el caso citado por los Demandantes “enabled White Industries to indulge in treaty shopping and arrive at a result that India did not anticipate.”²⁶⁰ Asimismo, otros autores han señalado que la interpretación de la cláusula de NMF en dicho caso fue mecánica y que el tribunal no hizo análisis alguno del texto del tratado aplicable.²⁶¹ Como demuestran otras publicaciones, si algo hizo esa decisión fue causar una preocupación en el Estado demandado respecto de las cláusulas de NMF y llevar a su eliminación en el TBI Modelo de este país.²⁶² Ciertamente, estas

²⁵⁸ Memorial de Demanda, ¶ 328, nota 650. Véase I. Kalnina, “White Industries v. The Republic of India: A Tale of Treaty Shopping and Second Chances,” 9 *Transnat’l Disp. Mgmt.* 1 (CL-142), pág. 6.

²⁵⁹ I. Kalnina, “White Industries v. The Republic of India: A Tale of Treaty Shopping and Second Chances,” 9 *Transnat’l Disp. Mgmt.* 1 (CL-142), pág. 6 (“Similarly, **in the context of MFN treatment, the term “treaty shopping” has been used to refer to importing provisions from third treaties concluded with the host State.** There is no negative connotation to the term per se and, as also observed by the Tribunal in White, **the debate about the appropriateness of MFN use only questions the importation through an MFN clause of dispute resolution mechanisms.** whereas the importation of substantive provisions is not at all controversial”) (énfasis añadido).

²⁶⁰ P. Ranjan, “The White Industries Arbitration: Implications for India’s Investment Treaty Program, Investment Treaty News,” disponible en <https://www.iisd.org/itn/2012/04/13/the-white-industries-arbitration-implications-for-indias-investment-treaty-program/> (13 de abril de 2012) (RL-084).

²⁶¹ S. Batifort & J. B. Heath, *The New Debate on the Interpretation of MFN Clauses in Investment Treaties: Putting the Brakes on Multilateralization*, 111 *American Journal of International Law* 873 (2018) (RL-099), págs. 893-895.

²⁶² A. Singh, “Avoiding the MFN Clause: One Step Forward, Two Steps Back?,” *Kluwer Arbitration Blog*, disponible en <https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2018/12/01/avoiding-mfn-clause-one-step-forward-two-steps-back> (1 de diciembre de 2018) (RL-102) (“Now, it is to be noted that based on the previous model, India used to have a MFN provision in the BIT. But the MFN clause has been completely excluded in the new model BIT. Moreover, it is not surprising that India has excluded the MFN provision due to the problems it faced in the White Industries case where Australia invoked the ‘effective means’ provision contained in the India-Kuwait BIT. Now it is very easy to conclude to the fact that India obviously did not want to grant the same remedy of effective means to Australia and that is why India formulated a balanced BIT”).

prácticas y antecedentes no sirven como fundamento para que los Demandantes avalen el uso táctico de las cláusulas de NMF.

195. Los Demandantes sostienen, además, que dado que los acuerdos de los cuales pretenden importar la cláusula paraguas (i.e., el TBI Honduras-Suiza y el TBI Honduras-Alemania) son anteriores al Tratado, los inversionistas extranjeros ya gozaban de estos derechos y, por lo tanto, “no cabe duda” de que protecciones como una cláusula paraguas deben ser extendidas. También citan el caso *Lopez-Goyne c. Nicaragua*, afirmando que el tribunal arbitral en el marco del CAFTA-DR ya reconoció esta postura.²⁶³ Sin embargo, la referencia de los Demandantes a este único caso está, nuevamente, fuera de contexto. En el mencionado arbitraje, la discusión tenía que ver con la aplicación de un estándar sustancial (i.e., el TJE contemplado en el Artículo 10.5 del Tratado *vis a vis* el incluido en el Artículo IV.1 del TBI España-Nicaragua), no respecto de sus efectos procesales (como lo es la cláusula paraguas en este caso), y en donde el propio tribunal consideró que las partes reclamantes “only allude to the MFN argument cursorily, without discussing the content of the FET standard [...] and much less showing that it is more favorable” por lo que “[t]he Tribunal need therefore not deal with this.”²⁶⁴

196. En este sentido, no cabe duda de que, si los acuerdos de los que se pretende tomar prestada la cláusula paraguas fueran posteriores al Tratado, el uso del trato de NMF para incorporar dicha cláusula en un acuerdo que no la contiene sería completamente inaceptable. Como lo señaló el tribunal en *Tecmed*, un ejercicio de esta naturaleza no solo generaría los problemas que ya ha identificado Honduras, sino que también plantearía serias complicaciones desde la perspectiva de la irretroactividad de los tratados (i.e., se estarían aplicando estándares de tratados posteriores a acuerdos que entraron en vigor antes).²⁶⁵ Sin embargo, es un *non sequitur* saltar de este punto a

²⁶³ Memorial de Demanda, ¶ 329, nota 651.

²⁶⁴ *The Lopez-Goyne Family Trust et al. c. República de Nicaragua*, Caso CIADI No. ARB/17/44, Laudo (1 de marzo de 2023) (CL-138), ¶ 431.

²⁶⁵ *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/00/2, Laudo (29 de mayo de 2003) (CL-036), ¶ 69 (“The Arbitral Tribunal is aware that the Claimant, relying on the decision in the case *Emilio Agustín Mafezzini v. Kingdom of Spain*, refers in its closing statement to the most favored nation treatment provided for in Article 8(1) of the Agreement in order to enable retroactive application in view of the more favorable treatment in connection with that matter which would be afforded to an Austrian investor under the bilateral treaty on investment protection between the United Mexican States and Austria of June 29, 1998. The Arbitral Tribunal will not examine the provisions of such Treaty in detail in light of such principle, because it deems that matters relating to the application over time of the Agreement, which involve more the time dimension of application of its substantive provisions rather than matters of procedure or jurisdiction, due to their significance and importance, go to the core of

decir que, como en este caso esos acuerdos preceden al Tratado, entonces “there can be little doubt that Claimants should be afforded the treatment contained under those treaties.”²⁶⁶ Ambos escenarios son improcedentes.

197. El hecho de que los acuerdos con los que los Demandantes quieren intercambiar disposiciones precedan al Tratado no apoya su uso táctico de estas protecciones. Si algo demuestra, es lo absurdo de su postura. Los Demandantes pretenden tomar una cláusula paraguas incluida en tratados firmados en la década de 1990 y, sacando ventajas indebidas del trato de NMF, revivirla en el Tratado, que fue negociado y suscrito casi una década después, cuando los Estados Contratantes decidieron expresamente no incluir dicha disposición. En la interpretación que los Demandantes intentan imponer a este Tribunal, los Estados miembros del CAFTA-DR serían responsables por lo escrito y lo no escrito. Este no es el diseño del sistema de protección de inversiones ni del derecho internacional público. ¿Qué sentido tendría que los Estados tomaran decisiones soberanas sobre la inclusión o exclusión de ciertas protecciones en sus tratados si, al final, pudieran ser considerados responsables también por lo que excluyeron? Estas incertidumbres han sido la causa de que varios Estados hayan aclarado su posición original respecto del uso expansivo del trato de NMF para importar protecciones de otros acuerdos.²⁶⁷

198. Aceptar la interpretación de los Demandantes pone a Honduras, y potencialmente a cualquier Estado, en una situación casi imposible: defenderse, en todas sus controversias de inversión, de los estándares de protección más altos que haya podido negociar alguna vez, incluso si estos son diferentes a los claramente acordados en el tratado objeto de la disputa. Esto supone

matters that must be deemed to be specifically negotiated by the Contracting Parties. These are determining factors for their acceptance of the Agreement, as they are directly linked to the identification of the substantive protection regime applicable to the foreign investor and, particularly, to the general (national or international) legal context within which such regime operates, as well as to the access of the foreign investor to the substantive provisions of such regime. Their application cannot therefore be impaired by the principle contained in the most favored nation clause.”).

²⁶⁶ Memorial de Demanda, ¶ 329.

²⁶⁷ Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, Resumen de los debates de la reunión sobre el Futuro de los Tratados de Inversión Track 2 (30 de noviembre de 2022) (**RL-110**), ¶ 21 (“A significant number of delegates also indicated that they viewed language that explicitly excludes dispute settlement arrangements from the scope of MFN as a mere clarification of treaty language in existing treaties and confirmed that unspecified MFN clauses in their jurisdictions’ earlier generation treaties should not be interpreted as to include dispute settlement arrangements in the scope of MFN. In that regard, several delegates also explained that their governments did not insist on systematically adding such clarifying language in all of their new treaties as they deemed that their earlier treaty language on MFN—even when dispute settlement arrangements are not explicitly excluded from the scope of MFN—was clear enough.”).

además coartar la capacidad de negociación de los Estados frente a nuevos acuerdos, con estándares mejorados, y quitarle *de facto* los efectos jurídicos materiales a estos tratados. Por esta misma razón, como lo notó el tribunal en *Chemtura c. Canadá*, los tres Estados parte del TLCAN se han opuesto a esta interpretación de la respectiva cláusula.²⁶⁸ Honduras no ve razones de peso, y mucho menos las han ofrecido los Demandantes, para que el Tribunal se separe de esta postura en el presente caso.

199. Pero el argumento más engañoso de los Demandantes es su afirmación de que en otros “casos” donde los Estados han rechazado este uso abusivo de la cláusula de NMF, lo han hecho con base en reservas específicas.²⁶⁹ Lo cierto es que los Demandantes solo citan un caso, litigado precisamente por la misma firma de abogados que los representa.²⁷⁰ Sugerir que, debido a que en un único caso un Estado basó su defensa en reservas específicas, esta se convierte en una condición necesaria para evitar que la cláusula de NMF funcione como una disposición *catch-all* es una falacia. No existe en el derecho internacional ninguna norma que exija tal requisito, y resultaría inadmisibles que este Tribunal concluyera que, para poder ejercer su derecho de defensa frente a este argumento, Honduras o cualquier otro Estado deban estar obligados a formular reservas específicas o a negociar sus tratados “a la defensiva.” Las reservas formuladas por Guatemala en el caso citado por los Demandantes solo demuestran que, con el tiempo, los Estados han debido hacer mayores esfuerzos para evitar este tipo de interpretaciones no previstas, precisamente debido a los abusos de esta cláusula.

