
CENTRO INTERNACIONAL DE ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES

TECO GUATEMALA HOLDINGS, LLC

Demandante

C.

LA REPÚBLICA DE GUATEMALA

Demandada

CASO CIADI No. ARB/10/23

**RÉPLICA SOBRE EL FONDO Y MEMORIAL DE CONTESTACIÓN
SOBRE JURISDICCIÓN Y ADMISIBILIDAD DE LA DEMANDANTE**

WHITE & CASE^{LLP}

Andrea J. Menaker

Jaime M. Crowe

Jonathan C. Ulrich

Petr Polášek

Kristen M. Young

701 Thirteenth Street, N.W.

Washington, D.C. 20005 U.S.A.

24 de mayo de 2012

Abogados de la Demandante

Índice ampliado

Página

I. INTRODUCCIÓN	1
II. LOS HECHOS	7
A. Cuando Guatemala privatizó el sector eléctrico, adoptó un nuevo régimen legal destinado a atraer inversiones extranjeras mediante la despolitización del proceso de revisión tarifaria y la garantía de obtención de un retorno justo.....	7
1. El nuevo marco regulatorio despolitizó el proceso de revisión tarifaria al limitar la facultad del Gobierno de intervenir en dicho proceso	9
a. Despolitización del proceso de revisión tarifaria.....	11
b. La creación de la CNEE.....	16
c. La CNEE tiene facultades restringidas en la revisión de las tarifas de la distribuidora	22
d. Las decisiones de la Comisión Pericial respecto del estudio del VAD de la distribuidora son vinculantes y las CNEE no puede desestimarlas	31
2. El nuevo marco regulatorio garantizó un retorno justo y previó expresamente que el VAD se calcularía en función del Valor Nuevo de Reemplazo de los activos de una empresa modelo eficiente	43
B. La Demandante invirtió en EEGSA en función de las garantías y protecciones consagradas en el nuevo régimen legal adoptado por Guatemala para atraer inversiones extranjeras.....	48
C. El VAD provisional de EEGSA para el primer período tarifario posterior a la privatización [1998-2003] paralizó financieramente a la empresa.....	62
D. La revisión de las tarifas de EEGSA para el período tarifario 2003-2008 se realizó de conformidad con los requisitos impuestos en la LGE y el RLGE	70

E. La revisión de las tarifas de EEGSA para el período tarifario 2008-2013 se llevó adelante en violación del marco regulatorio y en contravención de lo declarado por Guatemala durante el proceso de privatización.....80

1. Guatemala modificó el artículo 98 del RLGE para arrogarse el derecho a basarse en su propio estudio independiente del VAD a los efectos de fijar las tarifas de la distribuidora en determinadas circunstancias82
2. Los Términos de Referencia de la CNEE eran contrarios a la LGE y el RLGE y menoscabaron el fin del proceso de revisión tarifaria92
3. La CNEE no trabajó de forma constructiva con EEGSA o su consultora durante el proceso de revisión tarifaria.....107
4. Después de convocar a una Comisión Pericial, Guatemala intentó manipular el proceso para su beneficio.....122
5. La CNEE disolvió la Comisión Pericial unilateral e ilegalmente y estableció los nuevos pliegos tarifarios de EEGSA sobre la base de su propio estudio del VAD ...147
 - a. El Informe de la Comisión Pericial favoreció ampliamente a EEGSA y Bates White.....150
 - b. La CNEE disolvió la Comisión Pericial e impidió que el perito que había designado finalizara su trabajo.....154
 - c. La Comisión Pericial confirmó que el estudio modificado de Bates White cumplía con el dictamen de la Comisión Pericial.....160
 - d. La CNEE determinó el VAD y las tarifas de EEGSA sobre la base de su propio estudio del VAD, en violación de los pronunciamientos de la Comisión Pericial168
 - e. Los VNR y VAD resultantes del Estudio del VAD Revisado de Bates White eran justificados y razonables180
 - f. Guatemala criticó los esfuerzos de EEGSA por subsanar el daño sufrido, y tomó represalias contra EEGSA.....186

- g. El VAD, injustificablemente bajo e ilegal, tuvo un efecto devastador desde el punto de vista económico para los inversores de EEGSA y produjo la venta de la inversión de TECO con una pérdida considerable.....194

III. GUATEMALA VIOLÓ SU OBLIGACIÓN DE TRATO JUSTO Y EQUITATIVO PREVISTA EN EL ARTÍCULO 10.5 DEL THE RD-CAFTA204

A. Guatemala incumplió su obligación prevista en el Tratado de otorgar un trato justo y equitativo a la inversión de TECO cuando arbitrariamente y en total desconocimiento de su marco legal ignoró el Informe de la Comisión Pericial e impuso a EEGSA su propio VAD artificialmente bajo207

1. El estándar de trato justo y equitativo consagrado en el Artículo 10.5 del RD-CAFTA prohíbe al Estado frustrar las expectativas legítimas de un inversor o adoptar medidas arbitrarias en contra de una inversión protegida207
2. El estándar de trato justo y equitativo resguarda a una inversión protegida del repudio o la violación deliberados por parte del Estado de elementos esenciales de su propio marco legal o regulatorio interno213
 - a. Numerosos tribunales han declarado responsable a un Estado por haber repudiado o violado deliberadamente elementos esenciales de su marco legal o regulatorio interno, como ocurrió en este caso.....213
 - b. Esta controversia no se refiere a una mera interpretación o aplicación incorrecta del marco legal y regulatorio de Guatemala223
3. La Demandada violó las expectativas legítimas de la Demandante, que son una parte integral del estándar de trato justo y equitativo del RD-CAFTA230
 - a. Numerosos tribunales han declarado culpable al Estado cuando, como en este caso, tomó medidas en flagrante violación de las expectativas legítimas del inversor230
 - b. La repudiación deliberada por parte de la Demandada de su Marco Legal y Regulatorio violó las expectativas legítimas de la Demandante.....236

4. No es necesario demostrar que hubo denegación de justicia para sustentar un reclamo de trato justo y equitativo.....	245
B. El Tribunal tiene jurisdicción para resolver el reclamo interpuesto por la Demandante con motivo del incumplimiento del Artículo 10.5 del RD-CAFTA por parte de la Demandada.....	254
IV. DAÑOS.....	258
A. La valuación de EEGSA calculada por la Demandante en el escenario contrafáctico es correcta.....	261
1. A efectos del cálculo de la valuación contrafáctica, Navigant utilizó el método de flujo de efectivo descontado (FFD), el método de empresas abiertas comparables y el método de operaciones comparables.	261
2. Las críticas que la Demandada plantea contra las proyecciones de gastos de capital elaboradas por la Demandante faltan a la verdad.	264
3. Es ilógico utilizar el modelo de Damonte para el cálculo de la valuación contrafáctica.....	267
B. El cálculo del valor real de EEGSA por parte de la Demandante es correcto	269
C. Los controles de razonabilidad confirman la exactitud del cálculo de daños de la Demandante.....	270
1. Tasa interna de retorno.....	270
2. VNR	273
D. Los controles de razonabilidad de la Demandada adolecen de vicios fundamentales	274
1. Esquema regulatorio alternativo	274
2. Evolución de las tarifas.....	276
E. La Demandante calculó los intereses en forma correcta.....	277
V. CONCLUSIÓN	281

RÉPLICA DE LA DEMANDANTE

I. INTRODUCCIÓN

1. La Demandante, TECO Guatemala Holdings, LLC (“TECO” o “Demandante”) presenta su Réplica sobre el Fondo y Memorial de Contestación sobre Jurisdicción y Admisibilidad (“Réplica”)¹, con arreglo al cronograma establecido por el Tribunal para el procedimiento². Los siguientes testigos respaldan la Réplica de la Demandante:

- *Carlos Manuel Bastos*: tercer integrante y presidente de la Comisión Pericial establecida para resolver la diferencia referente a la revisión tarifaria de EEGSA para el período 2008-2013³;
- *Sandra W. Callahan*: vicepresidente *senior* de Finanzas y Contabilidad, Directora de Contabilidad, y Directora de Finanzas de TECO Energy, Inc. (“TECO Energy”)⁴;
- *Miguel Francisco Calleja Mediano*: ex gerente de Planificación, Control y Regulación de EEGSA⁵;
- *Leonardo Giacchino*: integrante de la Comisión Pericial establecida para resolver la diferencia referente a la revisión tarifaria de EEGSA para el período 2008-2013; socio fundador de Solutions Economics, LLC; ex socio de Bates White, LLC; ex vicepresidente de NERA Economic Consulting;⁶

¹ Las abreviaturas y los términos utilizados en la Réplica de la Demandante tendrán el mismo significado que en el Memorial de la Demandante.

² Ver Acta de la Primera Sesión del Tribunal del 23 de mayo de 2011, página 6.

³ Segunda Declaración de Testigo de Carlos Manuel Bastos del 20 de abril de 2012 (“Bastos II”) (CWS-7); ver también Declaración de Testigo de Carlos Manuel Bastos del 21 de septiembre de 2011 (“Bastos I”) (CWS-1).

⁴ Segunda Declaración de Testigo de Sandra W. Callahan del 11 de mayo de 2012 (“Callahan II”) (CWS-8); Declaración de Testigo de Sandra W. Callahan del 16 de septiembre de 2011 (“Callahan I”) (CWS-2).

⁵ Segunda Declaración de Testigo de Miguel Francisco Calleja Mediano, del 21 de mayo de 2012 (“Calleja II”) (CWS-9); Declaración de Testigo de Miguel Francisco Calleja Mediano, del 22 de septiembre de 2011 (“Calleja I”) (CWS-3).

⁶ Segunda Declaración de Testigo de Leonardo Giacchino, del 24 de mayo de 2012 (“Giacchino II”) (CWS-10); Declaración de Testigo de Leonardo Giacchino, del 23 de septiembre de 2011 (“Giacchino I”) (CWS-4).

- *Gordon L. Gillette*: presidente de Tampa Electric Co.; ex presidente de TECO Guatemala, Inc.⁷;
- *Luis Maté*: ex gerente general de EEGSA⁸.

2. Además, respaldan la Réplica de la Demandante los siguientes peritos:

- *Rodolfo Alegría Toruño*: perito en legislación guatemalteca; director del Departamento de Impuestos, Derecho Laboral, Derecho Regulatorio, Telecomunicaciones, Energía y Ejercicio de Derecho Comercial y socio de Carrillo & Asociados⁹;
- *Fernando Barrera-Rey y Carlos Fernando Barrientos*: peritos en ingeniería y economía regulatoria; director adjunto de Frontier Economics¹⁰.
- *Brent C. Kaczmarek*: perito en valuación y daños; director gerente de Navigant Consulting, Inc.¹¹

* * *

3. Este caso surge como resultado de la decisión de Guatemala, tomada por motivos enteramente políticos, de reducir considerablemente de cualquier manera posible las tarifas eléctricas de EEGSA para el período tarifario 2008-2013 por medio del VAD, en violación de las obligaciones que le impone la Ley General de Electricidad y su Reglamento y en desconocimiento de las declaraciones expresas efectuadas por la propia Guatemala durante el proceso de privatización de EEGSA. Como lo demuestra la prueba, para cumplir su objetivo de lograr tarifas eléctricas sustancialmente menores, Guatemala adoptó una serie de medidas arbitrarias e ilícitas contra la inversión protegida de la Demandante en EEGSA en el transcurso

⁷ Segunda Declaración de Testigo de Gordon L. Gillette, del 24 de mayo de 2012 (“Gillette II”) (CWS-11); Declaración de Testigo de Gordon L. Gillette, del 23 de septiembre de 2011 (“Gillette I”) (CWS-5).

⁸ Segunda Declaración de Testigo de Luis Maté, del 13 de abril de 2012 (“Maté II”) (CWS-12); Declaración de Testigo de Luis Maté, del 21 de septiembre de 2011 (“Maté I”) (CWS-6).

⁹ Segundo Informe Pericial de Rodolfo Alegría Toruño, del 24 de mayo de 2012 (“Alegría II”) (CER-3); Informe Pericial de Rodolfo Alegría Toruño, del 22 de septiembre de 2011 (“Alegría I”) (CER-1).

¹⁰ Informe Pericial de Fernando Barrera-Rey, del 24 de mayo de 2012 (“Barrera”) (CER-4).

¹¹ Segundo Informe Pericial de Brent C. Kaczmarek, del 24 de mayo de 2012 (“Kaczmarek II”) (CER-5); Informe Pericial de Brent C. Kaczmarek, del 23 de septiembre de 2011 (“Kaczmarek I”) (CER-2).

del proceso de revisión tarifaria correspondiente al período 2008-2013, lo que culminó con la imposición, por parte de la CNEE a EEGSA, de su propio VAD injustificablemente bajo, en absoluto desconocimiento del marco legal y regulatorio que Guatemala había consagrado para despolitizar el proceso de revisión tarifaria y alentar la inversión extranjera en la distribución de electricidad. Los actos realizados por la CNEE durante el proceso de revisión de la tarifa de EEGSA para el período 2008-2013 no fueron los actos de un organismo regulatorio independiente ni estuvieron motivados por una interpretación de la ley efectuada de buena fe. Más bien, como lo confirman las pruebas, Guatemala violó la ley de manera deliberada e injustificable con miras a lograr el resultado deseado: una marcada reducción de las tarifas eléctricas de EEGSA por medio del VAD. Para ello, Guatemala incumplió la obligación que le impone el Artículo 10.5 del RD-CAFTA, de dispensar trato justo y equitativo a la inversión de la Demandante.

4. En el Memorial de Contestación, la Demandada intenta embarrar las cuestiones y presentar el caso como si se tratara de una disputa regulatoria puramente local en torno de la interpretación apropiada de la Ley General de Electricidad y su Reglamento, en la que la Demandante supuestamente pretende que este Tribunal determine el VAD correcto y las tarifas apropiadas para EEGSA. A los efectos de su planteo, la Demandada argumenta que la CNEE es un organismo técnico independiente, aislado de influencias políticas y carente de cualquier tipo de interés político o de otra naturaleza en impedir el aumento de las tarifas de la electricidad, y que la forma en que interpretó y aplicó la normativa en este caso fue correcta. Las pruebas demuestran que las afirmaciones de la Demandada son indiscutiblemente falsas. Como se expone más adelante, además de que el propio MEM confirmó que la CNEE puede ser objeto de “alta influencia política”, existe una serie de mensajes de correo electrónico entre la CNEE y su propia consultora que revela que, de hecho, la CNEE orquestó la reducción de las tarifas eléctricas de EEGSA por medio del VAD. Estos mensajes de correo electrónico de la época permiten apreciar que la CNEE formuló con su consultora un cálculo ilícito del FRC, específicamente con el fin de lograr una reducción sustancial en el VAD de EEGSA, y que la CNEE también intervino directamente en el proceso de la Comisión Pericial, al suministrarle a su propio representante materiales para respaldar la postura de la CNEE ante la Comisión Pericial y llevar adelante conversaciones *ex parte* respecto del resultado de las deliberaciones de la Comisión Pericial,

antes de que ésta siquiera se hubiera pronunciado. No son estos los actos de un organismo regulatorio desinteresado.

5. En el Memorial de Contestación, la Demandada también intenta defender el accionar de la CNEE con el supuesto fundamento de que la CNEE estaba sujeta a intensas restricciones de plazos para la publicación de los nuevos pliegos tarifarios de EEGSA al vencer los pliegos previos de la empresa el 31 de julio de 2008, como supuestamente debía hacerlo por ley. Dicha afirmación también es falsa, y ello puede demostrarse. Como se analiza más adelante, además de no tener *ninguna* obligación legal de publicar los nuevos pliegos tarifarios de EEGSA al vencer los pliegos anteriores de la empresa, la ley establecía expresamente que la CNEE contaba con *nueve meses* desde la fecha de vencimiento de los pliegos tarifarios anteriores para publicar los nuevos pliegos y que, en caso de no publicarlos, seguirían aplicándose los pliegos tarifarios anteriores, ajustados por aplicación de fórmulas determinadas. La idea de que la CNEE debía proceder a aprobar su propio estudio independiente del VAD y fijar los nuevos pliegos tarifarios para EEGSA en función de dicho estudio, porque no contaba con tiempo suficiente, por ley, para revisar el estudio corregido del VAD de EEGSA y para asegurarse de que la empresa hubiera incorporado todas las correcciones requeridas a su estudio del VAD de acuerdo con los pronunciamientos de la Comisión Pericial es, por ende, ficción absoluta.

6. Las justificaciones cambiantes y *post-hoc* que propone la Demandada para los actos de la CNEE ponen aún más de manifiesto el carácter infundado de sus defensas. Como lo demuestran las pruebas, mientras que la Gerencia Jurídica de la CNEE pretendió darle cobertura a la CNEE al manifestar que tenía derecho a utilizar su propio estudio del VAD para fijar las tarifas, dado el vencimiento inminente de los pliegos tarifarios vigentes de EEGSA, la CNEE, ante los propios juzgados guatemaltecos, abandonó esta postura y cambió de marcha, pasando a destacar el supuesto carácter no vinculante de lo resuelto por la Comisión Pericial y su supuesta potestad para utilizar su propio estudio del VAD de conformidad con una reglamentación modificada que se había sancionado justo antes de la revisión tarifaria de EEGSA. Como se expone luego, lo alegado por la Demandada en cuanto a que los pronunciamientos de la Comisión Pericial no son vinculantes no solamente contradice las declaraciones expresas que ella misma había efectuado con anterioridad frente a los posibles inversores extranjeros y a sus propios tribunales sino que, además, es incoherente con las posturas de sus propias consultoras y

sus propios actos en este caso. Sencillamente no tiene lógica que Guatemala hiciera los esfuerzos que hizo por subvertir el proceso de la Comisión Pericial (entre otras cosas, con la modificación de la ley para permitirse designar al presidente y con las conversaciones *ex parte* que mantuvo con su propio representante a lo largo del proceso) si el Informe resultante fuera de índole meramente consultiva. De modo similar, resulta ilógico el argumento de la Demandada de que la Comisión Pericial tenía por objeto meramente determinar si la consultora de EEGSA había incorporado al estudio todas las modificaciones solicitadas por la CNEE. Jamás se cuestionó que la consultora de EEGSA se hubiera negado a efectuar algunos de los cambios solicitados, que es lo que dio origen a las discrepancias mismas que se sometieron a la Comisión Pericial para su resolución. Los argumentos formulados por Guatemala no reflejan un desacuerdo legítimo acerca de la interpretación correcta de la ley sino una burla de esa ley misma, así como de los procedimientos y las reglamentaciones que Guatemala había implementado para atraer a los inversores extranjeros a invertir en su sector eléctrico.

7. Por otra parte, el hecho de que los tribunales guatemaltecos finalmente se hayan negado a rectificar los actos ilícitos de la CNEE no puede excluir la responsabilidad internacional como la Demandada pretende que lo declare el Tribunal; en efecto, de lo contrario todo Estado receptor de inversiones podría asegurarse inmunidad frente a la responsabilidad internacional mediante el respaldo, por parte de sus propios tribunales, de su conducta internacionalmente ilícita. Los esfuerzos encarados por la Demandada en el presente arbitraje para desacreditar el estudio del VAD efectuado por EEGSA con la identificación de supuestos errores y la alegación de que dicho estudio no incorporó plenamente las decisiones de la Comisión Pericial también son infructuosos. Las pruebas demuestran que los supuestos defectos del estudio no servían como fundamento para la decisión de la CNEE de desestimarlos y fijar los nuevos pliegos tarifarios de EEGSA en función de su propio estudio y que, de hecho, no se los identificó sino mucho después de impuestas las tarifas artificialmente bajas.

8. Desprovista de cualquier justificación para sus actos, la Demandada recurre entonces a atacar a la Demandante por intentar beneficiarse con las expectativas legítimas de sus filiales del grupo TECO, ya que la Demandante no se constituyó sino en 2005, varios años después de la privatización de EEGSA. Los argumentos de la Demandada son infundados. Además de que, en su calidad de integrante del grupo empresario TECO, comparte las mismas

expectativas respecto de la inversión en EEGSA que los demás integrantes del grupo, la Demandante necesariamente tenía expectativas cuando realizó su inversión en el año 2005, expectativas que derivaron del marco legal y regulatorio que Guatemala había implementado en 1996 y 1997 para despolitizar el proceso de revisión de las tarifas, de las afirmaciones específicas realizadas por Guatemala al grupo TECO respecto del cálculo del VAD durante el proceso de privatización de EEGSA en el año 1998, y la forma en que la Demandada había respetado ese marco legal y regulatorio respecto de desde 1998 hasta 2005. Como lo demuestran las pruebas, los actos de Guatemala durante la revisión de las tarifas de EEGSA para el período 2008-2013 violaron las expectativas legítimas de la Demandante, desnaturalizando las protecciones y premisas jurídicas fundamentales consagradas en la ley y haciendo a la inversión protegida de la Demandante en EEGSA objeto del tipo de acto estatal ilícito y arbitrario contra el cual la obligación de conferir tratamiento justo y equitativo del RD-CAFTA está destinada a brindar protección.

9. Como resultado directo de los actos de Guatemala, la Demandante sufrió daños por la suma de US\$ 243,6 millones, suma que corresponde se le conceda. Para el caso que el Tribunal determine que la Demandada violó las obligaciones que le impone el Tratado – como corresponde – la Demandada no ofrece motivo legítimo por el cual no deba condenársela al pago de una indemnización por daños y perjuicios por el monto mencionado. En efecto, si bien sus propios peritos reconocen que, de imponerse la Demandante, la indemnización por daños debería compensar a esta última por la porción que le corresponde de la diferencia entre el flujo de efectivo y el valor accionario que efectivamente tenía EEGSA y el que habría tenido si Guatemala hubiera fijado las tarifas de dicha empresa de conformidad con los pronunciamientos de la Comisión Pericial, la Demandada simplemente se ha negado a realizar el cálculo correspondiente. En lugar de ello, su perito seleccionó a gusto cuáles pronunciamientos de la Comisión Pericial incorporaría a su análisis “contrafáctico”. El hecho de que esta operación carece de todo sentido queda en evidencia por los resultados que arroja: la Demandada concluye que, en realidad, entre agosto de 2008 y octubre de 2010 al operar con las tarifas de Sigla EEGSA estuvo en mejor situación económica que si se hubieran utilizado los pronunciamientos de la Comisión Pericial como base para la determinación de dichas tarifas, aun si las tarifas de Sigla redujeron drásticamente los ingresos de EEGSA. Los documentos de esa época emitidos por la propia Demandada demuestran que ello no es así y, aunque no es de sorprender, la

Demandada ni siquiera reconoce que las dos agencias calificadoras más importantes bajaron la nota de EEGSA tras el accionar ilícito de la CNEE. Lejos de buscar obtener una “doble indemnización”, como descaradamente lo afirma la Demandada, la condena al pago de daños y perjuicios por el monto pretendido deviene necesaria para compensar a la Demandante por los actos internacionalmente ilícitos que realizó aquella en contra de la inversión protegida de esta última.

* * *

II. LOS HECHOS

A. Cuando Guatemala privatizó el sector eléctrico, adoptó un nuevo régimen legal destinado a atraer inversiones extranjeras mediante la despolitización del proceso de revisión tarifaria y la garantía de obtención de un retorno justo

10. En el Memorial, la Demandante demostró que, a principios de la década de 1990, Guatemala enfrentaba una crisis paralizante en el sector eléctrico, con interrupciones totales y parciales del suministro de hasta ocho horas por día¹², y que, para solucionar esta crisis y mejorar los niveles operativos del sector eléctrico del país, decidió privatizar ciertos activos del sector¹³. Además demostró la Demandante que, para atraer las tan necesarias inversiones extranjeras, Guatemala adoptó un nuevo marco legal y regulatorio para el sector eléctrico, que desagregó y despolitizó la generación, transmisión y distribución de electricidad en el país¹⁴. El 16 de octubre de 1996, el Congreso guatemalteco sancionó entonces una nueva ley general de electricidad, la LGE, que cobró vigencia el 15 de noviembre de 1996¹⁵. Poco tiempo después, como lo contemplaba la LGE¹⁶, el presidente de Guatemala y el MEM reglamentaron la LGE, con el

¹² Ver Memorial de la Demandante, del 23 de septiembre de 2011 (“Memorial”), párrafos 11-13.

¹³ Ver *id.*, párrafos 14-20.

¹⁴ Ver *id.*, párrafos 21-26.

¹⁵ Ver *id.*, párrafos 24-25; Decreto 93-96, Ley General de Electricidad, del 16 de octubre de 1996, vigente desde el 15 de noviembre de 1996 (“LGE”) (C-17).

¹⁶ LGE, Título VII, Disposiciones Transitorias, Capítulo 1, artículo 4 (“En el plazo de noventa (90) días, contados a partir de la fecha de publicación de esta ley, el Organismo Ejecutivo deberá emitir el reglamento de la misma”) (C-17).

RLGE, mediante el Acuerdo Gubernativo No. 256-97, del 21 de marzo de 1997¹⁷. Para los posibles inversores extranjeros en las empresas distribuidoras de electricidad de Guatemala que serían privatizadas, este nuevo marco legal y regulatorio prometía despolitizar el proceso de revisión de las tarifas y garantizar un retorno justo, al limitar la función del regulador en el cálculo del componente VAD de la tarifa del distribuidor¹⁸ y con la adopción del criterio de la empresa modelo eficiente con utilización del valor nuevo de reemplazo de los activos (“VNR”) para el cálculo del VAD del distribuidor¹⁹. Como se demostró en el Memorial de la Demandante²⁰, Guatemala hizo hincapié en estos mismos factores al promover la privatización de EEGSA, la mayor distribuidora eléctrica de Guatemala, frente al grupo TECO y otras empresas extranjeras de electricidad a las que Guatemala había apuntado para la privatización²¹.

11. En el Memorial de Contestación, Guatemala no cuestiona ninguno de estos hechos²² y, en efecto, reconoce que, a mediados de los años 90, la empresa estatal eléctrica, INDE, “carecía de los recursos suficientes para hacer frente a las inversiones necesarias en generación, transporte y distribución para abastecer a la creciente demanda de electricidad”, y que “[u]na de las razones principales de la falta de recursos era que la tarifa de electricidad [...] determinada directamente por el Presidente de la Nación no reflejaba los costos del servicio, sino que se fijaba de acuerdo a criterios de conveniencia política del Gobierno”²³. Sin embargo, Guatemala sostiene que en su Memorial la Demandante ofrece “una descripción distorsionada e

¹⁷ Acuerdo Gubernativo 256-97, Reglamento de la Ley General de Electricidad, del 21 de marzo de 1997 (“RLGE”) (C-21).

¹⁸ Ver Memorial, párrafos 36-44.

¹⁹ Ver *id.*, párrafos 27-35. Como lo explicó la Demandante en el Memorial, el Valor Agregado de Distribución, o “VAD”, es aquella porción de la tarifa eléctrica mediante la cual el distribuidor recupera su inversión y obtiene su ganancia; el VAD remunera al distribuidor tanto por los costos operativos (es decir, aquellos en los que incurre en la distribución de la electricidad) como por los costos de capital (es decir, el costo financiero del capital). Ver *id.*, párrafos 30-31.

²⁰ Ver *id.*, párrafos 49-55.

²¹ Ver, por ejemplo, Empresa Eléctrica de Guatemala, S.A., Memorándum Informativo Preliminar confeccionado por Salomon Smith Barney, del mes de de 1998, página 3 (C-27); Empresa Eléctrica de Guatemala, S.A., Memorándum de Venta confeccionado por Salomon Smith Barney (“Memorándum de Venta”), del mes de mayo de 1998 (C-29); Empresa Eléctrica de Guatemala, S.A., Presentación del Roadshow, del mes de mayo de 1998 (C-28).

²² Ver Memorial de Objeciones de Jurisdicción y Admisibilidad y de Contestación de Demanda de la Demandada, del 24 de enero de 2012 (“Memorial de Contestación”), párrafos 139-146.

²³ *Íd.*, párrafo 140.

infundada del marco regulatorio en base al cual TGH realizó su inversión”²⁴, y que la Demandante “ignora por completo la distribución de potestades entre los distintos actores del sector eléctrico de acuerdo al marco regulatorio” y “distorsiona el sistema de empresa modelo”²⁵. Guatemala también afirma que, contrariamente a lo alegado por la Demandante, “uno de los principales objetivos de la [LGE] era poner la determinación de las tarifas en manos de un órgano técnico [es decir, la CNEE] que ejerciera sus funciones con autonomía propia e independencia del Poder Político”²⁶ y que, en virtud del criterio de la empresa modelo eficiente adoptado en la LGE, “es esperable que a medida que se lleven a cabo las revisiones tarifarias, las tarifas disminuyan en términos reales”²⁷. Lo afirmado por Guatemala queda desmentido por las pruebas, como se expone a continuación.

1. El nuevo marco regulatorio despolitizó el proceso de revisión tarifaria al limitar la facultad del Gobierno de intervenir en dicho proceso

12. En el Memorial, la Demandante demostró que el nuevo marco legal y regulatorio adoptado por Guatemala para el sector eléctrico buscó despolitizar el proceso de revisión tarifaria, a cuyo efecto garantizó que las tarifas de la electricidad se fijarían de conformidad con criterios económicos y técnicos, que los derechos del regulador y de la empresa regulada estarían equilibrados, y que no habría interferencia política en el proceso de fijación de las tarifas²⁸. Como lo explicó la Demandante en el Memorial²⁹, ello se logró con el establecimiento de un marco legal y regulatorio en el cual ni el regulador ni la distribuidora cuentan con la facultad de fijar unilateralmente el VAD de la distribuidora, y en el cual “la resolución de conflictos relacionados con las variables que se deben determinar para el cálculo del VAD está en manos de expertos” elegidos por las partes³⁰. Como lo explicó la Demandante en el Memorial, la LGE³¹

²⁴ *Íd.*, párrafo 138.

²⁵ *Íd.*

²⁶ *Íd.*, párrafo 144.

