



11 de octubre de 2019

Sr. Alexander Salvador Cutz Calderón
Dirección de Administración del Comercio Exterior
Ministerio de Economía
8a. Av. 10-43 Zona 1
Guatemala, Guatemala



Comunicación de controversia de conformidad con el Artículo 12.17 del Tratado de Libre Comercio entre la República de Colombia y las Repúblicas de El Salvador, Guatemala y Honduras

Estimado Sr. Director:

Nos referimos a las inversiones realizadas en la República de Guatemala (“Guatemala” o el “Estado”) por parte de las siguientes sociedades: (i) Grupo Energía Bogotá S.A. ESP (“GEB”), empresa de servicios públicos constituida como sociedad anónima por acciones en la República de Colombia; y (ii) Transportadora de Energía de Centroamérica, S.A. (“TRECSA” y, junto con GEB, los “Inversionistas”), sociedad anónima de carácter mercantil, controlada por GEB y constituida con arreglo a las leyes de la República de Guatemala.

Conforme se describe en esta comunicación, ciertas medidas tomadas por el Estado han afectado negativamente a las inversiones realizadas por los Inversionistas en Guatemala. Estas medidas son contrarias a lo dispuesto en el Tratado de Libre Comercio entre la República de Colombia y las Repúblicas de El Salvador, Guatemala y Honduras (el “Tratado del Triángulo Norte” o el “Tratado”), suscrito en Medellín, Colombia el 9 de agosto de 2007, y que entró en vigor entre la República de Colombia y la República de Guatemala el 12 de noviembre de 2009.

Con arreglo a lo dispuesto en el Artículo 12.17 del Tratado (“Consultas y Negociación”) los Inversionistas invitan respetuosamente a realizar consultas a fin de buscar que la controversia se resuelva por acuerdo amistoso. Al respecto, conforme a lo dispuesto en el Artículo 12.17 del Tratado, se exponen a continuación los hechos y cuestiones de derecho relacionados con la controversia.

Sobre GEB y TRECSA

GEB es una compañía que tiene como objeto social la generación, transmisión, distribución y comercialización de energía. Asimismo, participa como socia o accionista en otras empresas de servicios públicos, ya sea directamente o asociándose con otras personas y, de igual manera, puede desarrollar y participar, directa o indirectamente, en proyectos de ingeniería e infraestructura, y realizar inversiones en este campo, incluyendo la prestación de servicios y actividades relacionadas.

TRECSA es una compañía constituida en febrero de 2010, como resultado de la adjudicación del proyecto PET-01-2009, para el diseño, construcción, constitución de servidumbres, operación y mantenimiento de las obras de transmisión de energía eléctrica de Guatemala (el “Proyecto PET”), relacionado con el Plan de Expansión del Sistema de Transporte 2008-2018, elaborado por la Comisión Nacional de Energía



Eléctrica de Guatemala (“CNEE”), a cambio de una remuneración por vía de un canon anual. A través de TRECSA, GEB ha realizado importantes inversiones en el Proyecto PET (la “Inversión”).

El Proyecto PET es uno de los emprendimientos más ambiciosos de infraestructura en Guatemala. A la fecha, TRECSA ha logrado ya la construcción de 557 kilómetros de líneas nuevas de transmisión y de 19 de 23 subestaciones, de las cuales 16 se encuentran energizadas, obras que han permitido la mejora en la cobertura y calidad del servicio de energía eléctrica, así como la confiabilidad del sistema eléctrico, beneficiando a comercios, industrias, negocios, familias e instituciones nacionales y locales. Al participar en el Proyecto PET, GEB y TRECSA confiaron en que el Estado cumpliría con sus obligaciones conforme al Tratado en el trato de su Inversión.

Justificación Fáctica

Con el fin de desarrollar el Proyecto PET, el 22 de febrero de 2010, el Ministerio de Energía y Minas de Guatemala (“MEM”) y TRECSA suscribieron el Contrato de Autorización de Ejecución de las Obras de Transmisión de los Lotes A, B, C, D, E y F (el “Contrato”), con un plazo de ejecución de 38 meses.

El Proyecto PET se ha visto afectado por aproximadamente 180 eventos que constituyen “Fuerza Mayor o Caso Fortuito” con arreglo a lo dispuesto en el Contrato. Estos eventos han ocasionado retrasos considerables en la ejecución de las obras, llegando incluso a generar demoras de varios años que han afectado severamente la ejecución contractual. En tales casos de fuerza mayor o caso fortuito, el Estado tiene la obligación bajo el Contrato de acordar con TRECSA modificaciones del programa de ejecución de obras, así como reconocer los costos y gastos adicionales en que se incurran en razón de dichos eventos mediante el ajuste del canon anual.