200. En su respuesta a la Solicitud de Bifurcación de Honduras, y ante los cuestionamientos sobre su intento de justificar el abuso de la cláusula de NMF, los Demandantes introdujeron un nuevo argumento que no es más que una racionalización *post hoc*, lejos de una interpretación auténtica del Tratado. En particular, afirman que “the Treaty already grants investors a standard of protection akin to the ones contemplated under the umbrella clauses invoked by

²⁶⁸ *Chemtura Corp. c. Gobierno de Canadá*, Caso CPA No. 2008-01, Laudo (2 de agosto de 2010) (CL-012), ¶ 235 (“The Respondent as well as the United States and Mexico in their Article 1128 interventions [...] firmly oppose of the possibility of importing a FET clause from a BIT concluded by Canada.”).

²⁶⁹ Memorial de Demanda, ¶ 329.

²⁷⁰ *Ibid.*, ¶ 329, nota 654.

Claimants.”²⁷¹ Esta tesis se basa en la premisa de que las protecciones que intentan incorporar a través de las cláusulas paraguas ya estarían cubiertas dentro de la noción de “acuerdos de inversión” prevista en el Tratado.²⁷² Sin embargo, esta afirmación es incorrecta. Honduras desarrollará su argumento en detalle en la Sección III.E *infra* de este escrito. Cabe señalar, sin embargo, que el único respaldo que citan los Demandantes para esta interpretación es una publicación que se limita a ofrecer explicaciones generales sobre la noción de “acuerdo de inversión” y “autorización de inversión” bajo el TBI Modelo de Estados Unidos de 1994, sin aportar ningún fundamento que respalde el argumento de los Demandantes.²⁷³ De hecho, el libro que citan confirma todo lo opuesto a su argumento y es que, a partir de este año, la práctica de Estados Unidos fue optar por lenguaje más restrictivo, mediante la supresión de la cláusula que obliga a las partes a respetar, en general, las obligaciones relativas a las inversiones.²⁷⁴

201. El intento de los Demandantes de importar estándares de protección de otros tratados mediante la cláusula de NMF del Artículo 10.04 del Tratado carece de fundamento legal y debe ser rechazado por el Tribunal. La cláusula de NMF busca evitar la discriminación entre inversionistas en circunstancias similares, pero no permite crear derechos sustantivos adicionales ni reescribir el tratado base. La jurisprudencia ha reiterado que esta cláusula no puede usarse para incorporar disposiciones ajenas al tratado, especialmente en lo que respecta a cláusulas paraguas, estándares de protección más favorables o requisitos de admisibilidad y jurisdicción.

202. Incluso asumiendo *arguendo* que la cláusula de NMF de un tratado puede utilizarse para importar derechos o estándares de protección más favorables, esto solo puede hacerse siempre que esos derechos o estándares estén establecidos dentro del tratado que contiene la cláusula de NMF. Por el contrario, la cláusula de NMF no puede utilizarse para importar derechos que no forman parte del tratado que contiene la cláusula de NMF, según lo han establecidos las

²⁷¹ Observaciones sobre la Solicitud de Bifurcación, ¶ 59.

²⁷² *Ibid.*

²⁷³ *Ibid.* Véase K. J. Vandeveld, “The Scope of BIT Protections” en *U.S. International Investment Agreements* (2009) (RL-012), pág. 173.

²⁷⁴ K. J. Vandeveld, “The Scope of BIT Protections” en *U.S. International Investment Agreements* (2009) (RL-012), págs. 103-104, 261, 360.

autoridades, así como los tribunales arbitrales.²⁷⁵ Estos precedentes son directamente aplicables al presente caso, ya que confirman que la cláusula de NMF no puede utilizarse para ampliar el alcance del Tratado más allá de los derechos expresamente pactados entre las Partes. Siguiendo estas y otras decisiones similares, es claro que los Demandantes no pueden invocar el Artículo 10.04 del Tratado para incorporar cláusulas paraguas de otros tratados que creen nuevas obligaciones que no fueron originalmente consentidas por los Estados Contratantes.

203. En este caso, los Demandantes intentan importar una cláusula paraguas para transformar una disputa contractual en un caso de inversión, desnaturalizando el propósito del Tratado. Sin embargo, la intención de los Estados Contratantes es el eje central en la interpretación de una cláusula de NMF, y no existe evidencia de que Honduras haya consentido en otorgar protecciones más amplias que las expresamente pactadas. Permitir que los Demandantes importen cláusulas paraguas de otros tratados impondría a los Estados Parte obligaciones que jamás contemplaron al acordar el Tratado. También implicaría crear jurisdicción donde nunca fue concedida y fomentar el *treaty shopping*. Tal resultado sería, a todas luces, incorrecto, por lo que el intento de los Demandantes debe ser rechazado en su totalidad.

E. Los Demandantes no han probado que la controversia surge de un acuerdo de inversión en virtud del Artículo 10.28 del CAFTA-DR

204. El Artículo 10.16 del CAFTA-DR establece que el Arbitraje CIADI está disponible cuando la reclamación se basa en que la parte demandada supuestamente ha incumplido ya sea “[i]

²⁷⁵ Véase, p. ej., C. McLachlan *et al.*, “Treatment of Investors” en *International Investment Arbitration: Substantive Principles* (2017) (RL-095), ¶ 7.313 (énfasis añadido) (“It is the subject matter scope of the treaty containing the MFN clause that defines the outer boundaries of the operation of the clause. **It is essential to ensure that the provisions relied upon as constituting the more favourable treatment are properly applicable and will not have the effect of fundamentally subverting the carefully negotiated balance of the investment treaty being applied.**”); *Hochtief AG c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/07/31, Decisión sobre Jurisdicción (24 de octubre de 2011) (RL-016), ¶¶ 79, 81 (“[T]he MFN clause stipulates how investors must be treated when they are exercising the rights given to them under the BIT but does not purport to give them any further rights in addition to those given to them under the BIT. [...] The MFN clause is not a *renvoi* to a range of **totally distinct sources and systems of rights and duties: it is a principle applicable to the exercise of rights and duties that are actually secured by the BIT in which the MFN clause is found.**”); *Accession Mezzanine Capital L.P. c. Hungría*, Caso CIADI ARB/12/3, Laudo (17 de abril de 2015) (RL-090), Anexo A, ¶¶ 73, 74 (“MFN clauses are not and should not be interpreted or applied to create new causes of action beyond those to which consent to arbitrate has been given by the Parties[...] an investor may properly rely only on rights set forth in the basic treaty, meaning the BIT to which the investor’s home state and the host state of the investment are directly parties, but not more than that”); *Serguei Paushok et al. c. Gobierno de Mongolia*, CNUDMI, Laudo sobre Jurisdicción y Responsabilidad (28 de abril de 2011) (CL-096), ¶ 570 (“investor cannot use that MFN clause to introduce into the Treaty completely new substantive right.”).

an obligation under Section A, [of the CAFTA-DR Chapter Ten], [ii] an investment authorization, or [iii] an investment agreement,” y dicho incumplimiento ha resultado en pérdida o daño para la parte demandante.²⁷⁶

205. Los Demandantes alegan que el PPA, el Aval Solidario y el Acuerdo de Operaciones están comprendidos en la definición de acuerdo de inversión del CAFTA-DR.²⁷⁷ Esta posición es infundada y debe ser desestimada por el Tribunal.

206. Tanto el CAFTA-DR como la jurisprudencia arbitral consistentemente han impuesto limitaciones estrictas a lo que constituye un Acuerdo de Inversión.²⁷⁸ El Artículo 10.28 del CAFTA-DR define un Acuerdo de Inversión de la siguiente manera:²⁷⁹

investment agreement means a **written agreement** that takes effect on or after the date of entry into force of this Agreement **between a national authority** of a Party and **a covered investment or an investor of another Party** that grants the covered investment or investor rights: (a) with respect to natural resources or other assets that a national authority controls; and (b) upon which the covered investment or the investor relies in establishing or acquiring a covered investment other than the written agreement itself.

207. En consecuencia, a fin de que los instrumentos estén comprendidos en el significado de acuerdo de inversión en virtud del CAFTA-DR, los acuerdos deben (i) constar por escrito, (ii) surtir efecto a partir de la fecha de entrada en vigor del CAFTA-DR, (iii) celebrarse entre una autoridad nacional de una Parte Contratante y una inversión cubierta o un inversionista de otra Parte Contratante (es decir, ejecutado por ambas partes), (iv) otorgar a la inversión cubierta o al inversionista derechos con respecto a los recursos naturales u otros activos que controle una autoridad nacional y (v) otorgar a la inversión cubierta o al inversionista derechos en los que se

²⁷⁶ CAFTA-DR (CL-001), Art. 10.16(1)(a)(i) y (ii).

²⁷⁷ Memorial de Demanda, ¶ 174.

²⁷⁸ *Duke Energy Electroquil Partners y Electroquil S.A. c. República del Ecuador*, Caso CIADI No. ARB/04/19, Laudo (18 de agosto de 2008) (CL-042), ¶¶ 182-183; *Burlington Resources Inc. c. República del Ecuador*, Caso CIADI No. ARB/08/5, Decisión sobre Jurisdicción (2 de junio de 2010) (RL-014), ¶ 234.

²⁷⁹ CAFTA-DR (CL-001), Art. 10.28.

base la inversión cubierta o el inversionista para establecer o adquirir una inversión cubierta distintos del propio acuerdo escrito.

208. Honduras no controvierte que el PPA, el Aval Solidario y el Acuerdo de Operaciones consten por escrito o que haya entrado en vigor después de la fecha de entrada en vigor del CAFTA-DR, sin embargo, como se demuestra a continuación, los Demandantes no pueden demostrar que el PPA cumpla con los requisitos para considerarse un acuerdo escrito (**Subsección 1**), y en cualquier caso, el supuesto acuerdo de inversión no otorga derechos con respecto a los recursos naturales u otros activos controlados por las autoridades nacionales de Honduras (**Subsección 2**).