²⁷ *Íd.*, párrafo 146.

²⁸ Memorial, párrafo 28; *ver también* Alegría I, párrafos 20-33 (**CER-1**).

²⁹ Memorial, párrafos 37-43.

³⁰ Alegría I, párrafo 31 (**CER-1**); *ver también* Memorial, párrafo 44.

³¹ *Ver* Memorial, párrafos 37-43.

incluye así tres requisitos clave para el cálculo del VAD de la distribuidora: primero, cada cinco años, cada distribuidora debe “calcular los componentes de los VAD mediante un estudio encargado a una firma de ingeniería precalificada por la [CNEE]”³²; en segundo lugar, la CNEE prepara los términos de referencia y supervisa el avance del estudio del VAD de la distribuidora, pero no tiene el derecho de realizar por sí misma dicho estudio³³; y tercero, toda diferencia o discrepancia entre la CNEE y la distribuidora respecto del estudio del VAD debe someterse a una comisión formada por tres peritos independientes, uno designado por cada una de las partes y el tercero de común acuerdo, que “se pronunciará sobre las discrepancias, en un plazo de 60 días contados desde su conformación”³⁴.

13. En el Memorial de Contestación, la Demandada cuestiona la forma en que la Demandante describe el marco legal y regulatorio adoptado por Guatemala mediante la LGE y el RLGE³⁵. Primero la Demandada distorsiona los argumentos de la Demandante al insinuar que esta última alega que la despolitización del proceso de revisión tarifaria se “hizo [...] a través de [...] la transferencia del poder de definir las tarifas al distribuidor”³⁶. Acto seguido la Demandada aduce que, por el contrario, la despolitización del proceso de revisión tarifaria estuvo garantizada por “la creación de la CNEE como órgano técnico independiente con responsabilidades tarifarias y de determinación del VAD”³⁷. Según la Demandada, el hecho de que la CNEE supuestamente es “independiente del poder ejecutivo, técnico y [está] constituid[a] con representantes, entre otros, de las distribuidoras” constituyen así, supuestamente, los factores que “garantizaron a los inversores la despolitización de la determinación de las tarifas”³⁸. Por último, la Demandada afirma que la CNEE tiene la “facultad [...] de adoptar unilateralmente un pliego tarifario”³⁹ y que la Comisión Pericial formada al amparo del artículo 75 de la LGE sirve

³² LGE, Art. 74 (C-17); *ver también* Memorial, párrafos 37-38.

³³ LGE, Art. 74 (C-17); *ver también* Memorial, párrafos 39-40.

³⁴ LGE, Art. 75 (C-17); *ver también* Memorial, párrafos 42-43.

³⁵ *Ver* Memorial de Contestación, párrafos 138-213.

³⁶ *Íd.*, párrafo 159.

³⁷ *Íd.*, párrafo 566.

³⁸ *Íd.*, párrafo 159.

³⁹ *Íd.*, párrafo 70.

meramente “para informar la decisión del órgano que, por mandato legal, tiene la potestad de fijar las tarifas, la CNEE”⁴⁰. Así pues, la Demandada alega que, mientras que la tarifa de la electricidad anteriormente era “determinada directamente por el Presidente de la Nación”⁴¹, la tarifa eléctrica, incluido el VAD de la distribuidora, se fija ahora a total discreción de la CNEE⁴². Además de caracterizar incorrectamente los argumentos de la Demandante, las afirmaciones de la Demandada contradicen fundamentalmente el acervo documental del caso que nos ocupa.

a. Despolitización del proceso de revisión tarifaria

14. Desde el principio, la Demandante advierte que, contrariamente a los dichos de la Demandada, la Demandante no alega que la despolitización del proceso de revisión tarifaria se “hizo [...] a través de [...] la transferencia del poder de definir las tarifas al distribuidor”⁴³. Tampoco el perito en temas jurídicos de la Demandante, Rodolfo Alegría Toruño, efectúa afirmación tal en sus dictámenes jurídicos. En efecto, como lo advierte el profesor Alegría⁴⁴, el artículo 4(c) de la LGE dispone que una de las facultades de la CNEE es la de “[d]efinir 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”⁴⁵. Así queda también reflejado en el artículo 61 de la LGE, que dispone que la CNEE es responsable de fijar las tarifas de distribución mediante la suma de los componentes del costo de adquisición de potencia y energía y los costos eficientes de distribución a los que se hace referencia en el artículo 60 de la mencionada ley⁴⁶. Sin embargo, lo que no tiene la CNEE es la facultad de establecer unilateralmente el VAD de la

⁴⁰ *Íd.*, párrafo 211.

⁴¹ *Íd.*, párrafo 140.

⁴² *Ver*, por ejemplo, *id.*, párrafo 70.

⁴³ *Íd.*, párrafo 159.

⁴⁴ *Ver* Alegría II, párrafo 22 (CER-3).

⁴⁵ LGE, Art. 4(c) (C-17).

⁴⁶ Alegría II, párrafo 21 (CER-3); LGE, Art. 61 (“Las tarifas a usuarios de Servicio de Distribución Final serán determinadas por la Comisión, a través de adicionar las componentes de costos de adquisición de potencia y energía, libremente pactados entre generadores y distribuidores y referidos a la entrada de la red de distribución con los componentes de costos eficientes de distribución a que se refiere el artículo anterior. Las tarifas se estructurarán de modo que promuevan la igualdad de tratamiento a los consumidores y la eficiencia económica del sector. En ningún caso los costos atribuibles al servicio prestado a una categoría de usuarios podrán ser recuperados mediante tarifas cobradas a otros usuarios”) (C-17).

distribuidora, en un marco en el que la distribuidora participa en el proceso de revisión tarifaria, tal como lo hizo EEGSA en el caso que nos ocupa⁴⁷. Como se expone más adelante⁴⁸, en el Memorial de Contestación la Demandada confunde deliberadamente la facultad de la CNEE de determinar las tarifas de la distribuidora con el proceso para el cálculo del VAD de la empresa, y trata estos dos procesos como si fueran uno solo siendo que, en realidad, son distintos⁴⁹.

15. Por otra parte, como lo demostró la Demandante en el Memorial⁵⁰ y como lo confirma el profesor Alegría en su segundo dictamen jurídico⁵¹, la despolitización del sector eléctrico guatemalteco requería de más que la simple creación de la CNEE como organismo regulador técnico en la órbita del MEM; también necesitaba la consagración de un nuevo marco legal y regulatorio que aportara seguridad jurídica e impidiera la interferencia arbitraria del Gobierno⁵². Esto quedó reflejado tanto en el estudio de las opciones para la privatización de EEGSA llevado adelante por Price Waterhouse en 1990⁵³ como en el Informe Final confeccionado en 1993 por los expertos chilenos Juan Sebastián Bernstein y Jean Jacques Descazeaux sobre la reforma y reestructuración del sector eléctrico de Guatemala, en el que se

⁴⁷ Ver Memorial, párrafos 192-197.

⁴⁸ Ver párrafos 28-36 y 60, *infra*.

⁴⁹ Ver Alegría II, párrafo 27 (**CER-3**).

⁵⁰ Ver Memorial, párrafos 11-26.

⁵¹ Ver Alegría II, párrafos 2-10 (**CER-3**).

⁵² *Íd.*, párrafo 2. En este sentido, la Demandante advierte que, mientras que en el Memorial de Contestación la Demandada afirma que “uno de los principales objetivos de la ley era poner la determinación de las tarifas en manos de un órgano técnico que ejerciera sus funciones con autonomía propia e independencia del Poder Político”, la Demandada no produjo pruebas que sustentaran dicha afirmación, sino que se apoya completamente en las declaraciones *ipse dixit* del Sr. Enrique Moller Hernández. Ver Memorial de Contestación, párrafo 144. Si bien la Demandante solicitó todos los documentos que se le presentaron a la Comisión de Energía y Minas del Congreso en relación con el proyecto de LGE, la Demandada solamente produjo el acta oficial del Congreso, pero no produjo ninguna de las propuestas presentadas a la Comisión del Congreso, ni “los [supuestos] lineamientos del Ministerio de Energía y Minas” para el proyecto de LGE a que se refiere el Sr. Moller en su declaración de testigo. Ver Calendario de Redfern de la Demandante, Solicitud No. A.1; Declaración de Testigo de Enrique Moller Hernández, del 24 de enero de 2012 (“Moller”), párrafo 12 (**RWS-2**). Lo dicho por el Moller en el sentido de que, para la “fijación de las tarifas”, se propuso la creación de un órgano técnico “en el cual los diferentes sectores interesados en el desarrollo del sector eléctrico fueran quienes propusieran a los candidatos a integrarlo” resulta entonces totalmente infundado en el acervo documental. Moller, párrafo 13 (**RWS-2**).

⁵³ Price Waterhouse, *Estudio de la Empresa Eléctrica de Guatemala*, del 11 de enero de 1991 (**C-7**).

basaron la LGE y el RLGE⁵⁴. Como consta en el Memorial⁵⁵, en 1990 Price Waterhouse concluyó en su estudio que era demasiado pronto para privatizar EEGSA⁵⁶ y que los dos obstáculos más importantes para la privatización de dicha empresa estaban dados por la estructura regulatoria de Guatemala y la falta de confiabilidad de los suministros energéticos del país⁵⁷. Como lo señaló Price Waterhouse, “[s]i los inversionistas creen que el Gobierno aún tendrá control sobre EEGSA, aún después de los esfuerzos de privatización estarán muy reticentes a invertir” y “[e]l esquema regulatorio directamente afectará la forma en que valorarán las acciones de EEGSA, porque ello determinar[á] la rentabilidad potencial de EEGSA”⁵⁸. Como lo advirtió también Price Waterhouse, “[h]asta que se establezca un esquema regulatorio para EEGSA y se garantice su relación a largo plazo con INDE, los inversionistas vacilarían en invertir en EEGSA”⁵⁹.

16. En su Informe Final de 1993, Bernstein y Descazeaux recomendaron, de modo similar, que Guatemala reformara y reestructurara el sector eléctrico, a cuyo efecto advirtieron que “[e]l problema del posible mal funcionamiento de un organismo regulatorio en la industria

⁵⁴ Juan Sebastián Bernstein & Jean Jacques Descazeaux, *Reestructuración del Sector Energético de Guatemala: Análisis de la Descentralización y los Mecanismos de Participación Privada, Informe Final*, del mes de junio de 1993 (C-9). Como lo confirma la Demandada en el Memorial de Contestación, “a partir de 1990 (*sic*), comenzó a considerarse la posibilidad de desmonopolizar y descentralizar el sector eléctrico” y “en 1993, la Agencia de Estados Unidos para el Desarrollo Internacional (USAID) encargó a los expertos ingenieros chilenos, Ing. Bernstein y Jean Jacques Descazeaux, la preparación de un estudio de diagnóstico y propuesta de reforma para el sector”. Memorial de Contestación, párrafo 141. Como lo confirma luego la demandada, ese “estudio confirmó la conveniencia de reestructurar el sector eléctrico a fin de mejorar la eficiencia a través de la participación del sector privado en su desarrollo y operación”. *Íd.*

⁵⁵ *Ver* Memorial, párrafo 16.

⁵⁶ Price Waterhouse, *Estudio de la Empresa Eléctrica de Guatemala*, del 11 de enero de 1991, Resumen Ejecutivo (C-7). Como lo advirtió la Demandante en el Memorial, Price Waterhouse señaló cuatro factores esenciales que impedían la privatización de EEGSA, a saber (i) la dependencia continua, por parte de EEGSA, de los subsidios estatales; (ii) la falta de mecanismos regulatorios para el sector eléctrico; (iii) el bajo precio de privatización debido a la situación en que se encontraba EEGSA en aquel momento; y (iv) su dependencia del INDE, que generaba importantes riesgos de intervención del Estado. *Ver id.*; Memorial, párrafo 16.

⁵⁷ Price Waterhouse, *Estudio de la Empresa Eléctrica de Guatemala*, del 11 de enero de 1991, página 17 (C-7).

⁵⁸ *Íd.*

⁵⁹ *Íd.* Como lo advirtió la Demandante en el Memorial, respecto del valor de la tenencia del 91,7% que el INDE mantenía en EEGSA, Price Waterhouse concluyó que, “si bien se basan en valor neto de activos, las acciones de EEGSA serán valoradas en aproximadamente Q297,8 millones (alrededor de \$59,6 millones), un avalúo más apropiado con base en devengamientos indicados a un valor mucho más bajo de aproximadamente Q69,6 millones (cerca de \$13,9 millones)”. *Ver id.*, página 26; Memorial, párrafo 17.

de la energía eléctrica se ha instalado fuertemente en Guatemala”⁶⁰ y que esto “ref[orzó] la necesidad de contar con normas objetivas que definan los derechos y las obligaciones de las partes a fin de prevenir la intervención arbitraria de las entidades regulatorias”⁶¹. Como lo observaron Bernstein y Descazeaux, “a lo largo de este informe se ha destacado la necesidad de contar con reglas de juego claras para el funcionamiento y desarrollo del sector, en especial respecto de las empresas generadoras, transmisoras y distribuidoras”, lo que “implica definir los derechos, las obligaciones y los límites de los actores que participan en la industria, incluido el propio Gobierno”⁶².

17. Bernstein y Descazeaux identificaron específicamente la necesidad de impedir la interferencia arbitraria del Gobierno en la fijación de las tarifas de distribución⁶³. Como lo indicaron ambos en el Informe Final, “sería posible minimizar la intervención de un organismo regulatorio en los temas más sensibles a la regulación, como la regulación de los precios en los segmentos con características de naturaleza monopólica: la transmisión y la distribución”⁶⁴. Para lograrlo, los autores del Informe recomendaron “un Comité integrado por los Ministros de Hacienda y Energía y Minas, a los efectos de supervisar [un estudio de tarifas externo] encargado por los concesionarios y realizado por cualquier consultora prestigiosa”, lo que tendría lugar “cada 5 o 10 años”⁶⁵. También recomendaron que “[l]a función regulatoria permanente se limitaría a controlar el cumplimiento de la ley en cuestiones tales como la seguridad de las instalaciones (una función que podría asignarse al Ministerio de Energía y Minas, por ejemplo)” y que la resolución de controversias “pueda ser sometida a tribunales arbitrales designados por

⁶⁰ Juan Sebastián Bernstein & Jean Jacques Descazeaux, *Reestructuración del Sector Energético de Guatemala: Análisis de la Descentralización y los Mecanismos de Participación Privada, Informe Final*, del mes de junio de 1993, página 34 (C-9).

⁶¹ *Íd.*

⁶² *Íd.*, página 33.

⁶³ Alegría II, párrafo 3 (CER-3).

⁶⁴ Juan Sebastián Bernstein & Jean Jacques Descazeaux, *Reestructuración del Sector Energético de Guatemala: Análisis de la Descentralización y los Mecanismos de Participación Privada, Informe Final*, del mes de junio de 1993, página 34 (C-9).

⁶⁵ *Íd.*

las partes”⁶⁶. Así pues, Bernstein y Descazeaux no recomendaron la creación de un organismo regulatorio técnico con discreción para fijar las tarifas y determinar el VAD de la distribuidora sino que recomendaron que la función del ente regulatorio permanente se limitara a “controlar el cumplimiento de la ley” y que las diferencias surgidas en torno de las tarifas fueran resueltas por “tribunales arbitrales”, con integrantes a designar conjuntamente por el regulador y la distribuidora.

18. Como lo indica el profesor Alegría en su segundo dictamen jurídico⁶⁷, la versión final de la LGE incorporaba los siguientes elementos de aquella recomendación: (i) cada cinco años, la distribuidora encarga un estudio independiente del VAD para el cálculo de dicho valor; (ii) una prestigiosa consultora, precalificada por la CNEE, lleva adelante el estudio independiente del VAD mediante la utilización de una empresa modelo eficiente como referencia; (iii) la CNEE, en su calidad de organismo regulatorio permanente, supervisa el avance del estudio del VAD; y (iv) toda diferencia o discrepancia surgida entre la CNEE y la distribuidora respecto del estudio del VAD será resuelta por una Comisión Pericial compuesta por tres integrantes designados por las partes⁶⁸. De este modo, como lo señala el profesor Alegría, la LGE “tenía como objetivo garantizar que ni el distribuidor ni el Gobierno tuvieran la potestad unilateral de fijar las tarifas del distribuidor, lo cual podría resultar perjudicial para el consumidor regulado, por un lado, y para el distribuidor, por el otro”⁶⁹.

19. Ello se condice con el Informe de la Comisión del Congreso que recomendó la aprobación del proyecto de LGE⁷⁰. Como queda reflejado en dicho Informe, la Comisión del Congreso ratificó que los objetivos de la LGE consistían en establecer un marco legal y regulatorio “que proporcione certeza jurídica a la inversión pública y privada en el subsector [eléctrico] [...], que busca incentivar en condiciones de igualdad y competitividad” y que desmonopolice y despolicite “las actividades del subsector, al crear los entes y las instancias que

⁶⁶ *Íd.*

⁶⁷ Alegría II, párrafo 5 (CER-3).

⁶⁸ Ver Alegría I, párrafos 20-33 (CER-1); LGE, Arts. 71-79 (C-17).

⁶⁹ Ver Alegría II, párrafo 6 (CER-3); ver también Alegría I, párrafos 25-31 (CER-1).

⁷⁰ Informe de la Comisión de Energía y Minas del Congreso, del 19 de septiembre de 1996 (C-15).

regulan y evitan las injerencias políticas que tantas distorsiones y perjuicios han causado y pueden causar, si no se establece disposiciones legales claras y de aplicación general, que es lo que pretende precisamente esta ley, buscando ante todo el bien común”⁷¹. Sin embargo, como se expone a continuación, a raíz de la fuerte oposición política, el Congreso guatemalteco no sancionó el proyecto original de LGE recomendado por la Comisión del Congreso, ya que dicho proyecto contemplaba una CNEE con independencia estructural, que habría funcionado de manera autónoma e independiente del Organismo Ejecutivo⁷².

b. La creación de la CNEE

20. Como lo expuso la Demandante en el Memorial⁷³, la LGE creó un nuevo ente regulatorio, la CNEE, en carácter de organismo “técnico”, más que político, del MEM, con “independencia funcional” en el ejercicio de sus facultades de regulación de las distribuidoras y fijación de las tarifas de distribución⁷⁴. En el Memorial de Contestación, la Demandada afirma que “el proyecto inicial de la LGE sometido al pleno del Congreso preveía la CNEE como órgano lisa y llanamente dependiente del MEM”, pero que, “en la aprobación por artículos de la LGE, por enmienda propuesta por la Comisión de Energía del Congreso, a la CNEE se le aseguró por ley ‘independencia funcional para el ejercicio de sus atribuciones [...]’ y de sus funciones, con lo cual se fortaleció la independencia de criterio y actuación de la CNEE y sus directores”⁷⁵. Lo afirmado por la Demandada presenta de forma incorrecta el historial legislativo de la LGE.

21. Como lo explica el profesor Alegría en su segundo dictamen jurídico⁷⁶, el primer proyecto de LGE contemplaba la creación de la CNEE como organismo regulatorio técnico con personalidad jurídica propia, organismo que habría funcionado de forma autónoma y con

⁷¹ Informe de la Comisión de Energía y Minas del Congreso, del 19 de septiembre de 1996, página 1 (C-15); *ver también* Memorial, párrafo 23.

⁷² *Ver* Proyecto de Ley General de Electricidad y su Reglamento, Borrador Final, República de Guatemala, del 4 de abril de 1995, Art. 5 (C-13).

⁷³ *Ver* Memorial, párrafo 29; *ver también* Alegría I, párrafos 22-23 (CER-1).

⁷⁴ LGE, Art. 4 (C-17).

⁷⁵ Memorial de Contestación, párrafo 152 (énfasis en original).

⁷⁶ *Ver* Alegría II, párrafo 2 (CER-3).

independencia del Organismo Ejecutivo⁷⁷. Según lo establecía el artículo 5 del primer proyecto de LGE: “Los precios de los servicios de transporte y distribución de electricidad sujetos a concesión serán determinados por una Comisión Reguladora, organismo técnico al que la ley le reconoce personalidad jurídica”⁷⁸. Como lo explica el profesor Alegría⁷⁹, de conformidad con el artículo 134 de la Constitución Política de Guatemala, para la creación de una entidad autónoma y descentralizada con personalidad jurídica propia se necesita el voto favorable de dos tercios de los diputados del Congreso⁸⁰. Para que la LGE pudiera crear la CNEE como ente autónomo con personalidad jurídica propia era necesario, por ende, obtener el voto favorable de dos tercios del Congreso⁸¹. Según un informe emitido por UNCTAD en 2011 (el “Informe de UNCTAD”)⁸², y como lo ratifican artículos periodísticos publicados en la época⁸³, por la fuerte oposición política el oficialismo no logró obtener el voto favorable de dos tercios del Congreso, necesario para dotar de plena autonomía e independencia a la CNEE⁸⁴.

22. El artículo 4 del proyecto de LGE referente a la creación de la CNEE fue entonces corregido, y “la Comisión Nacional de Energía Eléctrica, en vez de ser un ente autónomo, como está contemplado en el proyecto de ley anterior, dependerá del Ministerio de Energía y Minas”⁸⁵. En su carácter de presidente del Congreso, Carlos García Regás señaló en aquel momento que “[c]on este cambio que evita totalmente la privatización del sector eléctrico, esperamos que la

⁷⁷ Ver Proyecto de Ley General de Electricidad y su Reglamento, Borrador Final, República de Guatemala, del 4 de abril de 1995, Art. 5 (C-13).

⁷⁸ Proyecto de Ley General de Electricidad y su Reglamento, Borrador Final, República de Guatemala, del 4 de abril de 1995, Art. 5 (C-13).

⁷⁹ Ver Alegría II, párrafo 12 (CER-3).

⁸⁰ Ver Constitución Política de la República de Guatemala, del 31 de mayo de 1985, modificada por el Decreto Legislativo 18-93 del 17 de noviembre de 1993 (“Constitución”), Art. 134 (C-11).

⁸¹ Ver Alegría II, párrafo 12 (CER-3).

⁸² Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, *Investment Policy Review of Guatemala*, del 4 de enero de 2011, página 81 (donde se señala que “cuando se aprobó la Ley de Electricidad, el Gobierno de turno no alcanzó la mayoría necesaria para otorgar a la nueva comisión reguladora independencia estructural completa y durante los primeros años de vida de la comisión ocurrieron episodios de interferencia”) (C-532).

⁸³ Ver *Comisión Nacional dependerá del Ministerio de Energía y Minas*, del 13 de septiembre de 1996 (C-422); *Hoy discutirán nuevo proyecto de Ley General de Electricidad*, del 17 de septiembre de 1996 (C-423).

⁸⁴ Ver Alegría II, párrafo 12 (CER-3).

⁸⁵ *Comisión Nacional dependerá del Ministerio de Energía y Minas*, del 13 de septiembre de 1996 (C-422).

ley pueda ser aprobada por unanimidad”⁸⁶. Regás también indicó que “[n]osotros no queremos que se cambie este ente autónomo, pero debido a la oposición sistemática mostrada por los diputados del FRG, no hemos tenido más remedio que hacerlo, debido a la importancia de la Ley”⁸⁷. En la tercera ronda de debate para la aprobación de la LGE, el diputado Ruano Herrera comentó, de modo similar, que era una “lástima que el día de hoy no estemos autorizando un ente autónomo, porque entonces se dispararían muchas de las dudas planteadas acá”⁸⁸. Al finalizar el debate de la tercera lectura de la LGE el 16 de octubre de 1996, se sancionó la LGE con 49 votos a favor, 23 en contra y 8 abstenciones⁸⁹.

23. El artículo 4 del proyecto de LGE, como se lo presentó el 16 de octubre de 1996, disponía lo siguiente: “Se crea la Comisión Nacional de Energía Eléctrica, en adelante la Comisión, como un órgano técnico dependiente del Ministerio [de Energía y Minas] [...]”⁹⁰. Como lo advierte Guatemala en el Memorial de Contestación⁹¹, de conformidad con lo solicitado por los integrantes de la Comisión del Congreso, se modificó el artículo 4 de modo tal de conferirle a la CNEE “independencia funcional” del MEM: “Se crea la Comisión Nacional de Energía Eléctrica, en adelante la Comisión, como un órgano técnico del Ministerio [de Energía y Minas]. La Comisión tendrá independencia funcional para el ejercicio de sus atribuciones [...]”⁹². Sin embargo, como lo advierte el profesor Alegría, aun con este cambio de último momento, “la CNEE forma parte de la estructura jerárquica del MEM, y, por lo tanto, la CNEE depende del MEM y está sujeta a la autoridad jerárquica del MEM”⁹³. En consecuencia, las resoluciones de la CNEE pueden ser impugnadas por vía administrativa mediante recursos a ser

⁸⁶ *Íd.*

⁸⁷ *Hoy discutirán nuevo proyecto de Ley General de Electricidad*, del 17 de septiembre de 1996 (C-423).

⁸⁸ Diario de las Sesiones del Congreso de la República de Guatemala, Período Ordinario 1996-1997, Diario de la Sesión No. 074 del 16 de octubre de 1996, página 102 (C-16).

⁸⁹ *Íd.*, página 108; *ver también* Congreso de la República de Guatemala, Dictamen de la Comisión de Energía y Minas del Congreso, página 1 (C-424).

⁹⁰ Diario de las Sesiones del Congreso de la República de Guatemala, Período Ordinario 1996-1997, Diario de la Sesión No. 074 del 16 de octubre de 1996, página 69 (C-16).

⁹¹ Memorial de Contestación, párrafo 152.

⁹² Diario de las Sesiones del Congreso de la República de Guatemala, Período Ordinario 1996-1997, Diario de la Sesión No. 074 del 16 de octubre de 1996, página 112 (C-16).

⁹³ Alegría II, párrafo 13 (CER-3).

resueltos por el MEM y, por ley, el MEM está facultado para modificar las resoluciones dictadas por la CNEE⁹⁴. Como lo señala el profesor Alegría, la autoridad jerárquica superior del MEM sobre la CNEE quedó confirmada por la Corte de Constitucionalidad de Guatemala, que es el más alto tribunal guatemalteco a cargo de las cuestiones constitucionales⁹⁵.

24. Según lo corrobora el Informe de UNCTAD, “cuando se aprobó la Ley de Electricidad, el Gobierno de turno no alcanzó la mayoría necesaria para otorgar a la nueva comisión reguladora independencia estructural completa y durante los primeros años de vida de la comisión ocurrieron episodios de interferencia”⁹⁶. Como también se señala en dicho informe, “es aconsejable fortalecer el aislamiento institucional del regulador respecto al ejecutivo, en línea con las mejores prácticas internacionales”, y se advierte que “[e]sto fomentaría la confianza del inversionista respecto a la ecuanimidad del equilibrio entre el interés público y los intereses privados” y “también protegería al regulador de posibles futuros cuestionamientos sobre su dependencia política”⁹⁷.

25. El hecho de que la CNEE es susceptible de recibir interferencia política quedó confirmado en un memorándum emitido por el MEM a la CNEE en 2007 respecto de las modificaciones propuestas al RLGE por la CNEE⁹⁸. Como lo advirtió el MEM en el Memorándum, el artículo 87 del RLGE “regula el denominado “Pass Through” y “garant[iza] que los costos incurridos por la generación y transporte, así como todos los ingresos serán trasladados a los usuarios finales del servicio sin más trámite que su comprobación al Regulador, en este caso la CNEE”⁹⁹. El MEM propuso modificar “el principio en el sentido que el traslado de los costos solo sería posible a través de una resolución de la [CNEE]” y, según el MEM,

⁹⁴ *Íd.*, párrafo 14; RLGE, Art. 149 (C-21).

⁹⁵ Alegría II, párrafo 14 (CER-3); Resoluciones de la Corte de Constitucionalidad en los expedientes Nos. 235-2000 y 780-2000 del 24 de mayo de 2000 y 8 de marzo de 2001 (C-443 y C-441).

⁹⁶ Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, *Investment Policy Review of Guatemala*, del 4 de enero de 2011, página 81 (C-532).

⁹⁷ *Íd.*

⁹⁸ Documento que contiene los razonamientos Técnicos, Económicos y Jurídicos acerca de los cambios que se implementan en el MEM a los proyectos de modificaciones reglamentarias presentadas por la CNEE, adjuntos a la nota de la CNEE al MEM, del 22 de enero de 2007 (C-478).

⁹⁹ *Íd.*, página 3.

“[l]os riesgos de la propuesta consisten básicamente en que la [CNEE] por ser un ente estatal, tiene una alta influencia política que en algún momento podría resolver no trasladar los costos de generación y transporte, lo que significaría la posibilidad de dejarle de pagar a los generadores y transportista, lo que a su vez posibilitaría cortes de suministro o racionamiento de los mismos”, a cuyo efecto citó “[e]l caso de Nicaragua y República Dominicana”¹⁰⁰. El MEM también señaló que “[l]a arbitrariedad de la [CNEE] en el mecanismo de ajuste de precios, en el pasado reciente en Guatemala, aún en circunstancias distintas [...] llevó a crear una presa de aproximadamente 570 MILLONES DE QUETZALES, que fue liberada al final del Gobierno pasado y que aún hoy estamos pagando”¹⁰¹. Así pues, el propio MEM reconoció que la CNEE, en su carácter de organismo estatal, puede ser objeto de “una alta influencia política” en la regulación del sector eléctrico.