Adicionalmente, TRECSA se ha enfrentado a numerosos obstáculos fuera de su control en la obtención de permisos, licencias y servidumbres de paso, ocasionando mayores retrasos, así como costos adicionales a los valores de referencia establecidos en las Bases de Licitación del Proyecto PET y el Contrato para la constitución de servidumbres y adquisición de terrenos, que deben ser reconocidos mediante el ajuste del canon anual.

Pese a las dificultades encontradas en la ejecución del Proyecto PET, por acciones u omisiones del Estado, TRECSA ha venido cumpliendo sus obligaciones previstas en el Contrato y ha realizado en todo momento sus mejores esfuerzos, logrando importantes avances en la ejecución del mismo. Tan es así que, a la fecha, se ha alcanzado el 76% de avance constructivo y el 49% del proyecto se encuentra energizado. Por su parte, el Estado reconoció – en dos convenios modificatorios de fechas 11 de octubre de 2013 y 18 de septiembre de 2015 – que los mencionados atrasos no eran atribuibles a TRECSA sino a eventos de fuerza mayor o caso fortuito, concediendo las correspondientes modificaciones del plazo de ejecución de obras. Sin embargo, el Estado no ha aceptado injustificadamente eventos que han constituido fuerzas mayores o caso fortuito que en algunos casos inclusive le son atribuibles, ni tampoco ha reconocido a TRECSA los montos adicionales de indemnización y demás gastos pagados en exceso a los valores referenciales por la constitución de las servidumbres.

En este sentido, ante el vencimiento inminente del plazo de ejecución de obras, en septiembre de 2017, conforme a la segunda modificación, resultaba necesario modificar el programa de ejecución de obras del Contrato para dar continuidad al Proyecto PET ya que, por causas de fuerza mayor o caso fortuito, reconocidas por el propio Estado, no era posible completar los trabajos previstos en el plazo contemplado en el programa de ejecución de obras conforme a la segunda modificación contractual. Luego de diversas



comunicaciones entre el MEM y TRECOSA entre julio y septiembre de 2017, el MEM dictó el 14 de septiembre de 2017 una resolución (la “**Resolución**”) en la que aprobó la modificación del plazo de ejecución de las obras, ampliándolo en 38 meses, mismo que vencerá el 17 de noviembre de 2020, pero agregó unilateralmente que el MEM “analizar[í]a todas las causas de cada caso de fuerza mayor o caso fortuito, otorgadas en su momento a [TRECOSA], conforme al procedimiento que ser[í]a emitido oportunamente por [el MEM]”. De este modo, el Estado parecía reabrir el análisis sobre la procedencia de eventos de fuerza mayor o caso fortuito que el Estado ya había aceptado previamente (explícita o implícitamente).

Con posterioridad a dicha Resolución, el 18 de septiembre de 2017, TRECOSA presentó al MEM un borrador de minuta de modificación contractual excluyendo lo relacionado con el procedimiento arbitrario de revisión de fuerzas mayores o casos fortuitos planteados por el MEM. Sin embargo, mediante providencia del 21 de septiembre de 2017, el MEM se negó a adoptar esta minuta, y en cambio citó la Resolución y proporcionó una minuta que incorporaba, también de forma arbitraria, la facultad del MEM de poder analizar y revisar “todos los casos de fuerza mayor y/o caso fortuito, que fueron otorgados en su momento a [TRECOSA]”. En un esfuerzo por salvaguardar sus derechos, el 25 de septiembre de 2017, TRECOSA solicitó al MEM que, en caso de llevarse a cabo la reevaluación de los eventos de fuerza mayor previamente aceptados, ello debería realizarse conforme al mecanismo previsto en la Cláusula Décima Primera del Contrato (“Caso Fortuito o Fuerza Mayor”), y no conforme a un procedimiento nuevo y determinado de manera unilateral por el MEM.

En respuesta a lo anterior, mediante providencia notificada a TRECOSA el 2 de octubre de 2017, el MEM presentó una minuta eliminando el texto propuesto por TRECOSA y exigiendo a ésta aceptar, antes del 11 de octubre 2017 la tercera modificación contractual en los términos y condiciones unilateralmente impuestos por el MEM. Unos días después, mediante providencia de 4 de octubre de 2017, el MEM notificó a TRECOSA que la fecha límite para aceptar los términos y condiciones del MEM quedaba adelantada al 5 de octubre de 2017. En consecuencia, TRECOSA presentó un escrito el 5 de octubre de 2017 manifestando que, “con esta ‘rectificación’ o enmienda... se están vulnerando los derechos e intereses del inversionista... [ya que] estos términos deber[í]an ser acordados por las Partes, por tratarse de un Contrato”, y reiteró la solicitud de reunirse con personal del MEM para acordar la redacción de los términos de dicha minuta.