1. Los Demandantes no prueban que el PPA cumpla con los requisitos para considerarse un acuerdo escrito

209. Preliminarmente, el Tribunal debe determinar cuál es el acuerdo escrito que sea objeto de escrutinio bajo el artículo 10.28 del CAFTA-DR. Según los Demandantes, el PPA, el Aval Solidario y el Acuerdo de Operaciones, que deciden denominar convenientemente como “los Acuerdos” entre Pacific Solar y las entidades estatales hondureñas son acuerdos entre las autoridades nacionales del Estado Parte y una inversión cubierta.²⁸⁰ La República no comparte esta posición.

210. Como se explica a continuación, el único acuerdo que puede considerar el Tribunal a efectos de determinar si cumple con la definición de acuerdo de inversión bajo el artículo 10.28, es el PPA (**Subsección a**). El PPA no es un acuerdo escrito entre una autoridad nacional de una Parte Contratante y una inversión cubierta de otra Parte Contratante (**Subsección b**).

a. El PPA, el Aval Solidario y el Acuerdo de Operaciones no son acuerdos que se puedan considerar por separado como acuerdos escritos

211. La denominación de los Demandantes del PPA, el Aval Solidario y el Acuerdo de Operaciones como “los Acuerdos” es un intento infructuoso de elevar el rango del PPA a una especie de acuerdo marco de estabilidad jurídica. Los Demandantes se equivocan.

²⁸⁰ Observaciones sobre la Solicitud de Bifurcación, ¶ 66.

212. Como se explicó en la Sección II.A.2.b., el PPA, el Acuerdo de Apoyo y Aval Solidario, y el Contrato de Operación no constituyen acuerdos del mismo rango como los Demandantes intentan presentarlos, sino que los dos últimos son claramente derivados y suplementarios del PPA. El PPA representa el acuerdo que establece la relación contractual para la compra y venta de energía eléctrica, mientras que el Aval Solidario simplemente actúa como garantía de pago en caso de incumplimiento de la ENEE, sin crear nuevos derechos sustantivos y estando explícitamente previsto en el Anexo X del PPA.²⁸¹

213. Por su parte, el Contrato de Operación es principalmente un documento técnico que autoriza la construcción y operación de la planta eléctrica, imponiendo condiciones sobre Pacific Solar sin establecer nuevas obligaciones sustantivas que no estuvieran ya contempladas en el PPA.²⁸² Esta naturaleza subordinada se evidencia en que Pacific Solar nunca invocó estos documentos en su relación contractual con la ENEE antes del arbitraje, y en que los supuestos derechos adicionales que los Demandantes alegan tener bajo estos documentos ya estaban incluidos en el PPA o están sujetos a condiciones específicas.

214. Por lo anterior, el único acuerdo escrito que el Tribunal deberá analizar para determinar si se configura un acuerdo de inversión bajo el artículo 10.28 del CAFTA-DR, es el PPA entre Pacific Solar y la ENEE. Sin embargo, como se demuestra a continuación, el PPA no es un acuerdo escrito en los términos de la nota 12 al capítulo 10.

b. El PPA no fue ejecutado entre una autoridad nacional de una Parte y una inversión/inversionista cubierto de otra Parte

215. La nota 12 del Capítulo 10 establece lo que significa un acuerdo escrito:

“Written agreement” refers to an agreement in writing, **executed by both parties**, that creates an exchange of rights and obligations, binding on both parties under the law applicable under Article 10.22.2. For greater certainty, (a) a unilateral act of an administrative or judicial authority, such as a permit, license, or authorization issued by a Party solely in its regulatory capacity or a decree, order,

²⁸¹ (Decreto No. 70-2007 (C-004), Art. 4 (“Los proyectos de generación de energía renovable que suscriban un Contrato de Suministro de Energía Eléctrica con la ENEE, tendrán derecho a celebrar con la Procuraduría General de la República un Acuerdo de Apoyo para el Cumplimiento del Contrato con el Estado de Honduras.”); Contrato No. 002-2014 (C-001), Cláusula 9.7; Decreto 113-2014 (C-002), Art. 4.2.

²⁸² Contrato de Operación (C-003).

or judgment; and (b) an administrative or judicial consent decree or order, shall not be considered a written agreement.²⁸³

216. La nota 12 del Capítulo 10 requiere que para que un acuerdo de inversión en los términos del artículo 10.28 del CAFTA-DR, cumpla con la definición de acuerdo escrito, el mismo debe: (i) constar por escrito, (ii) haber sido ejecutado por ambas partes y, (iii) generar un intercambio de derechos y obligaciones vinculantes.

217. Como se demuestra a continuación, el PPA no fue ejecutado entre una autoridad nacional de una Parte Contratante y una inversión o inversionista cubierto de otra Parte Contratante.

(1.) La ENEE no es una autoridad nacional porque no hace parte del nivel central de gobierno

218. Honduras explicó en su Solicitud de Bifurcación que, para que un acuerdo ser considerado como un acuerdo de inversión, “must be entered into by the host state and the foreign investor, and **not by a state-owned entity or a local company established by the investor.**”²⁸⁴ El Tribunal, en su Decisión sobre Bifurcación, correctamente apuntó a la necesidad de determinar si la ENEE califica como una “autoridad nacional” en el sentido del artículo 10.28 del CAFTA-DR.²⁸⁵ A continuación, se demuestra que la ENEE no es una autoridad nacional bajo la definición del CAFTA-DR porque no hace parte del nivel central de gobierno, sino que es una empresa estatal.

219. La nota 13 del capítulo 10 define que se entiende por autoridad nacional bajo el artículo 10.28 del CAFTA-DR como “authority at the **central level of government.**”²⁸⁶

220. La pertenencia al nivel central de gobierno debe ser analizada a la luz de la legislación de Honduras.²⁸⁷ En la legislación de Honduras, la ENEE no hace parte del nivel central de gobierno por al menos dos razones.

²⁸³ CAFTA-DR (CL-001), Capítulo 10, nota 12.

²⁸⁴ Solicitud de Bifurcación, ¶ 68 (citando a R. Dolzer & C. Schreuer, “Investment Contracts” en *Principles of International Investment Law* (2012) (RL-017), pág. 80).

²⁸⁵ Resolución Procesal No. 3, ¶ 58.

²⁸⁶ CAFTA-DR (CL-001), Capítulo 10, nota 13.

²⁸⁷ *Ibid.*, Art. 10.22.

221. *Primero*, la Ley General de la Administración Pública de Honduras define expresamente que “[l]a Administración Pública Centralizada está constituida por los órganos del Poder Ejecutivo.” Estos órganos incluyen: (i) la Presidencia de la República, (ii) el Consejo de Ministros, y (iii) las Secretarías de Estado.²⁸⁸ Esta disposición no incluye las empresas estatales o cualquier entidad de otro nivel de gobierno.

222. *Segundo*, la ley constitutiva de la ENEE establece que la empresa es un “**organismo autónomo**” de servicio público, con personería, capacidad jurídica y patrimonio propios, de duración indefinida.”²⁸⁹ En sentido estricto y como lo define la misma ENEE, es una empresa pública autónoma.²⁹⁰ La Ley General de la Administración Pública también indica que “[l]as empresas públicas son las que se crean para desarrollar actividades económicas al servicio de fines diversos y que no adoptan la forma de sociedad mercantil.”²⁹¹ Por lo tanto, a pesar de ser una empresa pública, la ENEE no es una autoridad a nivel central de gobierno.

223. En consecuencia, la ENEE no puede ser considerada como una autoridad nacional para el análisis de la existencia de “acuerdo de inversión” bajo el artículo 10.28 del CAFTA-DR.

(2.) Ni los Demandantes, ni su alegada inversión cubierta ejecutaron el acuerdo escrito

224. Los Demandantes también alegan que el mero hecho de que el PPA se celebre entre autoridades nacionales de la Demandada y la supuesta “inversión cubierta” es suficiente para cumplir el requisito del CAFTA-DR.²⁹² Los Demandantes se equivocan.

225. Los Demandantes no han logrado (y no podrán) probar que, incluso si el PPA fuera celebrado entre una autoridad nacional de la Demandada (*quod non*), el mismo no fue suscrito con

²⁸⁸ Ley General de la Administración Pública (Decreto No. 146-86) (29 de octubre de 1966) (C-061), Arts. 9-10. Esta misma designación la hizo Honduras bajo el Tratado al designar como “Entidades de Gobierno del Nivel Central” a sus Secretarías de Estado. Tratado de Libre Comercio entre Estados Unidos, Centroamérica y República Dominicana, Anexo 9.1.2(b)(i) (5 de agosto de 2004) (RL-063), pág. 6.

²⁸⁹ Decreto No. 48 de 1957 (C-006), Art. 1.

²⁹⁰ ¿Qué es la ENEE? ENEE (24 de febrero de 2025) (R-066) (“¿Qué es la ENEE? Es una empresa pública autónoma responsable de la generación, transmisión, distribución y comercialización del servicio de la energía eléctrica en Honduras. Fue creada mediante Decreto 48 de la Junta Militar de Gobierno el 20 de febrero de 1957.”).

²⁹¹ Ley General de la Administración Pública (Decreto No. 146-86) (29 de octubre de 1966) (C-061), Art. 53.

²⁹² Observaciones sobre la Solicitud de Bifurcación, ¶ 66.

una inversión o inversor cubierto **de otra Parte Contratante**, como lo requiere el artículo 10.28 del CAFTA-DR.

226. Los Tribunales en los casos *Burlington Resources c. Ecuador* y *El Paso c. Argentina*, tuvieron que determinar tratados que definían un acuerdo de inversión como aquel “between [a] Party and [a] national or company of the other Party”²⁹³ y “a dispute between a Party and a national or company of the other Party arising out of or relating to [...] *an investment agreement between that Party and such national or company*,”²⁹⁴ respectivamente. Ambos tribunales concluyeron que la otra parte del acuerdo de inversión no debe ser de la misma nacionalidad que el demandado debido al uso de la frase “otra Parte.” El CAFTA-DR establece una distinción similar entre “la autoridad nacional de una Parte” y “una inversión cubierta o un inversionista de *otra Parte*,”²⁹⁵ indicando que la inversión cubierta no puede ser de la misma nacionalidad de la Parte Contratante cuya autoridad nacional es parte del PPA al momento de su celebración.