26. En un intento de fortalecer la supuesta independencia de la CNEE, la Demandada destaca que, de conformidad con el artículo 5 de la LGE, los directores de la CNEE ejercen sus funciones “con absoluta independencia de criterio y bajo su exclusiva responsabilidad”¹⁰² y, por consiguiente, son personalmente responsables por los actos realizados en ejercicio de sus funciones oficiales¹⁰³. Sin embargo, la Demandada omite informar al Tribunal que, recientemente, el MEM modificó en su totalidad el reglamento interno de la CNEE mediante el Acuerdo Ministerial No. 161-2011, del 22 de agosto de 2011¹⁰⁴. Este reglamento interno incorpora un nuevo artículo 15, titulado “Protección Legal”¹⁰⁵, que dispone que la CNEE deberá sufragar los costos y gastos legales en que incurran los directores de la CNEE en la defensa de reclamos surgidos de actos realizados en ejercicio oficial de sus cargos:

¹⁰⁰ *Íd.*

¹⁰¹ *Íd.*

¹⁰² LGE, Art. 5 (C-17). Como lo advierte el profesor Alegría, lo más probable es que esta disposición resulte inconstitucional, porque contradice directamente el artículo 154 de la Constitución Política de la República de Guatemala. Alegría II, párrafo 15, nota al pie 60 (CER-3). El artículo 154 de la Constitución dispone que “los funcionarios son depositarios de la autoridad, responsables legalmente por su conducta oficial, sujetos a la ley y jamás superiores a ella”. Constitución, Art. 154 (C-11).

¹⁰³ Memorial de Contestación, párrafo 156.

¹⁰⁴ Acuerdo Ministerial No. 161-2011, del 22 de agosto de 2011 (C-542).

¹⁰⁵ *Íd.*, Art. 15.

Los directores de la [CNEE], así como las autoridades, funcionarios y empleados de la misma, tienen derecho a que la [CNEE] cubra los gastos y costas procesales que sean necesarios para su defensa, cuando en su contra se planteen juicios o demandas derivados de actas y decisiones adoptados en el ejercicio de su cargo. Lo dispuesto en el párrafo que antecede se aplicará inclusive cuando el personal descrito ya no se encuentre en el ejercicio de dichos cargos. La [CNEE] determinará el mecanismo que deba implementarse para los efectos de lo dispuesto en el presente artículo¹⁰⁶.

El profesor Alegría advierte que el anterior reglamento interno de la CNEE, aprobado por el MEM mediante el Acuerdo Ministerial No. OM-275-98¹⁰⁷, no contenía protección tal para los directores y funcionarios de la CNEE, y que la “protección jurídica general” incorporada por el Acuerdo Ministerial No. 161-2011 equivale a eliminar la responsabilidad personal que les cabe a los directores de la CNEE en virtud del artículo 5 de la LGE¹⁰⁸. Como lo indica el profesor, “[e]s irrelevante si violaron la ley o no. El Artículo 15 les ofrece indemnidad absoluta contra todos los costos y gastos legales por acciones instituidas en su contra en su capacidad oficial”¹⁰⁹.

27. El profesor Alegría también advierte que, con arreglo al artículo 155 de la Constitución Política de la República de Guatemala, toda vez que un dignatario, funcionario del gobierno o trabajador estatal, en ejercicio de su cargo oficial, viole la ley en perjuicio de ciudadanos particulares, el Estado o la institución estatal en la cual se desempeñe será solidariamente responsable por los daños y perjuicios ocasionados¹¹⁰. En consecuencia, la CNEE es solidariamente responsable por los daños ocasionados por los actos de los directores o funcionarios de la CNEE. Como lo señala el mencionado profesor, “independientemente de los actos de los Directores y los funcionarios de la CNEE, en virtud del Artículo 15 del Reglamento Interno de la CNEE, la CNEE deberá afrontar los costos de su defensa y, dado que la CNEE será solidaria y mancomunadamente responsable por los actos realizados en su capacidad oficial, los

¹⁰⁶ *Íd.*

¹⁰⁷ Acuerdo Ministerial No. OM-275-98, del 29 de julio de 1998 (C-427).

¹⁰⁸ Alegría II, párrafo 15 (CER-3).

¹⁰⁹ *Íd.*

¹¹⁰ *Íd.*, párrafo 16; Constitución, Art. 155 (C-11).

Directores y Oficiales no serán responsables por las pérdidas o daños sufridos”¹¹¹. Esto, según advierte el profesor Alegría, “elimina un fuerte incentivo de los Directores y funcionarios para rehusarse a seguir instrucciones de actuar ilegalmente, ya que incluso si se los demandara, no serán responsables por las pérdidas ni deberán afrontar siquiera los gastos de su defensa”¹¹². Así pues, no solamente la CNEE no tiene independencia estructural del Organismo Ejecutivo sino que recientemente el MEM intentó aislar a los directores y funcionarios de la CNEE de la responsabilidad personal que les impone el artículo 5 de la LGE.

c. La CNEE tiene facultades restringidas en la revisión de las tarifas de la distribuidora

28. En el Memorial, la Demandante demostró que, en consonancia con el objetivo de despolitizar el proceso de revisión tarifaria y alentar la inversión extranjera en el sector eléctrico guatemalteco, la LGE y el RLGE establecieron un marco legal y regulatorio en el cual ni la CNEE ni la distribuidora pueden calcular unilateralmente el VAD de la distribuidora¹¹³, y en el que varios actores aportan información para calcular dicho valor en función de consideraciones de índole puramente económica y técnica¹¹⁴. Como lo explicó la Demandante en el Memorial¹¹⁵, como primer paso, el artículo 79 de la LGE dispone que la CNEE debe encargar la realización de un estudio independiente para el cálculo del costo de capital de la distribuidora, que debe ubicarse entre 7% y 13% en términos reales¹¹⁶. Para calcular el componente VAD de la tarifa de la distribuidora, en virtud del artículo 74 de la LGE la empresa debe contratar a una consultora

¹¹¹ Alegría II, párrafo 16 (CER-3).

¹¹² *Íd.*

¹¹³ *Ver* Memorial, párrafos 36-44.

¹¹⁴ *Ver* Alegría I, párrafo 27 (CER-1).

¹¹⁵ *Ver* Memorial, párrafo 37.

¹¹⁶ LGE, Art. 79 (“La tasa de actualización a utilizar en la presente ley para la determinación de tarifas será igual a la tasa de costo del capital que determine la Comisión, mediante estudios contratados con entidades privadas especialistas en la materia, debiendo reflejar la tasa de costo de capital para actividades de riesgo similar en el país. Se podrán usar tasas de costo de capital distintas para las actividades de transmisión y distribución. En cualquier caso, si la tasa de actualización resultare inferior a siete por ciento real anual o bien superior a trece por ciento real anual, se aplicarán estos últimos valores, respectivamente”) (C-17). Como lo explicó la Demandante en el Memorial, si el estudio encargado por la CNEE determina que el costo de capital se ubica por fuera del rango mencionado, corresponde utilizar el punto inferior o superior del rango. *Ver* Memorial, párrafo 37; Alegría I, párrafo 25 (CER-1).

independiente precalificada por la CNEE para realizar un estudio del VAD¹¹⁷. Con arreglo al artículo 74 de la LGE, la CNEE establece los términos de referencia para el estudio del VAD de la distribuidora y supervisa su avance, pero no cuenta con la facultad de calcular por sí misma el componente VAD¹¹⁸. Con arreglo al artículo 98 del RLGE modificado, la CNEE cuenta con dos meses para aceptar o rechazar el estudio del VAD de la distribuidora y formular observaciones, y luego la distribuidora cuenta con quince días para analizar las observaciones de la CNEE y dar respuesta mediante la corrección del estudio del VAD en consonancia con las observaciones de la CNEE o con la expresión, por escrito, de su desacuerdo con las observaciones en cuestión¹¹⁹. En virtud del artículo 75 de la LGE y el texto modificado del artículo 98 del RLGE, si subsisten diferencias o discrepancias entre las partes, la CNEE y la distribuidora deben designar una Comisión Pericial integrada por tres expertos para pronunciarse sobre las diferencias¹²⁰. Como consta en el Memorial de la Demandante, el pronunciamiento de la Comisión Pericial es vinculante para las partes y debe incorporarse al estudio del VAD de la distribuidora¹²¹. Luego la

¹¹⁷ Ver Memorial, párrafo 38; LGE, Art. 74 (“Cada distribuidor deberá calcular los componentes de los VAD mediante un estudio encargado a una firma de ingeniería precalificada por la Comisión. La Comisión podrá disponer que diversos distribuidores contraten un solo estudio, si las densidades de distribución son parecidas en cada grupo y usar un solo VAD para la determinación de las tarifas de todas las empresas calificadas en un mismo grupo”) (C-17).

¹¹⁸ Ver Memorial, párrafos 39-40; LGE, Art. 74 (“Los términos de referencia del o de los estudios del VAD serán elaborados por la Comisión, la que tendrá derecho a supervisar el avance de dichos estudios”) (C-17).

¹¹⁹ Ver Memorial, párrafo 41; RLGE Modificado, Art. 98 (“[L]a Comisión, en el plazo de dos meses resolverá sobre la procedencia o improcedencia de los estudios efectuados por los consultores formulando las observaciones que considere pertinentes. El Distribuidor, a través de la empresa consultora, analizará las observaciones, efectuará las correcciones a los estudios y los enviará a la Comisión dentro del plazo de quince días de recibidas las observaciones. De persistir discrepancias entre la Comisión y el Distribuidor, se seguirá el procedimiento estipulado en el artículo 75 de la Ley”) (C-105). Como se explicó en el Memorial de la Demandante y se discute aquí más adelante, la obligación que pesaba sobre el distribuidor en función del artículo 98 del RLGE, de “enviar las correcciones” a la CNEE se cumple si el distribuidor responde a las observaciones de la CNEE en un plazo de 15 días. La postura de la Demandada en cuanto a que esta obligación exige que el distribuidor incorpore en su estudio revisado del VAD todas las observaciones efectuadas por la CNEE no resulta coherente con la LGE y el RLGE dado que, en ese caso, jamás podría haber discrepancias que subsistieran entre las partes con arreglo a lo previsto en el artículo 75 de la LGE y el artículo 98 del RLGE y, por consiguiente, jamás podría constituirse la Comisión Pericial con arreglo al artículo 75 de la LGE. Ver Memorial, párrafo 89, nota al pie 294; Alegría I, párrafo 37, nota al pie 105 (CER-1); Sección II.E.1 *infra*.

¹²⁰ Ver Memorial, párrafo 42; LGE, Art. 75 (“La Comisión revisará los estudios efectuados y podrá formular observaciones a los mismos. En caso de discrepancias formuladas por escrito, la Comisión y las distribuidoras deberán acordar el nombramiento de una Comisión Pericial de tres integrantes, uno nombrado por cada parte y el tercero de común acuerdo. La Comisión Pericial se pronunciará sobre las discrepancias, en un plazo de 60 días contados desde su conformación”) (C-17); RLGE Modificado, Art. 98 (C-105).

¹²¹ Ver Memorial, párrafo 43.

CNEE debe utilizar el VAD obtenido del estudio del VAD corregido de la distribuidora para fijar el nuevo pliego tarifario para ésta con arreglo al artículo 76 de la LGE, a cuyo efecto debe sumar el costo de la adquisición de potencia y energía al VAD de la distribuidora¹²². Como lo advirtió el profesor Alegría en su primer dictamen jurídico, “la resolución de conflictos relacionados con las variables que se deben determinar para el cálculo del VAD está [en consecuencia] en manos de expertos y ni el ente regulador ni el distribuidor tienen poder alguno para imponer su voluntad por encima del otro”¹²³.

29. En el Memorial de Contestación, Guatemala manifiesta que interpretar la LGE y el RLGE de modo tal de que la CNEE sea un mero supervisor del avance del estudio del VAD de la distribuidora es contrario a la ley, dado que “[l]a CNEE es el ente regulador con potestades específicas para determinar las tarifas y por lo tanto también para definir y aprobar el VAD”¹²⁴. Guatemala afirma además que, como el artículo 76 de la LGE exige que la CNEE estructure las tarifas de distribución y dispone que dichas tarifas deberán “reflejar en forma estricta el costo económico de adquirir y distribuir la energía eléctrica”¹²⁵, ello significa que “la CNEE como responsable de aprobar las tarifas debe asegurarse de que éstas reflejen un VAD adecuado (el costo económico de distribuir la energía eléctrica)”¹²⁶. Así, Guatemala equipara el establecimiento de las tarifas de la distribuidora con el cálculo del VAD de la empresa y da por sentado que, como la CNEE es el ente regulatorio a cargo del cálculo y la publicación de las tarifas de la distribuidora, también cuenta con la facultad y discreción de determinar unilateralmente el VAD de la empresa (que es uno de los componentes de la tarifa de la distribuidora. Como lo explica el profesor Alegría en su segundo dictamen jurídico, se trata de un razonamiento con vicios insalvables y contrario a las disposiciones expresas de la LGE¹²⁷.

¹²² *Ver id.*; LGE, Art. 76 (“La Comisión usará los VAD y los precios de adquisición de energía, referidos a la entrada de la red de distribución, para estructurar un conjunto de tarifas para cada adjudicatario. Estas tarifas deberán reflejar en forma estricta el costo económico de adquirir y distribuir la energía eléctrica”) (C-17).

¹²³ Alegría I, párrafo 31 (CER-1).

¹²⁴ Memorial de Contestación, párrafo 171.

¹²⁵ LGE, Art. 76 (C-17); *ver también* Memorial de Contestación, párrafo 167.

¹²⁶ Memorial de Contestación, párrafo 167.

¹²⁷ Alegría II, párrafos 20-43 (CER-3).

30. Como se señaló precedentemente, en virtud del artículo 4(c) de la LGE, una de las facultades de la CNEE radica en “[d]efin[ir] 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”¹²⁸. Sin embargo, como lo explica Alegría, “el Artículo 74 [de la LGE] establece una disposición especial respecto del cálculo de un elemento de las tarifas del distribuidor (el componente del VAD), [y] dicha disposición prevalece [entonces] sobre el Artículo 4(c) de la LGE, una cláusula de naturaleza general relativa a la facultad de la CNEE de fijar las tarifas de distribución”¹²⁹. Como lo advierte el profesor Alegría, “[l]os términos literales del Artículo 74 son claros: el Distribuidor es el ente en el cual la ley delega la tarea de calcular los componentes del VAD mediante un estudio realizado por una consultora independiente precalificada por la CNEE”¹³⁰. En efecto, la Demandada no cuestiona este punto en su Memorial de Contestación, sino que reconoce expresamente que “[e]n el caso de Guatemala, la LGE eligió que sea el distribuidor el que realice el estudio, y que el regulador tenga el derecho de comentar, aprobar o desaprobar el estudio” y que “[l]a razón principal para delegar esta tarea al distribuidor es que el distribuidor en principio está mejor posicionado para acceder a la información y documentación necesaria para realizar el estudio”¹³¹. Como comenta la Demandada, “[e]ste mecanismo evita básicamente una intervención directa en la empresa por parte del regulador en la búsqueda y recolección de información, la cual sería necesaria en el caso que fuera el regulador quien realizara el estudio del VAD”¹³².

31. Contrariamente a los dichos de Guatemala, la facultad amplia de la CNEE de fijar las tarifas de la distribuidora con arreglo al artículo 4(c) de la LGE no significa entonces *ipso facto* que la CNEE esté facultada para determinar el VAD de la distribuidora y tenga discreción para ello. De modo similar, la autoridad de la CNEE con arreglo a los artículos 61 y 76 de la

¹²⁸ LGE, Art. 4(c) (C-17); ver párrafo 14 *supra*.

¹²⁹ Alegría II, párrafo 22 (CER-3). Como lo explica el profesor Alegría, de conformidad con el artículo 13 de la Ley del Organismo Judicial, “[l]as disposiciones especiales de las leyes prevalecen sobre las disposiciones generales”. Ver *id.*, párrafo 43 (donde se cita el Decreto 2-89 del Congreso de la República (“Ley del Organismo Judicial”), vigente desde el 31 de diciembre de 1990, Art. 13 (C-6)).

¹³⁰ Alegría II, párrafo 18 (CER-3).

¹³¹ Memorial de Contestación, párrafo 194.

¹³² *Íd.*

LGE para calcular las tarifas de la distribuidora mediante la suma del costo de adquisición de potencia y energía al VAD de la empresa no significa que la CNEE esté autorizada a calcular el VAD de la distribuidora¹³³. Como lo advierte Miguel Calleja en su segunda declaración de testigo¹³⁴, el artículo 76 de la LGE dispone que la CNEE “*usará* los VAD y los precios de adquisición de energía, referidos a la entrada de la red de distribución, para estructurar un conjunto de tarifas para cada adjudicatario”¹³⁵. Entonces, la CNEE no “determina” por sí misma el VAD sino que debe “usar” el VAD calculado en el estudio de la consultora para estructurar un conjunto de tarifas para cada empresa distribuidora¹³⁶. Así queda también confirmado en el acervo documental de este caso. Como lo refleja el intercambio de mensajes de correo electrónico efectuado con fecha 22 de mayo de 2007 entre la CNEE y el Sr. Alfred Campos, que fue uno de los consultores de la CNEE durante la revisión tarifaria de EEGSA para el período 2008-2013, la CNEE advirtió que el estudio del VAD de la distribuidora “es realizado por el consultor y respaldado por la Distribuidora” y que la “firma precalificada es la responsable del mismo (según el artículo 74 de la Ley, el estudio lo realiza la empresa precalificada)”¹³⁷, mientras que el Sr. Campos confirmó su entendimiento de que, “[r]especto de la responsabilidad por el estudio, mi interpretación del art. 74 de la Ley es que la obligación del cálculo del VAD (y por lo tanto de lo que se entregue a la CNEE) es del Distribuidor”¹³⁸. La CNEE no se expresó en desacuerdo¹³⁹. Así queda corroborado además por los comentarios efectuados por Campos a las observaciones de EEGSA respecto de los términos de referencia (“TdR”) emitidos por la CNEE para la revisión tarifaria 2008-2013¹⁴⁰. Como lo refleja dicho documento, Campos advirtió que,

¹³³ Ver LGE, Arts. 61 y 76 (C-17).

¹³⁴ Calleja II, párrafo 4 (CWS-9).

¹³⁵ LGE, Art. 76 (énfasis añadido) (C-17).

¹³⁶ Calleja II, párrafo 4 (CWS-9).

¹³⁷ Correo electrónico de A. Campos a A. García, del 22 de mayo de 2007, página 2 (C-484).

¹³⁸ *Íd.*, página 1.

¹³⁹ Ver correo electrónico de A. Campos a A. García, del 22 de mayo de 2007, página 1 (C-484).

¹⁴⁰ Correo electrónico de A. Campos a A. García, J.F. Orozco, M. Santizo, M. Peláez, M. Estrada, D. Herrera y M. Ixmucane Cordova, del 16 de mayo de 2007, al que se adjuntan los Términos de Referencia de Estudios de VAD y Respuestas a Comentarios de EEGSA (C-483).

de conformidad con el artículo 74 de la LGE, “[p]arece claro que es el Distribuidor el responsable directo del cálculo [del VAD] a través de una firma consultora”¹⁴¹.

32. Como lo explicó la Demandante en su Memorial¹⁴², el artículo 98 del RLGE, modificado por el Acuerdo Gubernativo No. 68-2007 del 2 de marzo de 2007¹⁴³, incorporó dos estrechas excepciones al procedimiento previsto en los artículos 74 y 75 de la LGE y estableció, por primera vez, que la CNEE podía utilizar su propio estudio del VAD para fijar el nuevo pliego tarifario de la distribuidora si se encontraban dadas determinadas condiciones. Como se explica en el Memorial de la Demandante y en el primer dictamen jurídico del profesor Alegría¹⁴⁴, esta modificación contraviene las disposiciones expresas de la LGE, que le confieren a la distribuidora, y no a la CNEE, la facultad de encargar un estudio para el cálculo del VAD y, por ese motivo, resulta inconstitucional en el derecho guatemalteco. Dejando esto a un lado, el artículo 98 del RLGE en su versión modificada permite que la CNEE se base en su propio estudio del VAD para calcular las tarifas de la distribuidora únicamente en dos circunstancias limitadas, a saber: (i) cuando la distribuidora omite presentar el estudio del VAD; y (ii) cuando, después de presentado el estudio del VAD por la distribuidora y de efectuadas observaciones al mismo por parte de la CNEE, la distribuidora omite responder a las observaciones de la CNEE con la corrección del estudio en consonancia con las observaciones efectuadas o con la expresión escrita de su desacuerdo con las observaciones¹⁴⁵. Como lo confirma el profesor Alegría en su segundo dictamen jurídico y como se analiza más adelante, una vez que la distribuidora presenta su estudio del VAD y responde a las observaciones de la CNEE, a la CNEE le queda entonces vedado publicar las nuevas tarifas de la distribuidora en función de su propio estudio del VAD, aun si el estudio del VAD de la distribuidora no fue corregido de modo tal de incorporar la totalidad de las observaciones efectuadas por la CNEE¹⁴⁶. En esa circunstancia, se declararía la

¹⁴¹ *Íd.*, página 3.

¹⁴² *Ver* Memorial, párrafo 89; Alegría I, párrafo 37 (**CER-1**).

¹⁴³ Acuerdo Gubernativo 68-2007, del 2 de marzo de 2007 (**C-104**).

¹⁴⁴ *Ver* Memorial, párrafos 84-93; Alegría I, párrafos 53-40 (**CER-1**).

¹⁴⁵ RLGE Modificado, Art. 98 (**C-105**).

¹⁴⁶ Alegría II, párrafo 35 (**CER-3**); *infra*, párrafos 35-36.

existencia de discrepancias con arreglo al artículo 75 de la LGE y se designaría una Comisión Pericial para resolver la diferencia¹⁴⁷.

33. En otro intento de justificar su postura de que la CNEE tiene autoridad y discreción, con arreglo a la LGE y el RLGE, para determinar el VAD de la distribuidora, la Demandada sostiene en el Memorial de Contestación que la “LGE por su parte define exactamente qué costos deben ser aprobados por la CNEE a fin de determinar las tarifas” y que “Reglamento define específicamente qué costos no deben ser reconocidos y le otorga a la CNEE discreción de rechazar aquellos costos que ésta considere no apropiados para la actividad o excesivos” con arreglo al artículo 83 del RLGE¹⁴⁸. De modo similar, el perito de Guatemala en temas jurídicos, Juan Luis Aguilar Salguero, afirma en su dictamen jurídico que “[r]especto de la responsabilidad de la CNEE en la aprobación de los estudios del VAD (estudios tarifarios), cabe señalar, por ejemplo, las siguientes disposiciones del Reglamento: [...] El Artículo 83 [del RLGE], que especifica la responsabilidad de la CNEE en la determinación de los costos que se incluirán en el VAD: ‘no se incluirán como costos de suministro [...] costos que a criterio de la Comisión, sean excesivos o no correspondan al ejercicio de la actividad’”¹⁴⁹. Sin embargo, como lo explica el profesor Alegría en su segundo dictamen jurídico, la Demandada se equivoca al invocar el artículo 83 del RLGE, dado que dicho artículo no se refiere al cálculo del VAD de la distribuidora si no a otros costos no relacionados¹⁵⁰.

34. De conformidad con el artículo 71 de la LGE, las Tarifas Base para los consumidores finales del servicio de distribución final las calcula la CNEE como la suma de: (i) el precio ajustado de todas las compras de energía y potencia de la distribuidora, y (ii) el VAD¹⁵¹. Respecto del precio ajustado de las compras de energía y potencia, es decir, el primer componente de las Tarifas Base, la CNEE lo calcula mediante la aplicación de las reglas

¹⁴⁷ LGE, Art. 75 (C-17).

¹⁴⁸ Memorial de Contestación, párrafo 165 (énfasis en original).

¹⁴⁹ Informe Pericial Legal de Juan Luis Aguilar Salguero, del 18 de enero de 2012 (“Aguilar”), párrafo 33 (RER-3).

¹⁵⁰ Alegría II, párrafos 24-25 (CER-3).

¹⁵¹ LGE, Art. 71 (C-17) (“Las tarifas a consumidores finales de servicio de distribución final, en sus componentes de potencia y energía, serán calculadas por la Comisión como la suma del precio ponderado de todas las compras del distribuidor, referidas a la entrada de la red de distribución y del Valor Agregado de Distribución - VAD”).

previstas en los artículos 79 a 90 del RLGE, referentes a los costos reales en que incurre la distribuidora en la compra de energía y potencia¹⁵². Como lo confirma el profesor Alegría, estos costos no se obtienen del estudio del VAD de la distribuidora y no son los costos de una empresa modelo eficiente sino que representan los costos reales en que incurre la distribuidora para la compra de electricidad para su distribución, costos que en la tarifa se trasladan a los consumidores finales¹⁵³. La facultad de que goza la CNEE con arreglo al artículo 83 del RLGE para excluir ciertos costos como costos de suministro en el cálculo de las Tarifas Base de la distribuidora no influye en la cuestión de quién está facultado a calcular el VAD de la distribuidora¹⁵⁴. El artículo 83 del RLGE no le confiere entonces a la CNEE la “discreción de rechazar aquellos costos que ésta considere no apropiados para la actividad o excesivos” en el estudio del VAD de la distribuidora, como lo sostiene la Demandada¹⁵⁵, porque dicha disposición no resulta de aplicación al cálculo del VAD de la empresa.

35. Por otra parte, como lo señala el profesor Alegría en su segundo dictamen jurídico¹⁵⁶, el hecho de que la CNEE deba “aprobar” el estudio del VAD de la distribuidora con arreglo a los artículos 92 y 99 del RLGE¹⁵⁷ no significa que la CNEE tenga discreción irrestricta para determinar el VAD de la empresa, como lo afirma la Demandada en el Memorial de

¹⁵² RLGE, Arts. 79-90 (C-21); *ver también* RLGE, Art. 86 (C-21) (“Antes del 31 de marzo de cada año, el ANM presentará a la [CNEE] el cálculo de los precios de energía y potencia para ser trasladados a las tarifas para cada uno de los Distribuidores. La metodología de cálculo será establecida en el Reglamento Específico del Administrador del Mercado Mayorista, y se basará en los siguientes criterios: a) Para el precio de la potencia se utilizará el costo asociado a los Contratos Existentes y/o a los nuevos contratos por licitación abierta. b) Para la energía se utilizará el precio proyectado de la energía en el MM. La [CNEE] aprobará o improbará dicho cálculo. En caso de improbarla solicitará al AMM el recálculo correspondiente. [...]”).

¹⁵³ Alegría II, párrafo 25 (CER-3).

¹⁵⁴ *Ver* RLGE, Art. 83 (C-21) (“No se incluirán como costos de suministro, para el cálculo de las Tarifas Base: los costos financieros, depreciación de equipos, los costos relacionados con las instalaciones de generación que posea el Distribuidor, los costos asociados a instalaciones de alumbrado público, las cargas por exceso de demanda respecto a la contratada que se establezcan en el Reglamento Específico del Administrador del Mercado Mayorista, todo pago adicional a la potencia convenida en los contratos de compra de potencia, y otros costos que a criterio de la Comisión, sean excesivos o no correspondan al ejercicio de la actividad”).

¹⁵⁵ Memorial de Contestación, párrafo 165.

¹⁵⁶ Alegría II, párrafo 26 (CER-3).

¹⁵⁷ RLGE, Arts. 92, 99 (C-21).

Contestación¹⁵⁸. Como lo explicó la Demandante en el Memorial y lo confirma el profesor Alegría en su segundo dictamen jurídico¹⁵⁹, si la CNEE coincide con el estudio del VAD realizado por la consultora de la distribuidora, procederá a aprobarlo sin efectuar observaciones con arreglo al artículo 75. Si la CNEE no coincide con el estudio del VAD, está habilitada a efectuar observaciones al amparo del artículo 75 de la LGE¹⁶⁰. De conformidad con el artículo 98 del RLGE, si, por medio de la consultora, la distribuidora no está de acuerdo con las observaciones efectuadas por la CNEE (es decir, la consultora no incorpora al estudio todas las correcciones correspondientes a las observaciones), entonces se deja constancia de las discrepancias por escrito y se designa una Comisión Pericial para resolverlas, según lo exige el artículo 75 de la LGE¹⁶¹. Una vez que la Comisión Pericial se expide sobre las discrepancias, el estudio del VAD, que debe corregirse a efectos de incorporar los pronunciamientos de la Comisión Pericial, debe ser aprobado por la CNEE y la CNEE debe proceder a fijar las nuevas tarifas de la distribuidora en función de los resultados de ese estudio¹⁶².

36. La postura de la Demandada de que, de conformidad con el artículo 75 de la LGE y el artículo 98 del RLGE, las observaciones efectuadas por la CNEE al estudio del VAD de la distribuidora son de carácter obligatorio, y los pronunciamientos de la Comisión Pericial sobre las discrepancias no son sino opiniones consultivas que la CNEE puede o no tomar en consideración a los efectos de determinar el VAD de la empresa, carece de todo fundamento¹⁶³. Como se expone luego, esta interpretación frustra el fin de la Comisión Pericial y resulta contraria tanto al artículo 75 de la LGE como al artículo 98 del RLGE, que contemplan expresamente la posibilidad de que la distribuidora esté en desacuerdo con las observaciones efectuadas por la CNEE y disponen que, en caso de subsistir discrepancias entre la CNEE y la distribuidora, se las someterá a la Comisión Pericial para su resolución.

¹⁵⁸ Memorial de Contestación, párrafo 203.

¹⁵⁹ Ver Memorial, párrafo 41; Alegría II, párrafo 26 (CER-3).

¹⁶⁰ LGE, Art. 75 (C-17); RLGE, Art. 98 (C-21).

¹⁶¹ Alegría II, párrafo 26 (CER-3).

