

CENTRO INTERNACIONAL DE ARREGLO
DE DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES
CASO CIADINO. ARB/10/23

TECO GUATEMALA HOLDINGS, LLC

DEMANDANTE

REPÚBLICA DE GUATEMALA

DEMANDADA

RÉPLICA DE LA DEMANDADA

POSTERIOR A LA AUDIENCIA

8 DE JULIO DE 2013

CONTENIDOS

| | Página |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------|
| I. INTRODUCCIÓN | 4 |
| II. LA FALTA DE JURISDICCIÓN DEL TRIBUNAL | 8 |
| A. El planteamiento de TGH respecto al derecho aplicable confirma la naturaleza meramente regulatoria de su reclamación | 8 |
| B. La descripción de la disputa realizada por TGH en su Escrito Posterior a la Audiencia confirma la naturaleza meramente regulatoria de la reclamación | 9 |
| 1. La supuesta arbitrariedad alegada por TGH es en realidad un mero desacuerdo sobre la interpretación del marco regulatorio | 10 |
| 2. Las presuntas alteraciones fundamentales del marco regulatorio constituyen igualmente simples desacuerdos sobre la interpretación de la regulación | 13 |
| 3. La pretendida violación de expectativas legítimas es también en realidad una discusión sobre la correcta interpretación y aplicación de la regulación | 16 |
| 4. El laudo <i>Iberdrola</i> confirma que la reclamación es meramente regulatoria..... | 20 |
| C. Una controversia de esta naturaleza, ya resuelta por la justicia local, no es materia para este Tribunal | 20 |
| III. EN SU ESCRITO POSTERIOR A LA AUDIENCIA TGH INSISTE EN SU PRESENTACIÓN INCORRECTA Y OPORTUNISTA DE LOS HECHOS FUNDAMENTALES DEL CASO | 25 |
| A. TGH sigue ignorando el marco legal y las admisiones de sus propios testigos al interpretar los Términos de Referencia de la revisión tarifaria 2008-2013..... | 25 |
| B. TGH sigue insistiendo con su versión tergiversada de ciertos hechos en torno a la Comisión Pericial | 28 |
| 1. Los borradores de las reglas de funcionamiento fueron discutidos y circulados entre las partes, pero no existió acuerdo al respecto..... | 28 |
| 2. TGH presenta una versión tergiversada de los intercambios entre la CNEE y su perito en la Comisión Pericial, un evento que en cualquier caso no le causó a TGH ningún perjuicio | 31 |
| 3. La función de la Comisión Pericial está establecida en la LGE, fue aceptada por EEGSA y la CNEE, y no pudo ser expandida por la propia Comisión Pericial ni por TGH en este arbitraje | 34 |

| | | |
|-----|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| 4. | El artículo 3 de la Ley en lo Contencioso Administrativo es plenamente aplicable en el contexto de la Comisión Pericial | 35 |
| C. | TGH continúa sin poder probar que el estudio de Bates White cumplía con el requisito legal de eficiencia para el VNR y el VAD..... | 37 |
| 1. | TGH no ha logrado demostrar la razonabilidad del VNR propuesto por Bates White | 37 |
| 2. | TGH no ha logrado demostrar la razonabilidad del VAD propuesto por Bates White | 40 |
| IV. | GUATEMALA NO HA VIOLADO EL ESTÁNDAR MÍNIMO INTERNACIONAL | 50 |
| A. | TGH pretende ignorar tanto el texto del artículo 10.5 del Tratado como las presentaciones de las partes no contendientes y equiparar el estándar mínimo internacional al trato justo y equitativo | 51 |
| B. | El estándar mínimo protege sólo contra la denegación de justicia y la arbitrariedad manifiesta, y no las expectativas del inversor..... | 57 |
| C. | Guatemala no ha cometido ninguna arbitrariedad manifiesta..... | 63 |
| D. | Guatemala no ha violado ninguna expectativa legítima de TGH | 69 |
| V. | DAÑOS..... | 72 |
| A. | La revisión tarifaria de 2008-2013 demuestra que el cálculo a perpetuidad realizado por el experto de la demandante no es correcto..... | 72 |
| B. | Los ataques de TGH a la valoración contrafáctica de Guatemala no resisten el menor análisis..... | 73 |
| C. | El test de razonabilidad propuesto por TGH ignora por completo el marco regulatorio guatemalteco | 77 |
| D. | La tasa de interés aplicable después de la venta y hasta la fecha del laudo no es el WACC | 80 |
| VI. | PETITORIO | 81 |

I. INTRODUCCIÓN

1. De conformidad con las ordenes del Tribunal de fechas 11 y 22 de marzo de 2013 y el acuerdo de las partes de fecha 25 de junio de 2013, la República de Guatemala (*Guatemala*) presenta su Réplica al Escrito Posterior a la Audiencia de Teco Guatemala Holdings, LLC (*TGH*)¹. Con la intención de evitar repetir argumentos ya presentados en el presente arbitraje, en este escrito Guatemala se ha limitado a contestar las cuestiones más relevantes planteadas en el Escrito Posterior a la Audiencia de TGH. Respecto del resto de sus argumentos, Guatemala respetuosamente refiere al Tribunal a sus presentaciones anteriores y, en especial, a su Escrito Posterior a la Audiencia de fecha 10 de junio de 2013.

2. En su Escrito Posterior a la Audiencia, TGH continúa invocando, sin presentar ninguna prueba concreta, supuestas acciones arbitrarias y de mala fe por parte de la CNEE durante el proceso de revisión tarifaria de EEGSA para el período 2008-2013. Su estrategia sigue siendo etiquetar hechos para intentar así convencer a este Tribunal de que existe una verdadera disputa bajo el Tratado. Dichas etiquetas intentan ocultar la naturaleza puramente regulatoria de la disputa que TGH ha sometido a este Tribunal. TGH discrepa con la CNEE respecto a cómo debía interpretarse y aplicarse el marco regulatorio en la revisión tarifaria de 2008. Pero la CNEE, que es el regulador, ejerció sus funciones en el marco de su obligación de cumplir y hacer cumplir la regulación, dando fundamento a sus decisiones y asumiendo sus responsabilidades ante los tribunales guatemaltecos. Y el tribunal más importante, la Corte de Constitucionalidad de Guatemala, acabó dándole la razón.

3. Sabiendo todo esto (y teniendo en cuenta el precedente del laudo *Iberdrola*), TGH intenta plantear otro escenario para este proceso. Sostiene que la CNEE fue arbitraria al intentar interferir con la Comisión Pericial. Sostiene que la reforma del artículo 98 del Reglamento en el 2007 fue un cambio fundamental del marco regulatorio, pero esto no hace más que evidenciar la misma disputa regulatoria: es el debate sobre si las facultades y responsabilidades que ejerció la CNEE ya estaban contempladas en el marco regulatorio original, tal como lo reconoció la Corte de Constitucionalidad, o no. Ello se confirma por el

¹ Todo término en mayúscula no definido expresamente en el presente escrito tiene el mismo significado que aquel otorgado en los escritos anteriores de Guatemala.

hecho de que EEGSA y TGH jamás se quejaron de la reforma del Reglamento con anterioridad a este arbitraje. De hecho, TGH ni siquiera mencionó la reforma del artículo 98 en su detallada Notificación de Intención bajo el Tratado. TGH hasta intenta traer a colación el artículo 98 *bis*, otro elemento irrelevante en esta disputa, ya que jamás se aplicó. También la reclamación por violación de expectativas legítimas, que de todas formas no cabe en el contexto del estándar mínimo internacional, pasa por el debate sobre la interpretación y aplicación correcta de la regulación.

4. Respecto a las cuestiones técnicas y financieras, el Sr. Barrera, experto de TGH, confirmó en la Audiencia que la discrepancia entre las partes radica básicamente en las unidades constructivas óptimas a ser utilizadas para construir la empresa modelo que serviría de base para fijar las tarifas del quinquenio 2008-2013². En otras palabras, qué materiales y qué cantidad de instalaciones debieron utilizarse para calcular el VNR y VAD de EEGSA. La otra disputa es sobre el nivel de depreciación que debía aplicarse en la revisión tarifaria para el cálculo de retorno de EEGSA.

5. No es tarea para este Tribunal el decidir cuáles son las unidades constructivas óptimas ni cual es el nivel de depreciación apropiado para EEGSA y, por consecuente, tampoco para dirimir las cuestiones que se derivaron de estas divergencias. Estas son cuestiones regulatorias y técnicas de derecho guatemalteco a ser resueltas por la propia agencia regulatoria y (en caso de discrepancia) por sus tribunales. Dichas cuestiones ya han sido resueltas por la máxima autoridad judicial de Guatemala, con pleno respeto de las garantías de debido proceso, tal como TGH lo ha admitido ya que no se queja de denegación de justicia alguna.

6. La debilidad de los argumentos de TGH saltan a la vista cuando se analiza la estrategia utilizada en su Escrito Posterior a la Audiencia: (i) repetidas referencias a citas extensas a sus propios interrogatorios directos de sus propios testigos y expertos³; (ii) limitadas referencias (aisladas y generalmente sacadas de contexto) a citas de los contra-interrogatorios de los testigos y expertos de Guatemala; y (iii) una batería de argumentos procesales irrelevantes, improcedentes y extemporáneos.

² Tr. (inglés), Día Seis, 1466:4-7, Barrera.

³ La Demandante citó 47 veces su interrogatorio directo al Sr. Kaczmarek, 19 veces su interrogatorio directo al Sr. Barrera y 15 veces su interrogatorio directo al Lic. Alegría.

7. Por ejemplo, TGH se queja largamente de que Guatemala no habría presentado a ciertos testigos “que cuentan con conocimiento real y personal de los hechos controvertidos”⁴. En particular, TGH se queja de que Guatemala no habría presentado como testigos a los miembros del directorio de la CNEE en 2003. Pero dicha revisión tarifaria no formó nunca parte de la disputa planteada por TGH. TGH también se queja de que ciertos miembros de los equipos técnicos de la CNEE en 2008 no fueron traídos como testigos. Guatemala ha presentado como testigos a las personas que tomaron las decisiones cuestionadas por TGH en este arbitraje. Y más allá de sus quejas, TGH no ha podido indicar ninguna cuestión concreta y relevante que haya quedado sin responder por los Ings. Moller y Colom en la Audiencia.

8. TGH objeta también de que Guatemala no presentó testimonio alguno de su consultor técnico, Mercados Energéticos. Este Tribunal recordará que tres testigos miembros de Mercados Energéticos sí fueron presentados en este arbitraje pero declinaron su colaboración justamente luego de que los mismos fueran contratados como consultores de la propia EEGSA en la revisión tarifaria actualmente en curso. A todo evento, es sorprendente que TGH haga estos planteos cuando ha evitado (sin siquiera intentar una explicación por tal accionar) presentar como testigo al presidente de EEGSA, el Sr. Gonzalo Pérez, cuyo testimonio hubiera sido clave. Hubiera podido contestar— por ejemplo, cómo es posible que la no adopción del estudio de Bates White (que requería un aumento del VAD de EEGSA del 58%) pudo afectar el valor de EEGSA, cuando él había ofrecido voluntariamente como punto de partida de su “negociación” solo un 10% de aumento del VAD. Sin oír al Sr. Pérez (que sigue trabajando para el socio de TGH, Iberdrola), la única contestación posible es que el estudio de Bates White reflejaba un VAD sobrevaluado y, tal como lo determinó la CNEE, no podía ser utilizado para fijar las tarifas que se aplicarían a millones de guatemaltecos durante cinco años.

9. En otro de sus argumentos procesales, TGH acusa a Guatemala de haber retenido documentos solicitados por el Tribunal o documentos que Guatemala había aceptado entregarle⁵. En particular, TGH se queja de la no entrega de “actas de reuniones de la CNEE”. Si bien el reglamento interno inicial de la CNEE de 1998 previó que se prepararan este tipo de

⁴ Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandante, párr. 6.

⁵ Escrito posterior a la audiencia, párr. 7.

actas (y el libro en sí existe, tal como lo confirmó el Ing. Moller⁶), en la práctica, ello no ha sucedido. Los Directores han históricamente considerado que dado que la CNEE aprueba sus decisiones en forma de resoluciones y todas las resoluciones de la CNEE son públicas, no se justifican los recursos necesarios para preparar actas de cada reunión. El Ing. Moller también dijo que a él no le habían pedido dichas actas⁷, lo cual también es correcto puesto que el contacto en la CNEE para esta cuestión no fue el Ing. Moller sino el Departamento Legal de la CNEE.

10. TGH también acusa incorrectamente a Guatemala de no haber entregado cierto material promocional utilizado para la privatización de EEGSA⁸. Dicha acusación es por lo menos sorprendente puesto que Guatemala presentó todos los documentos relevantes que estaban en su poder (ocho)⁹, sino que y es la misma EEGSA la que de hecho tendría que tener dichos documentos. Como TGH bien sabe, EEGSA fue designada como la entidad encargada del procedimiento de venta de las acciones en la privatización¹⁰. EEGSA a su vez seleccionó a Salomon Smith Barney como su asesor financiero para esta tarea¹¹. En consecuencia, toda la información correspondiente a materiales promocionales, presentaciones y demás documentos con respecto a la privatización de EEGSA —incluyendo la presentación dada por la CNEE ante el Comité de Alto Nivel el 13 de marzo de 1998— fue recabada y centralizada en EEGSA y no en otras entidades, instituciones o ministerios gubernamentales como pretende TGH. Es curioso también que TGH, que pretende avalarse de ciertas “expectativas” supuestamente creadas en cabeza del grupo Teco (pero no TGH) durante el proceso de licitación, no haya podido aportar documento alguno relativo a dicha etapa reflejando las representaciones que supuestamente recibió por parte de Guatemala¹².

⁶ Tr. (castellano), Día Cinco, 1009:13-18, Moller.

⁷ Tr. (castellano), Día Cinco, 1010:4-6, Moller.

⁸ Escrito posterior a la audiencia, párr. 7, Solicitud B.1.

⁹ Nota de Freshfields Bruckhaus Deringer LLP de fecha 11 de abril de 2012, **Anexo R-251**.

¹⁰ Contrato de Servicios entre EEGSA y el Estado de Guatemala, 10 de septiembre de 1998, **Anexo R-19**, Cláusula Primera, Segunda y Tercera; Acuerdo Gubernativo No. 865-97, 17 de diciembre de 1997, **Anexo C-23**, artículos 3, 4 y 5.

¹¹ Memorial de Demanda, párr. 47.

¹² TGH no puede seriamente alegar mala fe por parte de Guatemala en la producción de documentos, cuando Guatemala produjo alrededor de 300 documentos mientras que TGH solo aportó 50.

11. En realidad, TGH busca convencer a este Tribunal de que tiene razón recurriendo a supuestos testigos que no se presentaron o documentos que no obtuvo. Lo que TGH debió haber hecho desde un principio es focalizarse en presentar argumentos y evidencia concreta (y no simplemente etiquetas) que permitan establecer si existió responsabilidad internacional de Guatemala. No lo ha hecho. Su incapacidad para probar la existencia de un reclamo internacional y, menos aún, que hubiere existido responsabilidad por parte de Guatemala, deben llevar al rechazo de su reclamo.

II. LA FALTA DE JURISDICCIÓN DEL TRIBUNAL

A. EL PLANTEAMIENTO DE TGH RESPECTO AL DERECHO APLICABLE CONFIRMA LA NATURALEZA MERAMENTE REGULATORIA DE SU RECLAMACIÓN

12. En su Escrito Posterior a la Audiencia, TGH reitera en varias oportunidades que “un Estado no puede invocar las disposiciones de su propio derecho interno para eludir sus obligaciones internacionales”¹³. No hay duda sobre este principio de derecho internacional: en una verdadera reclamación internacional, es el derecho internacional y no el derecho nacional el que determina si la conducta del Estado ha violado una norma internacional. Sin embargo, dicho principio no se verifica en el presente caso, puesto que TGH no presenta una verdadera reclamación internacional.

13. La reclamación de TGH pasa, necesariamente, por determinar si la CNEE ha actuado correctamente de acuerdo al marco regulatorio guatemalteco. TGH no puede pretender que el derecho guatemalteco sea irrelevante cuando ésta le está precisamente pidiendo a este Tribunal que decida si: (i) la CNEE debía considerar el dictamen de la Comisión Pericial como vinculante, (ii) la Comisión Pericial podía aprobar el estudio Bates White, (iii) la CNEE podía adoptar el estudio de Sigla, y si (iv) la CNEE calculó correctamente el VAD al considerar la depreciación, entre otras cosas. Todos estos temas son cuestiones de mera interpretación de la regulación. Es por ello que dicha regulación tiene un papel central para resolver esta disputa.

¹³ Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandante, párr. 9. Ver también *ibid.*, párrs. 84, 145.

14. Como explicó el tribunal en *Iberdrola* “[e]s cierto, como lo señala la Demandante, que la legalidad de la conducta de un Estado a la luz de su derecho interno no conduce necesariamente a la legalidad de esa conducta según el derecho internacional”¹⁴, pero:

No puede la Demandante sostener válidamente que el derecho nacional de Guatemala debe tomarse como un hecho en la controversia que sometió al Tribunal. La Demandante planteó este proceso para que se resolviera una cuestión de “derecho”, una serie de diferencias sobre normas del sistema jurídico guatemalteco respecto de las cuales existió, en su criterio, una interpretación equivocada por parte del órgano regulador y del sistema judicial guatemalteco, que ahora le pide a este Tribunal que revise¹⁵.

15. Por lo tanto, por más que el principio de derecho internacional invocado por TGH sea indiscutible, dicho principio no puede tener aplicación en este caso como pretende TGH, porque no estamos ante una verdadera reclamación internacional autónoma, con vida propia, separada de la disputa regulatoria interna. El resultado inaceptable al que conduciría la aplicación del principio invocado por TGH, según el cual Guatemala podría ser condenada aun si la CNEE hubiera actuado correctamente bajo su derecho doméstico, evidencia la naturaleza meramente regulatoria de su reclamación.

B. LA DESCRIPCIÓN DE LA DISPUTA REALIZADA POR TGH EN SU ESCRITO POSTERIOR A LA AUDIENCIA CONFIRMA LA NATURALEZA MERAMENTE REGULATORIA DE LA RECLAMACIÓN

16. Como Guatemala ya ha puesto en evidencia en anteriores escritos¹⁶, TGH no puede ocultar la naturaleza meramente regulatoria y de derecho guatemalteco de su reclamación. Esto queda confirmado en su Escrito Posterior a la Audiencia.

¹⁴ *Iberdrola Energía S.A. c. República de Guatemala* (Caso CIADI No. ARB/09/5) Laudo, 17 de agosto de 2012, **Anexo RL-32**, párr. 367.

¹⁵ *Ibid.*, párr. 365.

¹⁶ Ver Memorial de Contestación, secciones II, párrs. 47-131 y IV.B, párrs. 495-540; Memorial de Dúplica, secciones III, párrs. 31-78 y IV.B, párrs. 96-164; Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandada, sección II, párrs. 33-80.

1. La supuesta arbitrariedad alegada por TGH es en realidad un mero desacuerdo sobre la interpretación del marco regulatorio

17. La primera frase de la sección del Escrito Posterior a la Audiencia sobre arbitrariedad evidencia el carácter regulatorio de la disputa de TGH¹⁷. TGH alega: “La negativa de la CNEE a aceptar la resolución de la Comisión Pericial [...], y su decisión [...] de imponer a EEGSA su propio VAD, calculado en función de un VNR subestimado y depreciado, configuran un manifiesto trato arbitrario de Guatemala”¹⁸. Dejando de lado los calificativos y errores conceptuales y fácticos de estas alegaciones, todos estos temas versan únicamente sobre cuál es la interpretación correcta del marco regulatorio.

18. TGH intenta dar color a su reclamación, indicando, por ejemplo, que la CNEE supuestamente intentó manipular los Términos de Referencia¹⁹, e “influnciar a la Comisión Pericial”²⁰. Sin embargo, su verdadera queja versa únicamente sobre el alcance de las responsabilidades y facultades de la CNEE y la Comisión Pericial en la revisión tarifaria. En palabras de TGH:

Si bien la CNEE en primer lugar intentó [...] la manipulación del proceso de revisión tarifaria, por medio de los TdR de EEGSA y luego por medio de la Comisión Pericial, cuando dicho proceso no le dio el resultado predeterminado que pretendía, la CNEE simplemente ignoró los principios fundamentales de su régimen regulatorio e impuso unilateralmente a EEGSA su propio VAD considerablemente reducido²¹.

19. De los propios dichos de TGH surge por lo tanto que detrás de las acusaciones de arbitrariedad, no hay más que una controversia sobre la interpretación correcta del marco regulatorio: su queja es que la CNEE, después de supuestamente fracasar en manipular los Términos de Referencia y la Comisión Pericial, “ignoró los principios fundamentales de su régimen regulatorio e impuso unilateralmente a EEGSA su propio VAD considerablemente

¹⁷ La sección del Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandante sobre la supuesta arbitrariedad de la CNEE es la III.C (“Guatemala manipuló el resultado de la revisión tarifaria de 2008-2013 de EEGSA por medio de una serie de actos arbitrarios e injustificados”), párrs. 117-164.

¹⁸ Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandante, párr. 117.

¹⁹ *Ibid.*, párrs. 118-129.

²⁰ *Ibid.*, Sección III.C.4, y párrs. 148-152.

²¹ *Ibid.*, párr. 159 (Énfasis añadido).

reducido”. La controversia, por lo tanto, es sobre las facultades de la CNEE según el marco regulatorio y, en particular, sobre si la CNEE podía fijar las tarifas en base al estudio independiente de su consultor.

20. Estos temas fueron tratados por la Corte de Constitucionalidad, la instancia judicial más alta en el sistema legal guatemalteco, que dio la razón a la CNEE. La Corte de Constitucionalidad ya estableció que la CNEE tiene la responsabilidad de hacer cumplir la ley²², de fijar los Términos de Referencia y la metodología para las revisiones tarifarias²³, de aprobar los estudios tarifarios²⁴, de aprobar el VAD²⁵, y de determinar las tarifas²⁶. La Corte de Constitucionalidad confirmó también que dichas funciones no son delegables a un órgano cuya existencia es transitoria y al que no pueden exigírsele responsabilidades. Vale la pena reiterar algunas citas de las sentencias:

Sentencia de 18 de noviembre de 2009:

La Ley General de Electricidad creó en su artículo 4, como ente regulador del sistema, la Comisión Nacional de Energía Eléctrica, dotándola de competencia para: “Definir las tarifas de transmisión y distribución, sujetas a regulación de acuerdo a la presente ley, así como la metodología para el cálculo de las mismas” [...] De manera que al preceptuar los artículos 4 inciso c) y 71 de la citada ley, que las tarifas serán calculadas por la Comisión Nacional de Energía Eléctrica, debe hacerlo después de recibir el informe de la Comisión Pericial, que, como se ha mencionado, concluyó con dicho dictamen su función asesora del acto de voluntad de la autoridad competente para fijar los pliegos tarifarios [...] Esa competencia de la Comisión Nacional de Energía Eléctrica de establecer los pliegos tarifarios, es una legítima potestad atribuida por la Ley General de Electricidad, con lo que realiza una función del Estado, y que, para su ejercicio, tiene el referente que le indican los artículos 60, 61, 71 y 73 de la citada ley, que debe moderar cualquier extralimitación discrecional [...]”²⁷.

Sentencia de 24 de febrero de 2010:

²² LGE, **Anexo R-8**, art. 4(a); RLGE, **Anexo R-36**, art. 3.

²³ LGE, **Anexo R-8**, arts. 4(c), 74 y 77; RLGE, **Anexo R-36**, art. 97.

²⁴ RLGE, **Anexo R-36**, arts. 92, 98 y 99.

²⁵ LGE, **Anexo R-8**, arts. 60, 61, 71 y 76; RLGE, **Anexo R-36**, arts. 82 y 83.

²⁶ LGE, **Anexo R-8**, art. 4(c), 61, 71 y 76; RLGE, **Anexo R-36**, art. 99.

²⁷ Sentencia de la Corte de Constitucionalidad (Expedientes acumulados 1836-1846-2009) Apelación Directa de Sentencia de Amparo, 18 de noviembre de 2009, **Anexo R-105**, págs. 30-32 (Énfasis añadido).

[N]o se advierte, tanto en la Ley que regula la materia, como en su respectivo Reglamento, – única normativa aplicable al caso dentro del ordenamiento jurídico guatemalteco vigente – norma alguna que atribuya a la Comisión Pericial, otra función más allá que la de su pronunciamiento sobre las discrepancias ya referidas. [...] [C]on la entrega de su respectivo pronunciamiento, la Comisión Pericial cumplió con la función que la Ley de la materia y su respectivo Reglamento, le encomendaran para el efecto. Por lo que al haberse agotado su función legal, no tratándose de una Comisión de tipo permanente, sino más bien de carácter temporal, cuya función dictaminadora, según la ley, debía servir para la definición tarifaria por la autoridad competente para ello, no teniendo ya ninguna otra intervención en el procedimiento, según la Ley, ningún agravio podía causarle a la amparista la disolución de aquella, siendo que el proceder de la autoridad impugnada se ciñó al procedimiento establecido en la Ley y Reglamento que regulan la materia. [...] [A]tribuirle a la Comisión Pericial de mérito la función de dirimir el conflicto existente entre la amparista y la autoridad recurrida y reconocerle competencia para emitir una decisión vinculante, y más aún, reconocerle la facultad de aprobación de los estudios tarifarios, tal y como la Corte resolviera en su oportunidad, resultaría contrario al decantado principio de legalidad [...] pues según lo disponen la Ley General de Electricidad, así como su respectivo Reglamento [...] compete a la Comisión Nacional de Energía Eléctrica, como único ente responsable, la función consistente en la fijación de las tarifas de distribución y la aprobación de los estudios tarifarios²⁸.