227. En este caso, las partes que ejecutaron el PPA fueron, por un lado, la ENEE como una empresa pública autónoma de Honduras y, por otro lado, Pacific Solar, una empresa incorporada en Honduras, cuya propiedad y control pertenecía al momento de la ejecución del PPA (y sus instrumentos derivados) a nacionales hondureños.²⁹⁶ En este sentido, no está en disputa que los Demandantes, supuestamente se involucraron en Pacific Solar después de que ésta hubiera celebrado el PPA con la ENEE.²⁹⁷

228. Para los Demandantes esta situación sería irrelevante, porque supuestamente lo único que importaría es la existencia del acuerdo, sin importar quién o en qué momento se suscribió.²⁹⁸ Esta posición es errada. Para que sea considerada una inversión cubierta como parte

²⁹³ *Burlington Resources Inc. c. República del Ecuador*, Caso CIADI No. ARB/08/5, Decisión sobre Jurisdicción (2 de junio de 2010) (RL-014), ¶ 235.

²⁹⁴ *El Paso Energy International Company c. República Argentina*, Caso CIADI ARB/03/15, Laudo (31 de octubre de 2011) (CL-019), ¶ 193 (énfasis en el original).

²⁹⁵ CAFTA-DR (CL-001) Art. 10.28.

²⁹⁶ Véase *supra* § II.A.1.

²⁹⁷ Solicitud de Bifurcación, ¶ 68; Contrato No. 002-2014 (C-001).

²⁹⁸ Observaciones sobre la Solicitud de Bifurcación, ¶ 66-68.

de un “acuerdo de inversión,” la misma debe ser propiedad de la demandante o estar bajo su control al momento de suscribir el PPA. En *Duke Energy c. Ecuador*, el Tribunal observó que **en el momento en que se celebraron los PPA**, la parte no estatal del acuerdo (una empresa constituida en el Estado demandado) **no era propiedad de inversores extranjeros** y, como tal, los PPA no pueden considerarse acuerdos de inversión.²⁹⁹

229. Los Demandantes intentan desestimar esta autoridad, afirmando que el tribunal, constituido en virtud de un tratado diferente, consideró que un PPA no era un acuerdo de inversión porque el inversor no era parte del PPA, no por las obligaciones contenidas en el mismo.³⁰⁰ Sin embargo, en la presente controversia, los “inversores” (los Paiz) tampoco son parte del PPA en el momento relevante y, como tal, esta autoridad es relevante para la evaluación del Tribunal sobre si los Acuerdos fueron celebrados por un “covered investment or an investor of another Party.”³⁰¹

230. La importancia de ser signatario en un Acuerdo fue destacada por el tribunal en el caso *Lanco c. Argentina*.³⁰² Así, el Tribunal no debe permitir la construcción *a posteriori* de un supuesto acuerdo de inversión que los Demandantes no ejecutaron en nombre propio o a través de una inversión cubierta.³⁰³

231. Adicionalmente, está bien establecido en la doctrina y la jurisprudencia que **“such an agreement must be entered into by the host state and the foreign investor, and not by a state-owned entity or a local company established by the investor.”**³⁰⁴ Los Demandantes intentan subvertir esta autoridad afirmando que los casos en los que se basaron eran casos bajo el

²⁹⁹ *Duke Energy Electroquil Partners y Electroquil S.A. c. República del Ecuador*, Caso CIADI No. ARB/04/19, Laudo (18 de agosto de 2008) (CL-042), ¶ 183.

³⁰⁰ Observaciones sobre la Solicitud de Bifurcación, ¶ 70.

³⁰¹ CAFTA-DR (CL-001), Art. 10.28.

³⁰² *Lanco International Inc. c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/97/6, Decisión Preliminar: Jurisdicción del Tribunal Arbitral (8 de diciembre de 1998) (RL-058), ¶¶ 12-16.

³⁰³ La interpretación de los Demandantes dejaría sin efecto la cláusula 10.28 del CAFTA-DR. Siguiendo esta interpretación, un contrato no tendría que ser ejecutado por el inversionista/inversión cubierta y la Autoridad Nacional al mismo tiempo y el Estado se enfrentaría a una situación donde acuerdos escritos con empresas locales, podrían ser elevados a “acuerdos de inversión” sin el consentimiento del Estado receptor.

³⁰⁴ R. Dolzer & C. Schreuer, “Investment Contracts” en *Principles of International Investment Law* (2012) (RL-017), pág. 80.

TBI Estados Unidos-Ecuador que no contiene una definición idéntica a la definición de un acuerdo de inversión en el CAFTA-DR.³⁰⁵ El artículo VI del TBI Estados Unidos-Ecuador establece que:

[...] an investment dispute is a dispute between a Party and a national or company of the other Party arising out of or relating to [...] an investment agreement between that Party and such national or company [...].³⁰⁶

232. Al igual que el TBI Estados Unidos-Ecuador, el CAFTA-DR exige que el acuerdo sea “between a national authority of a Party and a covered investment or an investor of another Party.”³⁰⁷ La crítica de los Demandantes queda, por lo tanto, sin fundamento.

233. En conclusión, ni el PPA, ni el Aval Solidario, ni el Acuerdo de Operación puede ser considerado un acuerdo de inversión porque no fue ejecutado por los Demandantes o por una inversión cubierta al momento de su ejecución.

2. Los Demandantes no prueban que el supuesto Acuerdo pueda otorgar derechos con respecto a recursos naturales u otros activos controlados por las autoridades nacionales

234. Los Demandantes alegan que el PPA otorga a Pacific Solar derechos con respecto a recursos naturales y activos que Honduras controla,³⁰⁸ y no son meros contratos comerciales. Según ellos, esto se debe a que el PPA otorga a Pacific Solar (i) derechos relacionados con la generación de electricidad que es a su vez una actividad esencialmente controlada por las autoridades nacionales de la Demandada,³⁰⁹ y (ii) que los Demandantes y Pacific Solar se basaron en los Acuerdos para establecer o adquirir la Planta Nacaome.³¹⁰

235. Ahora bien, en caso de que el Tribunal estime que los Demandantes lograron probar la existencia de un acuerdo escrito para efectos del artículo 10.28, a continuación, se explica por

³⁰⁵ Observaciones sobre la Solicitud de Bifurcación, ¶ 68.

³⁰⁶ Tratado entre la República del Ecuador y los Estados Unidos de América sobre Promoción y Protección de Inversiones (27 de agosto de 1993) (R-017), Art. VI.

³⁰⁷ CAFTA-DR (CL-001), Art. 10.28

³⁰⁸ Memorial de Demanda, ¶ 178.

³⁰⁹ *Ibid.*

³¹⁰ *Ibid.*, ¶ 179.

qué el PPA no cumple con el requisito de otorgar derechos con respecto a los recursos naturales (**Subsección a**), y porque el PPA no pudo servir como fundamento e inversión al mismo tiempo (**Subsección b**).

a. El PPA o los denominados Acuerdos no otorgan a Pacific Solar derechos con respecto a recursos naturales

236. La definición de Acuerdo de Inversión del CAFTA-DR requiere que el acuerdo involucre activos o recursos naturales controlados por Estado.³¹¹ Como lo enfatiza la doctrina pertinente al evaluar disposiciones similares en los Tratados de Estados Unidos de América, un acuerdo de inversión “excludes commercial agreements between the host state and the investment or the investor.”³¹²

237. La alegación de los Demandantes de que se le conceden a Pacific Solar “derechos” con respecto a un recurso natural que Honduras controla, es insostenible. Los “derechos” concedidos a Pacific Solar en virtud del PPA son los siguientes;

- Construir, operar y mantener una central eléctrica de *su propiedad*;
- Suministrar energía y potencia eléctrica en el Punto de Entrega al Comprador; y
- Diseñar, suministrar, construir y conectar las obras necesarias para hacer disponible y/o entregar la energía y potencia a suministrar en el Punto de Entrega.³¹³

238. Si bien los denominados (por los Demandantes) “Acuerdos” establecen que otorgan a Pacific Solar “the ‘exclusive right to use and enjoy the solar resource [...],’”³¹⁴ las cláusulas que especifican los derechos y obligaciones precisos de las Partes del Acuerdo, como las mencionadas anteriormente, demuestran que a Pacific Solar se le otorgan derechos únicamente en relación con la Planta Nacaome que construyó y de la que es propietaria, y con la electricidad producida por

³¹¹ CAFTA-DR (CL-001), Art. 10.28 (“[An] investment agreement means a written agreement [...] with respect to natural resources or other assets that a national authority controls.”).

³¹² K. J. Vandeveld, “The Scope of BIT Protections” en *U.S. International Investment Agreements* (2009) (RL-012), pág. 173.

³¹³ Contrato No. 002-2014 (C-001), Cláusula 2.2.

³¹⁴ Observaciones sobre la Solicitud de Bifurcación, ¶ 71.

dicha planta. El hecho de que se utilice un recurso natural en la producción de electricidad es insuficiente para elevar estos “Acuerdos” a la categoría de Acuerdos de Inversión conforme al Tratado. Los denominados “Acuerdos,” al referirse principalmente al “suministro de electricidad y energía eléctrica asociada,” se ajustan más a los contratos comerciales de compraventa de electricidad que a Acuerdos de Inversión.

239. Pero incluso suponiendo que los Acuerdos otorgaran a Pacific Solar “derechos” con respecto al recurso solar, el recurso solar no es un “recurso(s) natural(es) que una autoridad nacional controle,” como exige el Artículo 10.28 del CAFTA-DR.

240. *En primer lugar*, el recurso solar es un recurso natural renovable. La definición de “recursos naturales” es “sustancias naturales que sirven como insumos para usos industriales y de consumo. Suelen clasificarse como renovables o no renovables, y se diferencian de las materias primas por el uso de mano de obra, que se dedica principalmente a su extracción y refinado.”³¹⁵ Esta definición puede ser imputada a la definición de recursos naturales en la definición de un acuerdo de inversión en el Artículo 10.28 del CAFTA-DR.