¹⁶² *Íd.*

¹⁶³ Ver Memorial de Contestación, párrafos 204-205, 206-213.

d. Las decisiones de la Comisión Pericial respecto del estudio del VAD de la distribuidora son vinculantes y las CNEE no puede desestimarlas

37. En el Memorial, la Demandante demostró que, con arreglo al artículo 75 de la LGE y el artículo 98 del RLGE, la función de la Comisión Pericial consiste en pronunciarse sobre las discrepancias que subsistan entre la CNEE y la distribuidora respecto del estudio del VAD de esta última, una vez que la CNEE haya efectuado las observaciones al estudio y que la distribuidora haya respondido con las correcciones del mismo¹⁶⁴. La Demandante demostró además que el pronunciamiento de la Comisión Pericial sobre las discrepancias es vinculante para las partes y se lo debe incorporar al estudio del VAD de la distribuidora, que la CNEE luego debe utilizar para fijar el nuevo pliego tarifario de la empresa con arreglo al artículo 76 de la LGE, mediante la suma del costo de adquisición de potencia y energía al VAD resultante¹⁶⁵. Así, como se expuso en el Memorial de la Demandante, la CNEE no está autorizada a pasar por alto los pronunciamientos de la Comisión Pericial simplemente por no estar de acuerdo con la forma en que la Comisión Pericial haya resuelto las discrepancias, ya que conferirle esa potestad a la CNEE viciaría el rol de la Comisión Pericial y “deja[ría] al distribuidor a merced del regulador, resultado que la LGE pretendía evitar”¹⁶⁶.

38. En el Memorial de Contestación, la Demandada cuestiona la descripción que hace la Demandante del rol que cumple la Comisión Pericial en el proceso de revisión de las tarifas¹⁶⁷. Primero la Demandada aduce que, como el “artículo 98 del Reglamento [...] establece la obligación del consultor de ‘efectuar’ las correcciones requeridas por la CNEE para ajustar el estudio a los Términos de Referencia, es evidente que las únicas discrepancias que pueden subsistir son (i) si el distribuidor realizó o no las modificaciones; o (ii) si las realizó correctamente”¹⁶⁸. Según la Demandada, “[e]n el caso de que la Comisión Pericial se pronuncie en el sentido que algunas o todas las observaciones de la CNEE no han sido incorporadas en el

¹⁶⁴ Ver Memorial, párrafos 41-42; Alegría I, párrafo 31 (CER-1).

¹⁶⁵ Ver Memorial, párrafo 43; Alegría I, párrafos 76-78 (CER-1).

¹⁶⁶ Alegría I, párrafo 78 (CER-1); ver también Memorial, párrafo 215.

¹⁶⁷ Ver Memorial de Contestación, párrafos 206-213.

¹⁶⁸ *Íd.*, párrafo 207.

estudio de manera tal de cumplir con los Términos de Referencia, la CNEE tiene la facultad de rechazar el estudio presentado por el distribuidor a los fines de establecer el pliego tarifario”, y “si la Comisión Pericial determina que las observaciones de la CNEE no son justificadas, su pronunciamiento será uno de los elementos que la CNEE deberá tomar en cuenta al fijar al nuevo pliego tarifario teniendo en cuenta dicho pronunciamiento”¹⁶⁹. Luego la Demandada alega que la forma reflexiva “se pronunciará” empleada en el artículo 75 de la LGE no significa “*shall rule*”, sino “*to declare oneself*” o “*to give one’s opinion on*” y que, así, la Comisión Pericial “se pronuncia, en tanto que panel *ad hoc* de expertos, sobre las cuestiones puestas a su consideración” y su pronunciamiento “no es un ‘*ruling*’ y ‘*does not resolve*’ en el sentido de decisión de un órgano jurisdiccional”¹⁷⁰. Más bien, según la Demandada, el pronunciamiento de la Comisión Pericial sirve simplemente “para informar la decisión del órgano que, por mandato legal, tiene la potestad de fijar las tarifas, la CNEE”, que “considera la totalidad del estudio tarifario y procede a determinar las tarifas”¹⁷¹. En sustento de su postura, la Demandada afirma que la Comisión Pericial no puede “sustituir a la CNEE en la determinación de la metodología, la potestad de aprobar o rechazar costos y, en general, aprobar o rechazar el estudio tarifario”¹⁷². Las alegaciones de la Demandada son infundadas.

39. En primer lugar, como lo confirma el profesor Alegría, las discrepancias sobre las cuales se puede pronunciar la Comisión Pericial no tienen que ver simplemente con que la distribuidora haya o no implementado o haya o no incorporado de forma apropiada las correcciones solicitadas por la CNEE, como sostiene la Demandada¹⁷³, sino que también se refieren (y es lo más probable que así sea) a que directamente se deba implementar las correcciones que pide la CNEE, vistos la LGE y el RLGE¹⁷⁴. Como se señaló precedentemente, ello obedece a que las correcciones pedidas por la CNEE en las observaciones no son

¹⁶⁹ *Íd.*, párrafo 210.

¹⁷⁰ *Íd.*, párrafo 211.

¹⁷¹ *Íd.*

¹⁷² *Íd.*, párrafo 213.

¹⁷³ *Íd.*, párrafo 207.

¹⁷⁴ *Ver Alegría II*, párrafo 36 (CER-3).

obligatorias sino que la distribuidora las puede cuestionar al responder a esas observaciones¹⁷⁵. Como lo demostró la Demandante en el Memorial¹⁷⁶, así está contemplado en el artículo 98 del RLGE, tanto en su versión original como en su versión modificada, que dispone que la distribuidora, por medio de su consultora, analizará las observaciones, incorporará las correcciones a los estudios, los entregará a la CNEE dentro de los quince días de recibidas las observaciones y, de subsistir discrepancias entre la CNEE y la distribuidora, se seguirá el procedimiento previsto en el artículo 75 de la LGE (es decir, el proceso de la Comisión Pericial)¹⁷⁷. En efecto, como lo advirtió la Demandante en el Memorial¹⁷⁸, si la distribuidora estuviera obligada a aceptar todas las correcciones solicitadas por la CNEE, jamás podría haber discrepancias que subsistieran entre la CNEE y la distribuidora con arreglo al artículo 75 de la LGE y el artículo 98 del RLGE, y jamás podría constituirse la Comisión Pericial según lo previsto en el artículo 75 de la LGE.

40. La postura de la Demandada de que la distribuidora está obligada a incorporar la totalidad de las correcciones solicitadas por la CNEE en las observaciones también queda contradicha expresamente por los TdR modificados para el estudio del VAD de EEGSA correspondiente al período tarifario 2008-2013, establecidos en la Resolución No. CNEE 124-2007¹⁷⁹. El artículo 1.8 de los TdR dispone que, como lo contempla el artículo 98 de la RLGE, “la CNEE dispondrá de un plazo de dos (2) meses para evaluar el Informe Final del Estudio, presentado por la Distribuidora” y que, “[c]omo resultado de la evaluación, la CNEE formulará las observaciones que considere pertinentes”¹⁸⁰. El artículo 1.8 dispone además que el “Distribuidor deberá analizar las observaciones, *efectuar las correcciones que considere*

¹⁷⁵ *Ver id.*

¹⁷⁶ *Ver* Memorial, párrafos 193, 208; *ver también* Alegría I, párrafo 67 (CER-1).

¹⁷⁷ RLGE, Art. 98 (“El Distribuidor, a través de las empresas consultoras, analizará las observaciones, efectuará las correcciones a las tarifas y sus fórmulas de ajuste, y enviará el estudio corregido a la Comisión en el plazo de quince días de recibidas las observaciones”) (C-21); RLGE Modificado, Art. 98 (“El Distribuidor, a través de la empresa consultora, analizará las observaciones, efectuará las correcciones a los estudios y los enviará a la Comisión dentro del plazo de quince días de recibidas las observaciones”) (C-105).

¹⁷⁸ *Ver* Memorial, párrafo 194; *ver también* Alegría I, párrafo 67 (CER-1).

¹⁷⁹ *Ver* Alegría II, párrafo 33 (CER-3); Resolución CNEE 124-2007, del 9 de octubre de 2007 (C-127).

¹⁸⁰ Resolución CNEE 124-2007, del 9 de octubre de 2007, Art. 1.8 (C-127).

pertinentes y enviar a la CNEE, dentro de los quince (15) días de recibidas las observaciones, el Informe Final del Estudio eventualmente Corregido”¹⁸¹. Así pues, en los TdR de EEGSA, la CNEE reconoció expresamente que la distribuidora no está obligada a efectuar las correcciones que no considere apropiadas¹⁸². Como se analiza luego, si bien en el Memorial de Contestación la Demandada sostiene que “el consultor tiene libertad de decidir la manera ‘pertinente’ en que los cambios deben ser implementados en el estudio, pero no de elegir no implementarlos”¹⁸³, esta interpretación se contradice directamente con el texto expreso del artículo. Como lo advierte el Sr. Calleja en su segunda declaración de testigo, “el artículo 1.8 no establece que el distribuidor deba hacer las correcciones de la ‘manera’ que considere apropiada, sino que prevé que el distribuidor deberá ‘efectuar las correcciones que considere pertinentes’”¹⁸⁴. Como también lo advierte Calleja, “ello condice con la LGE, dado que, de conformidad con los TdR de 2007, para que persistan discrepancias entre las partes (y se conforme la Comisión Pericial), el distribuidor debe haberse negado a incorporar alguna de las observaciones de la CNEE a su estudio del VAD corregido”¹⁸⁵, al haber determinado que la incorporación de dichas correcciones no sería apropiada.

41. El hecho de que la función que le compete a la Comisión Pericial en virtud del artículo 75 de la LGE no se limita a determinar si la distribuidora implementó la totalidad de las correcciones que le solicitara la CNEE en las observaciones también queda ilustrado en los TdR por los que se rigió el estudio del VAD de EEGSA para la revisión tarifaria del período 2003-2008. Como lo reflejan los TdR de 2002, de conformidad con estos términos la consultora de EEGSA debía corregir el estudio del VAD de modo tal de incorporar todas las observaciones de la CNEE¹⁸⁶. No obstante, los TdR de 2002 dejaban en claro que EEGSA tenía el derecho a

¹⁸¹ *Íd.* (énfasis añadido).

¹⁸² *Ver* Alegría II, párrafos 33-34 (**CER-3**).

¹⁸³ Memorial de Contestación, párrafo 313.

¹⁸⁴ Calleja II, párrafo 19 (**CWS-9**).

¹⁸⁵ *Íd.*; *ver también* Maté II, párrafo 14 (“si EEGSA estuviera obligada a incorporar todas las observaciones de la CNEE, nunca ‘persistirán’ discrepancias entre las partes, es decir, discrepancias surgidas a raíz de la decisión del consultor de rechazar las observaciones de la CNEE, lo que haría que el Artículo 75 de la LGE y el proceso de la Comisión Pericial se tornaran innecesarios y carecieran de todo sentido”) (**CWS-12**).

¹⁸⁶ Resolución CNEE-88-2002, del 23 de octubre de 2002 (**C-59**), Art. A.6.4.

oponerse a las observaciones de la CNEE y disponía expresamente que “[c]uando los resultados intermedios reelaborados por la CONSULTORA sean rechazados por la DISTRIBUIDORA con un debido fundamento, se dejará constancia clara, concreta y expresa de los montos o valores de los resultados intermedios donde exista discrepancia o desacuerdo”¹⁸⁷. Los TdR también disponían que “[e]s sobre estas diferencias intermedias [...] sobre las que se pronunciará la Comisión Pericial a que se refiere el artículo 75 de la Ley, en el caso eventual de que, al final del proceso de revisión tarifaria, subsistiesen diferencias entre la CNEE y la DISTRIBUIDORA, que tuviesen que ser conciliadas por parte de la Comisión Pericial anteriormente mencionada”¹⁸⁸. De este modo, si se hubiera constituido una Comisión Pericial en relación con el estudio del VAD de EEGSA para el período tarifario 2003-2008, la función de dicha Comisión habría sido la de conciliar las diferencias entre las partes, al determinar la postura de cuál de ellas era la correcta; esta función no se habría limitado a determinar si las observaciones efectuadas por la CNEE habían sido correctamente incorporadas al estudio del VAD de la distribuidora, como ahora lo sostiene la Demandada en el presente arbitraje.

42. Por otra parte, el hecho de que la Comisión Pericial cuenta con la facultad de pronunciarse sobre las discrepancias entre las partes con arreglo al artículo 75 de la LGE y de que su función no se limita a determinar si las observaciones efectuadas por la CNEE fueron correctamente incorporadas al estudio del VAD de la distribuidora no importa sustituir a la CNEE con la Comisión Pericial, como lo aduce la Demandada¹⁸⁹. La Comisión Pericial no calcula el VAD de la distribuidora. Tampoco fija los nuevos pliegos tarifarios de la distribuidora con arreglo al artículo 76 de la LGE. La única función de la Comisión Pericial consiste en pronunciarse sobre las discrepancias existentes entre las partes en torno de los componentes del VAD de la distribuidora, potestad que le fuera conferida expresamente en la LGE¹⁹⁰.

43. En segundo lugar, en lo que se refiere al carácter vinculante del pronunciamiento de la Comisión Pericial sobre las discrepancias, el planteo de la Demandada de que “[l]a correcta

¹⁸⁷ *Íd.*, A.6.5.

¹⁸⁸ *Íd.*

¹⁸⁹ *Ver* Memorial de Contestación, párrafo 213.

¹⁹⁰ *Ver* Alegría II, párrafos 30-31 (**CER-3**).

traducción de la acepción reflexiva del verbo ‘pronunciarse’ es ‘to pronounce oneself’, ‘to declare oneself’ o ‘to give one’s opinion on’ (e.g. in favor of or against a proposal)”¹⁹¹ es manifiestamente incorrecto. Como lo explicó la Demandante en el Memorial¹⁹², el Diccionario de la Real Academia Española, al que deben remitirse los juzgados guatemaltecos al interpretar términos no definidos en la legislación pertinente¹⁹³, ofrece seis acepciones para el verbo español “*pronunciar*,” incluidas las de “determinar, resolver” y “publicar la sentencia o auto”, y ambas llevan la connotación de una decisión vinculante¹⁹⁴. Como también lo advierte el profesor Alegría en sus dictámenes jurídicos¹⁹⁵, la definición “publicar la sentencia o auto” va precedida de la abreviatura “*Der.*”, que corresponde a “*derecho*”, lo que significa que es la acepción que corresponde utilizar en el contexto jurídico¹⁹⁶. El significado que la Demandada le atribuye al término “pronunciar” (*i.e.*, “declararse o mostrarse a favor o en contra de algo”), por el contrario, no va precedido de la abreviatura “*Der.*” y se aplica cuando una persona se “pronuncia” sobre su postura sobre un tema dado, por contraposición a los casos en que un tercero pronuncia una decisión sobre un tema discutido, como lo hace la Comisión Pericial de conformidad con el artículo 75 de la LGE¹⁹⁷.

44. Como lo explica el profesor Alegría, el verbo “pronunciarse” también está utilizado en otros artículos de la LGE y el RLGE con el sentido de decisión final y vinculante¹⁹⁸. Por ejemplo, en el artículo 6 de la LGE, se define el término “Evaluación de impacto ambiental” como “procedimiento mediante el cual la autoridad competente se pronuncie sobre el impacto ambiental de un proyecto”¹⁹⁹. Dicho pronunciamiento, al igual que el de la Comisión Pericial

¹⁹¹ Memorial de Contestación, párrafo 211 (se omitieron las citas internas).

¹⁹² Memorial, párrafo 213; *ver también* Alegría I, párrafo 76 (CER-1).

¹⁹³ Alegría II, párrafo 38 (CER-3); Alegría I, párrafo 76 (CER-1).

¹⁹⁴ Diccionario de la Real Academia Española, 2001, definición del verbo “*pronunciar*” (C-50).

¹⁹⁵ Alegría II, párrafo 38 (CER-3); Alegría I, párrafo 76 (CER-1).

¹⁹⁶ Diccionario de la Real Academia Española, 2001, definición del verbo “*pronunciar*” (C-50); Alegría II, párrafo 38 (CER-3); Alegría I, párrafo 76 (CER-1).

¹⁹⁷ Diccionario de la Real Academia Española, 2001, definición del verbo “*pronunciar*” (C-50); Alegría II, párrafo 38 (CER-3); Alegría I, párrafo 76 (CER-1).

¹⁹⁸ Alegría II, párrafo 38 (CER-3); Alegría I, párrafo 76 (CER-1).

¹⁹⁹ LGE, Art. 6 (C-17).

con arreglo al artículo 75 de la LGE, es una decisión final y vinculante y no una mera opinión consultiva²⁰⁰. Ciertas disposiciones del RLGE también utilizan el verbo “pronunciarse” en referencia a una decisión o resolución vinculante²⁰¹. Por ejemplo, el artículo 27 del RLGE dispone que “[u]na vez presentada la solicitud de transferencia al Ministerio, con toda la información requerida, éste tendrá un plazo de dos meses para autorizar o no la transferencia” y que, “[s]i vencido este plazo el Ministerio no se ha pronunciado, se entenderá dada la aprobación para la transferencia”²⁰². Como lo explica el profesor Alegría, en este contexto, el “pronunciamiento” del Ministerio sobre la transferencia solicitada no es consultivo, sino vinculante²⁰³.

45. Por otra parte, como lo explica el profesor Alegría en su segundo dictamen jurídico²⁰⁴, la Ley de Electricidad de Chile y su Reglamento, que sirvieron de modelo para la LGE y el RLGE, también emplean el verbo “pronunciar” en el contexto de una decisión vinculante²⁰⁵. El Sr. Bernstein, que redactó tanto el Informe Final de 1993 en el que se basaron la LGE y el RLGE como el primer proyecto de LGE y RLGE, es un consultor chileno, y en su Informe Final utiliza como referencia el sistema eléctrico chileno y la distribuidora chilena Chilquinta, S.A.²⁰⁶ En Chile, el sector eléctrico está regulado por la Ley General de Servicios Eléctricos, en Materia de Energía Eléctrica²⁰⁷, cuyo artículo 208 establece un Panel de Expertos para resolver las discrepancias relativas a ciertas cuestiones que allí se enumeran²⁰⁸. Respecto de estas discrepancias, el artículo 211 de la Ley de Electricidad de Chile dispone que “[e]l dictamen

²⁰⁰ Ver Alegría II, párrafo 38 (CER-3); Alegría I, párrafo 76 (CER-1).

²⁰¹ Ver Alegría II, párrafo 38 (CER-3).

²⁰² RLGE, Art. 27 (C-21).

²⁰³ Ver Alegría II, párrafo 38 (CER-3).

²⁰⁴ Ver *id.*, párrafos 8-10.

²⁰⁵ Ver Ley General de Electricidad de Chile, del 2 de mayo de 2007, Art. 211 (C-482); Reglamento de la Ley General de Electricidad de Chile, del 9 de octubre de 1998, Art. 314 (C-429).

²⁰⁶ Ver Alegría II, párrafo 8 (CER-3); Juan Sebastián Bernstein & Jean Jacques Descazeaux, *Reestructuración del Sector Energético de Guatemala: Análisis de la Descentralización y los Mecanismos de Participación Privada, Informe Final*, del mes de junio de 1993, páginas 17-18 (C-9).

²⁰⁷ Ver Alegría II, párrafo 8 (CER-3); Ley General de Electricidad de Chile, del 2 de mayo de 2007 (C-482).

²⁰⁸ Ver Alegría II, párrafo 8 (CER-3); Ley General de Electricidad de Chile, del 2 de mayo de 2007, Art. 208 (C-482).

del panel de expertos se pronunciará exclusivamente sobre los aspectos en que exista discrepancia”²⁰⁹. El artículo 211 también dispone que el dictamen del Panel de Expertos será vinculante para quienes participen en el proceso respectivo y que no cabrá en su contra recurso alguno, sea judicial o administrativo, ordinario o extraordinario²¹⁰. Como lo advierte el profesor Alegría, el artículo 211 de la Ley de Electricidad de Chile, al igual que el artículo 75 de la LGE y el artículo 65 del proyecto original de LGE redactado por el Sr. Bernstein²¹¹, contempla entonces la constitución de un panel de expertos para la emisión de una decisión vinculante y emplea el verbo “pronunciar” al referirse a la emisión de esa decisión²¹².

46. Como también explica el profesor Alegría²¹³, el artículo 314 del Reglamento de la Ley de Electricidad de Chile, titulado Reglamento de la Ley General de Servicios Eléctricos, incluye un procedimiento similar²¹⁴. El artículo 314 se refiere al cálculo del Valor Nuevo de Reemplazo (“VNR”) de los activos de la distribuidora que se ha de tomar en consideración para determinar las tarifas eléctricas para los usuarios finales y, en su parte pertinente, dispone:

En caso de existir discrepancias, las empresas podrán solicitar la constitución de una comisión pericial, a quien corresponderá determinar el respectivo VNR. Esta comisión estará integrada por tres peritos ingenieros, uno nombrado por el Presidente de la República, otro designado por el respectivo concesionario, y el tercero será el decano de una Facultad de Ingeniería, con asiento en la capital, de una Universidad estatal, con mayor antigüedad en el ejercicio del cargo. La comisión pericial deberá pronunciarse sobre el VNR antes del 31 de diciembre del año respectivo²¹⁵.

²⁰⁹ Ver Alegría II, párrafo 8 (CER-3); Ley General de Electricidad de Chile, del 2 de mayo de 2007, Art. 211 (C-482).

²¹⁰ Ver Alegría II, párrafo 8 (CER-3); Ley General de Electricidad de Chile, del 2 de mayo de 2007, Art. 211 (C-482). Como lo advierte el profesor Alegría, se confiere una excepción a esta regla en casos específicos en los que puede cuestionarse el informe si éste se extralimitó del alcance de la discrepancia en cuestión. Ver Alegría II, párrafo 8 (CER-3).

²¹¹ Proyecto de la Ley General de Electricidad y su Reglamento, Borrador Final, República de Guatemala, del 4 de abril de 1995, Art. 65 (C-13).

²¹² Ver Alegría II, párrafo 8 (CER-3).

²¹³ Ver *id.*, párrafo 9.

²¹⁴ Ver Reglamento de la Ley General de Electricidad de Chile, del 9 de octubre de 1998, Art. 314 (C-429).

²¹⁵ *Íd.*

Como lo advierte el profesor Alegría, “[e]sta disposición del Reglamento chileno es notablemente similar al Artículo 75 de la LGE: (i) se refiere a las discrepancias entre el ente regulador y el distribuidor en relación con un elemento del VAD que debe tomarse en consideración a los fines del cálculo de las tarifas de electricidad del distribuidor; (ii) dispone la creación de una comisión pericial de tres miembros para resolver las discrepancias; y (iii) utiliza el verbo ‘pronunciarse’ al referirse a la resolución de la comisión de expertos”²¹⁶. Como observa además el mencionado profesor, el argumento planteado por la Demandada de que la intención original de la LGE era que la Comisión Pericial se desempeñara como mero asesor de la CNEE y que su “pronunciamiento” con arreglo al artículo 75 de la LGE se refiere simplemente a una opinión informada que la CNEE puede aceptar o rechazar, pasa así por alto el contexto en el que se redactó la LGE²¹⁷.

47. La Demandada también plantea que las decisiones de la Comisión Pericial no pueden ser vinculantes para la CNEE porque es ésta última, y no la Comisión Pericial, la que está facultada en virtud de la LGE a fijar las tarifas²¹⁸. En sustento de su argumento, la Demandada se remite al testimonio ofrecido por el Sr. Bastos en el arbitraje del caso *Iberdrola*, en el que declaró que “[l]a verdad es que la equivocación viene de decir ‘arbitraje’ en vez de ‘pericia’” y que “[e]n realidad nuestro trabajo no era un arbitraje; era una pericia”²¹⁹. La Demandada interpreta incorrectamente el testimonio de Bastos. Como lo explica el Sr. Bastos en su segunda declaración de testigo, “la declaración que cita Guatemala fue en respuesta a la pregunta de un árbitro respecto de la terminología que utiliz[ó Bastos] en [su] oferta económica del 6 de junio de 2008” y que, como él explicó, “en [su] oferta económica, por error [se] ref[irió] a las Reglas de Operación como ‘reglas de arbitraje’”²²⁰. El Sr. Bastos confirma que él “no

²¹⁶ Alegría II, párrafo 9 (**CER-3**). Como lo advierte el profesor Alegría, “[l]a única diferencia es que el Artículo 314 del Reglamento chileno dispone que la comisión de expertos deberá determinar el VNR mediante su ‘pronunciamiento’, en tanto que el Artículo 75 de la LGE dispone que la comisión Pericial deberá resolver las controversias entre las partes en relación con el estudio del VAD del distribuidor”. *Íd.*

²¹⁷ *Ver id.*, párrafo 10.

²¹⁸ *Ver* Memorial de Contestación, párrafo 212.

²¹⁹ *Íd.*, párrafo 212, nota al pie 248 (donde se cita el Acta de la Audiencia Final del Caso CIADI No. ARB/09/5, Día 2, Bastos 650:8-11 (**C-538**)).

²²⁰ Bastos II, párrafo 16 (**CWS-7**); Acta de la Audiencia Final del Caso CIADI No. ARB/09/5, día 2, Bastos 650:2-11 (“Derains: “¿Pero son las Reglas de Arbitraje según usted?” Bastos: “Son las reglas a las que se sometía la

declar[ó] que las decisiones de la Comisión Pericial no fueran vinculantes para las partes; por el contrario, siempre entend[ió] que las decisiones de la Comisión Pericial serían vinculantes para las partes”²²¹. Como lo advierte el Sr. Bastos, “[e]l Artículo 75 de la LGE dispone que la Comisión Pericial es una comisión de expertos técnicos nombrados para resolver las discrepancias entre la CNEE y la distribuidora” y que “[r]esueltas las discrepancias, la CNEE debe fijar las nuevas tarifas sobre la base del estudio de VAD revisado; no tiene discrecionalidad para dejar de lado ese estudio y fijar las tarifas sobre la base de su propio estudio independiente de VAD”²²².

48. Por otra parte, como lo señaló la Demandante en el Memorial, de hecho Guatemala afirmó (tanto al grupo económico TECO como a otros inversores extranjeros, así como en las presentaciones que realizó ante sus propios tribunales) que el pronunciamiento de la Comisión Pericial era vinculante para las partes²²³. En el Memorándum de Venta de 1998 confeccionado por Guatemala para la privatización de EEGSA, dos años después de sancionada la LGE, Guatemala afirmó lo siguiente: “La Comisión revisará los estudios y podrá efectuar observaciones, pero en caso de discrepancia se nombrará una Comisión de tres peritos para que resuelva sobre las diferencias”²²⁴. En inglés, dicha oración dispone que “[t]he [CNEE] will review those studies and can make observations, but in the event of discrepancy, a Commission of three experts will be convened to resolve the differences”²²⁵. Contrariamente a lo afirmado por la Demandada en este arbitraje en el sentido de que el pronunciamiento de la Comisión Pericial “no es un ‘ruling’ y ‘does not resolve’” el caso²²⁶, al promover la privatización de EEGSA, Guatemala les manifestó específicamente a los posibles inversores que el significado

Comisión Pericial, sí”. Derains: “Ah. Y si entiendo bien es por erro que los mencionó como Reglas de Arbitraje”. Bastos: La verdad es que la equivocación viene de decir ‘arbitraje’ en vez de ‘pericia”) (C-538).

²²¹ Bastos II, párrafo 16 (CWS-7).

²²² *Íd.*, párrafo 15.

²²³ *Ver* Memorial, párrafo 278.

²²⁴ Memorándum de Venta, del mes de mayo de 1998, página 49 (énfasis añadido) (C-29).

²²⁵ *Íd.* (énfasis añadido).

²²⁶ Memorial de Contestación, párrafo 211.

del verbo “pronunciarse” empleado en el artículo 75 de la LGE era el de “*to resolve*” o “resolver”²²⁷.

49. Como también lo advirtió la Demandante en el Memorial²²⁸, en un proceso judicial no relacionado con este caso y tramitado en el año 2003, la CNEE confirmó la función de resolución de diferencias de la Comisión Pericial al expresar que, “[d]e existir discrepancia, según el artículo 98 del [RLGE] y [el artículo] 75 de la [LGE], debe formarse una Comisión Pericial, que *resolverá* [las discrepancias] en un plazo de 60 días”²²⁹. De este modo, la CNEE también reconoció expresamente que el rol que le cabe a la Comisión Pericial es el de *resolver* las discrepancias entre las partes²³⁰. De modo similar, en un informe encargado por la CNEE en el año 2002 respecto de los Términos de Referencia correspondientes a la revisión de las tarifas de EEGSA para el período 2003-2008, la consultora de la propia CNEE advirtió que, de conformidad con la LGE, la CNEE “*revisa* los estudios efectuados por los distribuidores y formula observaciones” y que, “[e]n caso de discrepancias, la Ley prevé un arbitraje, a cargo de una Comisión Pericial y no de *negociadores*, puesto que el espíritu de la Ley consiste en que se pronuncien basándose en razones y en criterios técnicos y, de manera alguna, en criterios subjetivos, acuerdos o simples negociaciones”²³¹.

50. Asimismo, en los comentarios que efectuó sobre las observaciones de EEGSA respecto de los TdR correspondientes a la revisión tarifaria para el período 2008-2013, el Sr. Campos, que fue uno de los consultores de la CNEE durante dicha revisión, advirtió que era importante que EEGSA comprendiera que la discusión de estos informes de etapa generaría un “mejor entendimiento entre las partes, evitando que esa situación se lleve al último momento y a

²²⁷ Ver Alegría II, párrafo 39 (CER-3).

²²⁸ Ver Memorial, párrafo 278.

²²⁹ Evacuación por la CNEE de la Audiencia sobre la Acción de Inconstitucionalidad 1782-2003, del 10 de noviembre de 2003, páginas 6-7 (“De existir discrepancia, según artículo 98 del Reglamento de la Ley y 75 de la Ley, debe formarse una Comisión Pericial, que resolverá en un plazo de 60 días”) (énfasis añadido) (C-81); ver también Alegría II, párrafo 40 (CER-3); Alegría I, párrafo 31 (CER-1).

²³⁰ Ver Alegría II, párrafo 40 (CER-3).