21. Las decisiones de la Corte de Constitucionalidad son dispositivas de las cuestiones de derecho guatemalteco, como ilustra el laudo *Mobil c. Canadá*:

The question of consistency [...] was fully addressed by the Canadian courts, and resolved as a matter of Canadian law by the judgment of September 4, 2008 of the Newfoundland and Labrador Court of Appeal. In that case the majority rejected an appeal from a decision that found that the Board had acted lawfully under Canadian law. [...] the Court of Appeal's ruling on Canadian law is dispositive. Although this Tribunal has a different task from that of the Court of Appeal, namely to determine whether there has been a violation of the law of NAFTA, it is not for us to express a view as to whether the Court of Appeal got its decision on Canadian law wrong. That decision is dispositive of the issues that arise as a matter of Canadian law. The conclusions reached by the Court of Appeal are relevant to and underpin our ruling that no violation of Article 1105 has occurred.

The Court of Appeal concluded that as a matter of Canadian law the Board had acted reasonably and lawfully in exercising its authority [...] In

²⁸ Sentencia de la Corte de Constitucionalidad (Expediente 3831-2009) Apelación de Amparo, 24 de febrero de 2010, **Anexo R-110**, págs. 31-34 (Énfasis añadido).

reaching that conclusion, the Court of Appeal considered the regulatory framework within which the Claimants made their investment²⁹.

22. TGH no puede acudir a este Tribunal planteando de nuevo que su interpretación del marco regulatorio es la correcta, no la de la CNEE y de la Corte de Constitucionalidad, y que esto configura una arbitrariedad. Si así fuera, tal defecto debería también ser predicable respecto de las sentencias de la Corte de Constitucionalidad que dieron la razón a la CNEE y, por tanto, debería atacar dichas decisiones por denegación de justicia. Sin embargo, TGH no plantea este tipo de reclamación.

2. Las presuntas alteraciones fundamentales del marco regulatorio constituyen igualmente simples desacuerdos sobre la interpretación de la regulación

23. Lo mismo ocurre con la reclamación por las alteraciones del marco regulatorio, que se basa, según TGH, en que la reforma del artículo 98 del Reglamento en 2007 “modificó de manera fundamental el marco regulatorio”³⁰. Sin embargo, TGH no explica por qué, entonces, tal reforma no fue nunca atacada ni localmente por inconstitucional (por EEGSA o por algún otro distribuidor), ni como violación del Tratado en la Notificación de Intención de enero de 2009. Este último aspecto determina que tal queja haya prescrito de acuerdo con el Tratado y esté fuera de la jurisdicción del Tribunal³¹.

24. TGH busca excusarse diciendo que por aquél entonces (en enero de 2009) “la CNEE no había invocado el modificado Artículo 98 del RLGE como sustento legal de la aprobación de su propio estudio del VAD”³². Sin embargo, se contradice flagrantemente cuando afirma que la CNEE, durante el proceso de revisión tarifaria, supuestamente “invocó de manera arbitraria el

²⁹ *Mobil Investments Canada Inc. y Murphy Oil Corporation c. Canadá* (Caso CIADI No. ARB (AF)/07/4) Decisión sobre Responsabilidad y *Quantum* (versión pública), 22 de mayo de 2012, **Anexo RL-37**, párrs. 167-168.

³⁰ *Ibid.*, título Sección III.B.1.

³¹ La reforma del artículo 98 tuvo lugar el 5 de marzo de 2007, pero TGH no reclamó bajo el Tratado contra la misma hasta el 20 de octubre de 2010 cuando presentó la Notificación de Arbitraje. Bajo el artículo 10.18.1 del Tratado, “[n]inguna reclamación podrá someterse a arbitraje conforme a esta Sección, si han transcurrido más de tres años a partir de la fecha en que el demandante tuvo o debió haber tenido conocimiento de la violación alegada [...]”. Es decir, el reclamo de TGH contra la reforma del artículo 98 se encontraba prescripto al momento en que TGH lo presentó.

³² Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandante, párr. 116.

modificado Artículo 98 [...] en un intento de mala fe de hacer fracasar el proceso de revisión tarifaria y arrogarse discreción ilimitada para fijar el VAD de EEGSA”³³. La confusión de TGH es evidente, e indica la dificultad que tiene TGH para utilizar la reforma del artículo 98 a su favor: si TGH se queja de que la CNEE invocó arbitrariamente el artículo 98, entonces no es la reforma en sí el problema, sino la interpretación que supuestamente hizo la CNEE de tal disposición.

25. Lo que es claro es que la cuestión de las facultades de la CNEE de aprobación de estudios tarifarios y del VAD no fue alterada por la reforma del artículo 98 del Reglamento. Estas facultades ya existían. Por ejemplo, la supuesta obligación de la CNEE de basar el VAD única y exclusivamente en el estudio tarifario del distribuidor, estaba en el proyecto de ley³⁴, pero fue expresamente eliminada durante la tramitación parlamentaria de la LGE³⁵. TGH invoca el artículo 74 de la LGE³⁶, pero esta disposición se refiere al comienzo del proceso de revisión tarifaria mediante un estudio tarifario del distribuidor, no que dicho estudio sea el que obligatoriamente deba aceptar la CNEE al final del proceso. No hay ningún país del mundo en el que la determinación del VAD sea conferida al estudio tarifario del distribuidor o a una Comisión Pericial. El caso de Chile muestra que el VNR (no el VAD) es determinado por un Panel de Expertos, de carácter permanente y regulado. El carácter vinculante de su decisión es por demás establecido expresamente en la ley³⁷. Nótese que el artículo 76 de la LGE, que pone punto final al proceso de revisión tarifaria, dice que la CNEE “usará los VAD”, no el estudio tarifario del distribuidor, “para estructurar un conjunto de tarifas”.

26. En cualquier caso, la tesis de TGH de que el artículo 98 del Reglamento supuso una alteración fundamental del marco regulatorio pasa por probar primero que su interpretación del marco regulatorio es correcta. Es decir, se trata siempre y en cualquier caso de la misma controversia regulatoria respecto al alcance de las facultades de la CNEE y de la Comisión Pericial de acuerdo con la regulación.

³³ *Ibid.*, Sección III.C.2 y párr. 130.

³⁴ LGE, borrador final, **Anexo C-13**, art. 54.

³⁵ LGE, **Anexo R-8**, art. 60.

³⁶ Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandante, párr. 107.

³⁷ Ley General de Servicios Eléctricos (Chile), aprobada por Decreto 4/20018, 2 de mayo de 2007, **Anexo C-482**, artículos 208-211.

27. Que el artículo 98 del Reglamento no supuso ninguna alteración del marco regulatorio lo prueba el hecho de que la Corte de Constitucionalidad, en sus dos sentencias de 18 de noviembre de 2009 y 24 de febrero de 2010, dio la razón a la CNEE sin basarse en el artículo 98 del Reglamento, sino en las responsabilidades de la CNEE como regulador en materia de fijación de las tarifas y de la aprobación del VAD, como se evidencia de las citas a las dos sentencias de la Corte reproducidas arriba.

28. Por lo tanto, nunca pudo ser la reforma del artículo 98 del Reglamento lo que causara agravio a TGH. TGH lo admite al decir que el problema es que la CNEE supuestamente “invocó de manera arbitraria el modificado Artículo 98”³⁸. Por tanto, la queja de TGH tiene que ver solo con la interpretación que hizo la CNEE de sus facultades conforme al marco regulatorio, interpretación además correcta como prueban las sentencias de la Corte de Constitucionalidad.

29. Lo que hace TGH en su Escrito Posterior a la Audiencia para sostener que la reforma del artículo 98 del Reglamento sí tuvo un impacto “fundamental” en este caso, es deformar un pasaje de la sentencia de 24 de febrero de 2010 (como hizo ya durante la Audiencia³⁹). Dice TGH:

En su decisión del 24 de febrero de 2010, la Corte resolvió que “[el Artículo 98 del RLGE prevé] que, en caso de omisión por parte del Distribuidor de enviar los estudios o correcciones a los mismos, la [CNEE] (entidad gubernamental de derecho público) quedará facultada para emitir y publicar el pliego tarifario correspondiente, con base en el estudio tarifario que ésta efectúe independientemente o realizando las correcciones a los estudios iniciados por la distribuidora” y que “[en] consideración de lo anterior, *la [CNEE] no causó agravio alguno a la amparista al disolver la Comisión Pericial y seguir el procedimiento fijado para establecer los pliegos tarifarios . . .*”⁴⁰

30. TGH quiere que parezca que la conclusión de la Corte, en la parte final de esta cita, enfatizada por la propia TGH en cursiva, resulta de la referencia al artículo 98 del Reglamento

³⁸ Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandante, título Sección III.C.2 y párr. 130.

³⁹ Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandada, párr. 62, citando el Discurso de Apertura de la Demandante en la Audiencia: Tr. (inglés), Día Uno, 108:17-20, y por ejemplo también en 130:20-131:3, 159:3-11, y 343:8-11.

⁴⁰ Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandante, párr. 115 (Énfasis en original).

en la parte inicial de la cita (por otra parte la única referencia que hay al artículo 98 en las dos sentencias de la Corte), pero ello no es así. La cita correcta de la sentencia es como sigue:

[L]a Comisión Nacional de Energía Eléctrica, no ha proferido agravio alguno a la amparista, al resolver la disolución de la Comisión Pericial y haber continuado con el procedimiento de fijación de los pliegos tarifarios de mérito, siendo que dicha competencia –que constituye una función estatal–, como ya se ha expuesto, es una legítima potestad atribuida a dicho ente por la Ley General de Electricidad, de acuerdo a lo que para el efecto establecen los artículos 60, 61, 71 y 73 de la misma⁴¹.

31. Es claro que la cuestión, como explica la Corte, es que la LGE da (y siempre ha dado) fundamento a la facultad de la CNEE de decidir sobre el VAD, y la reforma del artículo 98 del Reglamento no tuvo influencia en este tema. TGH disiente con esta conclusión, lo cual es legítimo, pero esto configura un desacuerdo sobre la interpretación de la regulación, y no una controversia bajo el Tratado por la alteración fundamental del marco regulatorio.

3. La pretendida violación de expectativas legítimas es también en realidad una discusión sobre la correcta interpretación y aplicación de la regulación

32. La doctrina de las expectativas legítimas no se aplica en el contexto del estándar mínimo internacional que es la norma invocada por TGH en este caso⁴². Sin perjuicio de esto, la realidad es que la pretendida violación de expectativas legítimas es otro modo de TGH de intentar disimular que la controversia versa únicamente sobre cuál es la correcta interpretación y aplicación de la regulación.

33. En este sentido, es curioso como TGH ha “descubierto” sus expectativas legítimas, la importancia de las mismas, así como que dichas expectativas habrían sido generadas por el Memorándum de Venta de EEGSA, a lo largo de este procedimiento. En su Notificación de Arbitraje de octubre de 2010, ni la expresión “expectativas legítimas” ni el Memorándum de Venta son citados. En el Memorial de Demanda, TGH habla del Memorándum de Venta únicamente como criterio que apoyaría su interpretación del marco regulatorio⁴³, y es dicho marco la única fuente de sus supuestas expectativas. Esto continua en la Réplica⁴⁴, si bien es ya

⁴¹ Sentencia de la Corte de Constitucionalidad (Expediente 3831-2009) Apelación de Amparo, 24 de febrero de 2010, **Anexo R-110**, pág. 36.

⁴² Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandada, párrs. 284-291.

⁴³ Memorial de Demanda, párrs. 261, 264, 278.

⁴⁴ Memorial de Réplica, párrs. 59, 61, 244.

en ésta⁴⁵, y más aún en su Escrito Posterior a la Audiencia⁴⁶, donde TGH “recuerda” que el Memorándum de Venta habría podido dar lugar a expectativas al margen del marco regulatorio (a pesar de que TGH ni siquiera había nacido cuando el Memorándum fue emitido). Llega a decir, para intentar separarse de la cuestión de la correcta interpretación del marco regulatorio, que “aun si la Demandada hubiera interpretado y descripto incorrectamente su propio derecho” en el Memorándum de Venta “ello no la absolvería de la responsabilidad que le cabe por actuar de forma contraria a esas declaraciones específicas”⁴⁷.

34. Cualquiera se imaginaría que el Memorándum de Venta contiene abundantes y claras afirmaciones de que, por ejemplo, el pronunciamiento de la Comisión Pericial es vinculante, que la CNEE debe siempre aprobar el VAD que surge del estudio tarifario del distribuidor, que en el VAD no hay que incluir nunca la depreciación para calcular la renta a la que tiene derecho el distribuidor, etc.

35. Pero la realidad es que no hay nada de esto en el Memorándum de Venta. Como dice TGH el Memorándum establece que el VAD se fijará en función del criterio de la empresa modelo y del VNR, conforme a precios de mercado de la actividad de distribución⁴⁸, y que:

Los VAD deben ser calculados por los distribuidores mediante un estudio encargado a una empresa de ingeniería [...]. La [CNEE] revisará los estudios y podrá efectuar observaciones, pero en caso de discrepancia se nombrará una Comisión de tres peritos para que resuelva sobre las diferencias⁴⁹.

36. Esto es todo. ¿Dónde están en este documento las expectativas legítimas sobre la cuestión de la depreciación, sobre el deber de la CNEE de aprobar el VAD en base al estudio del distribuidor, sobre el carácter vinculante del pronunciamiento de la Comisión Pericial? Es inverosímil que la palabra “resuelva” utilizada en el Memorándum en lugar de “se pronunciará” (que es el verbo que utiliza el artículo 75 de la LGE), referida a la Comisión Pericial, sea suficiente para fundar todas las expectativas de TGH. Como ya se explicó en el

⁴⁵ *Ibid.*, párrs. 264-266.

⁴⁶ Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandante, párrs. 60-64, 70.

⁴⁷ *Ibid.*, párr. 84.

⁴⁸ *Ibid.*, Secciones III.A.1 y 2.

⁴⁹ Salomon Smith Barney, “EEGSA: Memorándum de Venta”, mayo de 1998, **Anexo R-16**, pág. 63; Memorial de Réplica, párr. 264; Tr. (inglés), Día Cinco, 1172:19-1173:19, Alegría.

Escrito Posterior a la Audiencia de Guatemala, la palabra “resolver” no es en absoluto incompatible con una función consultiva⁵⁰. Resolver una controversia, según el Diccionario de Lengua Española de la Real Academia Española, es “[h]allar la solución de un problema” o disputa⁵¹, y ello puede ser en modo vinculante o no. Tampoco la presentación del *roadshow*, a la que también hace repetidamente hincapié TGH, dice nada que apoye las supuestas expectativas de TGH. La parte sobre el marco regulatorio se limita a explicar que el VAD es parte de la tarifa, que el VAD refleja costos estándares internacionales, que el regulador es la CNEE y que la metodología tarifaria es revisada cada cinco años por la CNEE⁵².

37. Si tanta importancia dio Teco (no TGH, que no existía en 1998) al papel de la Comisión Pericial y a que la CNEE no pudiera apartarse nunca del estudio tarifario del distribuidor, es inexplicable que no exista ningún documento de aquel momento, interno o de sus abogados externos, analizando la regulación en relación a estas cuestiones⁵³. Nótese que el propio Memorándum de Venta dice que no se asume “ninguna responsabilidad sobre la veracidad y la integridad de esta información”, que el Memorándum solo “contiene resúmenes de ciertos documentos”, como la LGE y el Reglamento, pero que “[d]ichos resúmenes no implican que sean completos”, y que “[n]inguna información contenida en este Memorándum es o debe ser considerada como una promesa o manifestación contemporánea que soporte la posición que ha adoptado en este arbitraje”.

38. En *Mobil c. Canadá*, se abordaba una alegación de expectativas legítimas similar a la que plantea TGH, y el tribunal falló como sigue:

If the Claimants identified ambiguities in relation to the regulatory framework [...], provisions with which they were clearly familiar, then it was for them to seek clarifications and obtain specific assurances. If indeed the need to avoid future changes to the Benefits Plans was a matter of central concern, one assumes that the point would have been raised in the exchanges between the Claimants and the Board. There is no evidence

⁵⁰ Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandada, párr. 313.

⁵¹ Disponible en internet en <http://lema.rae.es/drae/?val=resolver>, cuarta acepción.

⁵² Presentación del *Roadshow*, **Anexo C-28**, láminas 34-39 (presentación en castellano) y 15-20 (presentación en inglés),

⁵³ Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandada, párr. 314.

before us that the point was so raised. Indeed, there is no evidence before us that any specific assurances were sought by the Claimants⁵⁴.

39. Es ilustrativo el testimonio del Sr. Gillette, la persona de Teco responsable de la participación de Teco en la privatización de EEGSA que reconoció que nunca participó en ningún *roadshow*; no sabe nada sobre qué miembros de su equipo participaron en algún *roadshow*; no recordaba haber visto ningún *due diligence* sobre la regulación; no revisó ningún material promocional del proceso de licitación; no podía mostrar ningún *briefing* de su equipo que participó en la licitación; refirió que el proceso de obtención de información sucedió a través de “*casual inputs in [...] informal ways*”; no recordaba haber mantenido discusiones con el equipo legal; admitió no haber recibido asesoría legal de abogados de Guatemala, incluso en cuestiones claves; nunca vio el Contrato de Autorización; y afirmó que su entendimiento sobre el marco regulatorio estaba basado en su experiencia en Estados Unidos⁵⁵.

40. La realidad es que las supuestas expectativas de TGH se basan en la interpretación del marco regulatorio que TGH intenta imponer en este arbitraje. Esto explica la relevancia que TGH le ha dado en este arbitraje a la opinión de su perito en derecho guatemalteco, el Lic. Alegría⁵⁶, y a la del perito técnico-financiero, el Sr. Barrera⁵⁷, sobre la interpretación de la regulación guatemalteca. Prácticamente todas las secciones de hechos del Memorial de Demanda y de Réplica de TGH están dedicadas a presentar su visión sobre la interpretación que hizo la CNEE de determinados aspectos jurídicos, técnicos y financieros de la regulación guatemalteca. Más aún, la sección del Memorial de Réplica sobre los actos que se reprochan a la CNEE se titulaba: “La revisión de las tarifas de EEGSA para el período tarifario 2008-2013 se llevó adelante en violación del marco regulatorio [...]”⁵⁸. La cuestión relevante, por tanto, no es otra que la de determinar si la CNEE interpretó y aplicó correctamente el marco regulatorio local o, por el contrario, lo hizo incorrectamente violando dicho marco.

⁵⁴ *Mobil Investments Canada Inc. y Murphy Oil Corporation c. Canadá* (Caso CIADI No. ARB (AF)/07/4) Decisión sobre Responsabilidad y *Quantum* (versión pública), 22 de mayo de 2012, **Anexo RL-37**, párr. 169.

⁵⁵ Tr. (inglés), Día Dos 443:5-474:2, Gillette.

⁵⁶ Citado continuamente en el Memorial de Réplica, párrs. 14, 15, 17, 18, 20, 21, 23, 26-30, 32-35, 39, 42-46, 48-50, 53, 58, 75, 85-88, 91, 93-98, 100-102, 105, 109, 110, 123-124, 136, 137, 142-144, 148, 158, 160, 165, 167, 181, 184-190, 208-210, 213-215, 224, 225, 245, 249-251.

⁵⁷ Citado en el Memorial de Réplica, párrs. 55-57, 66, 72, 112, 113, 116, 130, 132, 161, 163, 177, 179, 180, 191-202, 204, 205, 207, 305, 313, 314.

⁵⁸ *Ibid.*, título de la Sección II.E.

4. El laudo *Iberdrola* confirma que la reclamación es meramente regulatoria

41. El tribunal en *Iberdrola* negó que la reclamación, idéntica a la que somete TGH a este Tribunal, fuera “una genuina reclamación” de que Guatemala violó el Tratado⁵⁹, salvo la alegación de denegación de justicia (ausente en el presente caso).

42. TGH insiste que su reclamación es distinta a la de *Iberdrola* puesto que solicita expresamente que el Tribunal “revise los actos de Guatemala [...] no a la luz del derecho guatemalteco sino a la luz [...] del artículo 10.5 del DR-CAFTA de conferirle a la inversión de la Demandante en EEGSA un trato justo y equitativo”⁶⁰. Naturalmente, *Iberdrola* hizo exactamente lo mismo en relación con las garantías previstas en el Tratado Guatemala-España. Sin embargo ello no es suficiente.

43. Lo importante, como explica el Laudo *Iberdrola*, es cuál es realmente la sustancia de la reclamación, no cómo se la haya querido enmascarar:

Como lo afirmó el Tribunal y lo acredita el expediente, más allá de la calificación que la Demandante dio a los temas controvertidos, la parte sustancial de esos temas y, sobre todo, de las controversias que la Demandante pide al Tribunal que resuelva, se refieren al derecho guatemalteco⁶¹.

C. UNA CONTROVERSIA DE ESTA NATURALEZA, YA RESUELTA POR LA JUSTICIA LOCAL, NO ES MATERIA PARA ESTE TRIBUNAL

44. Como ya se ha dicho abundantemente, en *Iberdrola* el tribunal rechazó su jurisdicción por unanimidad, condenando incluso a la demandante a pagar todos los costos del procedimiento, debido a la naturaleza meramente regulatoria de la reclamación ya analizada localmente, que es la misma que trae TGH ante este Tribunal:

[L]a Demandante, si bien vuelve a citar las normas del Tratado y a referirse a decisiones de otros tribunales internacionales, se siguió centrando en las diferencias de interpretación, según el derecho guatemalteco, de los temas tantas veces mencionados en el presente laudo. [...] [L]a Demandante pide

⁵⁹ *Iberdrola Energía S.A. c. República de Guatemala* (Caso CIADI No. ARB/09/5) Laudo, 17 de agosto de 2012, **Anexo RL-32**, párr. 368.

⁶⁰ Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandante, párr. 48.

⁶¹ *Iberdrola Energía S.A. c. República de Guatemala* (Caso CIADI No. ARB/09/5) Laudo, 17 de agosto de 2012, **Anexo RL-32**, párr. 351.

al Tribunal que actúe como juez de instancia para definir el debate que se dio de acuerdo con el derecho guatemalteco y que le conceda la razón en su interpretación de cada uno de los asuntos debatidos, de manera que, a partir de esa decisión de este Tribunal Arbitral, la Demandante pueda construir y reclamar una violación de los estándares del Tratado [...] Un tribunal CIADI, constituido al amparo del Tratado, no puede determinar que tiene competencia para juzgar, según el derecho internacional, la interpretación que ha hecho el Estado de su normativa interna [...] Lo que la Demandante está pidiendo a este Tribunal es que revise la decisión de la Corte de Constitucionalidad y la reemplace por una nueva, basada en criterios de interpretación diferentes; [...] Evidentemente esa no es función de este Tribunal⁶².

45. Contrariamente a lo que continúa afirmando TGH en su Escrito Posterior a la Audiencia (como ya hizo en la Audiencia⁶³), el caso *Iberdrola* no es el único ejemplo en este sentido⁶⁴. Otro ejemplo notorio es el asunto *Azinian c. México*⁶⁵. Además, está muy bien establecido el principio de que un desacuerdo sobre el derecho interno, o incluso una violación de dicho ordenamiento por parte de una autoridad estatal, no puede dar lugar a una reclamación internacional válida, sino que “*something more than simple illegality or lack of authority under the domestic law of a State is necessary to render an act or measure inconsistent with the customary international law requirements of Article 1105(1)*”⁶⁶, y que estos temas son para la justicia local, sobre la cual el Tribunal “*do[es] not sit as a court with appellate jurisdiction*”⁶⁷. De hecho no hay ningún caso en el que una mera interpretación y aplicación de la regulación por parte de una autoridad regulatoria, por más que pueda ser discutible o incluso incorrecta y, por lo tanto, en violación del derecho interno (que aquí no lo es), haya sido considerada sin más como violatoria de un tratado de protección de inversiones. Es la misma cuestión que surge en relación a controversias meramente contractuales, que por definición son de derecho

⁶² *Ibid.*, párrs. 353, 355, 367, 503.

⁶³ Tr. (inglés), Día Uno, 156:4-8, Discurso de Apertura de la Demandante.

⁶⁴ Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandante, párrs. 48-49.

⁶⁵ *Robert Azinian y otros c. Estados Unidos Mexicanos* (Caso CIADI No. ARB (AF)/97/2) Laudo, 1 de noviembre de 1999, **Anexo RL-2** (versión en castellano), párr. 83.

⁶⁶ *ADF Group Inc. c. Estados Unidos de América* (Caso CIADI No. ARB (AF)/00/1) Laudo, 9 de enero de 2003, **Anexo CL-4**, párr. 190; *Saluka Investments B.V. c. República Checa* (Caso CNUDMI) Laudo Parcial, 17 de marzo de 2006, **Anexo CL-42**, párr. 442; *Marvin Feldman c. México* (Caso CIADI No. ARB(AF)/99/1) Laudo Final, 16 de diciembre de 2002, **Anexo RL-5**, párrs. 113, 134, 140; *GAMI Investments, Inc c. México* (Caso CNUDMI) Laudo Final, 15 de noviembre de 2004, **Anexo RL-7**, párrs. 100, 103.