241. Por su parte, la definición de control es “[e]jercer el control sobre alguien o algo”³¹⁶ y puede encontrar contexto en el término control que se ha desarrollado para determinar si un inversionista tiene control sobre una inversión. Los tribunales han examinado anteriormente el significado del término “control” sobre en el contexto de una persona jurídica. Así, en *Plama c. Bulgaria*, el tribunal observó que “control includes control in fact, including an ability to exercise **substantial influence** over the legal entity’s management, operation and the selection of members of its board of directors or any other managing body.”³¹⁷

242. En este caso, Honduras no puede ejercer influencia alguna sobre el recurso solar y mucho menos controlarlo. A diferencia de recursos no renovables como el petróleo cuyas cantidades pueden ser determinadas y su explotación controlada, el recurso solar es infinito e

³¹⁵ Real Academia Española, Diccionario panhispánico del español jurídico, definición de “recurso natural” (2023) (R-062).

³¹⁶ Real Academia Española, Diccionario de la lengua española, 23.ª edición, definición de “controlar” (2014) (R-026).

³¹⁷ *Plama Consortium Limited c. República de Bulgaria*, Caso CIADI No. ARB/03/24, Decisión sobre Jurisdicción (8 de febrero de 2005) (RL-067), ¶ 170.

indeterminable. Puesto simple, Honduras no puede controlar que el sol brille más o menos, o que los paneles solares que se instalen en una planta fotovoltaica reciban más o menos radiación solar según su control.

243. *En segundo lugar*, otra manera de confirmar la ausencia de control por parte del Estado de un recurso natural es analizando si el uso del mismo es regulado o no. En este caso, Honduras no regula el uso del recurso solar como parte de su regulación de recursos naturales, por lo que es aún más evidente que no tiene influencia o control alguno (además de estar imposibilitado por razones obvias). El Decreto No. 104-93 que contiene una lista de recursos naturales sujetos a regulación por parte del Estado, no incluye el “recurso solar.”³¹⁸

244. Por lo tanto, es evidente que los recursos naturales a los que se hace referencia en la definición del Artículo 10.28 de un acuerdo de inversión, deben ser recursos sobre los cuales el Estado ejerce una influencia sustancial, que son normalmente aquellos que no son renovables.

b. El PPA o los denominados acuerdos no pueden ser el fundamento de la inversión y a la misma vez la inversión cubierta

245. Los Demandantes alegan que el PPA, o los denominados Acuerdos, son un acuerdo escrito por el cual se fundamentaron para el establecimiento o adquisición de una inversión cubierta **diferente del acuerdo escrito mismo.**³¹⁹ El argumento de los Demandantes no resiste mayor análisis.

246. El PPA o los denominados “Acuerdos” no pueden ser considerados un “acuerdo de inversión” bajo los términos del Tratado porque un “acuerdo de inversión” no puede constituir simultáneamente una “inversión cubierta.”³²⁰ En este caso, los Demandantes alegan como parte de su inversión lo que denomina “los Acuerdos”³²¹ situación que hace en sí mismo inviable un reclamo por la supuesta violación de un “acuerdo de inversión.” Del texto de estas disposiciones

³¹⁸ Ley General del Ambiente, 1993 (Decreto No. 104-93) (8 de junio de 1993) (**R-016**).

³¹⁹ Observaciones sobre la Solicitud de Bifurcación, ¶ 69.

³²⁰ CAFTA-DR (**CL-001**), Art. 10.28 (“(b) upon which the covered investment or the investor relies in establishing or acquiring a covered investment **other than the written agreement itself.**”).

³²¹ Memorial de Demanda, ¶ 171.

se desprende claramente que el PPA no puede constituir un “acuerdo de inversión” y, al mismo tiempo, una “inversión cubierta distinta del propio acuerdo escrito.”³²² Existe una evidente contradicción lógica y conceptual en el argumento de los Demandantes.

247. Dado que esta controversia no se refiere a un acuerdo de inversión en el sentido del artículo 10.28 del CAFTA-DR, el Tribunal carece de competencia *ratione materiae*.

F. En cualquier caso, el Tribunal carece de jurisdicción *ratione materiae* porque los reclamos de los Demandantes son puramente contractuales

248. Este Tribunal, constituido al amparo del artículo 10.16 del Tratado, no tiene jurisdicción para conocer de controversias contractuales como las que los Demandantes han presentado en este arbitraje, pues éstas son incapaces de comprometer la violación de alguno de los estándares de protección recogidos en el Tratado. Los Demandantes han presentado en este caso una disputa de carácter contractual disfrazada de una controversia bajo el Tratado.

249. Como cuestión preliminar, Honduras debe aclarar algunos puntos sobre la naturaleza de esta objeción. En su escrito de Summary of Jurisdictional Objections and Request for Bifurcation, la República se reservó el derecho a presentar en el futuro objeciones jurisdiccionales adicionales a las que ya había anunciado en dicho escrito.³²³ Esta reserva era necesaria pues, en una actitud conservadora, Honduras había identificado objeciones jurisdiccionales adicionales que podían eventualmente no cumplir con los requisitos para ser bifurcadas, principalmente por existir un riesgo que el Tribunal considerara que estaban ligadas con el mérito de la disputa. Pues bien, la presente objeción relativa al carácter contractual de la disputa es una de esas objeciones.

250. En efecto, para asegurar la eficiencia de este procedimiento, esta objeción solo sería presentada en dos escenarios improbables: (i) si el Tribunal rechazase la solicitud de bifurcación; o (ii) si a pesar de bifurcar el procedimiento, el Tribunal rechazase las objeciones de Honduras.

³²² K. Vandeveld, “The Investor-State Disputes Provision,” *U.S. International Investment Agreements* (2009) (R-019), pág. 577 (“The term ‘investment agreement’ is intended to include agreements relating to the establishment or operation of an investment. It was intended, at the same time, to exclude ordinary commercial contracts.”).

³²³ Solicitud de Bifurcación, ¶ 102.

Sin embargo, en la Orden Procesal No. 3 el Tribunal “requests the Respondent to raise any additional jurisdictional objections it may have in its memorial in the bifurcated proceeding.”³²⁴

251. En virtud de la solicitud expresa del Tribunal, Honduras a continuación presenta su objeción jurisdiccional *ratione materiae* sobre el carácter contractual de la disputa. La República considera que, con la documentación aportada en este escrito, el Tribunal cuenta con todos los antecedentes necesarios para decidir esta objeción sin entrar a conocer del fondo de la disputa. Con todo, Honduras entiende que el Tribunal puede considerar que no está en condiciones de decidir en esta fase la presente objeción pues se encuentra ligada con el mérito de la controversia y decida dejarla para la siguiente fase en el improbable caso que rechace todas las otras objeciones jurisdiccionales presentadas.

252. En vista de lo anterior, a continuación se explica cómo todos los reclamos de los Demandantes se refieren a controversias de naturaleza contractual, sin que exista una actuación soberana por parte de Honduras (**Subsección 1**); que los Demandantes intentan disfrazar la disputa como si fuese de carácter internacional (**Subsección 2**); y que el PPA, a través del cual se materializó la inversión invocada en el presente caso, contempla un mecanismo de resolución de controversias propio y específico, que fue aceptado por los Demandantes y que obliga a desestimar sus pretensiones (**Subsección 3**).

1. Los reclamos se refieren esencialmente al incumplimiento de obligaciones contractuales por parte de una empresa estatal y no a reclamos de violación de un tratado, los cuales requieren el ejercicio del poder soberano

253. Los Demandantes hacen grandes esfuerzos por demostrar que sus reclamos contractuales equivalen a una disputa de derecho internacional.³²⁵ No obstante, los Demandantes, a partir del segundo párrafo de su Memorial de Demanda, ya anuncian que su reclamo consiste en la violación de obligaciones contractuales;³²⁶ es decir, en una disputa contractual y doméstica.

³²⁴ Resolución Procesal No. 3 (20 de diciembre de 2024), ¶ 70.

³²⁵ Memorial de Demanda, § IV.

³²⁶ *Ibid.* ¶ 2 (“This investment dispute arises from Honduras’s breach of critical, specific commitments that it made to the Paizes and Pacific Solar, after benefitting from their investments in the Nacaome I Plant, a photovoltaic plant in Nacaome Valley, Honduras (the ‘Plant’)), ¶ 4 (“Honduras is violating its commitments to Pacific Solar under the legal and contractual framework described above [...]”).

Como se explicó en detalle en la sección II.A.2.c *supra*, desde hace años existen varias controversias entre la ENEE y Pacific Solar respecto a la correcta interpretación y aplicación del PPA. En esencia, la disputa entre las partes se refiere a la supuesta falta de pago de facturas e intereses por parte de la ENEE, así como las alegadas reducciones en el despacho de energía.

254. La correcta interpretación del PPA y el pago de los montos reclamados por Pacific Solar constituyen la verdadera disputa entre ellas. Como resulta evidente, se trata de una controversia eminentemente contractual. Es esta la disputa contractual que los Demandantes han presentado ante este Tribunal. Así lo reconocen los propios Demandantes, cuando en el segundo párrafo de su Memorial de Demanda señalan que “[t]his investment dispute arises from Honduras’s **breach of critical, specific commitments that it made** to the Paizes and Pacific Solar.”³²⁷

255. Como se explica a continuación, una disputa de naturaleza contractual como la presentada por los Demandantes, se encuentra fuera de la jurisdicción de este Tribunal.

256. Tal como señaló el tribunal en el caso *El Paso c. Argentina*, un tribunal constituido en virtud de un tratado de protección de inversiones sólo tiene “jurisdiction over treaty claims and cannot entertain purely contractual claims which do not amount to claims for violations of the BIT.”³²⁸ De manera similar, el tribunal en *Joy Mining c. Egipto*, concluyó que “the absence of a Treaty-based claim, and the evidence that, on the contrary, all claims are contractual, justifies the finding that the Tribunal lacks jurisdiction.”³²⁹ Esta postura ha sido adoptada por otros tribunales.³³⁰

³²⁷ Memorial de Demanda, ¶ 2 (énfasis añadido).

³²⁸ *El Paso Energy International Company c. República Argentina*, Caso CIADI ARB/03/15, Decisión sobre Competencia (27 de abril de 2006) (CL-116), ¶ 65.