Posteriormente, mediante providencia notificada el 12 de octubre de 2017 (la “**Providencia de Apercibimiento**”), el MEM apercibió a TRECOSA para suscribir la minuta de modificación contractual “en los términos y condiciones de la minuta... **acordada y aprobada por [el MEM]**, con fecha 02 de octubre [del 2017]. Caso contrario se tendr[í]a por improbadada la minuta y por ende no se podr[í]a acceder al otorgamiento del instrumento público que contenga la Modificación del [Contrato]” (énfasis añadido). Es decir que, si TRECOSA no aceptaba los términos impuestos por el MEM, no se procedería a la ampliación del Contrato, y éste terminaría por vencer de manera inminente, con lo cual TRECOSA perdería el Proyecto.

Ante la imposición del Estado, y la inminente finalización del plazo de ejecución de obras, TRECOSA se vio forzada a aceptar *in extremis* la suscripción de la tercera modificación del Contrato, la cual fue formalizada el 19 de octubre de 2017. La posición del Estado en la Providencia de Apercibimiento fue así arbitraria y contraria a los compromisos del Estado previamente asumidos con TRECOSA. En particular, con la formalización de la tercera modificación del Contrato, el Estado:

- (i) desconoció los eventos de fuerzas mayores o caso fortuito debidamente notificados y previamente aceptados por el MEM de conformidad con el Contrato, además de reabrir unilateralmente el reconocimiento otorgado en su momento a TRECOSA y, en consecuencia,



afectando el derecho de TRECOSA al ajuste del canon en razón de los costos y gastos adicionales ya incurridos en el Proyecto PET por dichos eventos;

- (ii) se arrogó la facultad de establecer un nuevo procedimiento para analizar dichas causas de fuerza mayor o caso fortuito, ignorando el mecanismo que las partes habían previsto en el Contrato; y
- (iii) adoptó una posición que, en definitiva, forzó a TRECOSA a suscribir la tercera modificación del Contrato, en los términos unilateralmente impuestos por el Estado, con la amenaza de perder el Proyecto PET si TRECOSA se negaba a aceptarlo.

Por tanto, la posición del Estado a raíz del tercer convenio modificatorio ha supuesto que las implicancias económicas de los retrasos generados por acciones u omisiones imputables al propio Estado, y los posibles reconocimientos a los que TRECOSA tiene derecho, han quedado al arbitrio del propio Estado.

A la par de la arbitrariedad vinculada al tercer convenio modificatorio, el Estado ha incumplido sus obligaciones y compromisos en diversas formas, ocasionando retrasos considerables en el desarrollo del Proyecto PET. Esto ha incluido la negativa injustificada de fuerzas mayores, la falta de apoyo por parte del Estado en materia de seguridad y en la resolución de cuestiones de fuerza mayor atribuibles al Estado (incluyendo, por ejemplo, la negativa injustificada de diversas autoridades para emitir licencias y permisos correspondientes), obstrucciones y requisitos exorbitantes e infundados de entidades y organismos de gobierno y municipalidades, así como omisiones, actuaciones, resoluciones y comunicaciones arbitrarias y/o tardías por parte de organismos y entidades del Estado. Ello ha provocado no solo incertidumbre en torno a la ejecución del Proyecto PET, sino perjuicios económicos a los Inversionistas.

Aunado a lo anterior, el Estado se ha negado reiteradamente a llevar a cabo las consultas requeridas por la Corte de Constitucionalidad, respecto de las comunidades indígenas y al amparo de las obligaciones del Estado conforme al Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre pueblos indígenas y tribales (“Convenio 169”). De igual forma, vulnera a los Inversionistas la sentencia de la Corte de Constitucionalidad notificada en enero de este año, mediante la cual se declaró la inconstitucionalidad del acuerdo gubernativo declarando de Urgencia Nacional y Necesidad Pública la construcción de las obras del Proyecto PET, poniendo en entredicho la certeza jurídica y las garantías de los Inversionistas.