²³¹ Nota de I. Coral Martínez a la CNEE, del 31 de agosto de 2002, páginas 1-2 (énfasis en original) (C-446).

la Comisión Pericial”²³². El Sr. Campos advirtió además que “tampoco dice la LGE que las eventuales observaciones deban ser resueltas por la Comisión Pericial, sino sólo las discrepancias insolubles”²³³. El verbo utilizado por Campos para describir la función de la Comisión Pericial es “*to resolve*” o “resolver”²³⁴. De modo similar, en un Informe de Soporte confeccionado por la consultora de la CNEE Sigla-Electrotek, con fecha 27 de mayo de 2008, en asistencia al integrante de la Comisión Pericial designado por la CNEE, la consultora de esta última advirtió que, “[e]l 5 de mayo de 2008 EEGSA presentó el Informe de Etapa I.2, versión Final del anterior, con correcciones, que dio origen a la Resolución CNEE 96-2008, en la que se detallan las discrepancias de la CNEE con dicho informe y *se ordena la formación de la Comisión Pericial a que hace referencia el artículo 75 de la LGE y que tendrá a su cargo dirimir los desacuerdos entre EEGSA y la CNEE*”²³⁵. Como lo advierte el profesor Alegría, estos Informes y memorándums, que fueron confeccionados por las consultoras de la propia CNEE, confirman también que el rol de la Comisión Pericial es el de resolver o dirimir las diferencias existentes entre las partes²³⁶.

51. Así queda también reflejado en un artículo periodístico referente a la revisión tarifaria de EEGSA para el período 2008-2013²³⁷. El artículo cita a Sergio Velásquez, gerente de la CNEE, y advierte que surgieron discrepancias entre EEGSA y la CNEE, para luego señalar que, “[d]e acuerdo con la Ley General de Electricidad (LGE), ahora se tendrá que conformar una comisión pericial integrada por tres expertos (uno por cada una de las partes y un tercero de común acuerdo) para *resolver las diferencias y poder fijar el costo del VAD*. La comisión

²³² Correo electrónico de A. Campos a A. García, J.F. Orozco, M. Santizo, M. Peláez, M. Estrada, D. Herrera y M. Ixmucane Cordova, del 16 de mayo de 2007, al que se adjuntan los Términos de Referencia de Estudios de VAD y Respuestas a Comentarios de EEGSA, página 2 (C-483).

²³³ *Íd.*, Art. 2.1.

²³⁴ *Íd.* (“Tampoco dice la LGE que las eventuales observaciones deban ser resueltas por la Comisión Pericial, sino sólo las discrepancias insolubles”).

²³⁵ Informe de Sigla de Soporte para el Representante de la CNEE ante la Comisión Pericial, del 27 de mayo de 2008, página 2 (C-494).

²³⁶ Ver Alegría II, párrafo 40 (CER-3).

²³⁷ Ver El Periódico, *Fijación de la tarifa de distribución enfrenta a la EEGSA con la CNEE*, del 1 de julio de 2008 (C-492).

pericial tiene un plazo de 60 días”²³⁸. El artículo informa además que “[u]na comisión *de arbitraje* definirá la tarifa por Valor Agregado de Distribución (VAD)”, y remite a fuentes en la industria eléctrica, que indicaron que las discrepancias entre la CNEE y EEGSA se deben a que “la CNEE objeta que incluya como inversiones propias las redes que constructores de viviendas le han cedido y *continúe valuando a precio de reposición la red que se ha depreciado con los años de uso*”²³⁹.

2. El nuevo marco regulatorio garantizó un retorno justo y previó expresamente que el VAD se calcularía en función del Valor Nuevo de Reemplazo de los activos de una empresa modelo eficiente

52. En el Memorial la Demandante demostró que, con el fin de atraer la tan necesaria inversión extranjera al sector de la distribución eléctrica, la LGE y el RLGE estableció un marco para regular los precios de la electricidad a la vez que aseguraba una tasa razonable de retorno para las distribuidoras²⁴⁰. Como se explica en el Memorial de la Demandante, la tarifa eléctrica, abonada por el consumidor final, comprende (1) los cargos por electricidad destinados a cubrir el costo de la electricidad comprada por la distribuidora para su entrega a los clientes regulados; y (2) los cargos por el VAD destinados a cubrir los gastos operativos y el costo de capital de una empresa modelo eficiente²⁴¹. De conformidad con la LGE y el RLGE, la CNEE ajusta estos componentes tarifarios cada cinco años como parte del proceso de revisión tarifaria²⁴², con ajustes periódicos intermedios destinados a reflejar la inflación y los costos del combustible, entre otras cosas²⁴³. Como también lo explicó la Demandante, si bien los cargos por electricidad como componente de la tarifa cubren los costos reales en que incurre la distribuidora al comprar energía y potencia para la distribución, el VAD no compensa a la distribuidora por los costos

²³⁸ *Íd.* (énfasis añadido).

²³⁹ *Íd.* (énfasis añadido). Como se analiza más adelante, esto es coherente con el accionar de la CNEE en este caso, al trabajar directamente con el Sr. Riubrugent para formular un cálculo del FRC para depreciar la base de activos regulados en función de la cual se calcularía la rentabilidad de EEGSA para el período tarifario 2008-2013, y al presentarle información al Sr. Riubrugent para que este la utilizara en defensa de la postura de la CNEE en el proceso de la Comisión Pericial. *Ver infra*, párrafos 116 y 138-140.

²⁴⁰ *Íd.*, párrafos 27-35.

²⁴¹ *Íd.*, párrafo 30; LGE, Art. 71 (C-17).

²⁴² LGE, Art. 77 (C-17); RLGE, Art. 95 (C-21).

²⁴³ RLGE, Arts. 79, 86 y 87 (C-21); *ver también* Kaczmarek I, párrafo 83 (CER-2).

reales en que ésta incurre en la distribución de electricidad ni por su verdadero costo de capital, sino por los costos de una empresa modelo eficiente que presta servicios a la base de clientes de la distribuidora con equipos e instalaciones nuevos²⁴⁴.

53. Como también se explicó en el Memorial, Guatemala adoptó el criterio de la empresa modelo eficiente, que utiliza el valor nuevo de reemplazo (o VNR) de los activos como base regulatoria de la distribuidora en función de la cual se calcula el VAD; en otras palabras, la base de activos de la distribuidora se valúa como *nueva* en cada período tarifario²⁴⁵. Al adoptar este criterio, Guatemala logró aumentar el valor de sus empresas de distribución, aun si los activos de esas empresas eran obsoletos o estaban deteriorados²⁴⁶. No obstante, la adopción de tal criterio igualmente “implica la aplicación de tarifas eléctricas más elevadas, ya que el [inversor] necesitaría recuperar una base de activos regulados mucho más alta”²⁴⁷.

54. En el Memorial de Contestación, la Demandada primero sostiene que, “[c]on el propósito de fijar las tarifas de un modo objetivo y en base a una metodología basada en criterios técnicos y económicos, se propuso la regulación basada en el modelo de ‘empresa eficiente’ que ya había sido implementado en Chile en los años ochenta, y fue luego difundido, con ciertas variantes, en diversos países como Argentina, Brasil, Ecuador, El Salvador, Nicaragua, Perú y la República Dominicana”²⁴⁸. Luego la Demandada afirma que, en función de este criterio, “es esperable que a medida que se lleven a cabo las revisiones tarifarias, las tarifas disminuyan en términos reales”²⁴⁹. La Demandada también afirma que no existen pruebas de que el criterio de la empresa modelo eficiente adoptado por Guatemala en la LGE y el RLGE haya influido de

²⁴⁴ Ver Memorial, párrafo 33.

²⁴⁵ Ver *id.*, párrafo 34; LGE, Arts. 71-73 (C-17); RLGE, Art. 97 (C-21); Alegría I, párrafo 25 (CER-1); Bastos I, párrafo 20 (CWS-1); Giacchino I, párrafo 8 (CWS-4); Kaczmarek I, párrafo 60 (CER-2); Gillette I, párrafo 12 (CWS-5); Calleja I, párrafo 8 (CWS-3).

²⁴⁶ Ver Memorial, párrafo 34; Kaczmarek I, párrafo 59 (CER-2); Giacchino I, párrafo 7 (CWS-4).

²⁴⁷ Memorial, párrafo 34; Kaczmarek I, párrafo 59 (CER-2); ver también Giacchino I, párrafo 7 (CWS-4).

²⁴⁸ Memorial de Contestación, párrafo 145.

²⁴⁹ *Íd.*, párrafo 146.

manera alguna en los ingresos que obtuvo como producto de la privatización por la venta de EEGSA²⁵⁰. Lo afirmado por la Demandada es incorrecto, y así puede demostrarse.

55. Como lo explica el Dr. Barrera en su informe pericial, el factor clave que afecta las tarifas de la electricidad con arreglo al método de regulación elegido por Guatemala no está dado por el hecho de que ésta haya elegido el criterio de la empresa modelo eficiente sino, críticamente, porque haya decidido valuar los activos de la empresa modelo mediante el método del VNR²⁵¹ (punto que, convenientemente, la Demandada omite al analizar qué es supuestamente lo que esperaba Guatemala)²⁵². Específicamente, el método del VNR importa “valuar la base de capital de la distribuidora tal como si todos los activos fuesen nuevos”; en otras palabras, el “VNR corresponde a los costos totales en los que incurriría la empresa si tuviera que reemplazar los activos de su red por nuevos activos”²⁵³ y el método del VNR “presupone que los activos son siempre nuevos”²⁵⁴. Como lo explica el Dr. Barrera, como las empresas estatales no suelen haber mantenido redes de última tecnología, esas redes tienden a necesitar reparaciones e inversiones, y el valor de los activos reales de las empresas en cuestión es, más bien, bajo²⁵⁵. Sin embargo, si se utiliza un método del VNR, “la base de capital de la empresa estatal se valúa al valor del costo de reemplazo, tal como si todos los activos de la empresa fueran nuevos, lo cual incrementa el valor de la empresa y el monto que el gobierno puede obtener por su privatización”²⁵⁶.

56. Es lo que sucedió en Guatemala. Si bien la empresa asesora que contrató Guatemala para la privatización de EEGSA, PriceWaterhouseCoopers, había valuado los activos de distribución que tenía EEGSA en aquel momento en US\$ 78,3 millones, “los mismos activos se valoraron aproximadamente en US\$ 724 millones en 1998, según el precio de compra pagado

²⁵⁰ *Íd.*, párrafos 236-237.

²⁵¹ Barrera, párrafos 28-29, 60 (**CER-4**).

²⁵² *Ver* Memorial de Contestación, párrafo 146.

²⁵³ Barrera, párrafo 28 (**CER-4**).

²⁵⁴ *Íd.*, párrafo 29.

²⁵⁵ *Íd.*, párrafo 32.

²⁵⁶ *Íd.*

en la privatización”²⁵⁷. En 2003, el VNR de EEGSA se calculó en US\$ 583,7 millones y, en 2008, Bates White calculó el VNR en la suma de US\$ 1.053 millones²⁵⁸. Hasta Sigla calculó el VNR de EEGSA en US\$ 465,3 millones en 2008, muy por sobre el valor contable de los activos²⁵⁹. Como lo explica el Dr. Barrera, esto es consecuencia directa del hecho de haber elegido Guatemala el método del VNR, por contraposición a otros métodos de valuación de la base de activos regulados:

Sin embargo, los riesgos asumidos por Guatemala al utilizar el VNR en lugar del costo histórico de los activos se compensarían con mayores ingresos provenientes de la privatización. El inversor podía esperar que el valor de EEGSA se calculara en función del VNR, ya que determinaría los futuros ingresos autorizados. El valor de la empresa se calculaba en función de los flujos de fondos esperados, que incluían los ingresos esperados que, a su vez, dependen del VNR, y los costos – que incluyen el pago por la adquisición de la empresa y las reducciones de costos esperadas. Dado que el VNR es uno de los factores determinantes de los ingresos regulados, es uno de los componentes principales del valor de la empresa²⁶⁰.

Como lo advierte el Dr. Barrera, “[c]laramente, las tarifas fijadas a un costo histórico de US\$ 78,3 millones habrían significado tarifas de VAD mucho más bajas en 1998, 2003 y 2008 que las tarifas determinadas utilizando el VNR”²⁶¹. De modo similar, el Sr. Kaczmarek observa lo siguiente: “PriceWaterhouse había concluido que bajo el marco regulatorio de Costo del Servicio, el valor de mercado de EEGSA hubiera sido debajo de su valor contable de aproximadamente USD 78 millones. En contraste, EEGSA fue privatizada por un valor de firma de USD 724 millones, sugiriendo un múltiplo de precio a valor contable de 17.0x. La

²⁵⁷ *Íd.*, párrafo 44.

²⁵⁸ *Íd.*

²⁵⁹ *Íd.*

²⁶⁰ *Íd.*, párrafo 45.

²⁶¹ *Íd.*, párrafo 46.

explicación de este múltiplo de valuación yace en las tarifas más elevadas de la Regulación por Empresa Modelo que Guatemala eligió adoptar²⁶².

57. Respecto de lo dicho por la Demandada en cuanto a que Guatemala esperaba que las tarifas se redujeran en los sucesivos períodos tarifarios²⁶³, esa expectativa (si es que alguna vez existió)²⁶⁴ era infundada, por pasar por alto el impacto de las posibles variaciones en los precios de los materiales sobre el VNR en sucesivas revisiones²⁶⁵. En particular, como lo explica el Dr. Barrera, la distribución de electricidad es muy sensible a los cambios registrados en los precios de los materiales, como el aluminio y el cobre²⁶⁶. En consecuencia, como el VNR se determina nuevamente en cada revisión tarifaria sucesiva mediante la utilización de los precios entonces vigentes, “la variación de los precios del cobre y el aluminio generalmente produce modificaciones en el VNR”²⁶⁷. Si bien el Dr. Barrera coincide con que un modelo de incentivos bien aplicado conduce a la eficiencia distributiva y técnica, también explica que el impacto de la utilización del criterio del modelo (el efecto del modelo) por lo general tiene menos peso que el impacto de las variaciones registradas en los precios de los materiales (el efecto del precio)²⁶⁸. Como lo explica el Dr. Barrera, cuando se privatizó EEGSA, los precios de los *commodities* tales como el cobre y el aluminio registraban niveles históricamente bajos, y una “mirada superficial

²⁶² Kaczmarek II, párrafo 187 (CER-5).

²⁶³ Memorial de Contestación, párrafo 146.

²⁶⁴ La Demandante advierte que, si bien la Demandada aceptó producir documentos en respuesta al pedido de la Demandante de presentación de todos los documentos que reflejaran la expectativa de Guatemala respecto de si las tarifas de la electricidad registrarían un incremento o una baja, en términos reales, en los siguientes períodos tarifarios, la Demandada no produjo ningún documento en respuesta. Ver Nota de la Demandante a la Demandada, del 14 de febrero de 2012, Solicitud No. A.5.

²⁶⁵ Además, como lo señaló la Demandante en el Memorial, el debate de la LGE en el Congreso de Guatemala demuestra que el Congreso entendió que era probable que la LGE generara tarifas más elevadas para la electricidad. Ver Memorial, párrafo 24. Así, por ejemplo, el diputado R. Crespo Villegas declaró que “el Frente Republicano Guatemalteco, tal como lo hemos manifestado en los medios de comunicación, nosotros votamos en contra de esta iniciativa de ley, porque consideramos que la [LGE] producirá nueva alza a la tarifa de energía eléctrica”. Diario de las Sesiones del Congreso de la República de Guatemala, Período Ordinario 1996-1997, Diario de la Sesión No. 074, del 16 de octubre de 1996, página 97 (C-16).

²⁶⁶ Barrera, párrafos 54-56 (CER-4).

²⁶⁷ *Íd.*, párrafo 54.

²⁶⁸ *Íd.*, párrafo 64. Ello obedece a que “en la práctica, de no existir justificación objetiva, el modelo no debería diferir significativamente de la realidad, ya que de otro modo no se alcanzarían los objetivos de la regulación por precios”. *Íd.*

de la historia habría sugerido que era probable que se incrementaran [los precios]”, con la consecuencia de que “era de esperar que el efecto de los precios produjera una base de capital más alta”²⁶⁹. En cambio, para que se cumpliera la expectativa expresada por la Demandada de que las tarifas futuras fueran menores, sería necesario que los precios de los materiales se mantuvieran en los niveles históricamente bajos registrados al momento de la privatización, o incluso por debajo de ellos. Claramente, esperar que los precios se mantuvieran en niveles históricamente bajos no habría sido razonable, y ciertamente una expectativa tal no habría perdurado, ya que se habría extinguido una vez que los precios comenzaran a aumentar drásticamente en los años subsiguientes.

B. La Demandante invirtió en EEGSA en función de las garantías y protecciones consagradas en el nuevo régimen legal adoptado por Guatemala para atraer inversiones extranjeras

58. En el Memorial, la Demandante demostró que, poco tiempo después de que Guatemala sancionara la LGE y el RLGE, el Gobierno anunció la privatización de EEGSA²⁷⁰ y que, para convocar a una licitación pública nacional e internacional para la venta de la participación estatal en EEGSA, se constituyó un Comité de Alto Nivel integrado por los directores de EEGSA y el entonces ministro de Energía y Minas, Leonel López Rodas²⁷¹. La Demandante también demostró que, en 1998, un Equipo Asesor identificó una lista de inversores estratégicos a quienes apuntar para la privatización de EEGSA, y que dicho Equipo eligió a “TECO” como uno de estos inversores estratégicos²⁷². El grupo económico TECO recibió así diversos materiales promocionales confeccionados por Guatemala con ayuda de su asesor

²⁶⁹ *Íd.*

²⁷⁰ *Ver* Memorial, párrafo 45; Alegría I, párrafo 19 (CER-1); *Diccionario Histórico Biográfico de Guatemala*, Fundación para la Cultura y el Desarrollo Asociación de Amigos del País (primera edición, 2004), página 371 (C-84).

²⁷¹ *Ver* Memorial, párrafo 46; Acuerdo Gubernativo 865-97, del 17 de diciembre de 1997 (C-23); Representantes del Comité de Alto Nivel, Empresa Eléctrica de Guatemala, S.A. (C-18); *ver también* Actas del Comité de Alto Nivel, Empresa Eléctrica de Guatemala, S.A., del 30 de enero de 1998, página 2 (C-548).

²⁷² Empresa Eléctrica de Guatemala, S.A., Perfil de Inversionistas, del 17 de febrero de 1998, páginas 9 y 44 (C-26). Como lo señaló el Equipo Asesor, “[l]a selección de la base de inversores a contactar en la etapa de mercadeo es clave ya que para garantizar el éxito del proceso debe haber competencia”; no obstante, “la competencia no se genera a través de la invitación de un gran número de inversores, sino a través de la acertada selección de un número adecuado de ellos con posibilidades de invertir en EEGSA”. *Íd.* página 2.

financiero, Salomon Smith Barney, para la privatización, entre los que se incluían un Informe Preliminar y el Memorándum de Venta, donde se describía a los posibles inversores el nuevo marco legal y regulatorio adoptado por Guatemala, y se exponía cómo se calcularían las tarifas de distribución para EEGSA²⁷³. La Demandante demostró además que, en función del nuevo marco legal y regulatorio adoptado por Guatemala, el grupo económico TECO decidió invertir en EEGSA como parte de un Consorcio²⁷⁴. En particular, TPS, sociedad de Florida de propiedad total indirecta de TECO Energy, efectuó una presentación ante la Junta de TECO Energy para obtener la aprobación para participar en la licitación para la privatización de EEGSA²⁷⁵; se le confirió la aprobación y, una vez que se declaró adjudicatario de la licitación al Consorcio²⁷⁶, el grupo económico TECO realizó su inversión en EEGSA por medio de TPS de Ultramar Guatemala, S.A. (“TPS de Ultramar Guatemala”), sociedad de propiedad total indirecta de TECO Energy²⁷⁷. La Demandante también demostró que la estabilidad y previsibilidad del nuevo marco regulatorio y el régimen particular adoptado por Guatemala para garantizar un proceso despolitizado para la fijación de las tarifas de distribución de EEGSA constituyeron consideraciones fundamentales para la decisión de invertir²⁷⁸. La Demandante demostró también que, al adoptar el marco legal y regulatorio que adoptó, Guatemala logró obtener ingresos considerables como producto de la privatización de la red de distribución de EEGSA, aunque esa red estuviera deteriorada y requiriera de inversiones sustanciales²⁷⁹.

²⁷³ Empresa Eléctrica de Guatemala S.A., Informe Preliminar del Asesor Financiero y Técnico confeccionado por Salomon Smith Barney, del 28 de enero de 1998, página 2 (C-25); Memorándum de Venta, del mes de mayo de 1998, páginas 9-10 y 42-49 (C-29). La Demandante advierte que, si bien solicitó (y el Tribunal ordenó) la producción de todos los documentos intercambiados entre Guatemala y Salomon Smith Barney en relación con la privatización de EEGSA, incluidos varios documentos específicos a los que se hace referencia en las Actas del Comité de Alto Nivel, la Demandada no presentó estos documentos. *Ver* Calendario de Redfern de la Demandante, Solicitud No. B.2.

²⁷⁴ *Ver* Memorial, párrafos 56-64.

²⁷⁵ *Ver id.*, párrafo 61; Gillette I, párrafo 16 (CWS-5); Acta de la Junta Directiva de TECO Energy, Inc., del 15 de julio de 1998, página 4 (C-34).

²⁷⁶ *Ver* Memorial, párrafo 61; Gillette I, párrafo 16 (CWS-5); Acta Notarial de Adjudicación, del 30 de julio de 1998, páginas 2-3 (C-36).

²⁷⁷ *Ver* Registro Societario de Distribución Eléctrica Centroamericana (“Registro Societario de DECA”), del 14 de agosto de 1998 (C-428).

²⁷⁸ *Ver* Memorial, párrafos 56-64; Gillette I, párrafos 9-14 (CWS-5).

²⁷⁹ *Ver* Memorial, párrafo 62; Kaczmarek I, párrafos 58-65 (CER-2)

59. En el Memorial de Contestación, la Demandada alega que, en el Memorándum de Venta, Guatemala “explicó claramente a los inversores que la CNEE era un órgano técnico e independiente (funcional y presupuestariamente) del MEM, regulador y fiscalizador del sector, el cual tenía la potestad de fijar las tarifas”²⁸⁰. La Demandada también alega que, en función del marco legal y los materiales promocionales circulados por Guatemala durante el proceso de privatización, el grupo económico TECO entendió en el momento de realizar su inversión, entre otras cosas, que “[e]l distribuidor estaría obligado a realizar las correcciones a fin de conformar el estudio tarifario de su consultor a los Términos de Referencia”; que “[l]a Comisión Pericial se pronunciaría, en caso de rechazo del estudio tarifario y subsistencia de discrepancias, sobre la conformidad del estudio del distribuidor a los Términos de Referencia”; y que “[l]a CNEE aprobaría o rechazaría el estudio tarifario del VAD preparado por el distribuidor después de revisar el pronunciamiento de la Comisión Pericial”²⁸¹. Además, la Demandada sostiene que “el interés principal de Teco en EEGSA residía en potenciales sinergias, en especial, respecto de sus inversiones en generación de energía eléctrica en Guatemala”²⁸², y que, por consiguiente, “es razonable asumir que estas consideraciones fueron incorporadas en el precio ofertado” por el Consorcio para EEGSA²⁸³. La Demandada aduce también que la oferta efectuada por el Consorcio para la adquisición de una participación del 80% en EEGSA no se determinó como función del criterio de la empresa modelo eficiente²⁸⁴ y que, según “las proyecciones pre-inversión de la Demandante no solo no consideraba necesaria, ni proyectaba, un alza significativa de las tarifas en las revisiones de los años 2003, 2008 y 2013”²⁸⁵. Por último, la Demandada afirma que la estructura societaria de la inversión de la Demandante en EEGSA ha sufrido “abundantes cambios” desde la privatización de EEGSA en 1998²⁸⁶ y que la Demandante “no puede tener ninguna expectativa, ni tampoco pudo ser receptora de ninguna garantía,

²⁸⁰ Memorial de Contestación, párrafo 226 (énfasis en original).

²⁸¹ *Íd.*, párrafo 229.

²⁸² *Íd.*, párrafo 230.

²⁸³ *Íd.*, párrafo 238.

²⁸⁴ *Íd.*, párrafo 236.

²⁸⁵ *Íd.*, párrafo 233.

²⁸⁶ *Íd.*, párrafo 542.

seguridad o promesa que surja en el momento de la privatización de EEGSA”, porque a la Demandante se la constituyó en 2005²⁸⁷. Como se expone a continuación, cada una de las afirmaciones de la Demandada es infundada.

60. En primer lugar, la Demandada vuelve a confundir deliberadamente la facultad de la CNEE de determinar las tarifas de la distribuidora con el proceso de cálculo del VAD de la empresa, y trata estas cuestiones como si fueran una sola. Sin embargo, como queda claramente reflejado en el Memorándum de Venta, la facultad de la CNEE de fijar la tarifa de la distribuidora es distinta del proceso de cálculo del VAD de dicha empresa²⁸⁸. Así, el Memorándum de Ventas dispone que la LGE creó a la CNEE para “regula[r] y fiscaliza[r] el sector eléctrico” y que, entre otras cosas, la CNEE es responsable de “fijar las tarifas que determina la ley”²⁸⁹. El Memorándum de Venta también dispone específicamente que “los VAD deben ser calculados por los distribuidores mediante un estudio encargado a una empresa de ingeniería, pero la [CNEE] puede disponer que los estudios sean agrupados por categoría de densidad”, y que “[l]a [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 diferencias”²⁹⁰. Como lo demuestra el Memorándum de Venta, durante el proceso de privatización, Guatemala afirmó entonces específicamente a los posibles inversores que (i) el VAD lo calcularían las *distribuidoras* por medio de un estudio realizado por una firma de ingeniería; (ii) las facultades de la CNEE respecto del cálculo del VAD se limitarían a determinar que los estudios del VAD se agruparan por categorías de densidad y a revisar los estudios y efectuar observaciones al respecto; y (iii) en caso de discrepancias, se formaría una Comisión Pericial para *resolver* las diferencias²⁹¹. Contrariamente a lo que alega Guatemala, ésta no les manifestó a los posibles inversores que la CNEE contaría con la facultad unilateral y

²⁸⁷ *Íd.*, párrafo 546.

²⁸⁸ *Ver* Memorándum de Venta, del mes de mayo de 1998, páginas 43 y 49 (C-29).

²⁸⁹ *Íd.*, página 43.

²⁹⁰ *Íd.*, página 49.

²⁹¹ *Íd.* Como se señaló precedentemente, el Memorándum de Venta utiliza el verbo español “resolver” o “to resolve” para describir la función de la Comisión Pericial. *Ver* párrafo 48 *supra*; Memorándum de Venta del mes de mayo de 1998 (original en español), página 63 (“La Comisión revisará los estudios y podrá efectuar observaciones, pero en caso de discrepancia se nombrará una Comisión de tres peritos para que resuelva sobre las diferencias”) (C-29).

discreción para “aprobar[] o rechazar[] el estudio tarifario del VAD preparado por el distribuidor después de revisar el pronunciamiento de la Comisión Pericial”²⁹². Guatemala tampoco les manifestó a los posibles inversores que la distribuidora estaría obligada a incorporar las observaciones efectuadas por la CNEE o que la resolución de las diferencias por parte de la Comisión Pericial se limitaría a su pronunciamiento “sobre la conformidad del estudio del distribuidor a los Términos de Referencia”, como ahora lo sostiene en el Memorial de Contestación²⁹³.

61. Respecto del cálculo del VAD, el Memorándum de Venta explica que “[l]os costos de capital incluidos en el VAD se determinan a partir del costo de inversión total de una red bien dimensionada, en un año dado (por ej. el año anterior al que se efectúa el estudio de tarifas)” y que “[l]a inversión total es evaluada a precios de mercado no distorsionados, que permite abastecer un área representativa de la densidad bajo estudio”²⁹⁴. Respecto del factor de recuperación del capital, o FRC, que convierte al VNR en pagos de fondos a la empresa, el Memorándum de Venta señala que se le aplica “al costo de inversión resultante [...] para una tasa de interés real a determinar, que normalmente debería ubicarse en el rango 7-13%, y una vida útil, que normalmente es de unos 30 años”²⁹⁵. El Memorándum de Venta también reconoce expresamente que las tarifas aumentarían con arreglo al nuevo marco legal y regulatorio, y advirtió que “[h]istóricamente las tarifas han sido bajas, lo cual ha colocado severas restricciones sobre el potencial de ganancias de los distribuidores” y que la “Ley aborda este problema directamente, otorgando a las compañías (INDE y EEGSA) la capacidad de fijar las tarifas según los precios del mercado”²⁹⁶.

62. En segundo lugar, según lo confirma Gordon Gillette en su segunda declaración de testigo²⁹⁷, la consideración principal para que el grupo económico TECO invirtiera en EEGSA

²⁹² Memorial de Contestación, párrafo 229.

²⁹³ *Íd.*

²⁹⁴ Memorándum de Venta, del mes de mayo de 1998, página 49 (C-29).

²⁹⁵ *Íd.*

²⁹⁶ *Íd.*

²⁹⁷ Gillette II, párrafo 3 (CWS-11).

no estuvo dada por las “potenciales sinergias, en especial, respecto de sus inversiones en generación de energía eléctrica en Guatemala”, como sostiene la Demandada²⁹⁸. Más bien, como lo explica el Sr. Gillette, la consideración principal fue “si la inversión ofrecía una tasa de retorno favorable”²⁹⁹. Como lo advierte Gillette, las potenciales sinergias a las que hizo referencia en su primera declaración de testigo no eran “sinergias en el sentido que comúnmente se le atribuye a dicho término” en el contexto de una fusión o adquisición³⁰⁰ sino que, más bien, radicaban en el “ahorro de tiempo y esfuerzos, en su mayoría no cuantificables, que logra una compañía al hacer una segunda inversión en un mismo país extranjero”³⁰¹. Según explica, “[a]l haber invertido previamente en Guatemala y haberse familiarizado, de cierto modo, con las operaciones en ese país, para TECO era lógicamente más cómodo volver a invertir en Guatemala que hacerlo en un país en el que no tuviera ningún tipo de experiencia”³⁰². Además, “las centrales eléctricas de Alborada y San José suministraban a EEGSA toda la electricidad que producían; la privatización de EEGSA brindó más seguridad a dichas inversiones puesto que ya no dependerían exclusivamente del Gobierno para percibir los pagos correspondientes a la electricidad suministrada”³⁰³. Como lo advierte el Sr. Gillette, “[s]i bien [TECO] no controlaría[] a EEGSA por [su] calidad de accionista minoritario, [TECO] tenía[] la esperanza de que, mediante la adquisición de una participación en la compañía, podría[] entablar una buena relación entre EEGSA y nuestras plantas de generación”³⁰⁴.