³²⁹ *Joy Mining Machinery Ltd. c. República Árabe de Egipto*, Caso CIADI No. ARB/03/11, Laudo sobre Jurisdicción (6 de agosto de 2004) (RL-064), ¶ 82.

³³⁰ *L.E.S.I. S.p.A. y ASTALDI S.p.A. c. República Argelina Democrática y Popular*, Caso CIADI No. ARB/05/3, Decisión sobre Jurisdicción (12 de julio de 2006) (RL-070), ¶ 84. Véase también E. Gaillard, “Investment Treaty Arbitration and Jurisdiction over Contract Claims — the SGS Cases Considered” en *International Investment Law and Arbitration* (2005) (RL-066), pág. 336 (“On the other hand, it may seem odd to interpret a treaty as creating a jurisdictional basis for the BIT tribunal in cases where it is not called upon to rule on an alleged violation of that treaty. There is always a danger in divorcing the jurisdictional provisions from the substantive terms of the same treaty in that it may suggest that the arbitral tribunal has jurisdiction but is invited to rule in a vacuum.”).

257. A su turno, el tribunal de *Salini c. Jordan* explicó —para justificar su decisión de declinar jurisdicción en relación con ciertas pretensiones contractuales presentadas por la demandante como supuestas violaciones al estándar de TJE— que:

In order that the alleged breach of contract may constitute unfair or inequitable treatment within the meaning of the bilateral agreement, it must be the result of behaviour going beyond that which an ordinary Contracting Party could adopt. Only the State, in the exercise of its sovereign authority (*puissance publique*), and not as a Contracting Party, has assumed obligations under the bilateral agreement.³³¹

258. Como se verá a continuación, las alegaciones de los Demandantes en el presente caso corresponden a reclamos de naturaleza contractual que se encuentran fuera de la jurisdicción del Tribunal bajo el Tratado, y este debiese, por lo tanto, desestimar la presente demanda. Además, el Tratado no contiene ninguna cláusula paraguas, ni permite su importación a través de la cláusula NMF como se explicó anteriormente, que pudiera llevar a una conclusión diferente.³³²

2. Las alegaciones de los Demandantes dan cuenta que la controversia es simplemente contractual, aunque se esfuercen por disfrazarla como una disputa bajo el Tratado

259. Los Demandantes, probablemente conscientes de que han presentado una disputa puramente contractual, intentan disfrazar su caso como una controversia bajo el Tratado. A pesar de que todas las actuaciones de la ENEE se enmarcan en una lectura de buena fe del PPA, los Demandantes intentan infructuosamente identificar algún acto soberano de Honduras que les permita sostener un reclamo de carácter internacional.

260. El principal acto soberano que, según los Demandantes, habría supuestamente violado el Tratado, sería la promulgación del Decreto 46-2022, mediante el cual Honduras habría incumplido los estándares de trato mínimo, NMF y habría cometido una expropiación indirecta.

³³¹ *Salini Costruttori S.p.A. e Italstrade S.p.A. c. Reino Hachemita de Jordania*, Caso CIADI No. ARB/02/13, Laudo (31 de enero de 2006) (RL-069), ¶ 155. Si bien en este caso, las Demandantes alegan la violación del estándar de trato mínimo y no trato justo y equitativo, el argumento del tribunal es igualmente aplicable.

³³² *Duke Energy Electroquil Partners y Electroquil S.A. c. República del Ecuador*, Caso CIADI No. ARB/04/19, Laudo (18 de agosto de 2008) (CL-042), ¶ 342 (“At least in the context of provisions other than the umbrella clause, it is now a well-established principle that in and of itself the violation of a contract does not amount to the violation of a treaty.”).

Los hechos que los Demandantes invocan para justificar estas aseveraciones son básicamente los mismos en uno u otro caso, anunciando claramente que su reclamo consiste en la supuesta negativa de la ENEE a cumplir con sus obligaciones contractuales.³³³

261. La República de Honduras está sorprendida de las afirmaciones de los Demandantes indicando que estas supuestas violaciones ocurrieron a partir de la entrada en vigencia del Decreto 46-2022, cuando estos mismos reclamos han sido ventilados durante años a nivel contractual entre Pacific Solar y la ENEE.³³⁴ En efecto, la promulgación del Decreto 46-2022 no supuso ninguna modificación a los pagos bajo el PPA. Pacific Solar sigue facturando y la ENEE sigue pagando de la misma manera que venía ocurriendo desde 2016.³³⁵

262. La insistencia de los Demandantes en señalar la promulgación del Decreto 46-2022, un acto soberano, como la causa de las supuestas violaciones de Honduras, es vital para su estrategia de pretender que Honduras ha violado alguna obligación bajo el Tratado o el derecho internacional. Sin embargo, tal cómo se verá a continuación, y parafraseando a otro tribunal que no dudó en rechazar la demanda presentada en dicho caso, las alegaciones de los Demandantes no son más que un conflicto contractual “dressed up as a Treaty case.”³³⁶

263. De manera transversal, los Demandantes alegan que Honduras violó las obligaciones del Tratado de la siguiente manera: **i)** falta de pago de remuneración prometida a Pacific Solar bajo el PPA;³³⁷ lo que equivaldría a un supuesto repudio de sus obligaciones; **ii)** la

³³³ Memorial de Demanda, ¶ 98 (“State’s intent to (i) repudiate its compensation and other key obligations towards Pacific Solar [...]”), ¶ 217 (“[T]he Government’s intentions are clear: to cripple Pacific Solar’s rights under the Agreements.”).

³³⁴ Carta de R. Barahona (PSE) a G. Perdomo (ENEE) (10 de julio de 2020) (**R-049**); Carta de R. Barahona (PSE) a G. Perdomo (ENEE) (7 de agosto de 2020) (**R-050**); Carta de R. Barahona (PSE) a R. Lean (CIENEE) (5 de marzo de 2021) (**R-052**); Carta de R. Barahona (PSE) a E. Torres (ENEE) (3 de septiembre de 2021) (**R-056**); ENEE, Oficio DER-199-XI-2021, Carta de D. Aguilar (Comité Operativo) a R. Barahona (PSE) (18 de noviembre de 2021) (**R-058**); ENEE, Oficio DER-0031-II-2022, Carta de E. Torres (ENEE) a R. Barahona (PSE) (22 de febrero de 2022) (**R-059**); Carta de R. Barahona (PSE) a E. Torres (ENEE) (28 de febrero de 2022) (**R-060**).

³³⁵ *Vea supra* § II.C; *Véase también* Comprobantes de Pago de ENEE a Pacific Solar Energy (2020) (**R-008**); Comprobantes de Pago de ENEE a Pacific Solar Energy (2021) (**R-009**); Comprobantes de Pago de ENEE a Pacific Solar Energy (2022) (**R-010**); Comprobantes de Pago de ENEE a Pacific Solar Energy (2023) (**R-011**); Comprobantes de Pago de ENEE a Pacific Solar Energy (2024) (**R-012**).

³³⁶ *Rachel S. Grynberg et al. c. Granada*, Caso CIADI No. ARB/10/6, Laudo (10 de diciembre de 2010) (**RL-078**), ¶ 7.3.7.

³³⁷ Memorial de Demanda, ¶¶ 125, 190, 215, 247, 314, 340.

imposición “forzosa” de una renegociación en virtud del Decreto 46-2022; lo cual no ha ocurrido;³³⁸ **iii**) la reducción de la energía suministrada por Pacific Solar sin compensación y la falta de cumplimiento de otras obligaciones contractuales.³³⁹

264. *Primero*, los Demandantes indican que el Decreto 46-2022 codifica la intención del Estado de negar la compensación debida a Pacific Solar, al no reconocer su deuda, intereses y compensación por reducciones, los cuales fueron supuestamente prometidos bajo el PPA.³⁴⁰ Esto es incorrecto.

265. El reclamo de los Demandantes relativos al cobro de estos conceptos precede la promulgación del Decreto 46-2022 por lo que su alegato de que estas violaciones surgen a raíz de dicha ley carece de sustento. Estos conceptos representan un reclamo de una deuda bajo el PPA que, según el experto de los propios Demandantes, podemos trazar su origen al 2018.³⁴¹ Esto por sí solo, debería de ser suficiente para indicar que el supuesto incumplimiento precede la promulgación del Decreto No. 46-2022. Además, las disputas contractuales entre la ENEE y Pacific Solar respecto al cobro de estos conceptos están suficientemente documentadas.³⁴²

266. *Segundo*, los Demandantes insisten en que el artículo 5 del Decreto 46-2022 impone la renegociación obligatoria del PPA, lo cual implicaría una violación del Tratado. El Estado de Honduras no va a entrar en los méritos de dicha afirmación en esta sección, al haber sido tratados en la sección II.B *supra*. Sin embargo, para los efectos de esta objeción, basta con señalar los aspectos contractuales de este punto.

267. El argumento de los Demandantes parte de la premisa ilógica de asumir que una empresa estatal no puede solicitar la renegociación de sus contratos, lo cual vulnera los preceptos más básicos de buena fe y el principio de voluntad de las partes.

³³⁸ *Ibid.*, ¶¶ 188, 193, 208, 247, 272, 340.

³³⁹ *Ibid.*, ¶¶ 155, 190, 317, 341.

³⁴⁰ *Ibid.*, ¶¶ 125, 313, 314.

³⁴¹ Informe de Nakhle (**CER-01**), ¶ 44, Fig. 6.

³⁴² Carta de R. Barahona (PSE) a G. Perdomo (ENEE) (10 de julio de 2020) (**R-049**); Carta de R. Barahona (PSE) a G. Perdomo (ENEE) (7 de agosto de 2020) (**R-050**).