Con el fin de hacer exigibles sus derechos, respecto de las servidumbres, TRECOSA ha presentado recientemente una solicitud de reconocimiento de costos adicionales por los montos que exceden los valores de referencia y, respecto de las fuerzas mayores y casos fortuitos, lo estará realizando próximamente. Estos aspectos están pendientes de resolución y discusión con el MEM.

Cuestiones de Derecho

Conforme se ha expuesto anteriormente, el Estado: (i) modificó unilateralmente los términos del Contrato e impuso su aceptación a TRECOSA, bajo pena de no prorrogar el Contrato, lo cual llevaría a su finalización inminente y la pérdida de la Inversión; (ii) impuso unilateralmente la revisión de las causas que dieron lugar a los eventos de Fuerza Mayor o Caso Fortuito que ya habían sido aceptados, estableciendo que emitiría un nuevo procedimiento; (iii) como consecuencia, no ha reconocido adecuadamente a TRECOSA los costos adicionales incurridos por TRECOSA como consecuencia de acciones u omisiones atribuibles al propio Estado o a eventos de fuerza mayor o caso fortuito; (iv) se ha rehusado a aceptar los costos adicionales relacionados con la constitución de servidumbres, imponiendo requisitos arbitrarios para su procedencia;



(v) se ha negado reiteradamente a realizar las consultas a los pueblos indígenas según el requerimiento de la Corte de Constitucionalidad y en violación al Convenio 169; y (vi) ha incumplido su deber, con arreglo al Contrato y al Tratado, con actuaciones, resoluciones y comunicaciones arbitrarias y tardías que han impedido la finalización del Proyecto PET, afectando a los Inversionistas.

Las acciones y omisiones de Guatemala que se han descrito anteriormente son constitutivas de una violación de los derechos de los Inversionistas previstos en el Tratado, incluyendo, de forma no limitativa, las siguientes disposiciones:

- *Artículo 12.4 (Protección de Inversiones)*, en cuanto a la falta de trato justo y equitativo y protección y seguridad plenas;
- *Artículo 12.6 (Trato de Nación Más Favorecida)*, en virtud del cual Guatemala tiene la obligación de conceder a los Inversionistas y a sus Inversiones “un trato no menos favorable que el que conceda, en circunstancias similares, a los inversionistas de cualquier otra Parte o de un país que sea Parte en lo referente al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación y venta u otra forma de disposición de inversiones en su territorio”. Dicho trato incluye el deber de respetar los compromisos asumidos con inversores y sus inversiones en virtud de lo dispuesto en otros tratados de protección de inversiones suscritos por Guatemala; y
- *Artículo 12.8 (Expropiación)*.

Los actos del Estado contrarios al Tratado han causado un grave perjuicio económico a los Inversionistas. En concreto, los actos de Guatemala han impedido a TRECOSA concluir el Proyecto PET en el plazo previsto, sufriendo dilaciones que han generado cuantiosos costos adicionales (financieros y de otra índole) que el Estado no ha asumido, de forma contraria a lo previsto en el Contrato.

En este contexto, y manteniendo un espíritu de cooperación y expresando nuestro deseo de alcanzar una resolución amistosa, GEB y TRECOSA reiteran su invitación a la República de Guatemala para entablar las consultas y negociaciones necesarias con miras a lograr una solución amistosa de la controversia que aquí se comunica. A tal efecto, los Inversionistas solicitan la celebración de una o más reuniones con representantes de la República de Guatemala, para conversar sobre todos los temas mencionados en esta comunicación, en el lugar y fechas que proponga el Estado.

Los Inversionistas se reservan todos y cada uno de sus derechos y acciones, incluyendo de reclamar acerca de cualquier evento futuro relacionado con la Inversión y la controversia descrita en la presente comunicación, conforme a cualquier procedimiento o marco jurídico que resulte aplicable.

Por favor acepte la seguridad de nuestra mayor consideración.

Atentamente,



Nestor Raul Fagua Guanoque
Representante Legal
Grupo Energía de Bogotá S.A. ESP
Carrera 9 # 73-44, Piso 6
Bogotá D.C., Colombia
T: (571) 326 8000
F: (571) 326 8010
E: nfagua@geb.com.co



Grupo Energía Bogotá



Trecca
Grupo Energía Bogotá

Atentamente,

Mauricio Pablo Acevedo Arredondo

Representante Legal

Transportadora de Energía de Centroamérica, S.A.

Boulevard Los Próceres 24-69, Edificio Zona Pradera, Torre V, Nivel 3

Ciudad de Guatemala, Departamento de Guatemala

Guatemala

T: (502) 2312 3000

F: (502) 2261 7286

E: macevedo@trecca.com.gt