63. Como también lo explica Gillette³⁰⁵, la importancia de estas consideraciones para invertir quedó confirmada en la presentación de julio de 1998, confeccionada por TPS para la

²⁹⁸ Memorial de Contestación, párrafo 230.

²⁹⁹ Gillette II, párrafo 7 (CWS-11).

³⁰⁰ *Íd.*, párrafo 4.

³⁰¹ *Íd.*, párrafo 5.

³⁰² *Íd.*

³⁰³ *Íd.*; Gillette I, párrafo 9 (CWS-5).

³⁰⁴ Gillette II, párrafo 5 (CWS-11).

³⁰⁵ *Íd.*, párrafo 6-7; *ver también* Gillette I, párrafos 9-12, 14 (CWS-5); TECO Energy, Inc., Acción respecto a las acciones a tomar en cuanto a la privatización de una empresa de servicio eléctrica pública en Guatemala, Acta de la Junta Directiva del mes de julio de 1998 (C-32).

Junta Directiva de TECO Energy³⁰⁶. Como lo refleja la presentación en cuestión, TPS recomendó que la Junta Directiva aprobara la participación de TPS en la licitación por EEGSA, debido a las “ganancias muy significativas a largo plazo a través de las oportunidades potenciales en la forma tanto de recorte de costos como de crecimiento, lo cual puede mejorar nuestros retornos potencialmente”³⁰⁷. Como concluyó TPS, “[e]sta oportunidad única de adquirir la empresa de distribución EEGSA calza positivamente con las estrategias de largo plazo de TECO Energy”³⁰⁸. La presentación a la Junta también reconoció que la inversión permitiría al grupo económico TECO “integrar verticalmente [su] posición en Guatemala y proveerá protección adicional a [sus] proyectos existentes en ese país” y “posicionaría a TPS para tener participación en la distribución y generación de electricidad así como en otros negocios de usuarios finales, no sólo en Guatemala sino en toda Centroamérica, al evolucionar la integración eléctrica de la región”³⁰⁹. Como lo advierte el Sr. Gillette, si bien la Demandada invoca el hecho de que esta última consideración consta en primer lugar en la recomendación final, fue el último factor analizado, como lo refleja la presentación³¹⁰. Esto también es coherente con otra presentación efectuada a la gerencia en la misma época, en la que se concluyó que invertir en EEGSA “Calza Excelentemente con el Plan Estratégico a Largo Plazo de hacer crecer el negocio de usuarios finales”³¹¹, y se destacaron los “Retornos sobre Inversión Regulados Atractivos” y la “Oportunidad Atractiva de Crecimiento de Ingresos”, dado el bajo nivel de electrificación existente en Guatemala, la amplia base de clientes de EEGSA y el crecimiento proyectado de la

³⁰⁶ TECO Energy, Inc., Acción respecto a las acciones a tomar en cuanto a la privatización de una empresa de servicio eléctrica pública en Guatemala, Acta de la Junta Directiva del mes de julio de 1998 (C-32).

³⁰⁷ *Íd.*

³⁰⁸ *Íd.*

³⁰⁹ *Íd.*

³¹⁰ Gillette II, párrafo 7 (“Aparentemente, el único fundamento de dicha conclusión de Guatemala es que en el último párrafo, en el que se recomienda la aprobación de la inversión, se menciona a las sinergias en primer lugar. Sin embargo, quisiera aclarar que en el texto principal de la presentación de julio de 2008, el potencial de EEGSA como inversión dentro de una estrategia regional se aborda antes de pasar a la descripción de las inversiones existentes de TECO Energy en Guatemala”) (CWS-11); TECO Energy, Inc., Acción respecto a las acciones a tomar en cuanto a la privatización de una empresa de servicio eléctrica pública en Guatemala, Acta de la Junta Directiva del mes de julio de 1998, página 7-2 (C-32).

³¹¹ Privatización de EEGSA, Presentación de la Gerencia, del 9 de julio de 1998, página 17 (C-33).

demanda³¹². Al advertir las sinergias que ofrecía la inversión, la presentación se hace eco de lo dicho por el Sr. Gillette, al observar que “TPS tiene instalaciones, relaciones y oficinas existentes en Guatemala”, que la inversión ofrecería “protección adicional a las inversiones existentes”, y que la inversión “brindaría una diversificación de fuentes de ganancias en Centroamérica”³¹³. Es de destacar que la presentación concluía con la recomendación de presentar la oferta “con base en que el Modelo del Caso Base alcanza una TIR mínima aceptable bajo condiciones de caso base después de verificados todos supuestos claves”³¹⁴.

64. Los dichos de la Demandada en el sentido de que las sinergias entre EEGSA y las inversiones de TECO Energy en generación eléctrica aumentaban el precio que ofertó el Consorcio por EEGSA carece de cualquier fundamento y es implausible³¹⁵. Como lo confirma el Sr. Gillette, esas sinergias no influyeron en el “precio de la oferta que el consorcio finalmente propuso” para comprar EEGSA³¹⁶. Como lo explica el Sr. Gillette, TPS, la subsidiaria indirecta de propiedad total de TECO Energy que integró el Consorcio oferente, solamente tenía una participación del 30% en la titularidad de DECA, la sociedad inversora del Consorcio³¹⁷. Los otros dos integrantes del Consorcio oferente, Iberdrola y EDP, conjuntamente tenían una participación del 70% en DECA, no tenían sinergias con las otras inversiones de TECO Energy en Guatemala. Habría resultado contrario a los intereses económicos de Iberdrola y EDP pagar un precio mayor por EEGSA por sinergias que no les habrían reportado beneficio alguno³¹⁸. Así, contrariamente a lo que afirma Guatemala sin fundamento³¹⁹, estas sinergias no se tomaron en consideración en el precio ofertado por el Consorcio oferente³²⁰.

³¹² *Íd.*, página 18.

³¹³ *Íd.*, página 19.

³¹⁴ *Íd.*, página 21.

³¹⁵ Memorial de Contestación, párrafo 238.

³¹⁶ Gillette II, párrafo 9 (CWS-11).

³¹⁷ *Íd.*

³¹⁸ *Íd.*

³¹⁹ Memorial de Contestación, párrafo 238.

³²⁰ Gillette II, párrafo 8-9 (CWS-11).

65. En tercer lugar, la Demandada se equivoca al alegar que la oferta del Consorcio para la adquisición de una participación del 80% en EEGSA no se determinó como función del criterio de la empresa modelo eficiente³²¹, e interpreta incorrectamente la cuestión crítica al afirmar que, según “las proyecciones pre-inversión de la Demandante no solo no consideraba necesaria, ni proyectaba, un alza significativa de las tarifas en las revisiones de los años 2003, 2008 y 2013, sino que se preveían disminuciones en la tarifa en términos reales en dichos años, en línea con lo estipulado en el Reglamento”³²². Resulta evidente que, al decidir invertir en EEGSA, el grupo económico TECO sí tomó en consideración el hecho de que Guatemala había establecido el criterio de la empresa modelo eficiente, y actuó en función de ello, como queda reflejado en un memorándum de la época en el que se evaluaba la oportunidad de inversión y en el que se afirma que “[e]ste cálculo del VAD se basa en una empresa de servicio público eficaz estándar en Latinoamérica y será utilizado para que EEGSA pueda recuperar su inversión y gastos en base a este estándar”³²³. De modo similar, una presentación de la gerencia realizada en aquella época informa que “el VAD se recalcula cada 5 años con base en el retorno permitido sobre *el costo de reposición nuevo* de una red eficiente más costos O&M”³²⁴. Esto demuestra no solamente que el grupo económico TECO actuó en función del hecho de que Guatemala había implementado un régimen regulatorio que utilizaba el criterio de la empresa modelo (es decir, el “costo de una red eficiente”), sino también que basó su decisión de invertir en el hecho de que la base de activos regulados de la “red eficiente” se calcularía en función del “costo de reposición nuevo” de los activos.

66. Por otra parte, y contrariamente a lo propuesto por la Demandada, no tiene importancia que el modelo de Dresdner Kleinwort Benson no proyectara aumentos considerables en las tarifas³²⁵. Como lo explicó el Sr. Gillette en su primera declaración de testigo, el grupo

³²¹ Memorial de Contestación, párrafo 236.

³²² *Íd.*, párrafo 233.

³²³ Empresa Eléctrica de Guatemala, Privatización de EEGSA, Presupuestos para el Modelo del Caso Base, del 24 de julio de 1998, página 3 (C-426).

³²⁴ Privatización de EEGSA, Presentación de la Gerencia, del 9 de julio de 1998, página 5 (énfasis añadido) (C-33).

³²⁵ Memorial de Contestación, párrafo 233; Modelo de Valuación de Dresdner Kleinwort Benson, página 43, Sección C (Variables para el Cálculo de las Tarifas) (R-160).

económico TECO no habría invertido en EEGSA de no ser por el hecho de que habían arribado a la conclusión de que, a la luz del régimen regulatorio vigente y las capacidades de la gerencia del Consorcio, podrían lograr una tasa de retorno superior a las obtenidas entonces en Estados Unidos y coherente con la establecida por la LGE³²⁶. En este sentido, el Sr. Gillette observó que “el modelo sobre el cual se basó el precio de la oferta asumía lo que considerábamos cifras conservadoras de crecimiento”³²⁷. Así pues, lo que importaba era la tasa de retorno proyectada, que se lograba incluso con “cifras conservadoras de crecimiento” y que no dependía de que las tarifas aumentaran sustancialmente con el paso del tiempo. En términos generales, el Sr. Kaczmarek explica que, “[d]ado el impacto desconocido de la inflación, la tecnología, y el precio de las materias primas, uno no puede esperar que habría una tendencia consistente en las tarifas”³²⁸. Dicho esto, como lo advierte el Dr. Barrera, cuando se privatizó EEGSA, los precios de los *commodities* registraban niveles históricamente bajos y, por lo tanto, habría sido razonable entender que fuera probable que aumentaran en el futuro (lo que conllevaría el incremento correspondiente en el VNR y las tarifas)³²⁹. Por otra parte, al finalizar cualquier período tarifario dado, EEGSA podría evaluar el impacto de los factores mencionados precedentemente frente a las tarifas vigentes y tendría una expectativa en cuanto a cómo afectarían esos factores las tarifas correspondientes al siguiente período tarifario. De este modo, como se explica más adelante, como el primer período tarifario era un período de transición, EEGSA esperaba correctamente que las tarifas aumentaran en el segundo período, como en efecto sucedió³³⁰; de modo similar, como los precios de los *commodities* correspondientes a los precios de los materiales utilizados en la redes de distribución habían aumentado considerablemente por sobre la tasa inflacionaria en el quinquenio correspondiente al segundo período tarifario, y como en ese lapso no se habían

³²⁶ Gillette I, párrafo 12 (CWS-5) (donde señala que el régimen regulatorio de Guatemala “nos resultaba atractiv[o] ya que nos prometía, de administrar la empresa de manera adecuada y lograr una gran eficiencia, un aumento en nuestro retorno”); *id.*, párrafo 13 (donde señala que TECO “determin[ó] que podíamos lograr un retorno sobre la inversión en EEGSA mayor que nuestros retornos por servicios públicos en Estados Unidos, principalmente porque la ley garantizaba una tasa de retorno real entre 7% y 13% sobre el valor nuevo de reemplazo”).

³²⁷ Gillette I, párrafo 14 (CWS-5).

³²⁸ Kaczmarek II, párrafo 173 (CER-5).

³²⁹ Barrera, párrafo 64 (CER-4).

³³⁰ *Ver* Sección II.D *infra*; Memorial, párrafos 70 y 72-83; Calleja II, párrafo 3 (CWS-9); Calleja I, párrafo 7 (CWS-3); Maté II, párrafo 3 (CWS-12); Maté I, párrafo 3 (CWS-6).

dado adelantos tecnológicos sustanciales, EEGSA también esperaba acertadamente que las tarifas subieran en el tercer período tarifario³³¹.

67. Por último, como lo explica el Sr. Gillette en la segunda declaración de testigo³³², desde que invirtió en EEGSA en septiembre de 1998 hasta la venta de su tenencia en dicha empresa en octubre de 2010, el grupo económico TECO mantuvo constantemente su inversión en EEGSA. Como lo refleja el Informe 10-K de TECO Energy³³³, el grupo económico TECO estaba integrado por TECO Energy, la sociedad controlante, constituida en Florida en 1981, y una serie de subsidiarias de su propiedad total, entre ellas TECO, la Demandante en este arbitraje, y TPS de Ultramar Guatemala, por medio de la cual el grupo económico TECO invirtió en EEGSA. Como lo explica el Sr. Gillette³³⁴, a lo largo de los doce años en que el grupo económico TECO mantuvo su participación en la titularidad de EEGSA, la tenencia accionaria de TECO Energy se mantuvo indirectamente por intermedio de diversas sociedades estadounidenses, dos sociedades constituidas en las Islas Caimán y dos sociedades guatemaltecas. Como también lo advierte Gillette³³⁵, entre 1998 y 2005, se produjeron dos reestructuraciones societarias distintas y dos modificaciones de nombres societarios en la cadena de titularidad societaria de EEGSA: se incorporaron dos sociedades *holding* estadounidenses adicionales, TWG Non-Merchant, Inc. (cuyo nombre se modificó luego a TECO Guatemala,

³³¹ Ver Sección II.E *infra*; Memorial, párrafos 186; Kaczmarek II, párrafo 197 (CER-5); Kaczmarek I, párrafo 106 (CER-2); Barrera, párrafos 263-265 (CER-4); Calleja II, párrafo 25 (CWS-9); Calleja I, párrafos 7 y 49 (CWS-3); Maté II, párrafo 18 (CWS-12); Maté I, párrafos 3 y 19 (CWS-6); Gillette I, párrafos 18-19 (CWS-5).

³³² Gillette II, párrafo 10 (CWS-11).

³³³ Ver Formulario 10-K de TECO Energy, del 26 de febrero de 2009, Anexo 21 (C-324).

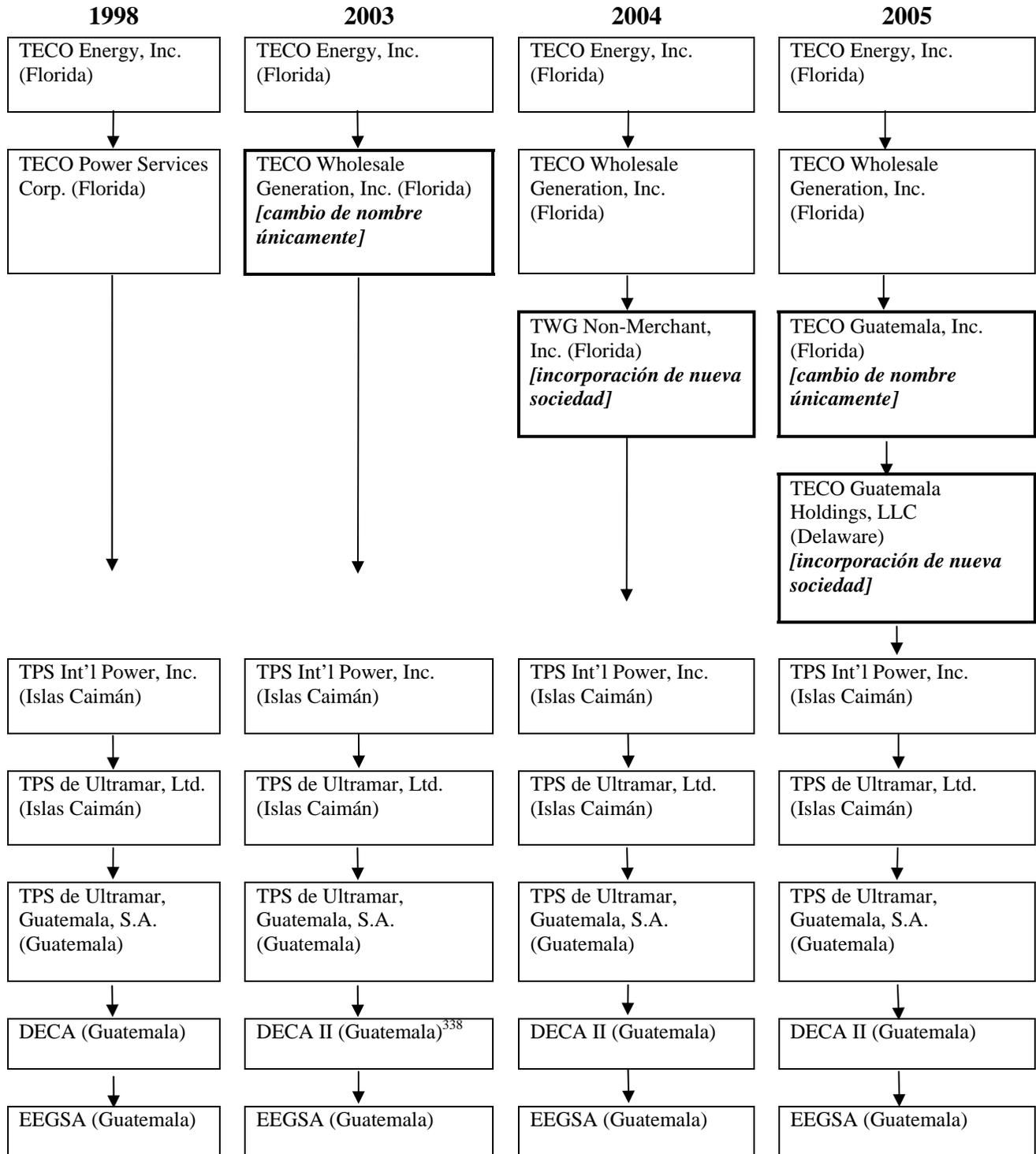
³³⁴ Gillette II, párrafo 10 (CWS-11).

³³⁵ *Íd.*

Inc.) y la Demandante, en 2004 y 2005, respectivamente³³⁶, y dos sociedades estadounidenses modificaron sus nombres societarios³³⁷. Así se puede apreciar en el siguiente gráfico:

³³⁶ Ver Registro de Socios, TPS International Power, Inc., del 9 de septiembre de 2010 (**C-526**) (donde se confirma la titularidad por parte de TECO Guatemala Holdings, LLC); Registro de Socios, TPS de Ultramar, Ltd., del 9 de septiembre de 2010 (**C-527**) (donde se confirma la titularidad por parte de TPS International Power, Inc.); Registro de Emisión de Acciones de TPS de Ultramar, Guatemala, S.A., del 11 de enero de 2012 (**C-543**) (donde se confirma la titularidad por parte de TPS de Ultramar, Ltd.); Registro Societario de DECA, del 14 de agosto de 1998 (**C-428**) (donde se confirma la titularidad por parte de TPS de Ultramar, Guatemala, S.A.).

³³⁷ Modificación del Instrumento Constitutivo de TECO Power Services Corporation, del 23 de diciembre de 2003 (**C-459**) (donde se certifica la modificación del nombre social a TECO Wholesale Generation, Inc.); Modificación del Instrumento Constitutivo de TWG Non-Merchant, Inc., del 23 de diciembre de 2003 (**C-461**) (donde se certifica la modificación del nombre social a TECO Guatemala, Inc.).



³³⁸ Como lo explicó el Sr. Gillette, DECA se fusionó con EEGSA en 1999. Gillette I, párrafo 16. TPS y los otros dos integrantes del consorcio constituyeron DECA II para la tenencia de sus acciones de EEGSA. *Íd.* Ello no afectó al grupo societario TECO Energy.

68. Como lo explica el Sr. Gillette y lo confirma el acervo documental³³⁹, cuando la tenencia accionaria en EEGSA se transfirió a TWG Non-Merchant, Inc. y la Demandante en 2004 y 2005, respectivamente, estas transmisiones se realizaron “por la suma nominal de USD 1,00 por acción, por un monto total de USD 100”³⁴⁰. Así, estas transferencias no fueron ventas de acciones sino que se trató de transferencias societarias internas entre integrantes de un mismo grupo económico. Como también lo advierte el Sr. Gillette, “[a]l momento de la incorporación de la Demandante en 2005, la Demandante y TECO Guatemala, Inc. compartían todos sus funcionarios y directores”³⁴¹, y “todos ellos, a excepción de una sola persona, desempeñaban esas mismas funciones en TECO Wholesale Generation, Inc., que es la compañía por medio de la cual se relacionan las dos empresas mencionadas y TECO Energy”³⁴², lo que también refleja que estas sociedades operaban y siguen operando bajo una sociedad controlante en común, TECO Energy, con objetivos compartidos. En consecuencia, como se analiza luego con mayor detalle³⁴³, la Demandante, en su carácter de integrante del grupo económico TECO, compartía las mismas expectativas referentes a la inversión en EEGSA que los demás integrantes del grupo.

³³⁹ Poder y Transferencia de Acciones, del 17 de junio de 2004 (**C-464**) (donde se confirma la transferencia de 100 acciones de TPS International Power, Inc., de manos de TECO Wholesale Generation, Inc. a TWG Non-Merchant, Inc.); Poder y Transferencia de Acciones, del 4 de mayo de 2005 (**C-471**) (donde se confirma la transferencia de 100 acciones de TPS International Power, Inc., de manos de TECO Guatemala, Inc. (anteriormente TWG Non-Merchant, Inc.) a TECO Guatemala Holdings, LLC); Registro de Socios, TPS International Power, Inc. (**C-526**) (donde se confirman las transferencias accionarias, cada una a un precio de US\$ 100 por 100 acciones).

³⁴⁰ Gillette II, párrafo 11 (**CWS-11**).

³⁴¹ *Íd.*; ver también TECO Guatemala, Inc., Resolución por Consentimiento en Sustitución de la Reunión del Directorio, del 27 de abril de 2005 (**C-469**) (donde se demuestra que, en 2005, los directores de TECO Guatemala, Inc. eran G.L. Gillette, S.M. Payne, y J.B. Ramil, y sus funcionarios eran G.L. Gillette (presidente y tesorero), S.M. Payne (vicepresidente y síndico, secretario adjunto y funcionario fiscal), D.E. Schwartz (secretario), y S.W. Callahan (secretario adjunto)); Contrato de Sociedad de Responsabilidad Limitada de TECO Guatemala Holdings LLC, del 4 de mayo de 2005, Arts. 3.2 y 3.9 (**C-472**) (donde se demuestra lo mismo respecto de TECO Guatemala Holdings, LLC).

³⁴² Gillette II, párrafo 11 (**CWS-11**); ver también TECO Wholesale Generation, Inc., Resolución por Consentimiento en Sustitución de la Reunión del Directorio, del 27 de abril de 2005 (donde se demuestra que, en 2005, los directores de TECO Wholesale Generation, Inc. eran C.R. Black, G.L. Gillette, y J.B. Ramil, y sus funcionarios eran C.R. Black (presidente), S.M. Payne (vicepresidente y síndico, secretario adjunto y funcionario fiscal), D.E. Schwartz (secretario), G.L. Gillette (tesorero), y S.W. Callahan (secretario adjunto)).

³⁴³ Ver Sección III.A.3 *infra*.

C. El VAD provisional de EEGSA para el primer período tarifario posterior a la privatización [1998-2003] paralizó financieramente a la empresa

69. En el Memorial, la Demandante demostró que, durante el primer año completo en que el Consorcio fue su propietario, EEGSA registró un crecimiento de 5,4% en los clientes, lo que generó un crecimiento de 8,2% en el consumo de energía y una reducción sustancial de las pérdidas de energía³⁴⁴. La Demandante también demostró que, desde 1998 hasta 2001, EEGSA logró considerables mejoras en la calidad del servicio eléctrico prestado por la empresa, con un aumento de 16 a 250 lugares para el pago de las facturas, la reducción de 5% a 1,5% del porcentaje de medidores no leídos, la reducción de los errores de facturación de 1,6% del total de facturas a 0,5%, el aumento de la cantidad de llamados de clientes manejados por año de 4.000 a 50.000, la reducción del tiempo promedio de respuesta de 39 a 7 días, y la disminución del período promedio de espera para obtener una nueva conexión al servicio eléctrico, que pasó de 90 a 9 días³⁴⁵. En el mismo período, el SAIDI, o índice de duración promedio de las interrupciones del sistema, bajó de 16 a 8,7 horas, mientras que el SAIFI, o índice de frecuencia promedio de las interrupciones del sistema, bajó de 30 a 12 cortes por año³⁴⁶. Sin embargo, a pesar del crecimiento en la cantidad de clientes y las notorias mejoras en la eficiencia que logró EEGSA, ésta registró importantes restricciones en el flujo de efectivo durante el primer quinquenio tarifario debido a las tarifas provisionales de la empresa, los rápidos incrementos en los precios del combustible y la devaluación de la moneda guatemalteca en el año 1999³⁴⁷.

70. Como lo explicó la Demandante en el Memorial, el VAD de EEGSA para el período tarifario 1998-2003 no se calculó con arreglo al procedimiento previsto en los artículos 71 a 79 de la LGE sino que se fijó con anterioridad a la privatización de EEGSA con arreglo al

³⁴⁴ Ver Memorial, párrafo 64; Gillette I, párrafo 17 (CWS-5); TECO Power Services Corp., Actividades de Empresas de Distribución, Acta de la Junta Directiva, del mes de enero de 2000, páginas 2-36 (C-47).

³⁴⁵ Ver Memorial, párrafo 64; Banco Interamericano de Desarrollo, *Keeping the Lights On: Power Sector Reform in Latin America*, página 256 (C-61).

³⁴⁶ Ver Memorial, párrafo 64; Banco Interamericano de Desarrollo, *Keeping the Lights On: Power Sector Reform in Latin America*, página 256 (C-61).

³⁴⁷ Ver Memorial, párrafos 66-71.

artículo 2 de las Disposiciones Transitorias de la LGE³⁴⁸. De conformidad con dicha disposición, el VAD de EEGSA debía fijarlo la CNEE en función de “valores usados en otros países que apliquen similar metodología”,³⁴⁹ ya que en ese momento no se contaba con información suficiente para llevar adelante un estudio formal del VAD³⁵⁰. Para calcular el VAD de EEGSA y fijar las tarifas de distribución de la empresa para el período tarifario 1998-2003, la CNEE buscó datos comparables de El Salvador³⁵¹. Como lo explicó Leonardo Giacchino en su primera declaración de testigo³⁵², debido a las distintas densidades existentes en el territorio de distribución de EEGSA y El Salvador, entre otros factores, el uso de datos de ese país condujo a tarifas que resultaron ser “demasiado bajas” y “no cubría[n] ni los costos de operación ni las inversiones necesarias para actualizar y ampliar la precaria red eléctrica existente al momento de la privatización [de EEGSA]”,³⁵³. Como lo advirtió la Demandante en el Memorial, estas bajas tarifas, combinadas con los rápidos incrementos en los costos del combustible y una importante devaluación de la moneda guatemalteca en 1999³⁵⁴, generaron flujos negativos de efectivo libre para EEGSA en 1999 y 2000 y una ganancia neta negativa en el año 2001³⁵⁵. Como lo demostró el Sr. Kaczmarek en su primer informe pericial, “durante el Primer Período Tarifario [la

³⁴⁸ *Ver id.*, párrafo 66; LGE, Título VII, Capítulo 1, Art. 2 (“La primera fijación de peajes y tarifas a clientes de servicio de distribución final, aplicando los criterios y metodologías que establece la presente ley, se efectuará la primera quincena de mayo de 1997. En este caso, los VAD de distribución que determine la [CNEE] se basarán en valores usados en otros países que apliquen similar metodología”) (C-17).

³⁴⁹ LGE, Título VII, Art. 2 (C-17).

³⁵⁰ *Ver* Memorial, párrafo 66; Calleja I, párrafo 6 (CWS-3); Giacchino I, párrafo 5 (CWS-4).

³⁵¹ *Ver* Memorial, párrafo 67; Giacchino I, párrafo 5 (CWS-4); Kaczmarek I, párrafo 86 (CER-2). Synex, la consultora que confeccionó el estudio que se utilizó para calcular las tarifas de EEGSA, también usó datos correspondientes a otras jurisdicciones, pero no utilizó datos de Guatemala. *Ver* Giacchino I, párrafo 5, nota al pie 2 (donde se cita Synex, *Determination of Electric Tariffs at the Generation-Transmission and Distribution Levels in Guatemala*, Informe Preliminar para el Banco Mundial, del mes de enero de 1997, capítulo 3, punto 3.1, página 12 (“Informe de Synex”) (C-20)) (CWS-4).

³⁵² Giacchino I, párrafo 5, nota al pie 3 (CWS-4).

³⁵³ Maté I, párrafo 3 (CWS-6); *ver también* Memorial, párrafo 67.

³⁵⁴ *Ver* Memorial, párrafo 69; TECO Power Services Corp., Actividades de Empresas de Distribución, Acta de la Junta Directiva, del mes de enero de 2000, páginas 2-36 (C-47).

³⁵⁵ *Ver* Memorial, párrafo 69; Kaczmarek I, Apéndice 3 (CER-2); *ver también* TECO Power Services Corp., Actividades de Empresas de Distribución, Acta de la Junta Directiva, del mes de enero de 2000, páginas 2-36 (C-47); Gillette I, párrafo 17 (CWS-5); Giacchino I, párrafo 5, nota al pie 5 (CWS-4); Calleja I, párrafo 7 (CWS-3).

rentabilidad del capital invertido] de EEGSA siempre fue menor que el límite inferior del 7 por ciento establecido por el marco regulatorio”, y se ubicó entre 3% y apenas más de 4%³⁵⁶.