⁶⁷ *ADF Group Inc. c. Estados Unidos de América* (Caso CIADI No. ARB (AF)/00/1) Laudo, 9 de enero de 2003, **Anexo CL-4**, párr. 190.

local y, por tanto, de competencia de los tribunales nacionales o del foro contractualmente pactado, no de un tribunal internacional instituido bajo un TBI⁶⁸.

46. Como explicaron los Estados Unidos en el caso *Apotex*: “*whether characterized as admissibility or ripeness or jurisdiction, the question whether Apotex can properly state a claim that [...] acts violated the NAFTA is a threshold issue*”⁶⁹. El tribunal así lo entendió también: “*the Tribunal proceeds on the basis that this objection concerns the Tribunal’s jurisdiction ratione materiae*”⁷⁰. Esta misma conclusión surge del Tratado, al establecer en el artículo 10.16.1(a)(i)(A) que el Tribunal tiene jurisdicción sólo si se puede articular apropiadamente una genuina reclamación por violación de uno de los estándares de protección de inversiones establecidos por el Tratado. Se trata de establecer la jurisdicción *ratione materiae* de este Tribunal.

47. En su Escrito Posterior a la Audiencia, TGH objeta una vez más la posición de Guatemala respecto de que la única reclamación válida en este caso hubiera sido por denegación de justicia. Según TGH ello significaría restringir el estándar mínimo internacional únicamente a la denegación de justicia⁷¹. Esto es incorrecto. Como ya se dijo en el Escrito Posterior a la Audiencia de Guatemala, la denegación de justicia no es la única reclamación posible en todos los casos, sino solo cuando emerja del análisis de la naturaleza de la reclamación que lo que se está planteando es una controversia regulatoria de derecho nacional, además ya analizada y resuelta por los tribunales locales. Utilizando las palabras del tribunal en *Azinian*, “[u]na autoridad pública no puede ser inculpada por realizar un acto respaldado por sus tribunales a menos que los propios tribunales sean desautorizados en el plano internacional”⁷². Como también afirmó el tribunal en el reciente caso *Apotex*: “*as a general proposition, it is not the proper role of an international tribunal established under NAFTA Chapter Eleven to substitute itself for the U.S. Supreme Court, or to act as a supranational*

⁶⁸ Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandada, párr. 38.

⁶⁹ *Apotex Inc. c. Gobierno de los Estados Unidos de América* (Caso CNUDMI) Laudo sobre Jurisdicción y Admisibilidad, 14 de junio de 2013, párr. 259.

⁷⁰ *Ibid.*, párr. 260.

⁷¹ Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandante, párr. 49.

⁷² *Robert Azinian y otros. c. Estados Unidos Mexicanos* (Caso CIADI No. ARB (AF)/97/2) Laudo, 1 de noviembre de 1999, **Anexo RL-2**, párr. 371.

*appellate court. This has been repeatedly emphasised in previous decisions*⁷³. El tribunal citó los precedentes de *Mondev*, *Azinian* y *Waste Management*, a los que Guatemala se ha referido en este arbitraje. De otra forma se podría condenar internacionalmente a un Estado por la conducta de un regulador supuestamente violatoria de la regulación interna, aun cuando no se reprochara nada a los tribunales de dicho Estado que habrían precisamente considerado dicha alegación y dado la razón al regulador. Tal resultado sería absurdo y desde luego no existen precedentes de algo parecido.

48. El laudo en *Vivendi II* y la decisión de anulación en *Helnan*, citados otra vez por TGH en su Escrito Posterior a la Audiencia⁷⁴, no apoyan su posición. Dejando de lado que no se refieren la aplicación del estándar mínimo de trato, en realidad no contradicen la posición de Guatemala. La decisión en *Helnan* anuló un párrafo del laudo que por su carácter genérico sugería que cualquier medida del Estado debía ser recurrida localmente, para que se pudiera configurar una reclamación internacional válida. Esto es correcto, no en todos los casos la reclamación por denegación de justicia es la única posible, pero sí lo es en un escenario como el presente en el que se discute únicamente sobre la interpretación correcta del marco regulatorio, y la justicia local ya ha decidido al respecto.

49. En *Vivendi II* el tribunal falló que Argentina no podía sostener válidamente que la indebida, injustificada y probada “‘campana’ ilegítima contra la Concesión, el Contrato de Concesión y la empresa concesionaria ‘extranjera’ desde el momento en que entró en funciones, con miras a revertir la privatización”⁷⁵, debiera ser primero atacada localmente. Este escenario de medidas esencialmente políticas que pretenden revertir una concesión es uno de los típicos casos en los que existe una reclamación internacional válida. Pero esto es totalmente distinto del caso presente, en el que se somete a consideración del Tribunal esencialmente la misma controversia de derecho local sobre la que ya han decidido los tribunales domésticos denegando la reclamación, como si este Tribunal fuera un tribunal guatemalteco de tercera instancia.

⁷³ *Apotex Inc. c. Gobierno de los Estados Unidos de América* (Caso CNUDMI) Laudo sobre Jurisdicción y Admisibilidad, 14 de junio de 2013, párr. 278.

⁷⁴ Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandante, párrs. 49, 51.

⁷⁵ *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal c. Argentina* (Caso CIADI No. ARB/97/3) Laudo, 20 de agosto de 2007, **Anexo CL-18**, párr. 7.4.19.

50. Obviamente la cuestión es también distinta de la de *res judicata*, contrariamente a lo que sugiere TGH⁷⁶: el Tribunal no tiene competencia no simplemente porque la cuestión haya sido examinada por otro tribunal, sino por la naturaleza puramente local de la reclamación que no puede internacionalizarse salvo que se alegue denegación de justicia.

51. Curiosamente TGH cita el asunto *Chemtura c. Canadá*⁷⁷, un caso en el que el tribunal rechazó que ciertas medidas puramente regulatorias violaran el estándar mínimo internacional, y se refirió, para llegar a esta conclusión, a la deferencia que debe acordarse a las autoridades regulatorias estatales que tratan temas técnicamente complejos, como es el caso de la CNEE: “[i]n assessing whether the treatment afforded to the Claimant's investment was in accordance with the international minimum standard, the Tribunal must take into account [...] the fact that certain agencies manage highly specialized domains involving scientific and public policy determinations”⁷⁸.

52. En síntesis, la esencia de la controversia versa sobre simples desacuerdos entre EEGSA y TGH, de una parte, y de la otra la CNEE, sobre la interpretación y aplicación del marco regulatorio, tanto en temas de procedimiento como en cuestiones técnicas y financieras de la revisión tarifaria de EEGSA del 2008. Las alegaciones de arbitrariedad y de modificación o destrucción del marco regulatorio, así como las de expectativas legítimas, no son más que etiquetas, que no resisten ni un somero análisis, como explica el Laudo *Iberdrola*. Por ejemplo, nada hay en la regulación que evidencie que el dictamen de la Comisión Pericial sea vinculante (como sí se establece en Chile) o que corresponde a la misma, aprobar (o no) el cálculo del VAD en lugar de a la CNEE que es el regulador, o que la CNEE deba basar dicho VAD en el estudio del distribuidor (lo cual fue expresamente eliminado del proyecto de LGE). Aunque la CNEE se hubiera equivocado (que no lo hizo), estos temas correspondía dirimirlos ante la justicia local, como así fue. La obligación de Guatemala bajo el Tratado era que no hubiera denegación de justicia en dichos procesos, y TGH no lo alega.

⁷⁶ Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandante, párr. 53 incorrectamente citando de nuevo *EDF International S.A., SAUR International, León Participaciones Argentinas c. República Argentina* (Caso CIADI No. ARB/02/23) Laudo, 11 de junio de 2012, **Anexo RL-30**.

⁷⁷ Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandante, párr. 54, citando *Chemtura Corporation c. Gobierno de Canadá* (CNUDMI), Laudo, 2 de agosto de 2010, **Anexo CL-14**.

⁷⁸ *Ibid.*, párr. 123.

III. EN SU ESCRITO POSTERIOR A LA AUDIENCIA TGH INSISTE EN SU PRESENTACIÓN INCORRECTA Y OPORTUNISTA DE LOS HECHOS FUNDAMENTALES DEL CASO

53. En vez de focalizar en los temas tratados durante la Audiencia como expresamente lo solicitó el Tribunal, el Escrito Posterior a la Audiencia de TGH contiene una descripción de los hechos y argumentos ya presentados por TGH en este proceso. Guatemala ha dado exhaustiva respuesta en sus respectivos memoriales a estos argumentos, a los cuales remite al Tribunal por motivos de brevedad. En la presente sección, Guatemala se limitará a responder a ciertas cuestiones específicas que TGH insiste en tergiversar en su Escrito Posterior a la Audiencia.

A. TGH SIGUE IGNORANDO EL MARCO LEGAL Y LAS ADMISIONES DE SUS PROPIOS TESTIGOS AL INTERPRETAR LOS TÉRMINOS DE REFERENCIA DE LA REVISIÓN TARIFARIA 2008-2013

54. En su Escrito Posterior a la Audiencia, TGH insiste en su interpretación de que el artículo 1.10 de los Términos de Referencia habría sido una herramienta para que el consultor de EEGSA tuviera libertad para ignorar aquellas disposiciones de los Términos de Referencia con las cuales EEGSA y/o su consultor no estuvieran de acuerdo⁷⁹.

55. El problema para TGH es la letra misma del mencionado artículo 1.10 y, en particular, la parte final del texto que reserva a la CNEE la facultad exclusiva de verificar la consistencia de las variaciones propuestas por el consultor. El texto reza⁸⁰:

“[...] la CNEE realizará las observaciones que considere necesarias a las variaciones, verificando su consistencia con los lineamientos del Estudio”.

56. El Escrito Posterior a la Audiencia de TGH es la primera vez en este proceso que TGH intenta un análisis (aunque equivocado) del lenguaje de esta disposición⁸¹. Según TGH, esta frase debe interpretarse como “una exigencia de que las observaciones de la CNEE se apeguen a los [Términos de Referencia] es decir, que las observaciones de la CNEE no podían utilizarse

⁷⁹ Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandante, párrs. 121-127.

⁸⁰ Términos de Referencia para la Realización del Estudio del Valor Agregado de Distribución para Empresa Eléctrica de Guatemala, S.A., Resolución CNEE 124-2007, enero de 2008, **Anexo R-53**.

⁸¹ Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandante, párr. 124.

como una oportunidad para introducir criterios nuevos y diferentes”⁸². En otras palabras, la consistencia con los Términos de Referencia a ser verificada por la CNEE se referiría a las observaciones de la propia CNEE, no a las variaciones introducidas por el consultor. Esta explicación es por lo menos novedosa. Nótese que la interpretación de TGH llevaría a que el consultor pudiera libremente alterar los Términos de Referencia. Lamentablemente, TGH no aporta en soporte de esta interpretación más que los dichos del Lic. Giacchino en la Audiencia⁸³, expresados cinco años después de la discusión y aprobación de la cláusula en cuestión, un proceso en el que él no intervino.

57. Como bien lo explicó el Presidente de la CNEE durante la Audiencia, este artículo pretendía darle la posibilidad al consultor de realizar propuestas técnicas para modificar los Términos de Referencia pero reservaba a la CNEE las facultades asignadas a ésta por la LGE⁸⁴. Es decir, verificar que dichas propuestas se encontraran dentro de los principios establecidos por la LGE de forma tal que la metodología propuesta fuera consistente con ella. Esto es enteramente consistente con la historia de la negociación de dicho artículo — que TGH continúa ignorando por completo. La comparación del texto propuesto por EEGSA y el aprobado por la CNEE habla por sí sola⁸⁵. EEGSA quería “carta blanca” para modificar los Términos de Referencia. Pero la versión final del artículo 1.10 reflejó la postura de la CNEE, que estaba obligada a verificar que el estudio cumpliera con la LGE. De otro modo se hubiera violado el marco regulatorio en relación a la responsabilidad de la CNEE de dictar la metodología en los Términos de Referencia, así como el papel que estos últimos tienen en el contexto de la revisión tarifaria⁸⁶. Los propios testigos de TGH durante la Audiencia reconocieron que de acuerdo con el texto de la LGE corresponde a la CNEE “dictar la metodología”⁸⁷ y que ello se materializa en los “Términos de Referencia”⁸⁸.

⁸² *Ibid.*, párr. 126.

⁸³ *Ibid.*

⁸⁴ Tr. (castellano), Día Cinco, 1174:13-20, Colom.

⁸⁵ Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandada, párrs. 88-89.

⁸⁶ Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandada, párrs. 42 y 86-95.

⁸⁷ Tr. (castellano), Día Dos, 346:21-347:21, Calleja.

⁸⁸ Tr. (inglés), Día Cinco, 838:15-17, Giacchino

58. En este contexto, carece de toda relevancia si el texto del artículo 1.10 conforme lo interpretó la CNEE otorgó o no algún “beneficio” (al decir del Lic. Calleja) a EEGSA como para justificar que ésta retirase su amparo⁸⁹. En cualquier caso, la aseveración del Lic. Calleja es falsa. La realidad es que como resultado del amparo promovido por EEGSA, varias de las disposiciones de las que se quejaba — aquellas que no entraban en conflicto con las facultades exclusivas previstas en la LGE para la CNEE — fueron removidas⁹⁰ y otras fueron modificadas⁹¹. En particular, el artículo 1.10 otorgó expresamente al consultor del distribuidor la posibilidad de proponer cambios a los Términos de Referencia que la CNEE analizaría y eventualmente aprobaría. Y no es esta una interpretación oportunista de Guatemala: esto es exactamente lo que ocurrió en el caso de la revisión tarifaria de Deorsa y Deocsa, donde la FRC fue modificada por la CNEE cuando el consultor de las distribuidoras justificó su pedido de modificación⁹².

59. De igual manera, la referencia de TGH a la interpretación que hace la Comisión Pericial del artículo 1.10 en su pronunciamiento no aporta nada a la discusión⁹³. El pronunciamiento en cuestión no tenía por objetivo interpretar los Términos de Referencia, sino establecer si el estudio tarifario del consultor se ajustaba o no a los Términos de Referencia⁹⁴. La CNEE no intervino en la redacción del pronunciamiento y la Comisión Pericial (y en particular, el perito designado por la CNEE) no estuvo involucrado en la negociación del artículo 1.10 ni en su aplicación durante la revisión tarifaria, por lo que su opinión al respecto carece de toda relevancia.

⁸⁹ Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandante, párr. 127.

⁹⁰ Memorial de Contestación, párrs. 306-318; Memorial de Dúplica, párrs. 282, 297-304.

⁹¹ *Ibid.*

⁹² Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandada, párr. 145.

⁹³ Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandante, párrs. 121-127.

⁹⁴ Acta Notarial de Nombramiento de la Comisión Pericial, 6 de junio de 2008, **Anexo R-80**, artículo primero.

Manifiestan los comparecientes que se conforma la **Comisión Pericial** para que se pronuncie sobre las discrepancias con el Estudio del [VAD] de [EEGSA] contenidas en la Resolución CNEE – noventa y seis – dos mil ocho (CNEE 96-2008), así como sobre las respuestas de [EEGSA] y de su consultor a la misma, conforme lo establecido en el artículo setenta y cinco (75) y noventa y ocho (98) de la [LGE] y el Reglamento respectivamente, los cuales establecen que en caso de discrepancias formuladas por escrito, la [CNEE] y las distribuidoras deberán acordar el nombramiento de una Comisión Pericial. [...]

60. Finalmente, es igualmente incorrecto señalar que los Términos de Referencia dieron “discreción unilateral” a la CNEE para dictar unos Términos de Referencia “incoherentes” con la LGE, tal como alega TGH. El límite de los Términos de Referencia estuvo precisamente en las provisiones de la LGE y el Reglamento y los tribunales de Guatemala estuvieron disponibles para que EEGSA los cuestionara — y de hecho, así lo hizo mediante su amparo. TGH sabe bien cuál fue el resultado de la decisión de EEGSA de retirar su amparo. Tal como lo confirmó el Lic. Calleja durante la Audiencia, los Términos de Referencia quedaron firmes y sujetos a la LGE y el Reglamento⁹⁵. La conducta abusiva posterior de EEGSA y su consultor, quienes decidieron ignorar los Términos de Referencia (al punto de descartar provisiones puntuales como “errores de tipeo”⁹⁶), sobre la base de una interpretación del artículo 1.10 que reducía los Términos de Referencia a simples recomendaciones, tuvo como consecuencia que el estudio tarifario de EEGSA fuera inaplicable.

B. TGH SIGUE INSISTIENDO CON SU VERSIÓN TERGIVERSADA DE CIERTOS HECHOS EN TORNO A LA COMISIÓN PERICIAL

61. El Escrito Posterior a la Audiencia de TGH reitera la posición mantenida en este proceso con relación a temas puntuales que rodearon el proceso ante la Comisión Pericial, en particular respecto de la discusión de reglas de funcionamiento que tuvo lugar previo a su conformación, las discusiones mantenidas entre los peritos de parte y la parte que los nominó, así como su análisis de la función de este órgano. Como se explica a continuación, ni la evidencia disponible, ni el análisis del marco regulatorio soportan la posición que TGH presenta sobre cada uno de estos temas.

1. Los borradores de las reglas de funcionamiento fueron discutidos y circulados entre las partes, pero no existió acuerdo al respecto

62. En su esfuerzo por probar supuestas expectativas “legítimas”, el Escrito Posterior a la Audiencia de TGH incurre en caracterizaciones erróneas del proceso de discusión y preparación de borradores de las reglas de funcionamiento entre la CNEE y EEGSA en junio de 2008. En efecto, en varias secciones de su escrito, TGH refiere a los borradores de las reglas

⁹⁵ Tr. (castellano), Día Dos, 352:30-353:13, Calleja.

⁹⁶ Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandada, párrs.120 y 145.

de funcionamiento como si éstas hubieren sido “aceptadas” por la CNEE por el mero hecho de haber sido circuladas entre las partes (se circularon borradores el 15, 21, 23 y 28 de mayo de 2008). Indica por ejemplo TGH que sus expectativas fueron “convalidadas” cuando en el borrador de reglas de funcionamiento de 15 de junio, la CNEE habría aceptado eliminar del borrador las disposiciones que establecían que los pronunciamientos de la Comisión Pericial no serían vinculantes. Asimismo, según TGH el hecho de que en este borrador “la CNEE” se refiriera a los peritos como “árbitros” dejaba en claro que los pronunciamientos serían vinculantes para las partes.

63. Como lo ha explicado ya Guatemala en sus escritos⁹⁷, una vez finalizadas las reuniones entre la CNEE y EEGSA donde se discutía la posibilidad de adoptar unas reglas para ordenar el funcionamiento de la Comisión Pericial, era habitual que el Ing. Melvin Quijivix, como “secretario” (tal como lo aceptara TGH⁹⁸) de las reuniones circulara un borrador reflejando el estado de las discusiones que estaban teniendo lugar entre las partes⁹⁹. Ambas partes entendían claramente que este documento era un borrador y no un acuerdo. Esto fue confirmado por el propio Lic. Calleja durante la Audiencia, quien explicó que los borradores circulados en el transcurso de las reuniones no eran borradores “de la CNEE” sino que eran documentos “*work in progress*” que se circulaban después de las reuniones entre las partes y que reflejaban el estado de las discusiones luego de cada día, pero de ningún modo un acuerdo con su contenido:

PRESIDENTE MOURRE: Y según su testimonio esa segunda versión [de las Reglas de Funcionamiento, de 15 de junio] corresponde a un acuerdo de principio al cual se llegó durante esa reunión. Es lo que usted dice.

SEÑOR CALLEJA: No un acuerdo, una evolución. El acuerdo fue en la final [de 28 de junio].

PRESIDENTE MOURRE: En esta etapa no había acuerdo.

⁹⁷ Memorial de Contestación, párr. 358; Memorial de Dúplica, párr. 405.

⁹⁸ Memorial de Demanda, párr. 137.

⁹⁹ Memorial de Contestación, párr. 365; Correo electrónico del Ing. Melvin Quijivix al Lic. Miguel Francisco Calleja, adjuntando las reglas propuestas para la operación de la Comisión Pericial, 15 de mayo de 2008, **Anexo R-181**; Correo electrónico de Melvin Quijivix a Miguel Francisco Calleja, adjuntando reglas operativas propuestas para la operación de la Comisión Pericial, 21 de mayo de 2008, **Anexo R-74**; Correo electrónico de Melvin Quijivix a Luis Maté y Miguel Francisco Calleja, adjuntando reglas operativas propuestas para la Comisión Pericial, 23 de mayo de 2008, **Anexo R-75**; Correo electrónico de Melvin Quijivix a Luis Maté y Miguel Francisco Calleja, adjuntando reglas operativas propuestas para la Comisión Pericial, 28 de mayo de 2008, **Anexo R-76** (este correo luego fue reenviado por M. Calleja a G. Pérez).

SEÑOR CALLEJA: No.

PRESIDENTE MOURRE: Estábamos en documentos de trabajo.

SEÑOR CALLEJA: Eso es. No había acuerdo¹⁰⁰.

64. Es por tanto incorrecto el que TGH se refiera a los borradores circulados como si estos pudieran haber generado cualquier expectativa en EEGSA o TGH. Ninguna expectativa pudo “convalidarse” para TGH cuando el propio funcionario encargado de EEGSA que discutió sus los borradores en cuestión acepta que los documentos circulados eran “documentos de trabajo” y que “no había acuerdo”.

65. Como Guatemala explicó en sus presentaciones, la “falta de acuerdo” entre EEGSA y la CNEE se centraba principalmente en la llamada regla 12 que pretendía otorgar a la Comisión Pericial la facultad de revisar las incorporaciones del pronunciamiento por Bates White. Como Guatemala ha explicado (y el Ing. Colom aclaró durante la Audiencia¹⁰¹) las partes estaban “de acuerdo” en el resto de las reglas de funcionamiento que referían a cuestiones meramente procedimentales¹⁰². TGH intenta en su Escrito Posterior a la Audiencia presentar una supuesta contradicción entre el argumento de Guatemala en su Alegato de Apertura de que no existió acuerdo sobre “ninguna” de las reglas, y la posición expresada por el Ing. Colom de que sí hubo acuerdo sobre algunas de ellas.

66. Como es lógico, a través de las discusiones sobre las reglas de funcionamiento (incluso después del primer y segundo borrador intercambiado entre las partes), la CNEE y EEGSA efectivamente estaban de acuerdo sobre algunas de las reglas. Sin embargo, como explica el Lic. Calleja en la transcripción citada más arriba “no había acuerdo” en sentido estricto, dado que las partes entendían que un eventual acuerdo sería formalizado por escrito e incluiría la totalidad de las reglas. A esto se refiere Guatemala cuando afirma que no hubo acuerdo sobre ninguna de las reglas.

67. Por lo tanto, la supuesta contradicción que intenta presentar TGH no es otra cosa que una juego terminológico basado en citas parciales y sacadas de contexto que TGH propone

¹⁰⁰ Tr. (castellano), Día Dos, 393:13-21, Calleja.

¹⁰¹ Tr. (castellano), Día Cinco, 1141:1-19, Colom.

¹⁰² Memorial de Contestación, párr. 359.

para generar confusión. El supuesto acuerdo sobre la regla 12 hubiera cambiado el procedimiento previsto en la LGE, y por lo tanto se hubiera dejado clara constancia de dicho acuerdo en el contexto de una negociación tan larga y compleja como la que mantuvieron la CNEE y EEGSA durante junio de 2008. Una vez más, para confirmar que no hubo un acuerdo o no entre la CNEE y EEGSA, basta con referir a las respuesta que el Lic. Calleja brindó en la audiencia:

P. Le quiero hacer una pregunta muy concreta. ¿Me puede indicar si existe algún documento suscrito entre la CNEE y EEGSA en donde ambas partes acuerdan sobre las reglas de funcionamiento? [...] Algún documento escrito firmado por la CNEE y EEGSA donde ambas partes acuerdan sobre las reglas de funcionamiento. ¿Existe?

R. ¿Entre la CNEE y la Comisión?

P. Entre CNEE y EEGSA.

R. No¹⁰³.

2. TGH presenta una versión tergiversada de los intercambios entre la CNEE y su perito en la Comisión Pericial, un evento que en cualquier caso no le causó a TGH ningún perjuicio

68. En su Escrito Posterior a la Audiencia, TGH vuelve a tergiversar la cuestión de las comunicaciones mantenidas por la Lic. Peláez y el Ing. Riubrugent en su papel de perito en la Comisión Pericial¹⁰⁴. Como ya ha explicado Guatemala, este incidente, una vez que se despoja de los calificativos que le agrega TGH, no le ayuda en nada¹⁰⁵.

69. Primeramente, TGH omite responder a la cuestión evidente de que jamás se acordó entre la CNEE y EEGSA que los peritos no estarían en contacto con la parte que les nominó¹⁰⁶. TGH no prueba la existencia de dicho acuerdo y en cambio acusa a Guatemala porque “Guatemala continúa negando que existiera tal acuerdo, [e] inexplicablemente ha omitido

¹⁰³ Tr. (castellano), Día Dos, 373:1-11, Calleja.

¹⁰⁴ Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandante, párrs. 144-152.

¹⁰⁵ Memorial de Dúplica, párrs. 43, 326-330 y 385-399; Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandada, párrs. 142-143.