268. En efecto, el artículo 18.1 del PPA prevé la posibilidad de que las partes modifiquen el Contrato de mutuo acuerdo.³⁴³ Así, antes de la promulgación del Decreto 46-2022, la ENEE solicitó la renegociación del Contrato por primera vez en 2018, a partir de un pacto nacional para la reforma del sector energético.³⁴⁴ No obstante, los Demandantes se rehusaron a negociar y el Contrato continuó sin perjuicio alguno para Pacific Solar.³⁴⁵ Lo mismo ha ocurrido con posterioridad al Decreto 46-2022, la ENEE solicitó la renegociación del PPA “con base en la legislación nacional y las cláusulas contractuales”³⁴⁶ y luego de varias sesiones sin llegar a un acuerdo, las partes continúan ejecutando el Contrato.³⁴⁷ En este sentido, los Demandantes no ofrecen ninguna explicación de por qué la negociación fallida de 2018 sería el ejercicio normal de facultades contractuales, pero la nueva negociación fallida de 2022-2023 sería el ejercicio abusivo de facultades soberanas por parte de Honduras.

269. Adicionalmente, los Demandantes señalan —sin ningún fundamento— que “at no point does the 2022 New Energy Law suggest that the new agreements should be executed by mutual agreement. Quite the opposite.”³⁴⁸ Esta interpretación va en contra del sentido literal del término “renegociación,” que supone necesariamente un acuerdo de voluntades. En efecto, el Decreto 46-2022, en ningún caso modifica unilateralmente los términos acordados en el PPA, ni tampoco faculta a la ENEE, o a algún otro organismo público a hacerlo.³⁴⁹

270. En este sentido, la referida Ley no introduce ninguna facultad nueva para la ENEE, sino que la autoriza a hacer algo que ya podía hacer según el propio PPA y que incluso ya había intentado en el pasado. La simple lectura del artículo 5 confirma esta idea, pues señala que esta

³⁴³ Contrato No. 002-2014 (C-001), pág. 47, Art. 18.1.

³⁴⁴ Véase *supra* § II.A.3.

³⁴⁵ Acuerdo para la Reforma del Sector Energético Eléctrico Hondureño (10 de octubre de 2018) (C-175). Los propios Demandantes hacen referencia a estas negociaciones en su Memorial de Demanda. Véase Memorial de Demanda, ¶ 90. Véase también, L. Rodríguez, “Los generadores no aceptarán revisar precios de contratos.” *El Herald* (7 de marzo de 2019) (R-048).

³⁴⁶ Decreto No. 46-2022 (C-010), Art. 5.

³⁴⁷ ENEE, Oficio ENEE GG-1083-X-2022, Carta de E. Tejada Carbajal (ENEE) a ██████████ (11 de octubre de 2022) (C-069) (“En ese sentido, reafirmamos nuestra voluntad de permanecer abiertos al diálogo con la finalidad de llegar a acuerdos satisfactorios para ambas partes [...].”).

³⁴⁸ Memorial de Demanda, ¶ 118.

³⁴⁹ Véase *supra* § II.B.

renegociación debe llevarse a cabo “con base en la legislación nacional y las cláusulas contractuales, [para que la ENEE] plantee bajo sus prerrogativas y facultades [...] la renegociación de los contratos”³⁵⁰ Así, el Decreto 46-2022 no exige que la ENEE actúe por fuera de sus facultades legales y contractuales, sino que, por el contrario, se limite a aplicarlas.

271. Como se explicó en más detalle en la sección II.B., contrario a lo señalado por los Demandantes, el Decreto No. 46-2022 no contiene una amenaza de expropiación.³⁵¹ Como resulta evidente, Honduras como cualquier otro Estado soberano, tiene el derecho inherente de expropiar toda clase de propiedades dentro de su territorio, cumpliendo con ciertas condiciones. Esta facultad está reconocida tanto en la Constitución de Honduras³⁵² como en el propio Tratado.³⁵³

272. Así, Honduras tenía la facultad de expropiar la supuesta inversión de los Demandantes, cumpliendo ciertos requisitos, con anterioridad a la promulgación de la referida Ley. Nuevamente la Ley no otorga una nueva facultad a la ENEE en esta materia, sino que la autoriza a plantear la terminación del PPA y la adquisición de la planta, previo pago del justiprecio.

273. Adicionalmente, los Demandantes califican como una “amenaza” del Estado la posibilidad de persecución criminal por la falta de cumplimiento del suministro de electricidad.³⁵⁴ El Decreto 46-2022 tiene el objetivo de proteger el acceso a la electricidad como un derecho humano en el territorio hondureño. En ese sentido, cualquier actuación en contra podría ser investigada a los fines de preservar los derechos fundamentales de los ciudadanos hondureños. Así, cualquier proceso sancionatorio —los que ya se encuentran regulados—³⁵⁵ estaría sujeto al debido proceso conforme a la Constitución de Honduras.³⁵⁶ Además, Honduras no ha tomado ninguna acción de naturaleza sancionatoria en ese sentido. Por lo que, cualquier reclamo o supuesto perjuicio de los Demandantes sería infundado y prematuro.

³⁵⁰ Decreto No. 46-2022 (C-010), Art. 5.

³⁵¹ Véase *supra* § II.B.

³⁵² Constitución Política de la República de Honduras (20 de enero de 1982) (R-015), Art. 106.

³⁵³ CAFTA-DR (CL-001), Art. 10.7.

³⁵⁴ Memorial de Demanda, ¶ 16.

³⁵⁵ Decreto No. 404-2013 (C-008), Art. 26.B(c)(j).

³⁵⁶ Constitución Política de la República de Honduras (20 de enero de 1982) (R-015), Art. 90.

274. En conclusión, no hay nada “forzoso” en que la ENEE plantee la renegociación del PPA, ya que es una situación surgida a partir de las disposiciones contractuales previstas en el PPA. Además, como ya fue mencionado en secciones anteriores y considerando que las partes no se han puesto de acuerdo, el PPA continúa ejecutándose hoy en día.³⁵⁷

275. *Tercero*, los Demandantes indican que Honduras ha supuestamente violado el Tratado al reducir la cantidad de energía suministrada por Pacific Solar. Dichas alegaciones dejan en evidencia que nos encontramos ante una disputa contractual. Es difícil imaginar un conflicto más contractual que uno que discurre sobre la aplicación, estricta o no, de un contrato. Todas las cuestiones que citan los Demandantes tienen relación con el cumplimiento de obligaciones expresamente previstas y reguladas en el PPA, tal como da cuenta la propia correspondencia intercambiada por las partes.³⁵⁸

276. Como señaló el tribunal de *Impregilo c. Pakistán*, es evidente que “[t]hese are matters that concern the implementation of the Contracts, and do not involve any issue beyond the application of a contract, and the conduct of contracting parties. In particular, the matter does not concern any exercise of ‘*puissance publique*’ by the State.”³⁵⁹

277. Como se ha mencionado *supra*,³⁶⁰ la reducción de la cantidad de energía inyectada por Pacific Solar a la red es un tema de índole técnico para mantener la estabilidad del SIN y evitar una posible falla o sobrecarga del sistema, lo cual también está regulado por el Anexo III y IV del PPA.³⁶¹

278. En conclusión, estas disputas son de naturaleza puramente contractual y no ha existido ningún acto soberano de Honduras que pueda llegar a involucrar su responsabilidad

³⁵⁷ Véase *supra* § II.C.

³⁵⁸ Carta de R. Barahona (PSE) a R. Lean (CIENEE) (5 de marzo de 2021) (**R-052**); Carta de R. Barahona (PSE) a E. Torres (ENEE) (3 de septiembre de 2021) (**R-056**); ENEE, Oficio DER-0031-II-2022, Carta de E. Torres (ENEE) a R. Barahona (PSE) (22 de febrero de 2022) (**R-059**); Carta de R. Barahona (PSE) a E. Torres (ENEE) (28 de febrero de 2022) (**R-060**).

³⁵⁹ *Impregilo S.p.A. c. República Islámica de Pakistán*, Caso CIADI No. ARB/03/3, Decisión sobre Jurisdicción (22 de abril de 2005) (**RL-068**), ¶ 268.

³⁶⁰ Véase *supra* § II.A.2.c.(2).

³⁶¹ Contrato No. 002-2014 (**C-001**), pág. 58, Anexo III, ¶ 1.1.; Contrato No. 002-2014 (**C-001**), pág. 65, Anexo IV, ¶ 2.1.

internacional. Es decir que, incluso de ser ciertos todos los hechos alegados por los Demandantes, esto constituiría, a lo más un incumplimiento contractual que no puede ser calificado como una violación de las obligaciones que asumió Honduras bajo el TLC. Como indica el tribunal en *Impregilo c. Pakistán*:

In order that the alleged breach of contract may constitute a violation of the BIT, it must be the result of behaviour going beyond that which an ordinary contracting party could adopt. Only the State in the exercise of its sovereign authority (“*puissance publique*”), and not as a contracting party, may breach the obligations assumed under the BIT. In other words, the investment protection treaty only provides a remedy to the investor where the investor proves that the alleged damages were a consequence of the behaviour of the Host State acting in breach of the obligations it had assumed under the treaty.³⁶²

279. En cualquier caso, la conducta atribuida al Estado respecto a la falta de pago de una supuesta deuda conforme a un contrato es insuficiente para constituir un incumplimiento del Tratado. Como estableció el tribunal en *Bureau Veritas c. Paraguay*, “the acknowledgment of the debt by the State —or elements of it— cannot transform the nature of the conduct, which remains a continuing failure to pay the debt and no more.”³⁶³

280. En ese mismo sentido se expresó el tribunal en *Waste Management c. México II*:

For present purposes it is sufficient to say that even the persistent non-payment of debts by a municipality is not to be equated with violation of Article 1105, provided that it does not amount to an outright and unjustified repudiation of the transaction and provided that some remedy is open to the creditor to address the problem.³⁶⁴

281. La última frase de esta cita deja la puerta abierta a una posible violación del tratado, si la conducta del estado fuera un “repudio completo e injustificado.” Sin embargo, como ya hemos

³⁶² *Impregilo S.p.A. c. República Islámica de Pakistán*, Caso CIADI No. ARB/03/3, Decisión sobre Jurisdicción (22 de abril de 2005) (RL-068), ¶ 260.

³⁶³ *Bureau Veritas, Inspection, Valuation, Assessment and Control, BIVAC B.V c. República del Paraguay*, Caso CIADI No. ARB/07/9, Decisión Adicional sobre Excepciones a la Jurisdicción (9 de octubre de 2012) (RL-086), ¶ 270.