71. En el Memorial de Contestación, la Demandada cuestiona la forma en que la Demandante describe el primer quinquenio tarifario de EEGSA³⁵⁷. Primero alega que las tarifas fijadas por la CNEE en 1998 “fueron [fijadas] en base a un estudio técnico realizado por Synex con el auspicio del Banco Mundial, y eran conocidas por Teco antes de invertir”³⁵⁸. Luego la Demandada sostiene que las tarifas provisionales de EEGSA para el período tarifario 1998-2003 no fueron “bajas” y que “los aumentos en el precio del petróleo y la devaluación de la moneda fueron compensados por los ajustes periódicos que tienen lugar dentro de cada quinquenio según los mecanismos del marco regulatorio”³⁵⁹. La Demandada también sostiene que “las inversiones en infraestructura son inversiones a largo plazo que requieren una importante inversión inicial a ser recuperada a lo largo del contrato”³⁶⁰, y que, “por ser [EEGSA] una inversión a largo plazo, la rentabilidad de entre 7 por ciento y 13 por ciento mencionada por la LGE debe analizarse sobre el período de la concesión y no solo sobre un quinquenio”³⁶¹. Por último, la Demandada alega que el Sr. Kaczmarek “ignora por completo la reestructuración de actividades de EEGSA, incluyendo la transferencia de parte de la infraestructura y actividad de transporte de EEGSA a Trelec”³⁶², y que, contrariamente a lo afirmado en el primer informe pericial de Kaczmarek, la Junta Directiva de TECO reconoció, en enero de 2000, que “*EEGSA’s overall income was higher than plan[ned]*” [los ingresos globales de EEGSA superaron el monto anticipado]³⁶³. Lo que sostiene la Demandada es incorrecto.

³⁵⁶ Kaczmarek I, párrafo 96 (CER-2). Como se dijo precedentemente, la LGE establece un costo mínimo de capital de 7%. LGE, Art. 79 (C-17).

³⁵⁷ Ver Memorial de Contestación, párrafos 244-249.

³⁵⁸ *Íd.*, párrafo 245.

³⁵⁹ *Íd.*

³⁶⁰ *Íd.*, párrafo 247.

³⁶¹ *Íd.*, párrafo 248.

³⁶² *Íd.*

³⁶³ *Íd.*, párrafo 249 (donde se cita TECO Power Services Corp., Actividades de Empresas de Distribución, Acta de la Junta Directiva, del mes de enero de 2000, página 2-36 (C-47)).

72. En primer lugar, según explica el Dr. Barrera en su informe pericial, las tarifas que la CNEE fijó para EEGSA en 1998 fueron aproximadamente 21% inferiores a las calculadas en el estudio técnico que realizó Synex bajo los auspicios del Banco Mundial³⁶⁴. En particular, si bien Synex calculó que el costo para un cliente residencial que consume 50 kWh por mes en el cuarto trimestre sería de US\$ 7,13, la CNEE fijó tarifas en función del presupuesto de que dicho costo totalizaría US\$ 5,62 por mes³⁶⁵. Además, mientras que Synex calculó el VAD por kilovatio hora para media tensión en US\$ 5,54 por mes, la CNEE lo fijó en US\$ 3,64 (punta) y US\$ 2,46 (valle)³⁶⁶. De modo similar, para baja tensión, mientras que Synex calculó el VAD por kilovatio hora en US\$ 7,44 por mes, la CNEE lo fijó en US\$ 4,80 (punta) y US\$ 3,24 (valle)³⁶⁷. Así lo confirmó el Sr. Giacchino, que advierte que cuando “confeccion[ó] la primera revisión tarifaria para EEGSA en carácter de Director del estudio tarifario de NERA en 2003, recuerd[a] haber abordado las deficiencias del estudio de Synex, así como las diferencias entre dicho estudio y las tarifas que habían sido fijadas con respecto al primer período tarifario, conjuntamente con la CNEE y PA Consulting (el consultor de la CNEE en ese entonces)”³⁶⁸. Por otra parte, como lo advierte el Sr. Kaczmarek en su segundo informe pericial, el perito de la Demandada, Sr. Damonte, “no provee ningún análisis para rebatir nuestra afirmación que el VAD del Primer Período Tarifario es una mala referencia y no el producto de un estudio del VAD”³⁶⁹. Damonte tampoco realiza un análisis de la metodología utilizada en el estudio de Synex³⁷⁰.

³⁶⁴ Barrera, párrafo 36, nota al pie 13 (donde se cita Synex, Determination of Electric Rates at Generation Levels – Transmission and Distribution in Guatemala (C-22)); Resolución CNEE-15-1998 (C-35) (CER-4).

³⁶⁵ Barrera, párrafo 36, nota al pie 13 (donde se cita Synex, Determination of Electric Rates at Generation Levels – Transmission and Distribution in Guatemala (C-22)); Resolución CNEE-15-1998 (C-35) (CER-4).

³⁶⁶ Barrera, párrafo 36, nota al pie 13 (donde se cita Synex, Determination of Electric Rates at Generation Levels – Transmission and Distribution in Guatemala (C-22)); Resolución CNEE-15-1998 (C-35) (CER-4).

³⁶⁷ Barrera, párrafo 36, nota al pie 13 (donde se cita Synex, Determination of Electric Rates at Generation Levels – Transmission and Distribution in Guatemala (C-22)); Resolución CNEE-15-1998 (C-35) (CER-4).

³⁶⁸ Giacchino II, párrafo 3 (CWS-10).

³⁶⁹ Kaczmarek II, párrafo 193 (CER-5).

³⁷⁰ *Íd.*

73. En segundo lugar, como lo confirman los Sres. Maté y Calleja en sus segundas declaraciones de testigo³⁷¹, las tarifas provisionales de EEGSA para el período tarifario 1998-2003 fueron bajas, y EEGSA no pudo generar suficientes flujos de efectivo para cubrir sus gastos operativos o las inversiones necesarias para mejorar la red de distribución eléctrica durante el primer quinquenio tarifario. Como resultado de ello, los accionistas de DECA debieron efectuar una serie de aportes monetarios para proveer a EEGSA la liquidez necesaria para operar y cubrir sus inversiones y costos operativos³⁷². Como lo explican los Sres. Maté y Calleja³⁷³, en el período tarifario 1998-2003, si bien se efectuaron ajustes trimestrales de conformidad con el artículo 87 del RLGE para reflejar los incrementos operados en los precios del combustible³⁷⁴, las tarifas de EEGSA no se ajustaron de conformidad con el artículo 86 del RLGE, que contempla la realización de ajustes anuales por cambios en el costo de la electricidad, las compras de potencia y los peajes de transmisión abonados por la distribuidora y trasladados a los clientes regulados en la tarifa³⁷⁵. Además, respecto de la depreciación de la moneda guatemalteca, las tarifas de EEGSA solamente se ajustaron de forma parcial ya que, si bien se ajustó la porción del VAD correspondiente a los costos en quetzales, la parte correspondiente a los costos en dólares estadounidenses no se modificó³⁷⁶.

74. El hecho de que las tarifas provisionales de EEGSA para el período tarifario 1998-2003 no se ajustaron en su totalidad como lo exigen la LGE y el RLGE queda también

³⁷¹ Calleja II, párrafo 3 (CWS-9); Maté II, párrafo 3 (CWS-12); *ver también* Calleja I, párrafo 7 (CWS-3); Maté I, párrafo 3 (CWS-6).

³⁷² Maté II, párrafo 3 (CWS-12); Maté I, párrafo 3 (CWS-6); *ver también* TECO Power Services Corp., Actividades de Empresas de Distribución, Acta de la Junta Directiva, del mes de abril de 2000, página 2 (donde se advierte que TPS pagó US\$ 6 millones para financiar temporariamente el déficit de EEGSA) (C-430); TECO Power Services Corp., Actividades de Empresas de Distribución, Acta de la Junta Directiva, del mes de julio de 2002, página 3 (donde se advierte que “a fines de 2002, TPS otorgó USD 5.520.000 en préstamo a la sociedad de proyectos, conjuntamente con los restantes socios del proyecto, Iberdrola y EDP, mediante créditos acordados a sus participaciones accionarias”) (C-444).

³⁷³ Calleja II, párrafo 3 (CWS-9); Maté II, párrafo 3 (CWS-12).

³⁷⁴ RLGE, Art. 87 (“Cada tres meses se calculará la diferencia entre el precio medio de compra de potencia y energía y el precio medio correspondiente calculado inicialmente para ser trasladado a tarifas de distribución”) (C-21).

³⁷⁵ RLGE, Art. 86 (C-21). Como lo confirma el Sr. Maté, ello generó un importante déficit de caja en EEGSA, por un valor de aproximadamente 500 millones de quetzales. *Ver* Maté II, párrafo 3 (CWS-12).

³⁷⁶ Calleja II, párrafo 3 (CWS-9); Maté II, párrafo 3 (CWS-12).

confirmado por el acervo documental. Como lo refleja el Acta de la Junta Directiva de TPS de abril de 2000³⁷⁷, la Junta advirtió que “[l]a administración de fondos continúa implicando un importante esfuerzo en EEGSA debido al atraso regulatorio entre los gastos y la actualización de las tarifas” y que “DECA ha financiado esta deficiencia provisoriamente”, con US\$ 6 millones pagados por TPS³⁷⁸. De modo similar, el Acta de la Junta Directiva de TPS de abril de 2001 señala que, si bien “durante el primer trimestre de 2001, las ventas de energía de EEGSA resultaron un 25,5% mayores a aquellas del mismo período del año anterior”, a pesar de este incremento “EEGSA continúa sufriendo restricciones de flujo de efectivo debido a la demora de la actualización de los costos de compra de energía establecidos en la Ley General de Electricidad de Guatemala”³⁷⁹. Como también se advierte en el Acta de la Junta Directiva de TPS de julio de 2002, “[d]urante el primer semestre de 2002, EEGSA registró un déficit de flujos de efectivo” y “a fines de 2002, TPS otorgó USD 5.520.000 en préstamo a la sociedad de proyectos, conjuntamente con los restantes socios del proyecto, Iberdrola y EDP, mediante créditos acordados a sus participaciones accionarias”³⁸⁰. Como lo señaló la Junta Directiva de TPS, “[l]a necesidad de fondos se debe principalmente a una serie de cuestiones”, incluido el “costo diferido de la compra de energía”³⁸¹.

75. En tercer lugar, la afirmación de la Demandada de que “la rentabilidad de entre 7 por ciento y 13 por ciento mencionada por la LGE debe analizarse sobre el período de la concesión y no solo sobre un quinquenio”³⁸² no coadyuva a su planteo. La LGE establece el rango del costo de capital correspondiente a cada período tarifario: el artículo 79 de la LGE dispone que “[l]a tasa de actualización a utilizar en la presente ley para la determinación de tarifas será igual a la tasa de costo del capital que determine la [CNEE] mediante estudios

³⁷⁷ TECO Power Services Corp., Actividades de Empresas de Distribución, Acta de la Junta Directiva, del mes de abril de 2000, página 2 (C-430).

³⁷⁸ *Íd.*

³⁷⁹ TECO Power Services Corp., Actividades de Empresas de Distribución, Acta de la Junta Directiva, del mes de abril de 2001 (C-432).

³⁸⁰ TECO Power Services Corp., Actividades de Empresas de Distribución, Acta de la Junta Directiva, del mes julio de 2002, página 3 (C-444).

³⁸¹ *Íd.*

³⁸² Memorial de Contestación, párrafo 248.

contratados con entidades privadas especialistas en la materia”, y que, “si la tasa de actualización resultare inferior a siete por ciento real anual o bien superior al trece por ciento real anual, se aplicarán estos últimos valores, respectivamente”³⁸³. Como queda reflejado en el artículo 79 de la LGE, el costo del capital de la distribuidora se calcula entonces cada cinco años y debe ubicarse entre 7% y 13% en términos reales³⁸⁴. Los peritos de Guatemala en daños y perjuicios, Sres. Abdala y Schoeters, de Compass Lexecon, reconocen este tanto en su informe pericial al manifestar que la rentabilidad de 7%-13% debe medirse en función de un solo período tarifario: “la regulación no contempla retroactividad alguna que tienda a ajustar la rentabilidad histórica de la empresa. [...] ergo, la regulación no contempla ajustes a la tarifa para compensar en el quinquenio en cuestión eventuales déficits o excesos de rentabilidad histórica”³⁸⁵. No obstante, como se analiza más adelante, Compass Lexecon³⁸⁶ interpreta incorrectamente el objetivo del análisis de la TIR³⁸⁷. Por otra parte, sus dichos contradicen directamente lo manifestado en contrario por la propia Demandada, que citamos precedentemente³⁸⁸.

76. Por otra parte, el intento de la Demandada de desmentir la conclusión a la que arriba el Sr. Kaczmarek, perito de la Demandante en daños y perjuicios, en el sentido de que la Demandante no logró las tasas de retorno de referencia previstas en la LGE en el primer quinquenio tarifario (o, de hecho, a lo largo de su inversión), porque supuestamente Kaczmarek “ignor[ó] [...] la reestructuración de actividades de EEGSA, incluyendo la transferencia de parte de la infraestructura y actividad de transporte de EEGSA a Trelec”³⁸⁹, se funda en una idea básica incorrecta. Como se explica más adelante, al realizar el análisis de la TIR, el Sr. Kaczmarek le asignó a EEGSA el 85% del precio de compra de DECA, en función de

³⁸³ LGE, Art. 79 (C-17).

³⁸⁴ *Íd.*, Arts. 77 y 79; *ver también* Memorial, párrafo 37; Alegria I, párrafo 25 (CER-1).

³⁸⁵ Opinión sobre Regulación Económica y Daños por Manuel A. Abdala & Marcelo A. Schoeters (24 de enero de 2012), párrafo 87(a) (en adelante, “Compass Lexecon”) (RER-1); *ver también id.*, párrafo 7(c).

³⁸⁶ La Demandante advierte que, entre 2001 y 2006, Marcelo Schoeters, uno de los dos coautores del informe de Compass Lexecon sobre daños, era Consultor Ejecutivo en Mercados Energéticos, una de las consultoras de la CNEE durante la revisión tarifaria de EEGSA para el período 2008-2013. Compass Lexecon, párrafo 21 (RER-1).

³⁸⁷ *Ver* Sección IV *infra*; Kaczmarek II, párrafos 147-159 (CER-5).

³⁸⁸ Memorial de Contestación, párrafo 248.

³⁸⁹ *Íd.*

información que constaba en el Memorándum de Venta³⁹⁰. Al calcular el retorno proveniente de la inversión, como lo advierte la Demandada, Kaczmarek no incorporó ajuste alguno tendiente a reflejar las ganancias de las demás subsidiarias de EEGSA³⁹¹. Como lo explica el Sr. Kaczmarek, la inclusión de las subsidiarias en el análisis de la TIR sirve para *aumentar* la tasa de retorno³⁹². En efecto, el perito de la propia Demandada advierte que, en el año 2004, las actividades de las subsidiarias no reguladas representaron aproximadamente el 30% de las ganancias de EEGSA³⁹³. La inclusión de los retornos provenientes de dichas subsidiarias en el análisis de la TIR de la Demandante sirve entonces para reforzar la conclusión de que esta última no obtuvo el retorno de referencia durante el primer período tarifario (o, de hecho, a lo largo de la inversión)³⁹⁴.

77. Por último, si bien la Demandada alega que en enero de 2000 la Junta Directiva de TECO reconoció que “EEGSA’s overall income was higher than plan[ned]” [los ingresos globales de EEGSA superaron el monto anticipado], lo que supuestamente contradice el primer informe pericial del Sr. Kaczmarek, esta afirmación está tomada completamente fuera de contexto³⁹⁵. Como se puede apreciar en el Acta de la Junta Directiva de TPS de enero de 2000³⁹⁶, la suba en las ganancias generales de EEGSA en 1999 no se debió al desempeño financiero de la empresa sino a la devaluación del 14% que sufrió la moneda guatemalteca en 1999, que generó “una ganancia contable debido a la reexpresión de la deuda en moneda local de EEGSA”³⁹⁷. Como se explica en el Acta de la Junta, “[c]omo resultado del aumento veloz en los costos de combustibles y una devaluación del 14 por ciento en la moneda guatemalteca en 1999, los ingresos por energía eléctrica comprada fueron menores que los costos”, y, “[s]i bien este déficit

³⁹⁰ Kaczmarek I, Apéndice 6 (CER-2); Kaczmarek II, Apéndice 5 (CER-5); Memorándum de Venta, del mes de mayo de 1998, páginas 6 y 11 (C-29).

³⁹¹ Memorial de Contestación, párrafo 248; *ver también* Compass Lexecon, párrafo 87(b), nota al pie 70 (RER-1).

³⁹² Kaczmarek II, párrafo 159 (CER-5).

³⁹³ Compass Lexecon, párrafo 87(b), nota al pie 70 (RER-1); *ver también* Kaczmarek II, párrafo 146 (CER-5).

³⁹⁴ Kaczmarek II, párrafo 146 (CER-5).

³⁹⁵ Memorial de Contestación, párrafo 249 (donde se cita TECO Power Services Corp., Actividades de Empresas de Distribución, Acta de la Junta Directiva del mes de enero de 2000 (C-47)).

³⁹⁶ TECO Power Services Corp., Actividades de Empresas de Distribución, Acta de la Junta Directiva del mes de enero de 2000 (C-47).

³⁹⁷ *Íd.*, página 1.

afecta los ingresos de TPS negativamente, la devaluación crea una ganancia contable debido a la reexpresión de la deuda en moneda local de EEGSA” y “[c]omo resultado de ello, los ingresos globales de EEGSA fueron mayores que lo planificado”³⁹⁸. Por lo tanto, el Acta de la Junta Directiva de TPS de enero de 2000 no contradice el primer informe pericial del Sr. Kaczmarek, como afirma la Demandada, sino que confirma que las tarifas de EEGSA en el período tarifario 1998-2003 no generaron flujos de efectivo suficientes para cubrir los gastos operativos de la empresa. Como se expuso en el Memorial y se analiza aquí más adelante, si bien los flujos de efectivo de EEGSA eran negativos, ésta siguió realizando las inversiones necesarias en la red de distribución durante este período tarifario inicial, al prever que sus ingresos y flujos de efectivo registrarían un aumento considerable en la siguiente revisión tarifaria, en la que las tarifas se basarían en un estudio del VAD realizado con arreglo a los criterios consagrados en la LGE y el RLGE³⁹⁹.

D. La revisión de las tarifas de EEGSA para el período tarifario 2003-2008 se realizó de conformidad con los requisitos impuestos en la LGE y el RLGE

78. En el Memorial, la Demandante demostró que la revisión de las tarifas de EEGSA para el período tarifario 2003-2008 generó retornos acordes con las expectativas del grupo económico TECO con arreglo a la LGE y RLGE, y que la CNEE y EEGSA llevaron adelante el proceso de revisión tarifaria de buena fe y con espíritu de colaboración y cooperación, así como de acuerdo con la ley⁴⁰⁰. Como lo explicó la Demandante en el Memorial, el año antes de que debieran cobrar vigencia las nuevas tarifas de EEGSA, la CNEE precalificó a seis firmas consultoras para que realizaran sus ofertas para la confección del estudio del VAD de EEGSA con arreglo al artículo 72 de la LGE, y EEGSA eligió para llevar adelante su estudio del VAD a NERA Economic Consulting, con un equipo liderado por el Sr. Giacchino⁴⁰¹. La Demandante también explicó que la CNEE contrató a PA Consulting para que la asesorara durante el proceso

³⁹⁸ *Íd.*

³⁹⁹ *Ver* Memorial, párrafo 71; Calleja II, párrafo 3 (CWS-9); Maté II, párrafo 3 (CWS-12).

⁴⁰⁰ *Ver* Memorial, párrafos 72-83.

⁴⁰¹ *Ver* Memorial, párrafo 72; Maté I, párrafo 4 (CWS-6); Calleja I, párrafo 9 (CWS-3); Giacchino I, párrafo 4 (CWS-4).

de revisión de las tarifas⁴⁰² y que, en el mes de octubre de 2002, la CNEE emitió los términos de referencia para la realización del estudio del VAD de EEGSA, que disponían que dicho estudio debía llevarse adelante por medio de una metodología de arriba hacia abajo⁴⁰³. Como lo advirtió la Demandante en el Memorial, esto significaba que la consultora de EEGSA utilizaría la red real (y los costos reales de EEGSA) y luego incorporaría ajustes destinados a optimizar la red de modo tal de que se asemejara a una empresa modelo eficiente⁴⁰⁴.

79. En el Memorial la Demandante demostró además que la revisión de las tarifas de EEGSA para el período tarifario 2003-2008 se llevó a cabo en un “clima de colaboración” entre EEGSA, la CNEE y las consultoras de las partes, y que las partes regularmente mantuvieron reuniones en las que NERA informaba sobre el avance logrado y respondía a las consultas efectuadas por la CNEE⁴⁰⁵. Como lo explicó la Demandante, esta colaboración contribuyó considerablemente al avance del estudio del VAD de EEGSA, ya que en cada reunión se llegó a un acuerdo respecto de la metodología y los resultados parciales⁴⁰⁶. Tras las negociaciones que las partes mantuvieron con éxito, la CNEE aprobó el estudio del VAD realizado por NERA, que generó un VNR de US\$ 584 millones y un flujo de ingresos de aproximadamente US\$ 110 millones anuales⁴⁰⁷. Como lo explicó la Demandante, como resultado de la suba del VAD, en 2004 el retorno de EEGSA sobre el capital invertido se ubicó por primera vez en el rango previsto en el artículo 79 de la LGE⁴⁰⁸. Según lo confirmó el Sr. Kaczmarek en su primer

⁴⁰² Ver Memorial, párrafo 72; Maté I, párrafo 4 (CWS-6); Calleja I, párrafo 9 (CWS-3); Giacchino I, párrafo 9 (CWS-4).

⁴⁰³ Resolución CNEE-88-2002, del 23 de octubre de 2002 (C-59); ver también Memorial, párrafo 73; Giacchino I, párrafo 8 (CWS-4); Kaczmarek I, párrafo 88 (CER-2).

⁴⁰⁴ Ver Memorial, párrafo 73; JONATHAN LESSER & LEONARDO GIACCHINO, FUNDAMENTALS OF ENERGY REGULATION 85-87 (2007) (C-99). La Demandada no cuestiona este punto en su Memorial de Contestación, aunque advierte que “en esta revisión se utilizó el sistema *SER top-down approach*, es decir, se usaron los datos reales de la compañía para construir la empresa modelo y se la ajustó por eficiencia”. Memorial de Contestación, párrafo 258 (énfasis en original).

⁴⁰⁵ Ver Memorial, párrafo 74; Maté I, párrafo 4 (CWS-6); Calleja I, párrafo 10 (CWS-3); Giacchino I, párrafo 10 (CWS-4).

⁴⁰⁶ Ver Memorial, párrafo 74; Giacchino I, párrafo 10 (donde se cita, *por ejemplo*, el Acta de la Reunión con la CNEE, del 4 de abril de 2003 (C-63)) (CWS-4).

⁴⁰⁷ Ver Memorial, párrafos 75-82.

⁴⁰⁸ Ver *id.*, párrafo 81; Kaczmarek I, párrafo 96, figura 10 (CER-2); ver también LGE, Art. 79 (C-17).

informe pericial⁴⁰⁹, en el segundo período tarifario, el retorno de EEGSA sobre el capital invertido se mantuvo entre 7% y 10% en términos reales (dentro del rango de 7% a 13% en términos reales contemplado en la LGE)⁴¹⁰.

80. En el Memorial de Contestación, la Demandada reconoce que la CNEE contrató consultores externos para la revisión de las tarifas de EEGSA para el período 2003-2008, pero manifiesta que el respaldo obtenido de estos consultores externos “se limitó a un análisis de los sucesivos informes de etapas del estudio tarifario” y que “[el consultor] no llegó a analizar el estudio tarifario completo que presentó el distribuidor, ni a realizar un estudio independiente en forma paralela”⁴¹¹, como lo había recomendado el Sr. Bernstein en su Informe de 2002 sobre los TdR para la revisión tarifaria de EEGSA para el período 2003-2008⁴¹². La Demandada afirma además que “el hecho de que la CNEE no hubiera contratado un experto que realizara un estudio independiente para la revisión 2003-2008 resultó [...] en una importante limitación para la CNEE en su capacidad de supervisar los informes de etapa del equipo de NERA” y que, “[s]i bien la CNEE podría realizar observaciones puntuales al estudio, no tenía un ‘benchmark’ o referencia contra el cual podría comparar los resultados del estudio” y, por ende, “se vio limitada en su capacidad de revisar la voluminosa información del distribuidor relativa a la justificación de los precios de referencia para la fijación del VNR”⁴¹³. También dice la Demandada que, “por falta de recursos internos y asesoramiento externo, muchos elementos del estudio de EEGSA que hubieran podido ser objetados por la CNEE [...] no lo fueron” y que “[a]lgunos [fueron] tan obvios como el reconocimiento del honorario del operador por US\$4,889 millones, cuando los documentos de la licitación y el propio Contrato de Operación indicaban

⁴⁰⁹ Ver Memorial, párrafo 81; Kaczmarek I, párrafo 96, figura 10 (CER-2).

⁴¹⁰ LGE, Art. 79 (C-17); ver también Gillette I, párrafo 19 (donde afirma que “[a]unque aún más bajo del nivel esperado que la compañía requería para invertir en DECA II, durante el segundo período del VAD, los retornos acumulados empezaron a acercarse al rango del 8% de retornos de servicios públicos en los Estados Unidos”) (CWS-5).

⁴¹¹ Memorial de Contestación, párrafo 255.

⁴¹² Juan Sebastián Bernstein, *Algunos aspectos metodológicos a considerar en los Términos de Referencia para los estudios de Valor Agregado de Distribución*, del mes de mayo de 2002 (C-442).

⁴¹³ Memorial de Contestación, párrafo 257.

claramente que sería trasladado a las tarifas sólo en el primer quinquenio”⁴¹⁴. Así pues, la Demandada afirma que “los resultados de esta revisión tarifaria llevaron los valores de EEGSA a niveles muy desproporcionados respecto de la media en toda Latinoamérica”⁴¹⁵, lo que condujo a la reforma del RLGE en 2003 por medio del Acuerdo Gubernativo No. 787-2003, del 5 de diciembre de 2003⁴¹⁶. Las afirmaciones de la Demandada son incorrectas, como se expone a continuación.

81. La Demandante advierte ya desde un primer momento que lo afirmado por la Demandada en cuanto al proceso de revisión de las tarifas de EEGSA para el período 2003-2008 se basa únicamente en las declaraciones de oídas y no corroboradas del Sr. Colóm⁴¹⁷. Como lo confirma el Sr. Calleja en su segunda declaración de testigo, Colóm no integraba la CNEE durante la revisión tarifaria de EEGSA para el período 2003-2008 y, por lo tanto, él no participó en dicha revisión; en ese momento los directores de la CNEE eran los Sres. Luis García, Elmer Ruiz y Edgar Navarro⁴¹⁸, ninguno de los cuales prestó testimonio en el presente arbitraje. Por otra parte, si bien el Sr. Colóm manifiesta que la ex ministra de Energía y Minas Carmen Urízar (que, del mismo modo, tampoco prestó testimonio en este arbitraje), entre otras personas, le expresó que “la CNEE contaba con apoyo técnico limitado al análisis de los sucesivos informes de etapas del” estudio del VAD de EEGSA y que, así, la CNEE “no pudo revisar adecuadamente la información entregada por el distribuidor”⁴¹⁹, la ministra Urízar, al igual que el Sr. Colóm, tampoco participó en la revisión de las tarifas de EEGSA para el período 2003-2008, ya que el MEM no participa en el proceso de revisión tarifaria.

⁴¹⁴ *Íd.*, párrafo 281 (se omitieron las citas internas).

⁴¹⁵ *Íd.*, párrafo 259.

⁴¹⁶ *Íd.*, párrafo 264.

⁴¹⁷ *Ver id.*, párrafos 250-259.

⁴¹⁸ Calleja II, párrafo 5 (CWS-9).

⁴¹⁹ Declaración de Testigo de Carlos Eduardo Colóm Bickford, del 24 de enero de 2012 (“Colóm”), párrafo 49 (RWS-1).

82. Como también lo explican los Sres. Calleja y Giacchino en sus segundas declaraciones de testigo⁴²⁰, para la revisión de las tarifas de EEGSA para el período 2003-2008 la CNEE no solamente recibió financiamiento de USAID para contratar a PA Consulting como consultora externa sino que además creó un Comité Técnico para supervisar el proceso de revisión tarifaria, liderado por el entonces gerente de la División de Tarifas de la CNEE, Sr. Roberto Urdiales⁴²¹. Como lo advierte el Sr. Calleja, “Urdiales, quien previamente había desempeñado funciones durante muchos años en el INDE y en EEGSA antes de su privatización y gozaba de notable experiencia y reconocimiento en el sector eléctrico de Guatemala”⁴²². Tal como lo confirman los Sres. Maté, Calleja y Giacchino, en el transcurso de la revisión de las tarifas de EEGSA para el período 2003-2008, EEGSA y NERA, su consultora precalificada, se reunieron en diversas ocasiones con la CNEE y sus consultores para tratar cuestiones que surgían de la confección del estudio del VAD de EEGSA, a las cuales las partes se referían como “Reuniones de Coordinación”⁴²³. Como repara Maté, contrariamente a las manifestaciones de oídas del Sr. Colóm, “la CNEE y su consultor externo, PA Consulting, en todo momento demostraron tener un profundo conocimiento de los asuntos relacionados con el estudio del VAD de EEGSA y se ocuparon de hacer numerosos comentarios sobre el estudio a EEGSA y a su consultor precalificado, NERA”⁴²⁴. El Sr. Giacchino también observa que la CNEE y PA Consulting “participaban, entonces, activamente en el proceso de revisión tarifaria y brindaban amplias observaciones, no solo con respecto a los informes de etapa de NERA, sino también con respecto al estudio tarifario”⁴²⁵. Como lo confirma Calleja, “la CNEE hizo amplios comentarios sobre el estudio del VAD de EEGSA, tanto en las Reuniones de Coordinación como por escrito,

⁴²⁰ Calleja II, párrafo 5 (CWS-9); Giacchino II, párrafo 8 (CWS-10); *ver también* Calleja I, párrafos 9-10 (CWS-3); nota de la CNEE a EEGSA y NERA, del 18 de febrero de 2003 (C-451) (donde se advierte que la CNEE había contratado a PA Consulting para ayudar a supervisar el estudio del VAD de EEGSA).