¹⁰⁶ Memorial de Dúplica, párrs. 388-389.

presentar pruebas testimoniales o documentales en sustento de su postura”¹⁰⁷. Es evidente que le corresponde a TGH probar que dicho acuerdo existió, y no a Guatemala su inexistencia¹⁰⁸. TGH no presenta (más allá de declaraciones aisladas del Lic. Giacchino y el Ing. Bastos que se contradicen con su propia conducta en la Comisión Pericial¹⁰⁹), ninguna prueba de un supuesto acuerdo, y mucho menos de que el mismo hubiere sido comunicado o consentido por la CNEE.

70. En cualquier caso, la razón detrás de las puntuales comunicaciones entre el Ing. Riubrugent y la CNEE, como ya se ha explicado, es que el Ing. Riubrugent había tenido una participación muy limitada en la revisión tarifaria y era razonable que necesitare información para llevar adelante su tarea, que incluía precisamente en comunicar a los otros miembros de la Comisión Pericial la postura de la CNEE respecto de cada discrepancia¹¹⁰. Esto se refleja en los intercambios en cuestión, en los cuales queda claro que las consultas del Ing. Riubrugent son de carácter técnico¹¹¹. TGH omite mencionar asimismo que la “información” que la Lic. Peláez proporcionó al Ing. Riubrugent fue simplemente copias de Estados Financieros, información preparada por EEGSA y que de ninguna manera podía resultar inapropiada o dañosa para ésta¹¹².

71. En segundo lugar, se queja TGH en su Escrito Posterior a la Audiencia de que la CNEE le “brindaba [a Riubrugent] información con el expreso propósito de defender sus posturas dentro de la Comisión Pericial”¹¹³. Este cuestionamiento ignora una vez más que los “peritos”

¹⁰⁷ Escrito posterior a la Audiencia de TGH, párr. 148.

¹⁰⁸ Es decir, TGH pretende invertir la regla elemental de la carga de la prueba de que quien alega un hecho debe probarlo.

¹⁰⁹ Ver párr. 72 más abajo.

¹¹⁰ Memorial de Dúplica, párr. 396.

¹¹¹ Cadena de mensajes por correo electrónicos entre M. Peláez y J. Riubrugent, 9 de enero de 2008, **Anexo C-567**; Correo electrónico de J. Riubrugent a M. Peláez, M. Quijivix, M. Perez y A. Garcia, 13 de diciembre de 2007, **Anexo C-490**; Intercambio de mensajes de correo electrónico entre M. Peláez y J. Riubrugent, 18 de junio de 2008, **Anexo C-498**; Intercambio de mensajes de correo electrónico entre M. Peláez y J. Riubrugent, 13 de junio de 2008, **Anexo C-496**; Correo electrónico de J. Riubrugent a M. Quijivix, 11 de julio de 2008, **Anexo C-501**; Correo electrónico de J. Riubrugent a M. Quijivix, 7 de julio de 2008, **Anexo C-500**; Intercambio de mensajes de correo electrónico entre M. Quijivix, A. Brabatti y J. Riubrugent, 23 de junio de 2008, **Anexo C-499**; Correo electrónico de J. Riubrugent a M. Quijivix, A. Arnau, R. Sanz, reenviando una carta de EGAS a J. Riubrugent del 1 de agosto de 2008, 2 de agosto de 2008, **Anexo C-505**; Correo electrónico de J. Riubrugent a M. Quijivix, A. Brabatti y J. Riubrugent, 31 de julio de 2008, **Anexo C-504**.

¹¹² Tr. (castellano), Día Cinco, 1044:20-1045:14, Moller.

¹¹³ Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandante, párr. 149.

de la Comisión Pericial eran precisamente peritos “técnicos” de parte (no árbitros en el sentido estricto del término)¹¹⁴. Lo más notable de esta acusación es que ignora la conducta de la propia EEGSA en relación con su propio perito: el contrato de consultoría que EEGSA suscribió con el Lic. Giacchino estableció claramente que el consultor debía “exponer, defender, y en general velar por la aprobación del Estudio Tarifario”¹¹⁵ incluso en el seno de la Comisión Pericial¹¹⁶. Esto sí supone una clara interferencia de EEGSA con la labor de la Comisión Pericial.

72. Finalmente, TGH critica la existencia de ciertas comunicaciones entre el Ing. Riubrugent y el Ing. Quijivix en las que el primero habría anticipado a la CNEE ciertos dictámenes que se habían preparado hasta ese momento en el seno de la Comisión Pericial¹¹⁷. Es sorprendente que TGH se atreva a insistir con este argumento cuando el Lic. Giacchino mismo reconoció en la Audiencia haber mantenido las mismas comunicaciones unilaterales con Bates White y EEGSA durante su gestión como perito. Tal como explicó el Ing. Colom durante la Audiencia, la CNEE ni consintió, ni fue consultada o siquiera informada de estas comunicaciones unilaterales ni de ciertas reuniones entre los miembros de la Comisión Pericial y EEGSA, de las que la CNEE recién se enteró en este arbitraje¹¹⁸.

73. Finalmente, cabe resaltar que tal como lo acepta TGH¹¹⁹, no hay ningún reclamo concreto de cualquier efecto dañoso para EEGSA que estas comunicaciones hubieren podido

¹¹⁴ Memorial de Dúplica, párrs. 144-145; Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandada, párrs. 159, 163-165.

¹¹⁵ Contrato entre EEGSA y Bates White LLC para la elaboración del Estudio Tarifario 2008-2013, de Empresa Eléctrica de Guatemala, Sociedad Anónima EEGSA – Bates White LLC, 23 de enero de 2008, **Anexo R-55**, Cláusula Quinta (De las Obligaciones de la Firma Consultora), punto 5.1, numeral 12.

¹¹⁶ Tal como el propio Giacchino ha aceptado, su obligación de defender la posición de EEGSA ante la CNEE alcanzaba tanto su labor en la fase de preparación de los estudios tarifarios, como también su labor en la Comisión Pericial. Transcripciones audiencia sobre jurisdicción y fondo, *Iberdrola Energía, S.A. c. república de Guatemala*, Caso CIADI No. ARB/09/5, **Anexo R-202**; Tr., Día Dos, 539:22-540:6, Giacchino:

P. Entonces, su actuación – no había un contrato separado como sí existió – contratos separados que existieron con el señor Bastos. Usted, su papel dentro de la Comisión Pericial fue regido por los términos de este contrato. ¿Correcto?

R. Supongo eso [...].

¹¹⁷ Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandante, párr. 150.

¹¹⁸ Tr. (castellano), Día Cinco, 1171:16-1172:13, Colom.

¹¹⁹ Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandante, párr. 152.

tener respecto del pronunciamiento de la Comisión Pericial, que TGH (incorrectamente) alega le fue “favorable” a EEGSA¹²⁰.

3. La función de la Comisión Pericial está establecida en la LGE, fue aceptada por EEGSA y la CNEE, y no pudo ser expandida por la propia Comisión Pericial ni por TGH en este arbitraje

74. En otro intento de demostrar la supuesta arbitrariedad de la CNEE, TGH se esfuerza en su Escrito Posterior a la Audiencia por presentar un menú de funciones para la Comisión Pericial y, en particular, pretender transferirle varias facultades que la LGE asigna en exclusividad a la CNEE¹²¹. TGH sostiene en concreto que la Comisión Pericial tenía la función de revisar el estudio presentado por EEGSA el 28 de julio y para ello cita en apoyo las consideraciones que la propia Comisión Pericial efectuó en el pronunciamiento¹²². Allí, la Comisión Pericial indicó que “[no] considera[ba] que el pronunciamiento sobre las discrepancias se reduzca a determinar si en cada una de ellas, el Consultor se apartó o no de los [Términos de Referencia] y si lo hizo justificadamente o no” y que “[d]e lo que se trata es de discernir si el Estudio Tarifario por el Consultor, considerando a los [Términos de Referencia] como lineamientos, ha realizado una tarea que sea acorde con los requerimientos de la [LGE] y el Reglamento o, en su caso, de determinar que si frente a justificaciones de los apartamientos, la CNEE sostuvo y acredita que los requerimientos de los [Términos de Referencia] reflejan en mejor medida los requerimientos de la [LGE]”¹²³.

75. El análisis legal de la Comisión Pericial interpretando sus funciones de forma extensiva no encuentra ningún soporte en la LGE y no sirve para justificar los argumentos de TGH. La LGE¹²⁴, la Resolución que dispuso la formación de la Comisión Pericial¹²⁵ y el Acta Notarial

¹²⁰ *Ibid.*, párr. 123.

¹²¹ *Ibid.*, párr. 119 y ss.

¹²² *Ibid.*, párr. 122.

¹²³ *Ibid.*

¹²⁴ LGE, **Anexo R-8**, art. 75, donde se indica que: “[...] La comisión Pericial se pronunciará sobre las discrepancias, en un plazo de 60 días contados desde su conformación”.

¹²⁵ Resolución CNEE 96-2008, 15 de mayo de 2008, **Anexo R-71**, donde se indica:

Que se conforme la Comisión Pericial a la que se refiere el art. 75 de la [LGE], la cual, deberá pronunciarse sobre las discrepancias [...].

suscrita por las partes mediante la cual se la constituyó¹²⁶, dejan claro que la Comisión Pericial debía pronunciarse sobre las discrepancias y nada más. Ello no incluía convalidar cambios a los Términos de Referencia o proponer “terceras vías” entre la CNEE y EEGSA. Tampoco incluía emitir un segundo pronunciamiento, revisar un estudio “corregido” y, mucho menos, aprobarlo.

76. A TGH también le parece insuficiente que la Comisión Pericial tenga como función únicamente emitir un pronunciamiento. Pero es lo que la LGE dispone y lo que las partes aceptaron al conformar la Comisión Pericial¹²⁷. Más aún, el órgano rector en la interpretación de la ley en Guatemala, la Corte de Constitucionalidad, ha convalidado este rol específico para la Comisión Pericial, advirtiendo que dicho ente no puede asumir funciones otorgadas por la LGE a la CNEE¹²⁸.

77. En definitiva, la Comisión Pericial no tenía autoridad legal ni contractual para ampliar su misión unilateralmente. Por tanto, TGH no puede apoyarse en una supuesta interpretación de la regulación guatemalteca por parte de la Comisión Pericial que sería a todas luces equivocada.

4. El artículo 3 de la Ley en lo Contencioso Administrativo es plenamente aplicable en el contexto de la Comisión Pericial

78. En respuesta a una pregunta específica del Tribunal, Guatemala explicó en su Escrito Posterior a la Audiencia las razones que fundamentan la aplicación del artículo 3 de la Ley en

¹²⁶ Acta Notarial de Nombramiento de la Comisión Pericial, 6 de junio de 2008, **Anexo R-80**, punto primero, donde se indica que:

Manifiestan los comparecientes que se conforma la **Comisión Pericial** para que se pronuncie sobre las discrepancias con el Estudio del [VAD] de [EEGSA] contenidas en la Resolución CNEE – noventa y seis – dos mil ocho (CNEE 96-2008), así como sobre las respuestas de [EEGSA] y de su consultor a la misma, conforme lo establecido en el artículo setenta y cinco (75) y noventa y ocho (98) de la [LGE] y el Reglamento [...] respectivamente, los cuales establecen que en caso de discrepancias formuladas por escrito, la [CNEE] y las distribuidoras deberán acordar el nombramiento de una Comisión Pericial [...].

¹²⁷ Acta Notarial de Nombramiento de la Comisión Pericial, 6 de junio de 2008, **Anexo R-80**, punto primero.

¹²⁸ Sentencia de la Corte de Constitucionalidad (Expedientes acumulados 1836-1846-2009) Apelación Directa de Sentencia de Amparo, 18 de noviembre de 2009, **Anexo R-105**, págs. 24, 29.

lo Contencioso Administrativo (la *LCA*)¹²⁹. Tal como se indicó entonces, de acuerdo con el artículo 3 de la LCA, al ser la Comisión Pericial un “órgano de asesoría técnica” que, integrada por peritos (expertos), se pronuncia mediante un “dictamen”, el mismo no puede ser vinculante para la CNEE¹³⁰.

79. En su breve respuesta sobre esta misma cuestión en su Escrito Posterior a la Audiencia TGH indica que el proceso ante la Comisión Pericial previsto en el artículo 75 de la LGE sería una “disposición especial” que “se aparta de las disposiciones generales del derecho guatemalteco, incluid[o] [el artículo 3 de] la Ley de lo Contencioso Administrativo” y al cual por tanto no le aplicaría la prohibición prevista en el artículo 3 de la LCA de que una entidad administrativa no puede adoptar como resolución los dictámenes que emita un órgano de asesoría técnica o legal¹³¹. El problema evidente con este argumento (para el cual TGH no presenta ningún soporte) es que en el sistema civilista cuando una “disposición especial” se aparta del principio general establecido en el ordenamiento jurídico, dicho apartamiento debe estar expresamente indicado en la normativa en cuestión. En el caso del procedimiento ante la Comisión Pericial, el artículo 75 de la LGE (la “disposición especial”, según entiende TGH) debió indicar una expresa delegación de funciones.

80. En dicho contexto, es evidente que una delegación de funciones tal no puede estar implícita en la frase “La Comisión Pericial se pronunciará sobre las discrepancias” del artículo 75 de la LGE, que es la única frase en la ley sobre la función de la Comisión Pericial. Como ya se ha indicado, ello no solamente es incoherente con el significado del verbo *pronunciarse* y la lectura integradora del artículo en cuestión; más aún, no hay país en el mundo que delegue el establecimiento del VAD a una comisión pericial de existencia temporaria (tal como lo acepta

¹²⁹ El artículo 3 de la Ley de lo Contencioso Administrativo (Decreto No. 119-96, Ley de lo Contencioso Administrativo, 20 de diciembre de 1996, **Anexo C-425**, artículo 3) establece:

Artículo 3. Forma. Las resoluciones administrativas serán emitidas por autoridad competente, con cita de las normas legales o reglamentarias en que se fundamenta. Es prohibido tomar como resolución los dictámenes que haya emitido un órgano de asesoría técnica o legal [...].

¹³⁰ Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandada, párrs. 161-166.

¹³¹ Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandante, párr. 85.

TGH¹³²) y que no rinde cuentas¹³³. Por ende, queda claro que, contrario a lo indicado por TGH, el artículo 3 de la LCA es plenamente aplicable en el contexto de la Comisión Pericial.

C. TGH CONTINÚA SIN PODER PROBAR QUE EL ESTUDIO DE BATES WHITE CUMPLÍA CON EL REQUISITO LEGAL DE EFICIENCIA PARA EL VNR Y EL VAD

81. TGH y Guatemala concuerdan en que el sistema regulatorio guatemalteco, basado en el sistema *price cap*, promueve la eficiencia y remunera al inversor sobre la base de una empresa modelo eficiente¹³⁴. El desacuerdo principal de las partes radica, sin embargo, en cómo construir y remunerar a la empresa modelo eficiente.

1. TGH no ha logrado demostrar la razonabilidad del VNR propuesto por Bates White

82. En su Escrito Posterior a la Audiencia, TGH no hace mayores esfuerzos por justificar los valores de VNR presentados por Bates White. Ello no sorprende. Como Guatemala ha explicado en todas sus presentaciones, los valores de VNRs solicitados por Bates White, incluso aquél del 28 de julio de 2008, resultan inexplicablemente elevados comparados con los valores establecidos en 2003¹³⁵. Más importante aún, resultan inexplicablemente elevados comparados con la media de los VNRs de más de 60 compañías en Latinoamérica¹³⁶. A modo de ejemplo, el VNR del estudio de Bates White del 28 de julio resultó nada menos que en un 124% superior a dicha media¹³⁷. TGH no explica tampoco cómo los valores reclamados en su estudio del 28 de julio pueden ser compatibles con el pedido de aumento de solo un 10% ofertado por el Presidente de EEGSA, el Sr. Pérez, en mayo de 2008¹³⁸.

¹³² Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandante, párr. 85.

¹³³ Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandada, párr. 47.

¹³⁴ *Ibid.*, párr. 101; Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandante, párrs. 63-65.

¹³⁵ Memorial de Contestación, párr. 331; Memorial de Dúplica, 374-377.

¹³⁶ Interrogatorio Directo de Mario Damonte, filminas 25-26.

¹³⁷ *Ibid.*

¹³⁸ Presentación sobre Requisitos de Ingreso del Estudio Tarifario, 22 de abril de 2008, **Anexo R-65**.

83. La única justificación que presenta TGH es un supuesto incremento de precios de los materiales entre 2003 y 2008, el crecimiento de la red y el aumento del costo de la electricidad¹³⁹. Sin embargo, ello no ayuda a sostener su posición.

84. *Primero*, debe aclararse que las tarifas de EEGSA aplicadas entre el 2003 y el 2008 fueron actualizadas, de acuerdo a la regulación aplicable, para reflejar el impacto de la inflación y el crecimiento de la red acaecido entre las dos revisiones tarifarias¹⁴⁰. Por lo tanto, al inicio de la revisión tarifaria, las tarifas de EEGSA ya reflejaban los impactos de la inflación en los materiales y el crecimiento.

85. *Segundo*, como lo explicó el Ing. Damonte, los precios de los materiales no diferían demasiado entre los estudios de Bates White, Sigla e incluso de Deorsa y Deocsa¹⁴¹. La verdadera diferencia radicaba en el diseño óptimo de las unidades constructivas y no en los precios de los materiales de dichas unidades, como incorrectamente alega TGH. Ello quedó confirmado en la Audiencia cuando el presidente del Tribunal le preguntó al experto de TGH, el Sr. Barrera, sobre la principal diferencia entre los estudios de Sigla y Bates White. En su contestación, el Sr. Barrera indicó que dicha diferencia residía en las unidades constructivas, y no en los precios¹⁴².

86. *Finalmente*, respecto a la necesidad de incluir cables más gruesos para afrontar el incremento del precio de la electricidad alegado por TGH, basta con referirse al informe del Ing. Damonte donde explica que los valores de los cables requeridos por Bates White no se justificaban por el incremento del valor de la energía sino que eran de longitudes y calibres mayores a lo necesario. A modo de ejemplo, para clientes de baja tensión, Bates White propuso cables de 247 amperes, cuando la corriente máxima de dichos clientes es de 10¹⁴³.

87. La realidad es que los valores de VNR solicitados por Bates White no tienen justificación. La prueba más fehaciente de ello es que TGH, al pedir a su experto, el Sr.

¹³⁹ Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandante, párr. 117.

¹⁴⁰ Giacchino, **Apéndice CER-1**, párr. 19.

¹⁴¹ Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandada, párr. 236.

¹⁴² Tr. (inglés), Día Seis, 1466:4-7, Barrera.

¹⁴³ M. Damonte, **Apéndice RER-2**, párr. 150.

Barrera, que analizara el estudio del 28 de julio, solo le pidió que analizara si contenía los pronunciamientos de la Comisión Pericial pero, tal como este lo confirmó en la audiencia, no le solicitó que diera su opinión sobre la razonabilidad de la totalidad del informe¹⁴⁴. Contestando una pregunta del árbitro von Wobeser, el Sr. Barrera respondió:

Arbitrator von Wobeser: When you say that [the VNR and VAD of the 28 of July study] are reasonable, you reached the conclusion that they were reasonable. Based on what?

Barrera: On the basis of what the CE was requesting.

Arbitrator von Wobeser: So, they're reasonable because they included the recommendations, not because of the results obtained?

Barrera: Yes, that's correct.¹⁴⁵

88. Ello dicho, incluso el dictamen del Sr. Barrera respecto de la “razonabilidad” del estudio de Bates White basado en la incorporación de la totalidad de los pronunciamientos de la Comisión Pericial en el VNR del 28 de julio carece de sustento. Como Guatemala demostró en la audiencia y en su Escrito Posterior a la Audiencia, el Sr. Barrera revisó una versión modificada del estudio del 28 de julio de Bates White. En su Escrito Posterior a la Audiencia, TGH no negó este extremo. Para intentar justificar esta irregularidad, TGH alegó que ello no sería relevante dado que no habría cambiado los valores finales del estudio¹⁴⁶. Ello es incorrecto. Primeramente, la manipulación del estudio ya de por sí pone en duda su fiabilidad. Pero más importante aún, tal como lo explicó Guatemala, el estudio del 28 de julio que el Sr. Barrera revisó incluía numerosos archivos con soporte documental que no constaban en el estudio que fuera presentado a la CNEE. Es decir, era otro estudio. Por tanto, la aseveración del Sr. Barrera de que Bates White había implementado correctamente los pronunciamientos de la Comisión Pericial simplemente carece de cualquier valor¹⁴⁷.

¹⁴⁴ Tr. (inglés), Día Seis, 1376:9-1377-1, Barrera.

¹⁴⁵ Tr. (inglés), Día Seis, 1376:9-1377-1, Barrera.

¹⁴⁶ Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandante, párr. 158.

¹⁴⁷ Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandada, párr. 211-212. Barrera, **Apéndice CER-4**, párrs. 93, 100 y 176 (basándose en el archivo "Baremo O&M Comercial para Informe final 28.07.08.xls"), y 164 (basándose en el archivo "Costos_Contrata_y_Servicios.xls").

2. TGH no ha logrado demostrar la razonabilidad del VAD propuesto por Bates White

89. Guatemala ha analizado extensamente en su Escrito Posterior a la Audiencia la abundante evidencia existente en el expediente que demuestra que es incorrecto sostener — como lo hace TGH— que un inversor tiene derecho a recibir un retorno sobre la parte ya depreciada de su inversión¹⁴⁸. En esta sección, por lo tanto, nos limitaremos solo a contestar ciertos argumentos nuevos presentados por TGH en su Escrito Posterior a la Audiencia y a señalar la evidencia —incluyendo aquella presentada por TGH— que los contradice e invalida.

a. La evidencia presentada en el expediente demuestra que la alegada expectativa de TGH de recibir un retorno sobre el valor bruto de la base de capital es un argumento construido convenientemente a los fines de este arbitraje

90. A fin de poder construir su argumento de que TGH tenía una expectativa a que el retorno de EEGSA fuera calculado sobre una base de capital bruta, TGH se apoya básicamente en tres argumentos: (i) que la LGE refiere al valor “nuevo” de reemplazo¹⁴⁹; (ii) que la LGE no menciona las depreciaciones¹⁵⁰; y (iii) que el Reglamento ordena no reconocer las depreciaciones como costo operativo¹⁵¹. Guatemala ha contestado exhaustivamente en su Escrito Posterior a la Audiencia cada una de estas alegaciones y refiere al Tribunal a dicho escrito¹⁵². En la presente sección nos limitaremos a demostrar que el argumento de TGH ha sido fabricado a los fines de este arbitraje y es inconsistente con la evidencia disponible.

¹⁴⁸ Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandada, Secciones III.B.2. y III.D.2.

¹⁴⁹ Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandante, párr. 65.

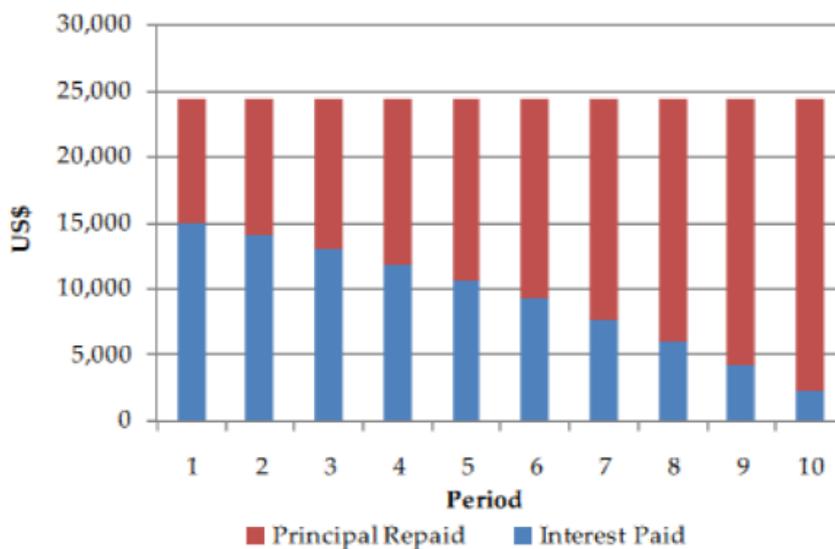
¹⁵⁰ *Ibid.*, párr. 66. Ver también párr. 134 (“si la finalidad de la LGE y el RLGE fuera que la base de capital se depreciara, [...] no [hubiera establecido] expresamente que debería usarse el *Valor Nuevo de Reemplazo* de los activos [...]).

¹⁵¹ *Ibid.*, párr. 66-67. Respecto de la novedosa interpretación realizada por los Srs. Kaczmarek y Barrera del artículo 83 del Reglamento, cabe notar que ésta fue invocada por primera vez en la audiencia de TGH. EEGSA nunca la invocó en la revisión tarifaria, Iberdrola nunca la invocó en su arbitraje, ni TGH la invocó en sus escritos. Cabe señalar además que dicha interpretación es ofrecida por dos expertos que, a diferencia del Ing. Damonte que ha trabajado en revisiones tarifarias en Guatemala por más de diez años, no tienen experiencia alguna en el sistema regulatorio guatemalteco, y en el caso del Sr. Kaczmarek, tampoco en el sector de distribución eléctrica: Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandada, párrs. 22-28.

¹⁵² Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandada, párrs. 107; 121-130.