³⁶⁴ *Waste Management, Inc. c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/00/3, Laudo (30 de abril de 2004) (CL-024), ¶ 115.

explicado en secciones anteriores, Honduras y la ENEE siempre se han esforzado por cumplir con sus obligaciones contractuales, por lo que, no han actuado de manera irrazonable, ni mucho menos en su calidad de ente soberano.³⁶⁵

282. La conclusión anterior se ve reforzada cuando se analizan los capítulos del Memorial de Demanda dedicados a los supuestos incumplimientos de Honduras al Tratado.³⁶⁶ A pesar de las numerosas menciones al Tratado y las abundantes citas a decisiones de tribunales de inversión, todos los alegados incumplimientos del Tratado se reconducen invariablemente a eventuales incumplimientos del PPA.

283. En ese sentido, los Demandantes fallan en sustentar que las supuestas violaciones de Honduras a sus obligaciones bajo el Tratado se desprenden de actos soberanos. Al contrario, todos los supuestos incumplimientos citados por los Paiz corresponden a acciones u omisiones dentro del marco de una relación contractual.

3. La cláusula de elección de foro en el PPA impide a este Tribunal de conocer de este asunto

284. Incluso, en caso de que el Tribunal estimara que en términos generales podría conocer de pretensiones de naturaleza contractual como las que han hecho valer los Demandantes, en este caso particular, este Tribunal no tendría jurisdicción para pronunciarse sobre la presente controversia, o bien las pretensiones de los Demandantes serían —en todo caso— inadmisibles porque el PPA, el Contrato de Operación y el Aval Solidario contemplan un mecanismo de solución de controversias propio y específico, el cual fue aceptado sin reservas por los Demandantes.

285. El PPA establece un mecanismo sofisticado y complejo de resolución de disputas, primero haciendo una distinción entre disputas técnicas y otro tipo de disputas. La primera requiriendo conocimientos especiales de ingeniería, y la segunda, incluye todas las demás disputas.³⁶⁷ Asumiendo que los reclamos de los Demandantes caerían dentro de la segunda categoría, el Contrato establece lo siguiente:

³⁶⁵ Véase *supra* § II.C.

³⁶⁶ Memorial de Demanda, § IV.

³⁶⁷ Contrato No. 002-2014 (C-001), pág. 44, Art. 15.1-15.2.

Si se trata de Otras Disputas y las mismas no pueden ser resueltas por el Comité Operativo dentro de un plazo de dieciséis (16) Días Hábiles Administrativos contados a partir de la fecha en que las Disputas le fueren sometidas, estas serán resueltas mediante sometimiento para su solución al funcionario de más alto nivel ejecutivo del COMPRADOR y del VENDEDOR, quienes tendrán la más amplia libertad para convenir y acudir a los medios de solución y procedimientos legales que consideren como idóneos y apropiados. Si en el plazo de seis (6) semanas dichos funcionarios no hubieran concertado un procedimiento de solución, se someterán al procedimiento de arbitraje en el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio e Industrias de Tegucigalpa y aplicando las reglas de tal centro.³⁶⁸

286. Asimismo, la Cláusula Décima del Contrato de Operación dispone lo siguiente:

CLÁUSULA DÉCIMA: DISPUTAS. Las Partes llevarán a cabo sus deberes y obligaciones contenidas en este acuerdo con un espíritu de cooperación mutua y buena fe y harán sus mayores esfuerzos para resolver cualquier diferencia, disputa o controversia relacionada con este Contrato de una manera amigable. Si cualquier diferencia, disputa o controversia no puede ser resuelta por las Partes dentro de un plazo de treinta (30) Días Hábiles Administrativos contados a partir de la fecha en que tal diferencia, disputa o controversia le fue sometida a la otra Parte, entonces, a menos que las Partes acuerden de otra manera, tal diferencia, disputa o controversia será resuelta mediante el sometimiento de las Partes a un arbitraje vinculante e inapelable tal como es establecido en el Decreto 161-2000: Ley de Conciliación y Arbitraje o en los recursos establecidos en las Leyes.³⁶⁹

287. A su vez, el Acuerdo de Apoyo y Aval Solidario establece lo siguiente:

1.2 Fuerza Legal. Que este Acuerdo constituye una obligación legal válida, obligatoria y ejecutable del Estado de conformidad con sus términos, señalándose para ese efecto como Juzgado competente para conocer cualquier proceso judicial, al Juzgado de Letras de lo Civil de Francisco Morazán.³⁷⁰

³⁶⁸ *Ibid.*, pág. 45, Art. 15.4.

³⁶⁹ Contrato de Operación (C-003), pág. 11, Cláusula Décima.

³⁷⁰ Decreto 113-2014 (C-002), pág. 3, Cláusula 1.2

288. Como se ha detallado anteriormente, la controversia que los Demandantes promueven en este arbitraje surge de su alegada inversión en virtud de los contratos señalados y, por lo tanto, está cubierta por los acuerdos de elección de foro, los cuales prevalecen sobre cualquier otro, sin que la cláusula arbitral contenida en el Tratado puede modificar este acuerdo específico de las partes.

289. Tal como sostuvo el Comité de Anulación en *Vivendi I*, invocando la célebre decisión de la Comisión mixta estadounidense-venezolana en el caso *Woodruff* de 1903:

In a case where the essential basis of a claim brought before an international tribunal is a breach of contract, the tribunal will give effect to any valid choice of forum clause in the contract.³⁷¹

290. En el mismo sentido se pronunció el tribunal en *Malicorp c. Egipto*, un caso donde el contrato contenía una cláusula de solución de controversias en favor de un centro de arbitraje local:

Investment arbitration was not set up to provide a substitute for contracting partners who refrain from following the ordinary procedure by which they have agreed to be bound, nor as a means of appeal for those who have failed to obtain satisfaction (or full satisfaction) by using that procedure.³⁷²

291. Estos tribunales determinaron que aquellas disputas contractuales debían someterse a los mecanismos de resolución de controversias pactados en las cláusulas anteriormente indicadas, y que, para que fuese aplicable el tratado, era necesario argumentar una genuina violación del mismo.³⁷³ En este caso, los Demandantes presentan ante el Tribunal una controversia de naturaleza

³⁷¹ *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal c. República Argentina*, Caso No. ARB/97/3, Decisión sobre la Anulación (3 de julio de 2002) (RL-060), ¶¶ 98-99 (Según el Comité, “[...] in the *Woodruff* case, a decision of an American-Venezuelan Mixed Commission in 1903, a claim was brought for breach of a contract which contained the following clause: ‘Doubts and controversies which at any time might occur in virtue of the present agreement shall be decided by the common laws and ordinary tribunals of Venezuela, and they shall never be, as well as neither the decision which shall be pronounced upon them, nor anything relating to the agreement, the subject of international reclamation.’ The Commission in that case held that *Woodruff* was bound by this clause not to refer his contractual claim to any other tribunal. At the same time, the exclusive jurisdiction clause did not and could not preclude a claim by his government in the event that the treatment accorded him amounted to a breach of international law.”).

³⁷² *Malicorp Limited c. República Árabe de Egipto*, Caso CIADI No. ARB/08/18, Laudo (7 de febrero de 2011) (RL-080), ¶ 103c.

³⁷³ *Ibid.*, ¶ 102f.

contractual, disfrazada de supuestas reclamaciones bajo el Tratado, cuando en realidad, se trata únicamente de una disputa derivada de la aplicación del PPA.

292. De este modo, cuando el contrato en cuestión—en este caso, el PPA—incluye una cláusula de elección de foro, los tribunales arbitrales han declinado conocer las demandas, dando prioridad al mecanismo de resolución de controversias pactado por las partes para cada disputa en particular. Esto es precisamente lo que los Demandantes buscan eludir y la razón por la cual este Tribunal no puede asumir competencia sobre la presente controversia.

293. En definitiva, la controversia presentada por los Demandantes tiene naturaleza contractual y, por tanto, se encuentra fuera de la jurisdicción del Tribunal, pese a los intentos de los Paiz de etiquetarla como una disputa bajo el Tratado. En cualquier caso, el Tribunal debe otorgar preferencia a la cláusula de elección de foro acordada libremente por las partes en el PPA.

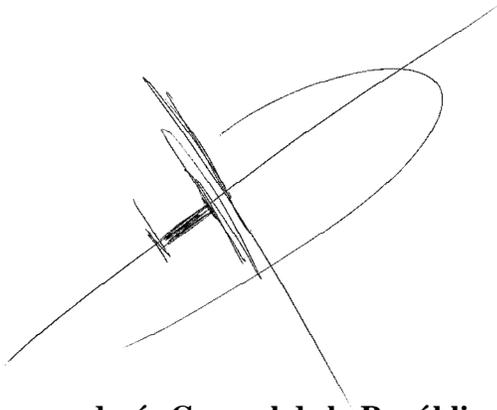
IV. PETITORIO

294. Por todas las razones anteriormente expuestas, la República de Honduras respetuosamente solicita al Tribunal emitir un Laudo en el que:

1. Desestime todas las pretensiones de los Demandantes por falta de jurisdicción y/o admisibilidad; y
2. Condene a los Demandantes a pagar todas las costas de este arbitraje, incluyendo los gastos y honorarios profesionales incurridos por la República de Honduras, el Tribunal, y el CIADI, con los intereses correspondientes.

295. La República de Honduras se reserva el derecho a completar, modificar o complementar estas alegaciones y a presentar todas las alegaciones adicionales que sean necesarias de conformidad con las Reglas del CIADI, las Órdenes Procesales y las órdenes del Tribunal Arbitral a efectos de responder a cualquier alegación formulada por los Demandantes en relación con este caso. Asimismo, la República se reserva el derecho a formular objeciones jurisdiccionales adicionales en el futuro sobre la base de nuevas pruebas aportadas o alegaciones efectuadas por los Demandantes.

Respetuosamente



Procuraduría General de la República
República de Honduras
Manuel Antonio Díaz Galeas



Foley Hoag LLP
Kenneth Juan Figueroa
Andrés Felipe Esteban Tovar
Lucas Solimano
Ivana Mariles Toledo
Pablo Nilo Donoso
Luis Brugal Bravo