91. *Primero*, el argumento de TGH de que su expectativa al invertir fue la de recibir un retorno sobre el valor bruto de la base de capital es inconsistente con su conducta y la de EEGSA en la revisión tarifaria 2003-2008. En dicha revisión, el retorno de EEGSA fue calculado sobre el valor neto de depreciaciones de la base de capital. Las depreciaciones implícitas utilizadas para el cálculo del retorno fueron de aproximadamente un 30%¹⁵³. Consciente de esta inconsistencia, TGH niega en su Escrito Posterior a la Audiencia que éste haya sido el caso y cita en soporte la declaración del Sr. Kaczmarek respecto de que en 2003 “no hubo ajustes de depreciación y se aplicó como una hipoteca”¹⁵⁴. Sin embargo, basta con leer el reporte del Sr. Kaczmarek para entender que en el sistema de hipoteca se paga una porción correspondiente a la depreciación (*return of investment*) y otra correspondiente al retorno (*return on investment*). Este último decrece a medida que el valor de la inversión es depreciado en el tiempo. El siguiente gráfico del reporte del Sr. Kaczmarek lo ilustra claramente¹⁵⁵:

Figure 8 – Example of a Constant Payment, Self-Amortizing Bond



¹⁵³ Tr. (castellano), Día Seis, 1459:4-1460:7, Damonte; Interrogatorio directo de Mario Damonte, filmina 17.

¹⁵⁴ Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandante, párr. 82.

¹⁵⁵ Kaczmarek, **Apéndice CER-2**, párr. 89.

92. Si la posición de TGH fuera correcta, el gráfico no mostraría una reducción del interés (retorno) en el tiempo sino que se mantendría constante en su valor inicial. El interés baja porque cada vez hay más capital (principal) que ya ha sido devuelto o “repaid” (depreciado). La aplicación de este sistema en la revisión tarifaria 2003-2008 puede también corroborarse en el estudio preparado en 2003 por Nera en el cual se dejó constancia de que:

La Nota N° GT-NotaS-407 (Nota 407) de la CNEE propone una fórmula financiera que calcula una anualidad fija con el componente de retorno de capital que aumenta en el tiempo mientras que el interés se reduce¹⁵⁶.

93. La razón por la cual el interés (retorno) se reduce a medida que transcurren los años es justamente porque el mismo se calcula sólo sobre el valor remanente de capital inicial, es decir, neto de depreciaciones.

94. *Segundo*, los Términos de Referencia de la revisión tarifaria de 2008-2013 explícitamente establecían que el retorno se calcularía sobre la base de capital depreciada e incluían la FRC de la que ahora TGH se queja¹⁵⁷. El hecho de que EEGSA no haya impugnado —o siquiera señalado verbalmente o por escrito— que estos elementos eran contrarios a sus expectativas al invertir y destruirían su inversión, quita toda credibilidad al argumento de TGH.

95. *Tercero*, el hecho que ninguno de los otros distribuidores (también controlados por accionistas extranjeros) haya nunca pretendido obtener un retorno sobre el valor bruto de su base de capital confirma la falta de sustento de la posición de TGH.

96. *Finalmente*, si bien con un nivel de depreciación menor al requerido por los Términos de Referencia, la Comisión Pericial confirmó —en sustento de la posición de Guatemala— que

¹⁵⁶ Lic. Leonardo Giacchino, National Economic Research Associates, "Informe de Etapa E: Valor Agregado Distribución y Balance De Potencia y Energía", 27 junio de 2003, revisado el 30 de julio de 2003, 30 de junio de 2003, **Anexo R-170**, pág. 7.

¹⁵⁷ Términos de Referencia para la Realización del Estudio del Valor Agregado de Distribución para Empresa Eléctrica de Guatemala, S.A., Resolución CNEE 124- 2007, enero de 2008, **Anexo R-53**, art. 8.3:

Para considerar el costo total a reconocer con respecto al capital se utiliza el criterio de reconocer una renta sobre el valor neto del capital inmovilizado en los activos de servicio (VNR menos depreciación acumulada) más una amortización corriente proporcional al valor bruto (VNR).

el retorno debía ser calculado sobre la base de capital depreciada¹⁵⁸. Por lo tanto, la declaración realizada por el Ing. Bastos en su interrogatorio directo, y que es citada por TGH como sustento de su argumento para reclamar que el sistema regulatorio guatemalteco reconoce un retorno sobre el valor bruto de la inversión¹⁵⁹, no hace más que confirmar la falta de credibilidad del testimonio del Ing. Bastos quien, como presidente de la Comisión Pericial, y bajo interrogatorio en la Audiencia, opinó exactamente lo contrario¹⁶⁰.

97. En base a esta contundente evidencia, es claro que el retorno de EEGSA debía ser calculado sobre el valor neto de la base de capital.

b. El distribuidor recupera al final de la concesión todo valor invertido y no amortizado durante el período de operación

98. En su Escrito Posterior a la Audiencia TGH propone un argumento adicional, basado en la opinión del Sr. Kaczmarek, para tratar de justificar su posición de que el retorno debe ser pagado sobre la base de capital bruta. Según TGH la regulación guatemalteca no le reconocería a la empresa gastos de mantenimiento en el VNR y, por lo tanto, si el inversor tuviera que usar parte de la depreciación (*return of investment*) para afrontar inversiones de mantenimiento, éste “nunca recuperaría su inversión”¹⁶¹. Ello es incorrecto.

99. *Primero*, todas las nuevas inversiones son reconocidas a su VNR en el momento de cada calculo tarifario. Si un activo que formaba parte de la base tarifaria se da de baja por

¹⁵⁸ Informe de la Comisión Pericial, 25 de julio de 2008, **Anexo R-87**, págs. 104-106, , donde la CP se pronuncia de acuerdo con que “*la renta debe calcularse sobre el valor neto del capital inmovilizado (VNR menos depreciación acumulada)*” – penúltimo párrafo pág. 104- discrepando únicamente en utilizar las depreciaciones acumuladas correspondientes a la mitad de la vida útil.- penúltimo párrafo pág. 105.

¹⁵⁹ Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandante, párrs. 81-82. Ver también Tr. (castellano), Día Cuatro, 807:4-19, Bastos: “Ni en la ley ni en el reglamento se trata el tema de la depreciación, porque el método de regulación que sigue Guatemala es lo que se conoce como valorar los activos al valor nuevo de reemplazo. Esta es una escuela de regulación que nace en Chile y que busca evitar la discusión sobre la empresa real y la antigüedad de los activos. Entonces, plantea una empresa hipotética, una empresa ideal, abasteciendo a la demanda del área de concesión, y se sigue el criterio de valor nuevo de reemplazo, es decir, se toma una empresa, se hacen cálculos ingenieriles técnicos de cuáles son los equipos necesarios y esos equipos se valúan como si estuvieran siendo equipos nuevos. Por lo tanto, ni la ley ni el reglamento hacen ninguna referencia a ninguna depreciación.”

¹⁶⁰ En la audiencia el Ing. Bastos aceptó incluso que depreciaciones contables fueran utilizadas en el cálculo de costos de capital: Tr. (castellano), Día Cuatro, 808:18-21, Bastos (“[C]uando se aplican criterios de depreciación se utilizan bases contables, es decir, se utilizan bases históricas y se ven las depreciaciones reales”) (énfasis añadido).

¹⁶¹ Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandante, párr. 135.

obsolescencia, debe reducirse la base tarifaria en el valor de ese activo. De igual forma si el mencionado activo es reemplazado por otro nuevo su valor se debe sumar a la base tarifaria. Todos los nuevos activos, ya sea los que reemplazan a otros obsoletos como todos los demás necesarios para prestar el servicio futuro, son recuperados en un 100% al cabo de su vida útil. Las únicas excepciones son aquellas inversiones innecesarias para prestar el servicio, las que no serán reconocidas por la aplicación del método de la empresa modelo eficiente.

100. *Segundo*, bajo la regulación guatemalteca, en caso de existir montos invertidos por el distribuidor no recuperados durante la concesión, el estado le devuelve al distribuidor el capital inmovilizado al fin del contrato¹⁶². Por lo tanto, aún si EEGSA hubiera invertido montos superiores a los valores de depreciación recuperados a través del VAD, EEGSA hubiera sido compensada por el excedente al finalizar el contrato. A todo evento, tal como se explicó en detalle en el Escrito Posterior a la Audiencia de Guatemala, la política de EEGSA ha sido históricamente de invertir montos muy inferiores de los que reclamaba en calidad de depreciación en la revisión tarifaria 2008-2013¹⁶³, por lo que esta explicación tampoco justificaría otorgarle a EEGSA un retorno sobre la base de capital bruta.

c. La verdadera disputa en este caso sobre el VAD se limita al valor de depreciación a tener en cuenta para calcular el retorno de EEGSA

101. En base a lo explicado en las secciones precedentes, es claro que el retorno debe ser calculado sobre la base de capital depreciada. No sólo porque este es el único enfoque correcto desde un punto de vista de economía regulatoria¹⁶⁴, sino porque es el único enfoque consistente con la conducta de la CNEE en revisiones anteriores y aceptada por EEGSA, e incluso por la Comisión Pericial¹⁶⁵. Ante esta evidencia, resulta curioso que TGH siga insistiendo que el retorno de EEGSA debía ser calculado sobre el valor bruto de la base de capital. Es evidente

¹⁶² LGE, **Anexo R-8**, art. 57. Ver también Contrato de Autorización suscrito entre el Ministerio de Energía y Minas y Empresa Eléctrica de Guatemala S.A, 15 de mayo de 1998, **Anexo C-31**, Cláusula Décimo Novena.

¹⁶³ Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandada, párrs. 138-141.

¹⁶⁴ L Giacchino, y otros, “Las principales inquietudes regulatorias en los sectores de energía, telecomunicaciones y agua en América Latina” *Privatization International: Utility Regulation 2000 Series*, Vol. 2 Latin America, **Anexo R-21**; Memorial de Contestación, párr. 252; Memorial de Dúplica, párr. 277. JA Lesser y LR Giacchino, *Fundamentals of Energy Regulation* (1ª ed. 2007), **Anexo R-34**; Memorial de Contestación, párrs. 187, 190, 299; Memorial de Dúplica, párrs. 253, 307, 315.

¹⁶⁵ Ver Sección III.C.2(a) más arriba.

que lo que está en discusión en este arbitraje es el valor de las depreciaciones a aplicar, pero no si ellas se deben aplicar o no. Para beneficio del Tribunal recordamos los niveles de depreciación relevantes en este arbitraje¹⁶⁶:

| | |
|----------------------------------|----------------------------|
| • Bates White: | 0% |
| • Comisión Pericial: | 8,3% |
| • Damonte: | 29,6% (muy similar a 2003) |
| • Deorsa-Deocsa: | 42,2% |
| • EEGSA real: | 43,5% |
| • Términos de Referencia: | 50% |

102. Como ya se explicó en el Escrito Posterior a la Audiencia, el nivel de depreciaciones de un 50% establecido en los Términos de Referencia fue estimado por un consultor externo contratado por la CNEE, en base a criterios técnicos, y sin ninguna injerencia o instrucción de la CNEE¹⁶⁷. Más aún, el hecho que los directores de la CNEE hayan pedido explicaciones al Ing. Riubrugent sobre la metodología utilizada demuestra la total falta de influencia por parte de la CNEE en la construcción de la FRC¹⁶⁸. Recordemos que el mismo Ing. Bastos admitió en la audiencia la validez técnica de la fórmula propuesta por el Ing. Riubrugent¹⁶⁹. Como TGH bien lo señala en su Escrito Posterior a la Audiencia, el Ing. Bastos admitió asimismo que un 50% de depreciación se “utiliza sobre todo en países como Australia y [...] Nueva Zelanda.”¹⁷⁰ La única discrepancia entre los criterios del Ing. Bastos y del Ing. Riubrugent es entonces si la red de EEGSA era o no lo suficientemente madura como para tener un 50% de sus bienes depreciados. En vista de ello la pretensión de TGH de presentar la FRC establecida en los Términos de Referencia como un acto arbitrario o de mala fe no tiene ningún fundamento.

¹⁶⁶ Examinación Directa Ing. Mario Damonte, filmina 17.

¹⁶⁷ Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandada, párr. 142.

¹⁶⁸ Cadena de mensajes por correo electrónico entre M. Peláez y J. Riubrugent, 9 de enero de 2008, **Anexo C-567**.

¹⁶⁹ Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandada, párr. 143; Tr. (castellano), Día Cuatro, 808:22-811:6, Bastos:

[F]órmula que estaba aplicando la [CNEE] responde a un criterio de una empresa que no está creciendo. Se utiliza sobre todo en Australia y creo que también en el caso de Nueva Zelanda [...] La fórmula empleada era correcta [...].

¹⁷⁰ *Ibid.*, párr. 76; Tr. (castellano), Día Cuatro, 808:22-809:6, Bastos.

103. En su Escrito Posterior a la Audiencia, Guatemala explicó claramente que si EEGSA no estaba de acuerdo con el monto de depreciaciones establecidos en los Términos de Referencia, hubiera podido objetarlo judicialmente¹⁷¹. EEGSA no hizo uso de su derecho a objetar judicialmente la FRC incluida en los Términos de Referencia, ni realizó siquiera comentario escrito u oral alguno. Por el contrario, EEGSA y su consultor decidieron interpretar la fórmula como un “error de tipeo” de parte de la CNEE¹⁷². EEGSA hubiera podido incluso presentar el valor de depreciación alternativo que consideraba correcto, como lo realizaron los otros distribuidores Deorsa y Deocsa. Sin embargo, EEGSA eligió insistir en que su retorno fuera (indebidamente) calculado sobre el valor bruto de su base de capital. Dicha actitud no puede ser convalidada por este Tribunal.

d. La FRC propuesta por la Comisión Pericial es incorrecta y no es consistente con la prevista en la regulación de Chile como pretende TGH

104. En su Escrito Posterior a la Audiencia, TGH defiende como correcta la posición adoptada por la Comisión Pericial que determinó que cierta depreciación sí debe ser tomada en cuenta para el cálculo del retorno¹⁷³. *Primero*, cabe señalar que resulta curioso que TGH no intente siquiera explicar cómo puede conciliarse este argumento con la posición de EEGSA en la revisión tarifaria y la actual de TGH de que el retorno se debe calcular sin tener en cuenta la depreciación. *Segundo*, ya fue explicado por Guatemala y sus expertos, la fórmula aplicada por la Comisión Pericial contenía errores técnicos graves¹⁷⁴ y no cumplía con la LGE al no tomar en cuenta la “vida útil típica” de las instalaciones (25 o 30 años) y depreciar los bienes solo durante los cinco años del período tarifario¹⁷⁵. Como bien lo explica el Ing. Damonte en sus reportes, este ejercicio lleva a una sobre-remuneración de la inversión de EEGSA de aproximadamente un 19%¹⁷⁶.

¹⁷¹ Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandada, párrs. 84, 92.

¹⁷² Memorial de Dúplica, párr. 330; Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandada, párrs.120 y 145.

¹⁷³ Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandante, párr. 77.

¹⁷⁴ Memorial de Contestación, párr. 401; Memorial de Dúplica, párr. 449. Damonte, **Apéndice RER-2**, párr. 163.

¹⁷⁵ Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandada, párr. 187.

¹⁷⁶ *Ibid.*, párr. 186.

105. En su Escrito Posterior a la Audiencia, TGH fundamenta su defensa de la fórmula propuesta por la Comisión Pericial argumentando que sería consistente con la aplicada en Chile, país que sirvió de guía a la regulación guatemalteca¹⁷⁷. Ello, sin embargo, es incorrecto. Bajo la regulación chilena no se deprecian los bienes en un lapso de cinco años como lo hizo la Comisión Pericial, sino usando una vida útil de 30 años¹⁷⁸, tal como lo proponía la CNEE.

106. Al no cumplir la FRC de la Comisión Pericial con la LGE, mal podía la CNEE, como pretende TGH en su Escrito Posterior a la Audiencia, aplicarlo al estudio de Sigla¹⁷⁹. La CNEE nunca aceptó la aplicación de un nivel de depreciación de solo el 8,3%, que era sustancialmente inferior al aplicado en 2003 (y más aún al real). Era claro que si ese nivel de depreciación era aplicado hubiera derivado en un valor de VAD mayor para EEGSA del que surgía del estudio de Sigla, como bien lo invoca TGH¹⁸⁰. La CNEE se limitó a comprobar, como es razonable que haga un regulador responsable, el impacto que tenía el pronunciamiento de la Comisión Pericial, y llegó a la conclusión de que de aplicarse la FRC de la Comisión Pericial al estudio de Sigla el VAD aumentaría un 25%.

e. Para determinar el impacto de aplicar la FRC de Sigla o de la Comisión Pericial es necesario primero determinar el valor de VNR óptimo

107. En su Escrito Posterior a la Audiencia, Guatemala en respuesta a una pregunta del Tribunal, explicó que el impacto de aplicar el FRC de Sigla (es decir, de los Términos de Referencia) o el establecido por la Comisión Pericial era de US\$ 32 millones (es decir, un 24%)¹⁸¹. En su Escrito Posterior a la Audiencia, TGH critica este enfoque por considerar que

¹⁷⁷ Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandante, párr. 77.

¹⁷⁸ Comisión Nacional de Energía de Chile, Documentos Técnicos para la Elaboración del “Estudio Para el Cálculo de las Componentes del Valor Agregado de Distribución; Cuadrienio Noviembre 2008- Noviembre 2012” y del “Estudio de Costos de Servicios Asociados al Suministro de Electricidad de Distribución”, marzo de 2008, **Anexo R-250**, punto 7.1.3 (“[...] factor de recuperación del capital para un período de 30 años y una tasa de actualización de 10% real (0,10608)” [...]).

¹⁷⁹ Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandante, párrs. 78, 153, 156.

¹⁸⁰ *Ibid.*, párrs. 78, 153, 156.

¹⁸¹ Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandada, párrs. 238-239, Interrogatorio Directo de Mario Damonte, folios 22-23.

el Ing. Damonte al realizar el cálculo primero efectuó un cambio en el VNR y luego en la FRC¹⁸². Precisamente este es el ejercicio correcto.

108. Como Guatemala explicó en su Escrito Posterior a la Audiencia, la mayor diferencia entre las partes surge de los valores del VNR¹⁸³. Ello fue confirmado por los expertos Barrera y Damonte quienes declararon que la principal diferencia entre los valores de los estudios de Sigla y Bates White radicaba en el diseño de las unidades constructivas, es decir, en el cómo se construye la red de la empresa modelo. El Sr. Barrera explicó:

So, I think that there are a number of reasons why the two VNRs are different, but mostly they have to do with the construction units.¹⁸⁴

El Ing. Damonte confirmó:

Nuevamente las grandes diferencias que usted va a ver de cálculos, las va a encontrar, no en el precio, sino en el diseño de las unidades constructivas¹⁸⁵.

109. Dado que el valor del VNR debe multiplicarse por el valor de la FRC, antes de decidir qué FRC debe aplicarse, este Tribunal deberá (si considera que tiene jurisdicción para ello, lo que Guatemala niega) decidir cuál es el VNR óptimo. En otras palabras, el efecto de la FRC no puede calcularse abstractamente, sino que debe calcularse sobre la base de un VNR específico.

110. A los fines de proveer cierta guía al Tribunal, presentamos a continuación los valores de VAD (en millones de US\$) resultantes de aplicar a los distintos VNRs en discusión en este arbitraje ((i) el de Sigla, (ii) el calculado por el Ing. Damonte y utilizado por los expertos valuadores de Guatemala¹⁸⁶, y (iii) el de Bates White del 28 de julio) a las distintas FRCs ((i)

¹⁸² Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandante, nota al pie 589.

¹⁸³ Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandada, párrs. 238-239.

¹⁸⁴ Tr. (inglés), Día Seis, 1466:4-7, Barrera.

¹⁸⁵ Tr. (castellano) Día Seis, 1510:18-21, Damonte.

¹⁸⁶ Este valor refleja la incorporación de todos los pronunciamientos de la Comisión Pericial posibles al estudio del Bates White del 5 de mayo por el Ing. Damonte.

Términos de referencia (50% de depreciación), Damonte (20,6% de depreciación) y Comisión Pericial (8,3% de depreciación))¹⁸⁷:

| Concepto | | FRC | | |
|----------|---------------------------------------|--------|---------|-------------------|
| | | TdR | Damonte | Comisión Pericial |
| VNR | SIGLA | 127.33 | 137.51 | 149.61 |
| | BW 5-5-08 corregido MD según CP | 152.75 | 165.60 | 186.82 |
| | BW 28-7-08 | 207.38 | 229.52 | 261.22 |

111. Como surge del cuadro más arriba, si se multiplica el VNR de Sigla por la FRC de los Términos de Referencia (50% de depreciación acumulada) se obtiene un VAD de US\$ 127,33 millones. Si a ese mismo VNR se lo multiplica en cambio por la FRC propuesta por el Ing. Damonte, que refleja una depreciación acumulada muy similar a la aplicada en 2003 y aún muy inferior a la real contable de EEGSA y a la de Deorsa y Deocsa, el VAD resultante es de US\$ 137,51 millones. Por último, si este VNR es multiplicado por la FRC de la Comisión Pericial, que como ya explicamos contiene graves errores técnicos, el VAD resultante es de US\$ 149,61 millones.

112. Ahora bien, si al VNR del estudio del 5 de mayo corregido por el Dr. Damonte para reflejar los pronunciamientos de la Comisión Pericial se lo multiplica por la FRC de los Términos de Referencia, el VAD resultante es de US\$ 152,75 millones, mientras que si se lo multiplica por la FRC propuesta por el Ing. Damonte el VAD resultante es de US\$ 165,60 millones. Este es el VAD utilizado por los expertos de daños de Guatemala para el cálculo de los supuestos daños. Finalmente si a dicho VNR se lo multiplica por la FRC propuesta por la Comisión Pericial, el VAD resultante es de US\$ 186,82 millones. El mismo ejercicio puede realizarse con el VNR resultante del estudio de Bates White del 28 de julio y las diferentes FRCs (Términos de Referencia, propuesta por el Dr. Damonte y propuesta por la Comisión

¹⁸⁷ Interrogatorio Directo de Mario Damonte, filmina 28; Elaboración en base a Modelo-BW-5-5-08 corregido MD según CP C-568, Datos de Sigla: C-589, Etapa E.

Pericial). Los valores de VAD resultantes son de US\$ 207,38 millones, US\$ 229,52 millones y US\$ 261,22 millones, respectivamente.

* * *

113. En base a las consideraciones precedentes, es claro que las acusaciones de TGH de que la CNEE habría actuado en forma arbitraria o con mala fe durante el proceso de revisión tarifaria carecen de todo sustento fáctico y técnico. La realidad es que tal como surge de la evidencia presentada en el caso, fueron precisamente EEGSA y su consultor quienes pretendieron arbitrariamente y de mala fe manipular el procedimiento de revisión tarifaria para conseguir un aumento del VAD extraordinario.

IV. GUATEMALA NO HA VIOLADO EL ESTÁNDAR MÍNIMO INTERNACIONAL

114. Contrariamente a lo que afirma TGH en su Escrito Posterior a la Audiencia, Guatemala no ha basado “su defensa legal principalmente” en el carácter “muy limitado” de la protección que ofrece el estándar mínimo internacional respecto del estándar autónomo de trato justo y equitativo¹⁸⁸. La posición de Guatemala es que la reclamación de TGH no es ni siquiera una reclamación internacional válida, puesto que una controversia sobre la mera interpretación y aplicación, aun si incorrecta (que no es el caso aquí), de la regulación por parte de un regulador, apoyado por la propia justicia local, no puede ser nunca violatorio de una norma internacional de trato a la inversión extranjera, salvo denegación de justicia. Esto incluye tanto el estándar autónomo de trato justo y equitativo, como demuestra el caso *Iberdrola*, como, desde luego, un estándar más restrictivo como es el de trato mínimo internacional del derecho consuetudinario internacional que es el aplicable en este caso.

115. En cualquier caso, lo que Guatemala sí considera importante, es que se defina adecuadamente el estándar mínimo internacional y se diferencie apropiadamente del estándar autónomo de trato justo y equitativo. Es importante porque se trata de examinar el contenido de la obligación que según TGH Guatemala habría violado. También es importante porque los Estados parte del DR-CAFTA se han preocupado mucho de confinar dicha obligación dentro

¹⁸⁸ Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandante, párr. 12.

de márgenes precisos, tanto en el texto del artículo 10.5 del Tratado como en sus presentaciones ante este Tribunal. Nada de esto puede ser eludido, o maquillado como si todo fuera lo mismo, como pretende TGH.

A. TGH PRETENDE IGNORAR TANTO EL TEXTO DEL ARTÍCULO 10.5 DEL TRATADO COMO LAS PRESENTACIONES DE LAS PARTES NO CONTENDIENTES Y EQUIPARAR EL ESTÁNDAR MÍNIMO INTERNACIONAL AL TRATO JUSTO Y EQUITATIVO

116. Toda la tesis jurídica de TGH se basa en equiparar el estándar mínimo internacional de derecho consuetudinario al de trato justo y equitativo autónomo del derecho internacional general. Es sintomático que TGH empiece su argumentación citando (si bien incorrectamente y fuera de contexto) una gran cantidad de jurisprudencia sobre este tema, olvidándose de la letra del artículo 10.5 del Tratado y de las presentaciones de los Estados miembros del DR-CAFTA como partes no contendientes. Del artículo 10.5, TGH no cita más que una frase en una nota a pie de página después de más de 30 páginas de supuesto análisis jurídico¹⁸⁹. Por su parte las presentaciones escritas y orales de las partes no contendientes son citadas después de 9 páginas¹⁹⁰.

117. En particular, un tema tan fundamental, como es la interpretación de los propios Estados parte al Tratado sobre el contenido de la obligación a la que se quisieron vincular, merece apenas un par de menciones en dos párrafos del escrito de TGH, de casi 170 páginas y más de 200 párrafos, incluyendo una sola referencia a la posición de su propio gobierno¹⁹¹. Nótese que antes de que los Estados Unidos hicieran su presentación como parte no contendiente, TGH sí consideraba importante referirse a la posición de su gobierno respecto al contenido del DR-CAFTA: empezaba su análisis jurídico con una referencia al representante comercial de los Estados Unidos que participó en la negociación del Tratado, nada menos que

¹⁸⁹ La parte jurídica del Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandante comienza en la pág. 8, párr. 11, y el contenido del artículo 10.5 es citado solo en la nota a pie de página 170, correspondiente a la pág. 39, párr. 49.

¹⁹⁰ Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandante, pág. 17, párr. 21.

¹⁹¹ Al margen de la referencia de pasada en el párrafo 21, las presentaciones de las partes no contendientes se limitan a dos referencias en los párrafos 26, donde se menciona la de los Estados Unidos, y 41 del Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandante.

como “autoridad legal” número 1, es decir CL-1¹⁹². Pero es evidente que ahora TGH quiere huir de la letra del Tratado y de su verdadero contenido como definido por los Estados parte al mismo, incluyendo los Estados Unidos.

118. Como ya se explicó en el Escrito Posterior a la Audiencia de Guatemala, el punto de partida debe ser el texto del artículo 10.5 del Tratado y las presentaciones de las partes no contendientes. No es difícil notar que los Estados negociaron y se acordaron sobre el texto del artículo 10.5 con una intención muy clara: limitar la obligación que asumían única y exclusivamente al estándar mínimo internacional del derecho consuetudinario, y excluir cualquier interpretación extensiva del principio autónomo de trato justo y equitativo tal y como se ha dado en la jurisprudencia. El lenguaje del artículo 10.5 es buena prueba de esto: garantiza únicamente un “trato acorde con el derecho internacional consuetudinario”, aclara que “[p]ara mayor certeza [...] el nivel mínimo de trato a los extranjeros según el derecho internacional consuetudinario es el nivel mínimo de trato que se le otorgará a las inversiones cubiertas”, y que “[l]os conceptos de ‘trato justo y equitativo’ y ‘protección y seguridad plenas’ no requieren un tratamiento adicional o más allá de aquél exigido por ese nivel, y no crean derechos substantivos adicionales”. A esto hay que añadir el Anexo 10-B que confirma que el “‘derecho internacional consuetudinario’ referido [...] resulta de una práctica general y consistente de los Estados, seguida por ellos en el sentido de una obligación legal”.

119. A la vista de lo anterior es difícil dudar de la intención de los Estados parte al DR-CAFTA. Así lo han corroborado los propios Estados en sus presentaciones ante este Tribunal:

- (a) Los Estados Unidos, por ejemplo, dijeron que “[t]hese provisions demonstrate the States Parties’ intention that Article 10.5 articulate a standard found in customary international law — *i.e.*, the law that develops from State practice and *opinio juris* — rather than an autonomous, treaty-based standard”, que “[a]rbitral decisions interpreting ‘autonomous’ fair and equitable treatment [...] do not constitute evidence of the content of the customary international law

¹⁹² Memorial de Demanda, párr. 230, nota 870; y Memorial de Réplica, párr. 231, nota 1195, en ambos casos citando al Representante Comercial de los Estados Unidos, Tratado de Libre Comercio entre República Dominicana, Centroamérica y Estados Unidos de América: Resumen del Acuerdo, disponible en Internet en http://www.ustraderepáginagov/assets/Trade_Agreements/Regional/CAFTA/Briefing_Book/asset_upload_file74_7284.pdf, Anexo CL-1.

standard”, y que “[t]he burden is on the claimant to establish the existence and applicability of a relevant obligation under customary international law that meets the requirements of State practice and *opinio juris*”¹⁹³;

- (b) El Salvador declaró que “el derecho internacional consuetudinario debe establecerse a través de la práctica de los Estados, no a través de decisiones de tribunales arbitrales”, que “[l]os términos del Artículo 10.5 del Tratado reflejan claramente la intención de los Estados Parte de adoptar el concepto más restrictivo posible de ‘trato justo y equitativo’ como parte del Nivel Mínimo de Trato conforme al derecho internacional consuetudinario, no como un concepto autónomo”, y que “[l]a parte que alega la existencia de una norma de derecho internacional consuetudinario corre con la carga de la prueba para demostrar que existe una práctica general y consistente de los Estados seguida por un sentido de obligación legal, que ha generado la norma alegada”¹⁹⁴. El Salvador fue incluso más lejos y objetó a la equiparación que hace TGH en este caso entre los dos estándares: “Teniendo en cuenta el texto del Artículo 10.5 y la inaplicabilidad de las decisiones arbitrales, El Salvador rechaza cualquier argumento en el sentido de que el concepto de “trato justo y equitativo” que se incluye en el DR-CAFTA como parte del Nivel Mínimo de Trato, es equivalente o ha convergido con el concepto autónomo de ‘trato justo y equitativo,’ como lo argumenta el Demandante en este arbitraje”¹⁹⁵;
- (c) La República Dominicana explicó que el Tratado se refiere al “‘Nivel Mínimo de Trato otorgado a los extranjeros según el Derecho Internacional Consuetudinario’, siendo este concepto muy distinto al estándar de ‘Trato Justo y Equitativo’ incorporado de manera autónoma en muchos tratados”, y que “[e]l

¹⁹³ Escrito de Parte No Contendiente de los Estados Unidos de América, 23 de noviembre de 2012, párrs. 4, 7.

¹⁹⁴ Escrito de Parte No Contendiente de la República de El Salvador, 5 de octubre de 2012, párrs. 7, 9, 10 (Énfasis en original).

¹⁹⁵ *Ibid.*, párr. 11.

estado actual del Derecho Internacional Consuetudinario no puede establecerse a través de decisiones de tribunales”¹⁹⁶;

- (d) Honduras, por su parte, manifestó que la referencia al concepto de “trato justo y equitativo” en el Tratado “se hace con referencia al nivel mínimo de trato bajo el derecho internacional consuetudinario, y es un concepto muy limitado”, que “los términos del Artículo 10.5 del Tratado reflejan claramente la intención de los Estados Parte de adoptar el concepto más restrictivo posible de ‘trato justo y equitativo’ como parte del nivel mínimo de trato conforme al derecho internacional consuetudinario”, y que “[p]ara determinar cuál es el estado actual del derecho internacional consuetudinario es necesario referirse a la práctica de los Estados, no a decisiones de tribunales arbitrales [...]. [L]a parte que alega la existencia de una norma de derecho internacional consuetudinario corre con la carga de la prueba”¹⁹⁷.

120. Los Estados decidieron intervenir en este arbitraje precisamente reaccionando a la interpretación que formula TGH, tan amplia y sin basarse en la práctica de los Estados sino únicamente en la jurisprudencia (citada además fuera de contexto e incorrectamente). Como dijeron los Estados Unidos durante la Audiencia:

[T]he United States exercises its right as a non-disputing party to make submissions on questions of treaty interpretation, whether or not the investor is a United States investor. [...] [W]e exercised our right under the Treaty to draw the Tribunal's attention to the Treaty Parties' shared understanding that the customary international law Minimum Standard of Treatment in Article 10.5 results from a general and consistent practice of States that they follow from a sense of legal obligation. The burden, we noted, rests with the Claimant to establish the existence and applicability of a relevant obligation¹⁹⁸.

121. En su Escrito Posterior a la Audiencia, TGH hace caso omiso de todo esto e insiste en su error. Por un lado viene a decir que por más que los Estados intentaran diferenciar el

¹⁹⁶ Escrito de Parte No Contendiente de la República Dominicana, 2 de octubre de 2012, párrs. 3, 5 (Énfasis añadido).

¹⁹⁷ Escrito de Parte No Contendiente de la República de Honduras, sin fecha, párrs. 3, 6, 8 (Énfasis añadido).

¹⁹⁸ Tr. (inglés), Día Cinco, 822:12-16 y 822:21-823:7, Estados Unidos (Énfasis añadido).

estándar aplicable del trato justo y equitativo, hoy todo es lo mismo (“[E]l estándar mínimo de trato [...] ha convergido en esencia con el estándar de TJE, de modo tal que los estándares son básicamente lo mismo”¹⁹⁹), por lo que los Estados habrían fracasado en su intento y tendrían que resignarse²⁰⁰. Por otro lado, se lamenta de que es difícil probar la costumbre internacional²⁰¹, como si Guatemala no pudiera siquiera exigir tal esfuerzo frente a una reclamación de más de US\$ 243 millones.

122. Los casos citados por TGH no apoyan su tesis de que el estándar mínimo internacional se reduzca hoy al trato justo y equitativo. Muchos de los casos citados sostienen precisamente lo contrario, es decir que el estándar de trato justo y equitativo no debe interpretarse en forma demasiado expansiva, sino en forma restrictiva utilizando como referencia el estándar mínimo internacional. Por ejemplo en *Biwater c. Tanzania* el tribunal dijo que “*statements made in the context of Article 1105(1) of NAFTA [estándar mínimo] [...] [are] appropriate in the context of Article 2(2) of the BIT [trato justo y equitativo]*”, y que “*certain expressions of a lower threshold [para establecer una violación] have been the subject to some criticism*”, refiriéndose por ejemplo a la interpretación en *Tecmed*²⁰². De forma similar, en *El Paso c. Argentina*, también citado por TGH, el tribunal dijo que el “trato justo y equitativo [...] debe interpretarse en referencia al derecho internacional [...]. [E]l trato justo y equitativo establecido en el TBI es el trato mínimo internacional que exige el derecho internacional”²⁰³. Exactamente lo contrario de lo que dice TGH. Esta es también la postura que defendió Guatemala en el caso *Iberdrola*, es decir, que en realidad el estándar de trato justo y equitativo no debe interpretarse en el modo amplio que sugería Iberdrola (y TGH aquí) sino de manera restrictiva a la luz del estándar mínimo internacional²⁰⁴. Otros casos citados por TGH en

¹⁹⁹ Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandante, párr. 13.

²⁰⁰ *Ibid.*, párr. 12-16.

²⁰¹ *Ibid.*, párr. 21.

²⁰² *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. c. República Unida de Tanzania* (Caso CIADI No. ARB/05/22) Laudo, 24 de julio de 2008, **Anexo CL-10**, párrs. 599-600, citado por TGH en su Escrito Posterior a la Audiencia, párr. 13.

²⁰³ *El Paso Energy International Company c. República Argentina* (Caso CIADI No. ARB/03/15) Laudo, 31 de octubre de 2011, **Anexo CL-102**, párr. 337, citado por TGH en su Escrito Posterior a la Audiencia, párr. 13.

²⁰⁴ Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandada, párr. 16.

realidad concluyen que la protección ofrecida por ambos estándares puede ser parecida, pero únicamente en asuntos concretos, a la vista de los hechos específicos del caso²⁰⁵.

123. La queja de TGH de que establecer la costumbre internacional significa “imponerle a la parte demandante una carga imposible para que pueda demostrar que hubo una violación del tratado”²⁰⁶ no puede ser excusa. El Tratado es meridianamente claro, en el Anexo 10-B, en que las referencias al “derecho internacional consuetudinario” en el artículo 10.5 del Tratado, se refieren a la “práctica general y consistente de los Estados, seguida por ellos en el sentido de una obligación legal”. Los Estados han remarcado que se debe establecer dicha práctica general y *opinio juris*, que la carga de la prueba recae en TGH y que no basta con citar decisiones arbitrales²⁰⁷. TGH no ha hecho ningún esfuerzo por investigar y presentar la práctica de los Estados de la región, por ejemplo: las intervenciones de los Estados Unidos, o Canadá y México, en los asuntos del NAFTA como partes no contendientes, o incluso como partes contendientes²⁰⁸; las notas interpretativas de la Comisión del TLCAN sobre el estándar mínimo internacional²⁰⁹; el modelo de TBI desarrollado por los Estados Unidos y los comentarios que han sido publicados al respecto tanto por fuentes oficiales como académicas²¹⁰; el modelo de Acuerdo para la Protección y Promoción de Inversión Extranjera de Canadá (*Foreign Investment Protection and Promotion Agreement*, o FIPA)²¹¹; la práctica de TBIs firmados por México o por Canadá²¹²; o los estudios de organizaciones interestatales

²⁰⁵ Es el ejemplo de los casos siguientes: *CMS Gas Transmission Company c. República Argentina* (Caso CIADI No. ARB/01/8) Laudo, 12 de mayo de 2005, **Anexo CL-17**, párr. 284; *Azurix Corp. c. República Argentina* (Caso CIADI No. ARB/01/12) Laudo, **Anexo CL-8**, 14 de julio de 2006, párr. 361.

²⁰⁶ Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandante, párr. 21.

²⁰⁷ Ver párr. 119 más arriba.

²⁰⁸ Por ejemplo: *Glamis Gold, Ltd. c. Estados Unidos de América* (CNUDMI), Memorial de Contestación de Estados Unidos, 19 de septiembre de 2006, págs. 218-262, disponible en internet en <http://www.state.gov/documents/organization/73686.pdf>.

²⁰⁹ Comisión de Libre Comercio del TLCAN, *Notas interpretativas de ciertas disposiciones del Capítulo 11* (Washington D.C., 31 de julio de 2001).

²¹⁰ Modelo de Tratado Bilateral de Inversión de los Estados Unidos de 2004, **Anexo RL-19**, artículo 5.

²¹¹ Modelo de Acuerdo para la Protección y Promoción de Inversión Extranjera de Canadá, disponible en internet en www.dfait-maeci.gc.ca/tna-nac/documents/2004-FIPA-model-en.pdf.

²¹² Tratado de Libre Comercio Canadá-Colombia (firmado el 21 de noviembre de 2008, en vigor el 15 de agosto de 2011), artículo 805; Acuerdo entre los Estados Unidos Mexicanos y la República de Panamá para la Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones (Ciudad de México, Distrito Federal, firmado el 11 de octubre de 2005, en vigor el 14 de diciembre de 2006), artículo 6.

como UNCTAD²¹³, la OCDE²¹⁴, el secretariado de la OMC²¹⁵, o el *United Nations Centre on Transnational Corporations* (UNCTC)²¹⁶.

124. Todo este material, y mucho otro, relativo a la práctica de los Estados en esta materia estaba perfectamente disponible para TGH. El abogado principal de TGH lo conoce perfectamente ya que fue especialista del Departamento de Estado en estas materias y expresó la visión de los Estados Unidos en abundantes ocasiones, como por ejemplo en un congreso de *Asia-Pacific Economic Cooperation* (APEC), donde dijo:

The ‘international minimum standard,’ is a reference to a set of rules regarding the treatment of aliens and their property that over time have crystallized into customary international law. Customary international law standards may be established by a showing of a general and consistent practice of States followed by them from a sense of legal obligation²¹⁷.

125. Por tanto, no era imposible para TGH hacer referencia a este material; si TGH no lo ha hecho, y se ha basado únicamente en decisiones arbitrales, la mayoría irrelevantes y citadas incorrectamente, es porque no le favorece.

B. EL ESTÁNDAR MÍNIMO PROTEGE SÓLO CONTRA LA DENEGACIÓN DE JUSTICIA Y LA ARBITRARIEDAD MANIFIESTA, Y NO LAS EXPECTATIVAS DEL INVERSOR

126. La realidad es que como se ha explicado en anteriores escritos, la posición restrictiva que recoge el Tratado, garantizando únicamente el estándar mínimo internacional y

²¹³ United Nations Conference on Trade and Development, *Fair and Equitable Treatment*, UNCTAD/DIAE/IA/2011/5, 2012, **Anexo RL-26**.

²¹⁴ OECD, “Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law” en: *International Investment Law: A Changing Landscape. A Companion Volume to International Investment Perspectives* (2005), capítulo 3, disponible en internet en <http://www.oecd.org/daf/inv/internationalinvestmentagreements/40077877.pdf>.

²¹⁵ Ver el trabajo realizado por el Grupo de Trabajo sobre comercio e inversión (“*Working Group on the Relationship between Trade and Investment*”) de la OMC, disponible en internet en http://www.wto.org/english/tratop_e/invest_e/invest_e.htm.

²¹⁶ United Nations Centre on Transnational Corporations and International Chamber of Commerce, *Bilateral Investment Treaties 1959-1991* (1992), disponible en internet en <http://unctc.unctad.org/data/e92ia16a.pdf>.

²¹⁷ Andrea Menaker, “Standards of Treatment: National Treatment, Most Favoured Nation Treatment and Minimum Standard of Treatment”, *APEC Workshop on Bilateral and Regional Investment Rules and Agreements*, APEC Committee on Trade and Investment Experts Group, 17-18 de mayo de 2002, pág. 109. disponible en internet en http://publications.apec.org/publication-detail.php?pub_id=531.

diferenciándolo claramente del trato justo y equitativo, refleja la tendencia más actual, sobretudo en la región de Norte y Centroamérica. Como dijo el tribunal en *Glamis Gold*:

The State Parties to the NAFTA can always choose to negotiate a higher standard against which their behavior will be judged. It is very clear, however, that they have not yet done so and therefore a breach of Article 1105 still requires acts that exhibit a high level of shock, arbitrariness, unfairness or discrimination²¹⁸.

127. La jurisprudencia ilustra esta tendencia. El propio tribunal de *Glamis* explicó:

[T]o violate the customary international law minimum standard of treatment codified in Article 1105 of the NAFTA, an act must be sufficiently egregious and shocking – a gross denial of justice, manifest arbitrariness, blatant unfairness, a complete lack of due process, evident discrimination, or a manifest lack of reasons – so as to fall below accepted international standards and constitute a breach of Article 1105(1)²¹⁹.

128. Como explica UNCTAD en su reciente estudio sobre este tema:

A high threshold has been emphasized in the context of application of the minimum standard of treatment under customary international law. The classic early tests of the MST required a violation to be “egregious” or “shocking” from the international perspective. Even though the world has moved on, and the understanding of what can be considered egregious or shocking has changed, these terms still convey a message that only very serious instances of unfair conduct can be held in breach of the MST.

[...]

A second approach, using a somewhat lower threshold, has been taken by tribunals applying an unqualified FET standard (the one not linked to the customary law MST). These tribunals have – albeit to a lesser extent – also tended to express a significant degree of deference for the conduct of sovereign States²²⁰.

129. Además, en sus recomendaciones a los Estados de como redactar una cláusula de trato justo y equitativo, UNCTAD explica:

²¹⁸ *Glamis Gold Ltd. c. Estados Unidos de América* (Caso CNUDMI) Laudo, 8 de junio de 2009, **Anexo CL-23**, párr. 829.

²¹⁹ *Ibid.*, párr. 616 (Énfasis añadido).

²²⁰ United Nations Conference on Trade and Development, *Fair and Equitable Treatment*, UNCTAD/DIAE/IA/2011/5, 2012, **Anexo RL-26**, págs. 86-87 (Énfasis añadido).

A reference to the MST [minimum standard of treatment] assumes that tribunals examining FET claims will hold the claimant to this demanding standard. [...] [T]he main feature of this approach remains a high liability threshold that outlaws only the very serious breaches²²¹.

130. Otro ejemplo es *Thunderbird c. México*:

Notwithstanding the evolution of customary law since decisions such as *Neer* Claim in 1926, the threshold for finding a violation of the minimum standard of treatment still remains high, as illustrated by recent international jurisprudence. For the purposes of the present case, the Tribunal views acts that would give rise to a breach of the minimum standard of treatment prescribed by the NAFTA and customary international law as those that, weighed against the given factual context, amount to a gross denial of justice or manifest arbitrariness falling below acceptable international standards²²².

131. El requisito de la gravedad para que exista una violación del estándar mínimo internacional fue identificado como sigue por el tribunal en el laudo *Cargill c. México*, curiosamente citado por TGH a su favor²²³:

[L]a falta o denegación debe ser “grave”, “manifiesta”, “total” o de tal magnitud que “atenta contra los cánones judiciales”. El Tribunal concede que estas palabras son imprecisas y otorgan discrecionalidad a los tribunales. Pero ello no es inusual. Al mismo tiempo, empero, el Tribunal señala con énfasis que esta norma es mucho más estricta que la incluida en el laudo del caso *Tecmed*, donde no se tiene en cuenta el mismo requisito de gravedad.

[...] Si la conducta del gobierno respecto de la inversión constituye una falta grave de conducta, una injusticia manifiesta o, en las palabras clásicas de la reclamación *Neer*, mala fe o negligencia intencional en el cumplimiento de un deber, sea cual fuere el contexto concreto de las medidas adoptadas respecto de la inversión, en ese caso, la conducta constituirá una violación de la obligación consuetudinaria de otorgar un trato justo y equitativo.

[...]

Para determinar si una medida no cumple el requisito de trato justo y equitativo, todo tribunal debe examinar cuidadosamente si las medidas sujetas a reclamación fueron manifiestamente injustas, ilícitas o

²²¹ *Ibid.*, págs. 105-106 (Énfasis añadido).

²²² *International Thunderbird Gaming Corporation c. Estados Unidos Mexicanos* (Caso CNUDMI) Laudo, 26 de enero de 2006, **Anexo CL-25**, párr. 194 (Énfasis añadido, notas a pie de página omitidas).

²²³ Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandante, párr. 46.

idiosincrásicas; arbitrarias más allá de una simple aplicación contradictoria o cuestionable de la política o los procedimientos administrativos o jurídicos [...]”²²⁴.

132. Por tanto, el estándar mínimo internacional es menos exigente para los Estados que el trato justo y equitativo, y es infringido sólo en caso de conductas particularmente graves y serias, y, en concreto, requiere un elemento de intencionalidad.

133. Los Estados parte al DR-CAFTA también han querido ilustrar al Tribunal cuál fue su voluntad común y entendimiento mutuo sobre el contenido del estándar mínimo internacional, la obligación a la que quisieron vincularse. Esta visión colectiva de los Estados respecto de la obligación a la que ellos suscribieron tiene carácter vinculante para las partes a este procedimiento y el Tribunal:

- (a) Los Estados Unidos, por ejemplo, dijeron que “*States may modify or amend their regulations to achieve legitimate public welfare objectives and will not incur liability under customary international law merely because such changes interfere with an investor’s ‘expectations’ about the state of regulation in a particular sector. Regulatory action violates ‘fair and equitable treatment’ under the minimum standard of treatment where, for example, it amounts to a denial of justice, as that term is understood in customary international law, or manifest arbitrariness falling below the international minimum standard. [...] Determining a breach of the minimum standard of treatment ‘must be made in the light of the high measure of deference that international law generally extends to the right of domestic authorities to regulate matters within their borders’*”²²⁵;
- (b) El Salvador manifestó que “[d]ebido al origen del Nivel Mínimo de Trato en el derecho internacional consuetudinario, como un piso absoluto del trato que pueden otorgar los Estados, solamente acciones de carácter extremo de parte de

²²⁴ *Cargill, Incorporated c. Estados Unidos Mexicanos* (Caso CIADI No. ARB[AF]/05/2) Laudo, 18 de septiembre de 2009, **Anexo CL-12**, párr 285, 286, 296 (Énfasis añadido).

²²⁵ Escrito de Parte No Contendiente de los Estados Unidos de América, 23 de noviembre de 2012, párrs. 6, 7 (Énfasis añadido, notas a pie de página omitidas).

un Estado pueden violar el Nivel Mínimo de Trato. [...] Debido a que el enfoque debe ser la conducta del Estado, es incorrecto hacer referencia a las expectativas legítimas del inversionista para decidir si el Estado ha cumplido con el Nivel Mínimo de Trato. La conducta del Estado es el único factor relevante para este fin, puesto que el Nivel Mínimo de Trato debe ser un concepto objetivo que evalúa el trato que un Estado otorga a un inversionista”²²⁶;

- (c) La República Dominicana declaró que “[a]cerca del Nivel Mínimo de Trato otorgado a los extranjeros según el Derecho Internacional Consuetudinario, [...] una violación al mismo consiste en [...] [u]na denegación de justicia grave y grosera. [...] Una manifiesta arbitrariedad [...]. Debido al origen del Nivel Mínimo de Trato en el Derecho Internacional Consuetudinario, como un “piso” absoluto, solamente acciones de carácter chocante, excesivo, ultrajante, de parte de un Estado, pueden violar el Nivel Mínimo de Trato. [...] Tomando en cuenta que el enfoque debe ser la práctica y conducta del Estado, la República Dominicana señala también que resulta erróneo incluir las expectativas de los inversionistas”²²⁷;
- (d) Honduras, explicó que “solamente acciones de carácter chocante, excesivo, ultrajante, de parte de un Estado, pueden violar el nivel mínimo de trato, [...] una grave denegación de justicia, una arbitrariedad manifiesta [...]. [D]ebido a que el enfoque debe ser en la conducta del Estado, la República de Honduras no considera válido ni necesario hacer referencia a las expectativas de los inversionistas para decidir si se ha violado el nivel mínimo de trato”²²⁸.

134. La visión de los Estados es coincidente con la de la jurisprudencia que entiende que, en un contexto regulatorio como el que nos ocupa, es la arbitrariedad manifiesta (y en su caso la denegación de justicia, que TGH no alega) la que puede resultar violatoria del estándar mínimo

²²⁶ Escrito de Parte No Contendiente de la República de El Salvador, 5 de octubre de 2012, párrs. 13, 14 (Énfasis añadido).

²²⁷ Escrito de Parte No Contendiente de la República Dominicana, 2 de octubre de 2012, párrs. 6, 7, 10.

²²⁸ Escrito de Parte No Contendiente de la República de Honduras, sin fecha, párrs. 9, 10.

internacional. También coinciden en excluir que la doctrina de las expectativas legítimas sea un criterio válido para juzgar la conducta del Estado bajo este estándar. Esto queda confirmado por los casos que cita TGH misma.

135. Por ejemplo, en el caso *Cargill c. México* el tribunal explicó:

El Tribunal hace notar que, por lo menos en dos laudos relativos a TBIs — que en ambos casos se refieren a una cláusula que se considera tiene significado autónomo—, se ha establecido que existe una obligación de proporcionar un entorno previsible que no desvirtúe las expectativas razonables que tenía el inversionista en oportunidad de realizar la inversión. Sin embargo, no se han presentado pruebas al Tribunal de la existencia de tal requisito en el TLCAN o en el derecho internacional consuetudinario, por lo menos en los casos en que tales expectativas no emanan de un contrato o de una base cuasicontractual²²⁹.

136. Otro ejemplo es el caso *Saur c. Argentina*. Aunque el estándar aplicable era el de trato justo y equitativo, el tribunal explicó que “[l]a conexión entre los estándares de TJE [trato justo y equitativo] y PPS [plena protección y seguridad] y la noción de expectativas legítimas, deviene relevante cuando un inversor alega que el Estado ha modificado arbitrariamente el marco legal existente”²³⁰. Es decir, es la arbitrariedad la que en todo caso sirve de criterio para fundamentar una violación, no las expectativas mismas.

137. El mismo concepto fue reconocido por el tribunal en *Mobil c. Canadá*:

This applicable standard does not require a State to maintain a stable legal and business environment for investments, if this is intended to suggest that the rules governing an investment are not permitted to change, whether to a significant or modest extent. Article 1105 may protect an investor from changes that give rise to an unstable legal and business environment, but only if those changes may be characterized as arbitrary or grossly unfair or discriminatory, or otherwise inconsistent with the customary international law standard. In a complex international and domestic environment, there is nothing in Article 1105 to prevent a public authority from changing the regulatory environment to take account of new policies and needs, even if some of those changes may have far-reaching consequences and effects, and

²²⁹ *Cargill, Incorporated c. Estados Unidos Mexicanos* (Caso CIADI No. ARB[AF]/05/2) Laudo, 18 de septiembre de 2009, **Anexo CL-12**, párr. 290 (Énfasis añadido, notas a pie de página omitidas).

²³⁰ *SAUR Internacional S.A. c. República Argentina* (Caso CIADI No. ARB/04/4) Decisión sobre Jurisdicción y Responsabilidad, 6 de junio de 2012, **Anexo CL-107**, párr. 496 (Énfasis añadido).

even if they impose significant additional burdens on an investor. Article 1105 is not, and was never intended to amount to, a guarantee against regulatory change, or to reflect a requirement that an investor is entitled to expect no material changes to the regulatory framework within which an investment is made. Governments change, policies changes and rules change. These are facts of life with which investors and all legal and natural persons have to live with. What the foreign investor is entitled to under Article 1105 is that any changes are consistent with the requirements of customary international law on fair and equitable treatment. Those standards are set, as we have noted above, at a level which protects against egregious behavior. It is not the function of an arbitral tribunal established under NAFTA to legislate a new standard which is not reflected in the existing rules of customary international law. The Tribunal has not been provided with any material to support the conclusion that the rules of customary international law require a legal and business environment to be maintained or set in concrete.²³¹

138. En síntesis, las expectativas legítimas no son el instrumento adecuado para juzgar si la conducta del Estado se mantiene o no dentro de los límites del estándar mínimo internacional. El concepto de expectativas legítimas no exime de examinar qué nivel de gravedad debe revestir la conducta del Estado para ser violatoria del derecho internacional. En concreto, las alteraciones del marco regulatorio que se censuran son las que resulten en arbitrariedad manifiesta, por desconocer en modo deliberado, y mediante el uso de instrumentos gubernamentales o legislativos, los compromisos claramente asumidos con el inversor.

C. GUATEMALA NO HA COMETIDO NINGUNA ARBITRARIEDAD MANIFIESTA

139. Como ya se ha explicado arriba, el Escrito Posterior a la Audiencia de TGH confirma que la controversia versa sobre si la CNEE, una vez emitido el dictamen de la Comisión Pericial, tenía la responsabilidad de determinar por ella misma si el estudio tarifario del distribuidor podía ser utilizado para fijar las tarifas, o si las mismas debían ser fijadas sobre la base de otro estudio tarifario independiente. Como ya es bien sabido²³², la LGE y su Reglamento dicen claramente que es la CNEE la que aprueba la metodología para la revisión tarifaria, los estudios tarifarios, el VAD que cumple con la ley y, en fin, las tarifas. También

²³¹ *Mobil Investments Canada Inc. y Murphy Oil Corporation c. Canadá* (Caso CIADI No. ARB (AF)/07/4) Decisión sobre Responsabilidad y *Quantum* (versión pública), 22 de mayo de 2012, **Anexo RL-37**, párr. 153 (Énfasis añadido).

²³² Ver Sección II.B.1 más arriba.

dicen que la CNEE puede encargar sus propios estudios tarifarios a consultoras independientes, como siempre lo aconsejó el padre de la LGE, el Ingeniero Bernstein²³³. Por el contrario no hay nada en la LGE y su Reglamento que prevea que, tras el pronunciamiento de la Comisión Pericial, exista un nuevo estudio tarifario del distribuidor, y ni mucho menos que éste sea aprobado por la Comisión Pericial. Tampoco se dice que las tarifas deban ser determinadas sobre la base de dicho estudio tarifario. De hecho, como ya se ha explicado, la disposición que existía en el proyecto de ley en este sentido fue eliminada. Por lo tanto, no puede ser anormal que CNEE considerara que a ella le correspondía decidir en última instancia las consecuencias que se derivaban del pronunciamiento de la Comisión Pericial. Por lo tanto, la CNEE tenía no sólo la potestad, sino la obligación, de decidir si el estudio de Bates White se ajustaba al marco regulatorio. Ningún otro órgano podía asumir tal función. Así lo reconoció en modo categórico la Corte de Constitucionalidad en sus dos sentencias en este caso, y TGH no acusa a la Corte de arbitrariedad manifiesta (que equivaldría a denegación de justicia)²³⁴.

140. Este escenario no puede ser nunca un supuesto de arbitrariedad, ni mucho menos manifiesta, que infrinja el estándar mínimo internacional. Aun si la CNEE se hubiera equivocado en su interpretación del marco regulatorio (lo cual no ocurrió como confirman las sentencias de la Corte de Constitucionalidad), a lo sumo estaríamos ante un ilícito administrativo interno o una irregularidad regulatoria, a ser juzgada, como fue, por los tribunales locales. Lo prueban los propios casos que cita TGH.

141. *Saur c. Argentina*, por ejemplo, versaba sobre el incumplimiento por parte de Argentina de un acta de acuerdo estableciendo las bases para el sistema tarifario de una concesión de saneamiento de aguas. El tribunal consideró que el posible incumplimiento de la normativa interna o contractual no constituía una violación del trato justo y equitativo (una protección mucho más amplia que la aplicable aquí):

²³³ JS Bernstein “Algunos Aspectos Metodológicos a Considerar en los Términos de Referencia para los Estudios del Valor Agregado de Distribución”, mayo de 2002, **Anexo R-23**, pág. 2. (“Para ejercer sus atribuciones de control, la CNEE debe tener la capacidad de efectuar un análisis crítico de cada paso del estudio desarrollado por los Distribuidores, lo que implica en la práctica realizar un estudio independiente, pero con la misma metodología”).

²³⁴ Sentencia de la Corte de Constitucionalidad (Expedientes acumulados 1836-1846-2009) Apelación Directa de Sentencia de Amparo, 18 de noviembre de 2009, **Anexo R-105**, Secciones I y II; y Sentencia de la Corte de Constitucionalidad (Expediente 3831-2009) Apelación de Amparo, 24 de febrero de 2010, **Anexo R-110**, Secciones I y II.

El estándar de TJE [trato justo y equitativo] y PPS [plena protección y seguridad] es diferente del deber de los Estados de atenerse a su propia legislación [...]. Que un Estado esté incurriendo en incumplimiento de sus propias leyes o contratos no constituye ni condición necesaria ni suficiente para que se entienda violado el estándar iusinternacional de TJE o de PPS. El Derecho internacional no cubre todo incumplimiento normativo o contractual de un Estado en todas las circunstancias – en estos casos el perjudicado debe buscar protección a través del sistema judicial interno [...]²³⁵.

142. El tribunal entendió que el factor determinante para tal violación del trato justo y equitativo era que Argentina hubiera actuado intencionalmente contra la concesión:

Los hechos descritos prueban indiciariamente que las Autoridades Provinciales – el Poder Ejecutivo y el EPAS – decidieron posponer los aumentos de tarifa a los que OSM tenía derecho, aceptando conscientemente su estrangulamiento financiero y el agravamiento de la situación de colapso del servicio, para así precipitar una intervención que llevara a la rescisión de la Concesión y la renacionalización del servicio. Una conducta de este tipo a todas luces es incompatible con el estándar de TJE exigido por el APRI²³⁶.

143. En *Cargill c. México*, el tribunal consideró que hubo violación del estándar mínimo internacional porque “[f]undamentalmente, el Tribunal considera que el hecho más determinante fue que México aplicó el permiso de importación con la expresa intención de perjudicar en la mayor medida posible la inversión en JMAF realizada por la Demandante. Por esta razón, el Tribunal considera que esta medida excede la norma de falta grave de conducta y se asemeja a un acto de mala fe”²³⁷. TGH admite que “la mera negligencia de un ente regulatorio no puede, sin más, importar la violación del estándar mínimo de trato”²³⁸. Sin embargo y contradictoriamente opina que “la intencionalidad tampoco es necesaria para que pueda determinarse que hubo arbitrariedad”²³⁹. Si la negligencia no es violatoria del estándar mínimo internacional, entonces es necesaria la intencionalidad o el dolo para que exista tal violación.

²³⁵ *SAUR International S.A. c. República Argentina* (Caso CIADI No. ARB/04/4) Decisión sobre Jurisdicción y Responsabilidad, 6 de junio de 2012, **Anexo CL-107**, párr. 483.

²³⁶ *Ibid.*, párr. 506.

²³⁷ *Cargill, Incorporated c. Estados Unidos Mexicanos* (Caso CIADI No. ARB[AF]/05/2) Laudo, 18 de septiembre de 2009, **Anexo CL-12**, párr. 298.

²³⁸ Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandante, párr. 46.

²³⁹ *Ibid.*

144. En cualquier caso, los escenarios en *Saur* y en *Cargill* son completamente distintos al caso presente. Aquí, TGH plantea un desacuerdo sobre el alcance de la regulación, por más que evidentemente, sabiendo que no le basta para apoyar su reclamación, TGH habla de politización, abusos de poder, alteración fundamental del marco regulatorio, etc., nada de lo cual puede probar. Nos encontramos en circunstancias similares a las del caso *Mobil c. Canadá*. En este asunto la demandante acusaba a Canadá de violar el estándar mínimo internacional en el modo en como había interpretado y aplicado el marco regulatorio en relación a los montos que las compañías petroleras tenían que invertir para garantizarse ciertos incentivos y beneficios. Los tribunales canadienses se habían ya pronunciado dando la razón al regulador. El tribunal desestimó la demanda, en particular porque el estándar no protege expectativas legítimas basadas en el mantenimiento inalterado del marco regulatorio, y porque además las decisiones judiciales canadienses, que son “*dispositive of the issues that arise as a matter of Canadian law*”²⁴⁰, contradecían (como aquí) la interpretación del marco regulatorio tal y como lo presentaba la demandante. En tales circunstancias “*there is no evidence before the Tribunal that the Respondent, or any other bodies for which it is internationally responsible, acted in a manner that was intended to damage the Claimants’ investments, whether to the maximum extent possible or even at all*”²⁴¹. Como se puede observar, de nuevo el elemento de intencionalidad es relevante a la hora de aplicar el estándar mínimo internacional.

145. Es curioso que TGH cite el caso *Lemire c. Ucrania*²⁴², en el que el tribunal consideró que su papel no era juzgar si el regulador actuó correctamente o no en la adjudicación de ciertas licencias:

The Tribunal is not thereby suggesting that a breach occurs if the National Council makes a decision which is different from the one the arbitrators would have made if they were the regulators. The arbitrators are not superior regulators; they do not substitute their judgment for that of national bodies

²⁴⁰ *Mobil Investments Canada Inc. y Murphy Oil Corporation c. Canadá* (Caso CIADI No. ARB (AF)/07/4) Decisión sobre Responsabilidad y *Quantum* (versión pública), 22 de mayo de 2012, **Anexo RL-37**, párr. 167.

²⁴¹ *Ibid.*, párr. 151.

²⁴² Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandante, párr. 43.

applying national laws. [...] A claim that a regulatory decision is materially wrong will not suffice²⁴³.

146. En *Lemire* la violación ocurrió por la evidencia de “*secret awarding of licences, without transparency, with total disregard of the process of law and without any possibility of judicial review*”²⁴⁴. Nada de esto es aplicable aquí donde el debate es sobre como debe interpretarse el marco regulatorio. Es cierto que TGH hace alegaciones de motivaciones políticas, pero no intenta siquiera demostrarlas. Además, el recurso a los tribunales locales para la zanjar la controversia existió en todo momento.

147. TGH vuelve a citar el asunto *ELSI* de la Corte Internacional de Justicia (CIJ) aprobando la definición de arbitrariedad en dicho caso, pero no lo analiza mínimamente²⁴⁵. Recordemos que la CIJ entendió la arbitrariedad como conducta intencionalmente violatoria del ordenamiento jurídico: “*a wilful disregard of due process of law*”, y que por tanto evidencia desprecio por el principio de la “*rule of law*”²⁴⁶. Una mera ilegalidad interna (que aquí ni siquiera existe de todas formas) no da lugar a arbitrariedad:

Yet it must be borne in mind that the fact that an act of a public authority may have been unlawful in municipal law does not necessarily mean that that act was unlawful in international law, as a breach of treaty or otherwise. A finding of the local courts that an act was unlawful may well be relevant to an argument that it was also arbitrary; but by itself, and without more, unlawfulness cannot be said to amount to arbitrariness. [...]²⁴⁷

148. Lo que es necesario es que la violación sea deliberada, intencional y consciente, que es la que surge precisamente del concepto de “*wilful disregard*” aludido por la CIJ. También hay que examinar que una de las cuestiones que la CIJ consideró como elemento que excluye la arbitrariedad fue que la medida, aun siendo criticable o incluso claramente ilegal, haya sido

²⁴³ *Joseph C. Lemire c. Ucrania* (Caso CIADI No. ARB/06/18) Decisión sobre Jurisdicción y Responsabilidad, 21 de enero de 2010, **Anexo CL-104**, párr. 283.

²⁴⁴ *Ibid.*, párr. 418.

²⁴⁵ Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandante, párr. 41.

²⁴⁶ *Ellettronica Sicula S.p.A. (ELSI) (USA v. Italy)* [1989] ICJ Rep 15, 20 de julio de 1989, **Anexo RL-1**, párr. 128.

²⁴⁷ *Ibid.*, párr. 124.

tomada en el ejercicio de las funciones de la autoridad incriminada, y “*in the context of an operating system of law and of appropriate remedies of appeal*”²⁴⁸.

149. Exactamente estos mismos conceptos son los que Guatemala ha ilustrado a lo largo de este caso, en el que ha citado abundante jurisprudencia mostrando como el derecho internacional consuetudinario (e incluso el tratamiento justo y equitativo) nunca censura medidas regulatorias, sobre las que ya se han pronunciado los tribunales locales, como en este caso²⁴⁹. Como dijo el tribunal en *Iberdrola*:

No basta [...] que la reclamante convenza al Tribunal de que su interpretación de las normas guatemaltecas y de los modelos técnicos y económicos es la correcta y que es equivocada la adoptada por la CNEE [...] para que el Tribunal considere que existe una genuina reclamación de que Guatemala violó el estándar de trato justo y equitativo [...] ²⁵⁰.

150. Vale la pena también no perder de vista las irregularidades que caracterizaron la actuación de EEGSA y de su consultora Bates White durante el proceso de revisión tarifaria. Esta falta de colaboración de buena fe por parte de EEGSA llevó a la CNEE a tener que aprobar un estudio tarifario que le inspirara confianza y no el de Bates White. La CNEE no solo podía sino que debía proceder de esta forma, como admitió el propio experto de TGH, el Lic. Alegría, en su declaración escrita y durante la Audiencia:

P. Usted dice [...] “La ley establece que la consultora debe realizar un estudio tarifario independiente basado en información objetiva y en técnicas confiables”. ¿Es correcto? [...]

R. Sí. [...] Eso es lo deseable. Bueno, es lo que dice la ley.

P. Por lo tanto, si el estudio no tuviera esa información objetiva y no se basara en técnicas confiables no cumple con la ley. ¿Verdad?

[...]

R. Sí, es correcto.

P. Y es la CNEE la que debe asegurarse de que se cumpla y que haga cumplir también la ley.

²⁴⁸ *Ibid.*, párr. 129.

²⁴⁹ Por ejemplo, Memorial de Dúplica de la Demandada, párrs. 97-100.

²⁵⁰ *Iberdrola Energía S.A. c. República de Guatemala* (Caso CIADI No. ARB/09/5) Laudo, 17 de agosto de 2012, **Anexo RL-32**, párr. 368.

R. Así es. Que se cumpla con la ley²⁵¹.

151. Por lo tanto, la CNEE tenía no sólo la potestad, sino la obligación, de decidir si el estudio de Bates White se ajustaba al marco regulatorio. Ningún otro órgano podía asumir tal función.

152. En síntesis nunca pudo existir arbitrariedad y ni mucho menos manifiesta, concepto que el tribunal en *Glamis Gold* explicó como sigue:

[T]he Tribunal notes the standard articulated above as to when an act is so manifestly arbitrary as to breach a State's obligations under Article 1105: this is not a mere appearance of arbitrariness—a tribunal's determination that an agency acted in way with which the tribunal disagrees or a State passed legislation that the tribunal does not find curative of all the ills presented; rather, this is a level of arbitrariness that, as *International Thunderbird* put it, amounts to a "gross denial of justice or manifest arbitrariness falling below acceptable international standards." The act must, in other words, "exhibit a manifest lack of reasons."²⁵²

D. GUATEMALA NO HA VIOLADO NINGUNA EXPECTATIVA LEGÍTIMA DE TGH

153. Como ya se ha explicado arriba, la doctrina de las expectativas legítimas no se aplica en el ámbito del estándar mínimo internacional²⁵³. En cualquier caso, las expectativas que TGH dice tener, como también ya se ha abordado arriba²⁵⁴, son meramente que el marco regulatorio debía interpretarse y aplicarse en el modo como ella lo entiende. Es decir se trata de argumentar de nuevo su desacuerdo con la interpretación de la regulación que hizo la CNEE, pero ahora disfrazando esta argumentación con la doctrina de expectativas legítimas.

154. Las expectativas legítimas exigen en todo caso promesas o compromisos específicos del Estado hacia el inversor, como lo ilustra el laudo *Glamis Gold*:

[A]s the Tribunal has explained in its discussion of the 1105 legal standard, a violation of Article 1105 based on the unsettling of reasonable, investment-backed expectation requires, as a threshold circumstance, at least

²⁵¹ Tr. (castellano) Día Cinco 1241:9-1242:14, Paradell y Alegría.

²⁵² *Glamis Gold Ltd. c. Estados Unidos de América* (Caso CNUDMI) Laudo, 8 de junio de 2009, **Anexo CL-23**, párrs. 803.

²⁵³ Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandada, párrs. 284-291.

²⁵⁴ Ver Sección II.B.3 más arriba.

a quasi-contractual relationship between the State and the investor, whereby the State has purposely and specifically induced the investment²⁵⁵.

155. Otro ejemplo es el laudo *EDF c. Rumania*, aplicando el estándar más amplio de trato justo y equitativo:

The idea that legitimate expectations, and therefore FET, imply the stability of the legal and business framework, may not be correct if stated in an overly-broad and unqualified formulation. The FET might then mean the virtual freezing of the legal regulation of economic activities, in contrast with the State's normal regulatory power and the evolutionary character of economic life. Except where specific promises or representations are made by the State to the investor, the latter may not rely on a bilateral investment treaty as a kind of insurance policy against the risk of any changes in the host State's legal and economic framework. Such expectation would be neither legitimate nor reasonable.

Further, in the Tribunal's view, the FET obligation cannot serve the same purpose as stabilization clauses specifically granted to foreign investors²⁵⁶.

156. En el mismo sentido falló el tribunal en *AES c. Hungría*:

A legal framework is by definition subject to change as it adapts to new circumstances day by day and a state has the sovereign right to exercise its powers which include legislative acts.

[...]

[N]o specific commitments were made by Hungary that could limit its sovereign right to change its law (such as a stability clause) or that could legitimately have made the investor believe that no change in the law would occur²⁵⁷.

157. Otros casos fueron citados ya por Guatemala en su Escrito Posterior a la Audiencia²⁵⁸. TGH se refiere a los asuntos de la emergencia argentina, pero en todos ellos las expectativas se

²⁵⁵ *Glamis Gold Ltd. c. Estados Unidos de América* (Caso CNUDMI) Laudo, 8 de junio de 2009, **Anexo CL-23**, párr. 766.

²⁵⁶ *EDF Services Ltd c. Rumania* (Caso CIADI No. ARB/05/13) Laudo, 8 de octubre de 2009, **Anexo RL-13**, párrs. 217-218 (Énfasis añadido).

²⁵⁷ *AES Summit Generation Limited e AES-TISZA ERÖMÜ KFT c. Hungría* (Caso CIADI No. ARB/07/22) Laudo, 23 de septiembre de 2010, **Anexo RL-24**, párrs. 9.3.29, 9.3.31.

²⁵⁸ Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandada, párrs. 297-304.

encontraban contenidas, además de en la ley y reglamentos, en las reglas de licitación y en los propios contratos de concesión²⁵⁹.

158. Guatemala reitera que TGH no puede acreditar ninguna presunta expectativa legítima que habría adquirido o que se le habría generado en el momento de la privatización de EEGSA, cuando TGH ni siquiera existía²⁶⁰. De todas formas, ni en el Memorándum de Venta ni en la documentación de los *roadshows* se establece ninguna de las “promesas” que TGH dice haber recibido, por ejemplo, sobre el papel de la Comisión Pericial o sobre la obligación de la CNEE de aprobar el VAD en base al estudio del distribuidor²⁶¹.

159. Además, aunque no ha habido ningún cambio regulatorio, nunca se le garantizó a TGH o Teco de que no lo habría. Al contrario, en los Contratos bajo los que opera EEGSA, y por tanto operaba TGH, se aceptan plenamente todos los cambios legislativos y reglamentarios²⁶². Finalmente, Guatemala ya ha explicado en anteriores escritos que la frustración de expectativas legítimas exige que el marco jurídico haya sido derogado en lo fundamental²⁶³, puesto que “*any reasonably informed business person or investor knows that laws can evolve in accordance with the perceived political or policy dictates of the times*”²⁶⁴, y un inversor “*may not rely on a bilateral investment treaty as a kind of insurance policy against the risk of any changes in the host State’s legal and economic framework. Such expectation would be neither*

²⁵⁹ E.g., *Enron Corporation & Ponderosa Assets, L.P. c. República Argentina* (Caso CIADI No. ARB/01/3) Laudo, 22 de mayo de 2007, **Anexo CL-21**, párr. 128; *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., y LG&E Int’l Inc. c. República Argentina* (Caso CIADI No. ARB/02/1) Decisión sobre Responsabilidad, 3 de octubre de 2006, **Anexo CL-27**, párr. 119; *CMS Gas Transmission Co. c. República Argentina* (Caso CIADI No. ARB/01/8) Laudo, 12 de mayo de 2005, **Anexo CL-17**, párrs. 161-166. Ver también *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. e InterAgua Servicios Integrales del Agua S.A. c. República Argentina* (Caso CIADI No. ARB/03/17) Decisión de Responsabilidad, 30 de julio de 2010, **Anexo RL-17**, párr. 212.

²⁶⁰ Véase por ejemplo Dúplica, párrs. 173-181.

²⁶¹ Ver Sección II.B.3 más arriba.

²⁶² Contrato de Autorización para los Departamentos de Guatemala, Sacatepéquez y Escuintla, suscrito entre EEGSA y el Ministerio de Energía y Minas, 15 de mayo de 1998, **Anexo C-31**, Cláusula 20; Contrato de Autorización Definitiva de Distribución de Energía Eléctrica para los Departamentos de Chimaltenango, Santa Rosa y Jalapa, 2 de febrero de 1999, **Anexo R-20**, Cláusula 20 (“[EEGSA] se obliga a cumplir con todas las disposiciones previstas en la [LGE] y su Reglamento o modificaciones que estos sufran y demás reglamentos y normas que sean de aplicación general”) (Énfasis añadido).

²⁶³ Por ejemplo, Memorial de Dúplica, párrs. 205-210.

²⁶⁴ *AES Summit Generation Limited e AES-TISZA ERÖMÜ KFT c. Hungría* (Caso CIADI No. ARB/07/22) Laudo, 23 de septiembre de 2010, **Anexo RL-24**, párr. 9.3.34.

*legitimate nor reasonable*²⁶⁵. No ha habido ninguna derogación fundamental del marco jurídico en este caso²⁶⁶.

V. DAÑOS

160. Como Guatemala ha indicado reiteradamente, este Tribunal sólo debe analizar los argumentos de las partes respecto de los supuestos daños si considera que tiene jurisdicción para decidir las cuestiones en disputa en este pleito y, además, considera que Guatemala violó el derecho internacional. En esta sección Guatemala se limitará a corregir ciertas alegaciones realizadas por TGH en su Escrito Posterior a la Audiencia, refiriendo al Tribunal a sus escritos respecto al resto de su argumentación.

A. LA REVISIÓN TARIFARIA DE 2008-2013 DEMUESTRA QUE EL CÁLCULO A PERPETUIDAD REALIZADO POR EL EXPERTO DE LA DEMANDANTE NO ES CORRECTO

161. Si bien es cierto que no existen grandes diferencias entre las partes con respecto al valor de EEGSA en el escenario real, que básicamente ha sido determinado por el valor de la venta de EEGSA a EPM, lo cierto es que, tal como lo explicó Guatemala en su Escrito Posterior a la Audiencia, considerar que las alegadas medidas son perpetuas, tal como lo alega TGH, es incorrecto²⁶⁷. Ello ha quedado claramente demostrado por la posibilidad inminente que se otorgue un aumento tarifario a EEGSA en la revisión tarifaria que se encuentra en curso²⁶⁸.

162. En su Escrito Posterior a la Audiencia, TGH sostiene que el Sr. Kaczmarek no consideró que la tarifa del 2008 se mantendría igual para el futuro sino que, al proyectar su flujo de fondos, tuvo en cuenta la inflación probable, el crecimiento de la red y las pérdidas futuras²⁶⁹. Es claro, sin embargo, que esta es una justificación retórica de TGH. En realidad estos ajustes no hacen más que mantener estables en el tiempo el alegado efecto de las supuestas medidas, que continúan afectando a la inversión de TGH a perpetuidad. TGH

²⁶⁵ *EDF Services Ltd c. Rumania* (Caso CIADI No. ARB/05/13) Laudo, 8 de octubre de 2009, **Anexo RL-13**, párr. 217.

²⁶⁶ Ver Sección II.B.2 más arriba.

²⁶⁷ Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandada, Sección V.C.

²⁶⁸ Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandada, Sección V.C.

²⁶⁹ Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandante, párr. 171.

también alega que no es cierto que el Sr. Kaczmarek haya hecho proyecciones a perpetuidad sino que proyectó hasta 2018 y luego otorgó un valor final para EEGSA²⁷⁰. Pero ello también es falso. La realidad es que dicho valor final es calculado sobre la base de las proyecciones a perpetuidad efectuadas por el Sr. Kaczmarek, por lo que esta distinción no resuelve el problema con la valuación de TGH²⁷¹.

B. LOS ATAQUES DE TGH A LA VALORACIÓN CONTRAFÁCTICA DE GUATEMALA NO RESISTEN EL MENOR ANÁLISIS

163. En lugar de defender su propia valuación contrafáctica, en su Escrito Posterior a la Audiencia TGH dedicó grandes esfuerzos a intentar atacar la valuación realizada por los expertos de Guatemala. Sin embargo, como se explica más abajo, dichos ataques carecen de cualquier mérito.

164. *Primero*, TGH critica al Dr. Abdala por no haber tomado como escenario contrafáctico el estudio del 28 de julio de Bates White, tal como lo hace el Sr. Kaczmarek²⁷². Tal como ha sido explicado en detalle en el Escrito Posterior a la Audiencia no hay norma legal que establezca que el propio consultor corrija su estudio²⁷³. De haber decidido la CNEE que el estudio podía ser corregido, correspondía a ésta analizar los pronunciamientos e implementarlos. Guatemala ya ha explicado que este ejercicio no era posible dados los graves defectos del estudio del 5 de mayo y el tiempo disponible, y que por ello se vio obligada a adoptar el estudio Sigla. Si este Tribunal considerara que la adopción de dicho estudio es una violación del derecho internacional por parte de Guatemala, entonces deberá determinar los daños resultantes de adoptar el estudio del 5 de mayo tal como lo hubiera corregido la CNEE y no sobre el estudio corregido por el mismo Bates White. Este es exactamente el ejercicio que realizó el Ing. Damonte y que el Dr. Abdala utilizó como escenario contrafáctico. En cuanto a la FRC de la Comisión Pericial, como ya ha sido explicado, la misma contiene errores técnicos graves por lo que ningún regulador la hubiera aplicado. Bajo estas circunstancias, el Ing. Damonte aplicó una FRC que contenía un valor de amortización implícito muy similar al

²⁷⁰ Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandante, párr. 172.

²⁷¹ Kaczmarek, **Apéndice CER-2**, párr. 197.

²⁷² Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandante, párrs. 175-177.

²⁷³ Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandada, párrs. 44-47.

aplicado en 2003 (29,6%). Notamos que este valor es conservador cuando se lo compara a los valores reales de depreciación de EEGSA (43,5%) y a los aplicados a Deorsa-Deocsa (42,2%)²⁷⁴. Respecto de las acusaciones de TGH de que el Ing. Damonte no incorporó todos los pronunciamientos de la Comisión Pericial, como se explicó en detalle en el Escrito Posterior a la Audiencia, los pronunciamientos no incorporados fueron aquellos que necesitaban *input* o información de EEGSA y la optimización²⁷⁵. Como ya se explicó, la incorporación de dichos cambios sólo hubiera reducido aún más el valor del VNR y VAD del estudio²⁷⁶.

165. *Segundo*, TGH alega que el modelo del Dr. Abdala es engañoso dado que “contiene una pestaña denominada Panel de Control con opciones para seleccionar distintas combinaciones de supuestos, incluyendo supuestos de VNR, FRC, y Gastos de Capital. Sin embargo, según TGH, si se seleccionan los supuestos de FRC y VNR de “NCI” (Navigant) también se modifican los supuestos de gastos de capital”²⁷⁷. Ello es incorrecto. Los “supuestos” de gastos de capital que menciona TGH no se modifican. Lo que puede verse modificado es el “monto” de gastos de capital, lo cual es razonable considerando que: (i) al tomar NCI un valor de VNR más elevado que el de los expertos de Guatemala está indicando que el valor de la red de distribución eléctrica es mayor y, por lo tanto, el costo de reemplazar esta misma (gastos de capital de reemplazo) necesariamente es mayor²⁷⁸; y (ii) la FRC de NCI contiene unas vidas útiles de activos ligeramente distintas a las de los expertos de Guatemala, por lo cual el gasto de capital para reemplazar activos se verá ligeramente modificado, dado que los activos deberán reemplazarse en un lapso distinto. A todo evento, salvo dos modificaciones específicamente explicadas en el segundo informe,²⁷⁹ toda la modelización de los expertos de Guatemala fue presentada y explicada en su primer informe. A pesar de ello, ni TGH ni su

²⁷⁴ Interrogatorio Directo de Mario Damonte, filmina 17.

²⁷⁵ Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandada, párr. 194.

²⁷⁶ Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandada, párr. 194.

²⁷⁷ Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandante, nota al pie 669.

²⁷⁸ Esta relación entre el valor de la red y el costo de reemplazar/expandir la misma fue explicado en detalle en M Abdala y M Schoeters, **Apéndice RER-1**, Sección III.2.1.

²⁷⁹ Las dos únicas modificaciones realizadas al modelo de valuación correspondiente al segundo informe fue la corrección de un ajuste inflacionario y la tasa efectiva del impuesto sobre la renta; ver M Abdala y M Schoeters, **Apéndice RER-4**, párrs. 93-94.

experto realizaron comentario alguno en sus escritos o, más curioso aún, durante el contra-interrogatorio del Dr. Abdala en la Audiencia, sobre supuestos problemas con el modelo. Es claro, por lo tanto, que este es otro argumento oportunista de TGH.

166. *Tercero*, TGH alega que si la valuación realizada por los expertos de Guatemala se modifica para incorporar la FRC de la Comisión Pericial y se incorpora el VNR del 28 de julio se llega a un valor contrafáctico más elevado que el estimado por el Sr. Kaczmarek²⁸⁰. Primeramente es necesario recordar nuevamente que tal ejercicio es incorrecto dado que (i) el estudio del 28 de julio corregido por la consultora no tiene sustento en el marco regulatorio y, a todo evento, se ha demostrado en este arbitraje que dicho estudio contiene errores sustanciales que lo hacen inutilizable para la fijación de tarifas; y (ii) la FRC de la Comisión Pericial contenía errores técnicos que no permitían aplicarla para calcular el VAD de EEGSA. En segundo lugar, los valores presentados por TGH no son posibles de corroborar. Los pasos realizados por el Sr. Kaczmarek para llegar a esa conclusión no han sido provistos por éste o TGH por lo que deben ser desestimados²⁸¹. En tercer lugar, y más importante aún, los resultados presentados por TGH surgen de un análisis incorrecto. La modificación propuesta por TGH implica utilizar como egresos los gastos de inversión del estudio de Bates White del 5 de mayo corregido por Damonte y como ingresos aquellos del estudio de Bates White del 28 de julio (el cual considera ingresos para cubrir gastos de inversión significativamente más altos). De esta manera, TGH genera una inconsistencia entre los ingresos y egresos de los distintos estudios tarifarios considerando convenientemente altos ingresos que cubren altos gastos de inversión por un lado (28 de julio), y bajos egresos por bajos gastos de inversión (5 de mayo corregido por Damonte) por el otro. El resultado de dicho ejercicio resulta en daños artificialmente incrementados.

167. *Finalmente*, TGH trata con argumentos tergiversados hacerle creer al Tribunal que el testimonio del Dr. Abdala fue inconsistente con su reporte. TGH alega, en particular, que el Dr. Abdala habría criticado en su examinación directa los gastos de inversión del Sr.

²⁸⁰ Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandante, párr. 179-180.

²⁸¹ Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandante, párr. 180. El Sr. Kaczmarek solo presentó algunos de los pasos en su interrogatorio directo, filmina 18, pero dicha información no permite replicar el valor obtenido por el Sr. Kaczmarek.

Kaczmarek cuando en su segundo reporte habría admitido que con las correcciones hechas por el Sr. Kaczmarek a su modelo luego de haber sido criticado por los expertos de Guatemala, ya no subsistían diferencias entre los expertos respecto de los gastos de capital²⁸². Ello es incorrecto. Como ha sido claramente explicado por los expertos de Guatemala en su primer reporte²⁸³, la valuación de Sr. Kaczmarek adolece de una seria inconsistencia al considerar que las tarifas (y por ende los ingresos de EEGSA) se basan en el VAD resultante del estudio Bates White del 28 de julio, mientras que al proyectar los gastos de inversión (egresos) ignora ese estudio y utiliza niveles de inversiones significativamente más bajos. En su segundo informe el Sr. Kaczmarek presentó gastos de capital (egresos) corregidos muy similares a los utilizados por los expertos de Guatemala, y es en relación a estos que los expertos de Guatemala concluyen que “ya no existen diferencias significativas entre las partes en relación al monto de las inversiones que EEGSA realizaría.”²⁸⁴ Sin embargo, el problema subsistente en el modelo del Sr. Kaczmarek es la incompatibilidad de un VAD muy elevado (basado en el estudio de Bates White 28 de julio de 2008) con montos de gastos de capital (egreso) menores (cercaos a aquellos necesarios para mantener la red del modelo de Bates White de 5 de mayo modificado por Damonte)²⁸⁵. El principio básico es que los gastos de inversión (egreso) deben ser siempre consistentes con gastos de inversión implícitos en el VAD aprobado por el regulador²⁸⁶. De no ser así, se estarían obteniendo niveles tarifarios desproporcionados respecto del valor de la red. Como lo explicó el Dr. Abdala en la audiencia los niveles de inversión propuestos por el Sr. Kaczmarek en su valuación son insostenibles en el largo plazo dado que son insuficientes para reemplazar los activos necesarios para mantener la red en condiciones operativas²⁸⁷. Al adoptar

²⁸² Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandante, párr. 181.

²⁸³ M Abdala y M Schoeters, **Apéndice RER-1**, Abdala II, Sección III.2.1.

²⁸⁴ M Abdala y M Schoeters, Dúplica, **Apéndice RER-4**, Abdala II, párr. 2.

²⁸⁵ TGH insiste en su Escrito Posterior a la Audiencia en defender la comparación realizada por el Sr. Kaczmarek entre los costos de capital de varias empresas. Sin embargo, los expertos de Guatemala ya han explicado que el análisis presentado por el Sr. Kaczmarek adolece de serios errores, y una vez que éstos son corregidos el análisis corrobora los resultados obtenidos por Abdala y Schoeters, ver M Abdala y M Schoeters Dúplica, Apéndice RER-4, Apéndice B.1. TGH no respondió a dichas críticas durante la audiencia (ni en su interrogatorio directo del Sr. Kaczmarek ni en el contra interrogatorio del Dr. Abdala) y continúa sin responder a dichas críticas en su Escrito Posterior a la Audiencia.

²⁸⁶ Tr. (inglés), Día Seis, 1550:8-13, Abdala.

²⁸⁷ Tr. (inglés), Día Seis, 1531:4-11 y a 1549:20-22 y 1550:1-6, Abdala.

un nivel de ingresos desproporcionado con el nivel de gastos de capital, el Sr. Kaczmarek está simplemente incrementando artificialmente los supuestos daños de TGH.

168. Los falsos argumentos de TGH no pueden, sin embargo, ocultar el principal problema de TGH que es la defectuosa valuación del escenario contrafáctico realizada por el Sr. Kaczmarek y, en particular, el hecho de que dicha valuación está enteramente basada en el estudio del 28 de julio, el cual, tal como el Sr. Kaczmarek admitió en la audiencia, ni siquiera revisó²⁸⁸. Como Guatemala explicó en detalle en su Escrito Posterior a la Audiencia, el estudio de Bates White del 28 de julio no contenía la totalidad de los pronunciamientos y su “aprobación” por parte de su autor el Lic. Giacchino y por el Ing. Bastos, quien admitió no haber revisado ni las planillas de cálculo ni el reporte²⁸⁹, no puede validar el ejercicio realizado por el Sr. Kaczmarek. Recordemos que, aunque el Sr. Kaczmarek intentó ocultarlo durante su contra-interrogatorio, éste preparó su reporte con anterioridad a que el Sr. Barrera preparara su informe sobre el estudio del 28 de julio²⁹⁰ y, que en todo caso, el Sr. Barrera no se atrevió a brindar una opinión sobre la razonabilidad del estudio de 28 de julio²⁹¹.

C. EL TEST DE RAZONABILIDAD PROPUESTO POR TGH IGNORA POR COMPLETO EL MARCO REGULATORIO GUATEMALTECO

169. En su Escrito Posterior a la Audiencia, TGH insiste que su cálculo de supuestos daños es razonable porque es el único valor que le daría a TGH una TIR razonable. Para afrontar las críticas realizadas en la audiencia por Guatemala a dicho ejercicio y, principalmente el error de calcular una TIR para el inversor cuando el régimen legal solo establece la oportunidad de obtener un retorno mínimo a EEGSA y no a sus accionistas, TGH presenta en su Escrito Posterior a la Audiencia un cálculo de TIR de EEGSA²⁹². Sin embargo, este cálculo continúa asumiendo que el régimen regulatorio garantiza un retorno sobre la totalidad de la inversión, incluyendo el precio inicial de adquisición. Como ya se ha explicado²⁹³, el régimen regulatorio

²⁸⁸ Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandada, párrs.25-26.

²⁸⁹ Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandada, párrs., 198-203.

²⁹⁰ Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandada, párr. 26.

²⁹¹ Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandada, párr. 209.

²⁹² Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandante, párr. 192.

²⁹³ Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandada, párr. 348.

guatemalteco no garantiza dicho retorno sino la posibilidad de obtener un retorno de entre 7% y 13% sobre la base de capital óptima en cada período tarifario. El retorno sobre el precio inicial de compra pagado por TGH o las inversiones ineficientes de TGH de ninguna manera se encuentra garantizado en la LGE. Ambos son un riesgo propio del inversor e irrelevantes a la hora de calcular la TIR. Argumentar (como lo hace TGH) que este tipo de cálculo es “estándar”²⁹⁴ no es una justificación válida en el presente caso donde la LGE específicamente excluye dicha posibilidad.

170. A fin de dar sustento a su débil posición, TGH cita de manera tergiversada un artículo escrito por los expertos de Guatemala argumentando que “el perito de la propia Demandada coincide en que una empresa bien administrada debería poder recuperar su costo de capital, y que un análisis de la TIR es la manera apropiada no solo de confirmar un análisis de daños, sino de calcular los daños”²⁹⁵. Sin embargo, de la lectura del artículo citado surge claramente que ese método es aplicable cuando “los inversores tienen derecho a recuperar los aportes de capital que hayan realizado en la empresa”, lo cual no es el caso de EEGSA, ya que la regulación no garantiza un retorno sobre el precio de compra. Esto mismo fue aceptado por el Sr. Barrera, al indicar que:

No, we haven't look at what actually has been invested because we, as far as I understand, you're looking at the company over the next five years, sort of a prospective analysis. So, what has actually been invested by the company, I understand, is not part of the regulatory asset base in Guatemala²⁹⁶.

171. TGH intenta asimismo distraer la atención sobre los términos específicos de la LGE respecto del retorno garantizado solo sobre el VNR y para cada período tarifario, tratando de justificar que el precio pagado por TGH no fue elevado²⁹⁷. *Primeramente*, la realidad es que, como es evidente, el precio ofertado fue el más elevado de todos los otros oferentes. Es decir, si TGH hubiera ofrecido menos por EEGSA, su TIR sería más elevada. Lo que esto demuestra es que una variable (el precio ofrecido) que está fuera del control de Guatemala (y que es únicamente controlada por TGH) no puede servir de base para medir el efecto de las supuestas

²⁹⁴ Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandante, párr. 169.

²⁹⁵ Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandada, párr. 188.

²⁹⁶ Tr. (Inglés), Día Seis, 1343:11-16, Barrera.

²⁹⁷ Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandante, párrs. 188-189.

medidas. *Segundo*, los intentos de TGH de justificar que las sinergias reiteradamente mencionadas por los órganos directivos de TGH como la razón principal para adquirir EEGSA²⁹⁸ no fueron tenidas en cuenta por Dresdner al recomendar el precio de adquisición, no resiste el menor análisis²⁹⁹. Como ya fue explicado en el Escrito Posterior a la Audiencia de Guatemala, el precio ofertado fue sustancialmente mayor al recomendado por Dresdner. Ello indica que otras consideraciones externas al futuro flujo de fondos de EEGSA fueron tenidas en cuenta al decidir el precio a pagar³⁰⁰. De nuevo, Guatemala es ajena a estas consideraciones y no puede ser juzgada en base a ellas. *Tercero*, Guatemala demostró en la audiencia que el Sr. Kaczmarek había realizado el cálculo tomando un valor inicial invertido por TGH que no se encontraba reflejado en los libros de TGH³⁰¹. En la audiencia el Sr. Kaczmarek confesó no haber jamás verificado estas cifras, lo cual demuestra, al menos, la falta de rigor del experto de TGH³⁰². En su Escrito Posterior a la Audiencia, TGH justifica la divergencia en las cifras explicando que la cifra reflejada en los estados financieros no toma en cuenta el valor de la deuda adquirida por TGH para realizar la compra de las acciones de EEGSA³⁰³. Esto demuestra aún más la falta de rigor del Sr. Kaczmarek y lo inaplicable de su cálculo, dado que el Sr. Kaczmarek hubiera debido tomar en cuenta el costo de la deuda en su cálculo. Como es lógico, un mayor apalancamiento genera mayor rentabilidad para el inversor y viceversa. *Finalmente*, TGH no hace ningún esfuerzo (porque no puede) por justificar que los VAD obtenidos por EEGSA entre 1998 y 2008 son sustancialmente más elevados que las disminuciones de entre 2% y 3% de los VADs proyectados en términos reales (y sin tomar en cuenta efectos de eficiencia) por TGH al invertir³⁰⁴. TGH ha obtenido incrementos en el VAD mucho mayores a los esperados al invertir en EEGSA³⁰⁵ y no puede ahora, reclamar daños basados en incrementos de VAD, no sólo injustificados, sino nunca siquiera imaginados.

²⁹⁸ Escrito de Dúplica, párrs. 267 y ss.

²⁹⁹ Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandante, párr. 189.

³⁰⁰ Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandada, párr. 323.

³⁰¹ Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandada, párr. 346.

³⁰² Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandada, párr. 347.

³⁰³ Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandante, párr. 189-190.

³⁰⁴ Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandada, párr. 349.

³⁰⁵ Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandada, párrs. 349-350.

172. Por último, cabe señalar que no es cierto, como lo argumenta TGH que “la propia Demandada nunca llevó a cabo un análisis de la TIR respecto de EEGSA”³⁰⁶. Esto es falso. Los expertos de Guatemala presentaron un dicho análisis en su segundo informe³⁰⁷.

D. LA TASA DE INTERÉS APLICABLE DESPUÉS DE LA VENTA Y HASTA LA FECHA DEL LAUDO NO ES EL WACC

173. Otra vez, tergiversando los dichos del Dr. Abdala en la Audiencia, TGH argumenta que como supuestamente el Dr. Abdala habría admitido en la audiencia que la venta de TGH a EPM “guarda cierta relación con las medidas en cuestión”, la tasa de interés aplicable para actualizar los supuestos daños después de la venta debe ser el WACC³⁰⁸. Ello es incorrecto. El Dr. Abdala en ningún momento admitió que la venta tuviera algo que ver con las medidas como lo alega TGH, sino que explicó que “desconoce” las razones por las cuales TGH vendió su participación a EPM³⁰⁹.

174. De hecho, contrariamente a lo alegado por TGH, los testimonios presentados en la audiencia indican exactamente lo contrario. Como se explicó claramente en el Escrito Posterior a la Audiencia, la Lic. Callahan admitió en su conainterrogatorio que luego de las medidas EEGSA siguió proporcionando beneficios y que TGH no realizó ningún intento de vender sus acciones. TGH sólo consideró la posibilidad de vender sus acciones cuando su socio Iberdrola le presentó la oportunidad de vender sus acciones junto con las suyas³¹⁰. Como Guatemala ya ha probado, Iberdrola no vendió sus acciones a EPM como consecuencia de las medidas sino como una estrategia corporativa de consolidación de inversiones en países de mayor crecimiento tales como Brasil y México³¹¹.

³⁰⁶ Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandante, párr. 191.

³⁰⁷ M Abdala y M Schoeters, Dúplica, **Apéndice RER-4**, tabla V.

³⁰⁸ Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandante, párr. 202.

³⁰⁹ Tr. (inglés), Día Seis, 1579:11-16, Abdala

³¹⁰ Tr. (inglés), Día Dos, 581:8-584:18, Callahan y Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandada, párr. 357.

³¹¹ Comunicado de prensa de Iberdrola Energía S.A., 22 de octubre de 2010, **Anexo R-132**; Comunicado de Prensa de Teco, “TECO Guatemala Holdings LLC sells its interest in Guatemalan electric distribution company”, 21 de octubre de 2010, **Anexo R-162**.

175. Por lo tanto, los supuestos daños de TGH deben actualizarse al WACC con anterioridad a la venta de TGH (dado que TGH asumía aún un riesgo operativo) y desde el 21 de octubre 2010 en adelante utilizando un factor de actualización basado en una tasa libre de riesgo, como por ejemplo, los bonos soberanos estadounidenses, de duración de 10 años. En promedio, dichos bonos produjeron un rendimiento de 3,3% durante el periodo agosto 2008- octubre 2010 y de 2,8% durante octubre 2010 – diciembre 2011³¹².

VI. PETITORIO

176. La República de Guatemala respetuosamente solicita a este Tribunal:

- (a) DECLARAR que no tiene jurisdicción sobre la controversia planteada por TGH;
- (b) Alternativamente y en subsidio a la petición (a) anterior, RECHAZAR en el fondo todas y cada una de las reclamaciones de TGH; en cualquiera de ambos casos, adicionalmente;
- (c) OTORGAR cualquier otra satisfacción a Guatemala que el Tribunal estime oportuna y conveniente;
- (d) ORDENAR que TGH pague todos los costos de este procedimiento arbitral, incluyendo los honorarios y gastos del Tribunal y el CIADI, así como todos los honorarios y gastos incurridos por Guatemala para su representación legal en este arbitraje, con intereses previos y posteriores a la emisión del laudo, y hasta su efectivo pago. Lo anterior, de conformidad al escrito sobre reclamación de costos que Guatemala presentará oportunamente.

³¹² M Abdala y M Schoeters, **Apéndice RER-1**, párr. 111.

Respetuosamente presentado por la República de Guatemala el 8 de julio de 2013.



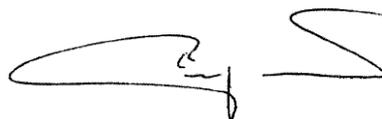
Nigel Blackaby



Alejandro Arenales



Alfredo Skinner Klée



Rodolfo Salazar