⁴²¹ Calleja II, párrafo 5 (CWS-9); *ver también* Resolución CNEE-88-2002, del 23 de octubre de 2002, Art. A.7 (C-59).

⁴²² Calleja II, párrafo 5 (CWS-9).

⁴²³ Maté II, párrafo 4 (CWS-12); Maté I, párrafo 4 (CWS-6); Calleja II, párrafo 5 (CWS-9); Calleja I, párrafo 10 (CWS-3); Giacchino II, párrafo 6 (CWS-10); Giacchino I, párrafos 9-10 (CWS-4); *ver también* Acta de la Reunión con la CNEE, del 4 de abril de 2003 (donde se advierte que el Comité Técnico de la CNEE “quiere[] recibir rápidamente la metodología” y que “[e]specialmente pidi[ó] los modelos para ir familiarizándose con ellos”) (C-63).

⁴²⁴ Maté II, párrafo 4 (CWS-12); *ver también* Nota de NERA a la CNEE y EEGSA, del 1 de junio de 2003 (C-455).

⁴²⁵ Giacchino II, párrafo 8 (CWS-10).

incluso en lo referido al pago del honorario de operador de EEGSA⁴²⁶, que según la Demandada la CNEE jamás planteó durante la revisión de las tarifas de EEGSA⁴²⁷. Como lo demuestra la nota del 1 de junio de 2003 que NERA envió a la CNEE, ello es incorrecto; la CNEE efectivamente hizo observaciones respecto del honorario de operador, a las que NERA respondió en detalle⁴²⁸. Los términos de referencia que la CNEE emitió para PA Consulting, así como el cronograma de la revisión tarifaria que PA Consulting confeccionó para la CNEE, reflejan aún más la naturaleza de la participación de PA Consulting en la revisión de las tarifas de EEGSA para el período 2003-2008, lo que demuestra que PA Consulting mantenía regularmente reuniones y llamadas en conferencia con la CNEE para llevar adelante la revisión y el análisis del estudio del VAD de EEGSA⁴²⁹.

83. Como lo confirman los Sres. Maté y Calleja, si bien las conversaciones entre la CNEE y EEGSA en torno del estudio del VAD de esta última fueron tensas, las partes mantuvieron un diálogo constructivo a lo largo de todo el proceso de revisión tarifaria y finalmente lograron resolver todas sus diferencias sin tener que recurrir a una Comisión Pericial⁴³⁰. El 1 de agosto de 2003, la CNEE publicó así las nuevas tarifas de EEGSA para el período 2003-2008 basadas en el VAD calculado en el estudio de NERA de conformidad con los artículos 71 a 79 de la LGE⁴³¹. Las nuevas tarifas de EEGSA incluían un incremento notorio en el VAD, así como un recargo por ajuste del costo de la electricidad del 10%, de modo tal de que EEGSA pudiera recuperar el costo diferido acumulado del período tarifario anterior de

⁴²⁶ Calleja II, párrafo 5 (CWS-9); *ver también* Nota de NERA a la CNEE y EEGSA, del 1 de junio de 2003, sección F (C-455).

⁴²⁷ Memorial de Contestación, párrafo 281.

⁴²⁸ Nota de NERA a la CNEE y EEGSA, del 1 de junio de 2003, sección F (C-455); *ver también* Calleja II, párrafo 5 (CWS-9); Giacchino II, párrafo 8 (CWS-10); Nota No. CNEE-4748-2003, GT-NotaS-398 de R. Urdiales a L. Giacchino y M. Calleja, del 4 de julio de 2003, página 4 (C-67).

⁴²⁹ *Ver*, por ejemplo, correo electrónico del Ing. Sergio Velásquez a R. Urdiales, M. Peláez, J.F. Orozco, L. García, E. Ruiz y E. Navarro, del 5 de febrero de 2003, al que se adjunta el Cronograma Actualizado y los TDR Revisión Tarifaria 2003 (C-450).

⁴³⁰ Maté I, párrafo 4 (CWS-6); Calleja I, párrafo 10 (CWS-3).

⁴³¹ Resolución CNEE-67-2003, del 1 de agosto de 2003 (C-79); *ver también* LGE, Arts. 71-79 (C-17).

conformidad con el artículo 86 del RLGE⁴³². Como lo explica el Sr. Calleja en su segunda declaración de testigo, como la CNEE no había aprobado un ajuste anual de las tarifas de EEGSA desde septiembre 1998 hasta el 1 de agosto de 2003, el costo diferido acumulado por EEGSA era importante y, cuando la CNEE fijó la tarifa de EEGSA para el periodo 2003-2008, la CNEE y EEGSA acordaron que el costo diferido acumulado al 31 de julio de 2003 se recuperaría en el transcurso de los 60 meses siguientes⁴³³.

84. La Demandada también manifiesta que el VNR para 2003-2008 “llev[ó] los valores de EEGSA a niveles muy desproporcionados respecto de la media en toda Latinoamérica”⁴³⁴. En sustento de tal afirmación, la Demandada remite al supuesto análisis de *benchmarking* efectuado por el Sr. Damonte⁴³⁵. Sin embargo, como se analizará luego con mayor detalle, el supuesto análisis de *benchmarking* del Sr. Damonte no es en absoluto confiable y no puede fundamentar conclusión alguna respecto de los VNR de EEGSA⁴³⁶.

85. La Demandada asevera también que, tras la revisión de las tarifas de EEGSA para el período 2003-2008, el MEM modificó el artículo 99 del RLGE en diciembre de 2003 con miras a permitir que la CNEE emitiera e implementara de forma inmediata un pliego tarifario en aquellos casos en que hubiera vencido el pliego tarifario de la distribuidora, y que la modificación en cuestión tuvo por objeto impedir que la distribuidora siguiera aplicando el pliego tarifario anterior⁴³⁷. Como lo demuestra el profesor Alegría, ello es incorrecto: el artículo 99 del RLGE modificado no le confiere facultad tal a la CNEE⁴³⁸. Como lo explica dicho profesor y lo confirman los Sres. Maté y Calleja, el MEM modificó el artículo 99 del RLGE mediante el Acuerdo Gubernativo No. 787-2003 del 5 de diciembre de 2003⁴³⁹ para resolver la

⁴³² Ver Calleja II, párrafo 5 (CWS-9); Resolución CNEE-67-2003, del 1 de agosto de 2003 (C-79); RLGE, Art. 86 (C-21).

⁴³³ Calleja II, párrafos 3 y 5, y nota al pie 27 (CWS-9).

⁴³⁴ Memorial de Contestación, párrafo 259.

⁴³⁵ *Íd.*, párrafo 259, nota al pie 324; Damonte, párrafo 251 (RER-2).

⁴³⁶ Ver Sección II.E.5.e, *infra*.

⁴³⁷ Memorial de Contestación, párrafos 264-268.

⁴³⁸ Ver Alegría II, párrafo 28 (CER-3).

⁴³⁹ Acuerdo Gubernativo 787-2003, del 5 de diciembre de 2003, vigente desde el 16 de enero de 2004 (C-82).

situación generada por un recurso de amparo que buscaba suspender el pliego existente de EEGSA⁴⁴⁰. Dicho recurso de amparo lo había interpuesto el Procurador de los Derechos Humanos el día 20 de mayo de 2003 contra el aumento trimestral de las tarifas de EEGSA que había entrado en vigencia el 1 de mayo de 2003, lo que suspendía provisionalmente el pliego tarifario existente de EEGSA⁴⁴¹. La suspensión provisional del pliego tarifario de EEGSA se levantó el 23 de mayo de 2003⁴⁴². Si no se hubiera levantado la suspensión provisional del pliego tarifario de EEGSA, la empresa no habría contado con un pliego tarifario válido para su aplicación y, por consiguiente, no podría haberles cobrado a sus clientes y seguido operando⁴⁴³. Para resolver esta cuestión, el MEM modificó luego el artículo 99 del RLGE con el fin de permitir que la CNEE emitiera e implementara un pliego tarifario inmediatamente en aquellos casos en que por orden de la Justicia se hubiera suspendido o invalidado el pliego tarifario actual de la distribuidora y ésta hubiera quedado entonces desprovista de un pliego para su aplicación⁴⁴⁴. El artículo 99 del RLGE en su versión modificada dispone así que, si la distribuidora se queda sin pliego tarifario (es decir, cuando un juzgado suspende o invalida el pliego actual de la distribuidora), la CNEE debe emitir un pliego de inmediato⁴⁴⁵.

86. Como lo explica Calleja, en mayo de 2004 el Procurador de los Derechos Humanos interpuso otro recurso de amparo contra el incremento trimestral de las tarifas de

⁴⁴⁰ Ver Alegría II, párrafo 28 (CER-3); Alegría I, párrafo 32 (CER-1); Recurso de Amparo interpuesto por el Procurador de los Derechos Humanos ante la Sala Tercera de la Corte de Apelaciones, del 20 de mayo de 2003 (C-452); Calleja II, párrafos 6-7 (CWS-9).

⁴⁴¹ Recurso de Amparo interpuesto por el Procurador de los Derechos Humanos ante la Sala Tercera de la Corte de Apelaciones, del 20 de mayo de 2003 (C-452); ver también Alegría II, párrafo 28 (CER-3); Prensa Libre, *Amparo contra la EEGSA*, del 21 de mayo de 2003 (C-453); Calleja II, párrafos 6-7 (CWS-9).

⁴⁴² Prensa Libre, *Alza a electricidad, vigente*, del 24 de mayo de 2003 (C-454).

⁴⁴³ Ver Alegría II, párrafo 28 (CER-3); Alegría I, párrafo 32 (CER-1); Calleja II, párrafos 6-7 (CWS-9).

⁴⁴⁴ Ver Acuerdo Gubernativo 787-2003, del 5 de diciembre de 2003, vigente desde el 16 de enero de 2004 (C-82); Alegría II, párrafo 28 (CER-3); Maté II, párrafo 5 (CWS-12); Calleja II, párrafos 6-7 (CWS-9).

⁴⁴⁵ Ver Alegría II, párrafo 28 (CER-3); Acuerdo Gubernativo 787-2003, del 5 de diciembre de 2003, vigente desde el 16 de enero de 2004, Art. 2 (modificatorio del Art. 99 del RLGE) (“En ningún caso la actividad de Distribución final del servicio de electricidad puede llevarse a cabo sin pliego tarifario vigente. Dada la circunstancia en la que una Distribuidora no cuente con un pliego tarifario, corresponde a la Comisión Nacional de Energía Eléctrica emitir y poner en vigencia un pliego tarifario de manera inmediata, de forma que se cumpla con el principio ya enunciado”) (C-82).

EEGSA, que nuevamente suspendió el pliego tarifario de esta empresa⁴⁴⁶. Para permitir que EEGSA siguiera operando, la CNEE emitió un segundo pliego tarifario para ésta con arreglo al texto modificado del artículo 99 del RLGE⁴⁴⁷. Como puntualiza el Sr. Calleja y lo confirma el profesor Alegría, este nuevo pliego tarifario contenía el mismo VAD que el pliego tarifario suspendido, porque la CNEE no puede aprobar un VAD distinto del obtenido por aplicación del procedimiento previsto en la ley⁴⁴⁸. EEGSA recurrió el amparo y, el 2 de marzo de 2005, la Corte de Constitucionalidad hizo lugar al recurso de EEGSA⁴⁴⁹. Como lo confirman los Sres. Maté y Calleja, las modificaciones incorporadas al RLGE en el año 2003 fueron concebidas para proteger a las distribuidoras al permitir que la CNEE re-emitiera e implementara de inmediato un pliego tarifario en aquellos casos en que se hubiera suspendido o invalidado el pliego actual de la distribuidora; dichas modificaciones no estuvieron destinadas a impedir que las distribuidoras intentaran mantener sus pliegos tarifarios anteriores⁴⁵⁰. En consecuencia, EEGSA no planteó objeción alguna a las modificaciones efectuadas al RLGE en 2003⁴⁵¹.

87. En efecto, como lo explica Calleja, el artículo 98 del RLGE, modificado por el Acuerdo Gubernativo No. 787-2003, disponía expresamente que, cuando no se publicara el nuevo pliego tarifario por error de la distribuidora, es decir, cuando la distribuidora no entregara un estudio del VAD o las correcciones a ese estudio, la empresa no podría modificar sus tarifas pero “continuará aplicando las tarifas vigentes, al momento de terminación del período de vigencia de dichas tarifas”⁴⁵². De este modo, cuando la distribuidora no presentaba un estudio del

⁴⁴⁶ Calleja II, párrafo 6 (CWS-9); Recurso de Amparo interpuesto por el Procurador de los Derechos Humanos ante el Juez Cuarto de Primera Instancia del Ramo Civil, del 5 de mayo de 2004 (C-462).

⁴⁴⁷ Calleja II, párrafo 6 (CWS-9); Resolución CNEE-127-2004, del 24 de noviembre de 2004 (C-466).

⁴⁴⁸ Calleja II, párrafo 6 (CWS-9); Alegría II, párrafo 28 (CER-3); Resolución CNEE-127-2004, del 24 de noviembre de 2004 (C-466).

⁴⁴⁹ Resolución de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala en el Expediente No. 2287-2004, del 2 de marzo de 2005 (C-467).

⁴⁵⁰ Maté II, párrafo 5 (CWS-12); Calleja II, párrafo 7 (CWS-9).

⁴⁵¹ Maté II, párrafo 5 (CWS-12).

⁴⁵² Acuerdo Gubernativo 787-2003, del 5 de diciembre de 2003, vigente desde el 16 de enero de 2004, Art. 1 (modificatorio del Art. 98 del RLGE) (C-82) (“En tanto el distribuidor no envíe los estudios tarifarios o no efectúe las correcciones a los mismos, según lo estipulado en los párrafos anteriores, no podrá modificar sus tarifas y continuará aplicando las tarifas vigentes, al momento de terminación del período de vigencia de dichas tarifas”); *ver también* Calleja II, párrafo 7 (CWS-9).

VAD o sus correcciones a ese estudio, el Acuerdo Gubernativo No. 787-2003 disponía que seguiría vigente el pliego tarifario anterior de la empresa; no le confería a la CNEE la facultad de dictar un nuevo pliego tarifario en esas circunstancias⁴⁵³. Así lo confirma el profesor Alegría. Como éste lo explica⁴⁵⁴, de conformidad con el artículo 98 del RLGE modificado, cuando no se publicaba el nuevo pliego tarifario de la distribuidora a raíz de un error de ésta, continuaría aplicándose el pliego anterior de la empresa sin ningún ajuste⁴⁵⁵; en cambio, en virtud del texto modificado del artículo 99 del RLGE, “[e]n caso que la [CNEE] no haya publicado las nuevas tarifas, se seguirán aplicando las del pliego tarifario anterior con sus fórmulas de ajuste”⁴⁵⁶. Como lo observa el profesor Alegría, ello se condice plenamente con el artículo 78 de la LGE, que dispone que “[e]n el evento que al vencimiento del período de vigencia de las tarifas no hayan sido fijadas las tarifas del período siguiente, por causa de la [CNEE], aquellas podrán ser ajustadas por los adjudicatarios según las fórmulas de ajuste automático”⁴⁵⁷. De este modo, contrariamente a lo afirmado por la Demandada en este arbitraje, en 2003 no se modificó el RLGE para “proponer una solución para el caso en que por alguna razón el distribuidor no contara con pliegos tarifarios al momento del vencimiento de los pliegos tarifarios anteriores”⁴⁵⁸, sino que se lo modificó expresamente para disponer que, en esas circunstancias, seguiría aplicándose el pliego tarifario anterior de la distribuidora, ya sea con ajustes (cuando la culpa era de la CNEE) o sin ellos (cuando la culpa era de la distribuidora).

88. Por otra parte, la CNEE no tiene obligación alguna con arreglo al artículo 99 del RLGE en su versión modificada de asegurar que existan pliegos tarifarios aprobados al final de cada quinquenio tarifario como sostiene el Sr. Colóm en su declaración testimonial⁴⁵⁹. Según lo

⁴⁵³ Calleja II, párrafo 7 (**CWS-9**).

⁴⁵⁴ Ver Alegría II, párrafo 29 (**CER-3**).

⁴⁵⁵ Acuerdo Gubernativo 787-2003, del 5 de diciembre de 2003, vigente desde el 16 de enero de 2004, Art. 1 (modificatorio del Art. 98 del RLGE) (**C-82**).

⁴⁵⁶ *Íd.*, Art. 2 (modificatorio del Art. 99 del RLGE).

⁴⁵⁷ LGE, Art. 78 (**C-17**); ver también Alegría II, párrafo 29 (**CER-3**).

⁴⁵⁸ Memorial de Contestación, párrafo 266.

⁴⁵⁹ Colóm, párrafo 37 (donde afirma que, de conformidad con el Artículo 99 del RLGE modificado, la CNEE tiene la obligación de “contar con pliegos tarifarios aprobados al vencimiento de los cinco años de cada período tarifario”) (**RWS-1**).

explica el Sr. Calleja y tal como se señaló precedentemente, el texto modificado del artículo 99 del RLGE dispone que “[e]n caso que la [CNEE] no haya publicado las nuevas tarifas, se seguirán aplicando las del pliego tarifario anterior con sus fórmulas de ajuste”⁴⁶⁰. Ello queda confirmado por el artículo 78 de la LGE que dispone que, “[e]n el evento que al vencimiento del período de vigencia de las tarifas no hayan sido fijadas las tarifas del período siguiente, por causa de la [CNEE], aquellas podrán ser ajustadas por los adjudicatarios según las fórmulas de ajuste automático”⁴⁶¹. Por lo tanto, la única circunstancia en la que la CNEE puede emitir e implementar un pliego tarifario de inmediato con arreglo al artículo 99 del RLGE, modificado, se da cuando el pliego tarifario actual de la distribuidora queda suspendido o invalidado y no cuando ha operado el vencimiento de dicho pliego⁴⁶². Como también se explicó precedentemente, si la CNEE emite e implementa un pliego tarifario con arreglo al texto modificado del artículo 99 del RLGE, el nuevo pliego tarifario contendrá el mismo VAD que el suspendido, dado que la CNEE no está facultada, en esas circunstancias, para calcular un nuevo VAD⁴⁶³. Como se expone luego, a pesar de ello, en vísperas de la revisión de las tarifas de EEGSA para el período 2008-2013 el MEM introdujo una nueva modificación al artículo 98 en el mes de marzo de 2007 para autorizar a la CNEE a fijar el pliego tarifario de la distribuidora en función de su propio estudio independiente del VAD en determinadas circunstancias limitadas.

E. La revisión de las tarifas de EEGSA para el período tarifario 2008-2013 se llevó adelante en violación del marco regulatorio y en contravención de lo declarado por Guatemala durante el proceso de privatización

89. En el Memorial, la Demandante demostró que, desde el inicio de la revisión de las tarifas de EEGSA para el período 2008-2013, Guatemala hizo caso omiso precisamente del marco legal y regulatorio que había establecido para atraer inversiones extranjeras al sector eléctrico de modo tal de impedir un incremento en el VAD de EEGSA, que, a raíz del marcado aumento del costo de los materiales utilizados en la distribución de electricidad, en especial el

⁴⁶⁰ Acuerdo Gubernativo 787-2003, del 5 de diciembre de 2003, vigente desde el 16 de enero de 2004, Art. 2 (modificatorio del Art. 99 del RLGE) (C-82); *ver también* Calleja II, párrafo 8 (CWS-9).

⁴⁶¹ LGE, Art. 78 (C-17); *ver también* Calleja II, párrafo 8 (CWS-9).

⁴⁶² *Ver* Calleja II, párrafo 8 (CWS-9).

⁴⁶³ *Íd.*, párrafo 6; Alegría II, párrafo 28 (CER-3).

cobre y el aluminio, era inevitable con arreglo a la LGE y el RLGE⁴⁶⁴. Para evitar un aumento en las tarifas eléctricas que no sería bien recibido por el público, la CNEE le impuso así a EEGSA, de forma arbitraria e ilícita, su propio VAD, a cuyo efecto pasó por alto el Informe de la Comisión Pericial y el estudio corregido del VAD de EEGSA y se basó, en cambio, en su propio estudio independiente del VAD, estudio que ni a EEGSA ni a Bates White, su consultora precalificada, se les había dado oportunidad de revisar y que resultaba contrario a diversos pronunciamientos de la Comisión Pericial⁴⁶⁵. Como lo demostró la Demandante en el Memorial, tanto el proceso como el resultado de la revisión de las tarifas de EEGSA para el período 2008-2013 fueron ilícitos y arbitrarios y contrarios tanto a la letra como al espíritu de la legislación que había adoptado Guatemala para atraer inversiones extranjeras a EEGSA, así como a las declaraciones que aquella había efectuado durante el proceso de privatización en cuanto a las tarifas de distribución de la empresa⁴⁶⁶.

90. En el Memorial de Contestación, la Demandada sostiene que, contrariamente a lo afirmado por la Demandante, “la CNEE no tiene ningún interés político u otro, para que las tarifas de distribución no se incrementen” y que “[s]u única obligación es asegurar el cumplimiento de la LGE”⁴⁶⁷. La Demandada sostiene además que, dadas las circunstancias, “la CNEE visualizó que la opción más razonable era utilizar el estudio tarifario preparado por la consultora Sigla para fijar las tarifas”⁴⁶⁸, ya que el “nuevo pliego tarifario [de EEGSA] debía entrar en vigor el 1 de agosto” y, por consiguiente, “tenía que ser publicado en el Diario de Centroamérica a más tardar el jueves 31 de julio”⁴⁶⁹ y porque “una revisión de un tercer estudio presentado por el distribuidor [...] no estaba previsto en la LGE o su Reglamento”⁴⁷⁰. Alega

⁴⁶⁴ Ver Memorial, párrafos 84-199; ver también Giacchino I, párrafos 73-75 (donde explica que “hubo un gran aumento en el costo de la materia prima” en el período intermedio, “especialmente en el precio del cobre y aluminio, lo cual se tradujo en un impacto sobre el costo de los materiales eléctricos”) (CWS-4); Kaczmarek II, Tabla 9 (CER-5).

⁴⁶⁵ Ver Memorial, párrafos 84-199.

⁴⁶⁶ Ver *id.*, párrafos 84-199.

⁴⁶⁷ Memorial de Contestación, párrafo 452.

⁴⁶⁸ *Íd.*, párrafo 417.

⁴⁶⁹ *Íd.*, párrafo 415.

⁴⁷⁰ *Íd.*, párrafo 419.

además la Demandada que los actos de la CNEE al adoptar su propio estudio del VAD fueron lícitos y razonables, dado que las tarifas de EEGSA para el período 2008-2013 supuestamente “reflejan el costo eficiente del servicio de distribución de electricidad”⁴⁷¹. La prueba documental desmiente los dichos de la Demandada. Como se expone luego, la prueba permite apreciar no solamente que la CNEE propuso la modificación del artículo 98 del RLGE de 2007 a último momento cuando ya había vencido el plazo para que la industria eléctrica efectuara sus comentarios, sino también que, desde el inicio mismo de la revisión de las tarifas de EEGSA para el período 2008-2013, la CNEE tuvo la mira puesta en la reducción del VAD de la empresa. La prueba demuestra además que la CNEE interfirió directamente en el proceso de la Comisión Pericial mediante una serie de comunicaciones *ex parte* que mantuvo con Jean Riubrugent, el integrante de la Comisión Pericial designado por la CNEE, y que los motivos ofrecidos por la Demandada para la conducta de la CNEE al rechazar el estudio corregido del VAD de EEGSA y adoptar su propio estudio independiente del VAD no son, de hecho, sino justificaciones *ex post facto* carentes de todo sustento en el acervo documental de la época.

1. Guatemala modificó el artículo 98 del RLGE para arrogarse el derecho a basarse en su propio estudio independiente del VAD a los efectos de fijar las tarifas de la distribuidora en determinadas circunstancias

91. Como lo demostró la Demandante en el Memorial⁴⁷², el primer indicio de que Guatemala pretendía volver a politizar el proceso de revisión tarifaria se dio en marzo de 2007, poco antes de que debiera comenzar la revisión de las tarifas de EEGSA para el período 2008-2013, cuando inesperadamente el MEM procedió a modificar el artículo 98 del RLGE de modo tal de conferirle a la CNEE el derecho a utilizar su propio estudio independiente del VAD para fijar las tarifas de la distribuidora en ciertas circunstancias⁴⁷³. Como lo explicaron los Sres. Maté y Calleja en sus primeras declaraciones de testigo⁴⁷⁴, a pesar de que el MEM mantenía reuniones con los participantes de la industria para tratar las modificaciones propuestas al RLGE y obtener

⁴⁷¹ *Íd.*, párrafo 420.

⁴⁷² *Ver* Memorial, párrafos 84-93.

⁴⁷³ *Ver* Acuerdo Gubernativo 68-2007, del 2 de marzo de 2007, Art. 21 (C-104).

⁴⁷⁴ Maté I, párrafo 6 (CWS-6); Calleja I, párrafo 12 (CWS-3).

sus comentarios al respecto, la modificación del artículo 98 del RLGE no se discutió ni se informó a la industria eléctrica en forma previa al dictado del Acuerdo Gubernativo No. 68-2007 por parte del MEM el día 2 de marzo de 2007, cuyo artículo 21 modificó el artículo 98 del RLGE⁴⁷⁵. Como lo explicó el profesor Alegría en su primer dictamen jurídico⁴⁷⁶, esta modificación fue inconstitucional, no solamente por ser contraria al texto claro del artículo 74 de la LGE, que dispone que la distribuidora debe calcular el VAD por medio de un estudio encargado a una consultora precalificada por la CNEE⁴⁷⁷, sino también porque no estuvo en consonancia con el fin mismo de la LGE, que, como se expuso precedentemente, consistía en establecer un proceso de revisión tarifaria confiable y despolitizado en el que consultoras independientes calcularían el VAD en función de información puramente técnica y económica⁴⁷⁸. La Demandante demostró también que, tras la emisión del Acuerdo Gubernativo No. 68-2007, EEGSA consideró seriamente impugnar la modificación del artículo 98 del RLGE, aunque finalmente decidió no hacerlo por temer las posibles represalias de la CNEE durante la revisión tarifaria que estaba próxima a realizarse y porque en el marco de la impugnación judicial de la modificación no se habría dictado resolución final antes de finalizada la revisión de las tarifas de EEGSA⁴⁷⁹.

92. En el Memorial de Contestación, la Demandada afirma que el artículo 98 se modificó en 2007 “a fin de asegurar la plena consistencia de los artículos 98 y 99 [del RLGE]”⁴⁸⁰, y sostiene que “la solución de aplicar el cuadro tarifario anterior [al amparo del artículo 98 del RLGE original] puede representar incentivos perversos para los distribuidores”⁴⁸¹.

⁴⁷⁵ Acuerdo Gubernativo 68-2007, del 2 de marzo de 2007, Art. 21 (**C-104**); *ver también* Nota del MEM a la CNEE, del 18 de enero de 2007 (a la que se adjunta un proyecto de resolución con las modificaciones propuestas al RLGE) (**C-101**); *ver también* Nota No. CNEE-13063-2007 de la CNEE al presidente de Guatemala, del 22 de enero de 2007, páginas 1-3 (**C-102**).

⁴⁷⁶ Alegría I, párrafos 36-40 (**CER-1**).

⁴⁷⁷ LGE, Art. 74 (**C-17**).

⁴⁷⁸ Memorial, párrafo 84.

⁴⁷⁹ *Ver id.*, párrafo 93; Maté I, párrafo 6 (**CWS-6**); Calleja I, párrafo 13 (**CWS-3**).

⁴⁸⁰ Memorial de Contestación, párrafo 278; *ver también* Aguilar, párrafo 40 (“la reforma del Reglamento en el 2007 hizo coherente el artículo 98 con el artículo 99 modificado en el 2003”) (**RER-3**).

⁴⁸¹ Memorial de Contestación, párrafo 278; *ver también* Aguilar, párrafo 38 (donde advierte que la modificación del artículo 98 del RLGE en 2007 tuvo “por objeto evitar que el Distribuidor pudiera manipular, determinar o limitar las

La Demandada alega también que las multas que puede imponerles la CNEE a las distribuidoras por no cumplir las obligaciones que les impone la LGE no conllevan el “análisis que debe efectuar un ente regulador en esta situación: la no presentación de un estudio tarifario en debido tiempo o su desapego a las observaciones efectuadas por el regulador tienen un efecto negativo en el sistema (tarifas ineficientes, perjuicio para los consumidores”⁴⁸² y que, “dada la magnitud de los montos involucrados en una revisión de tarifas, es claro que las multas no resultan un mecanismo adecuado para generar desincentivos en la conducta del distribuidor”⁴⁸³. Afirma además la Demandada que “ni EEGSA ni sus accionistas (ni los otros distribuidores) objetaron formal o informalmente” el Acuerdo Gubernativo No. 68-2007⁴⁸⁴ y que el supuesto temor de EEGSA a represalias de la CNEE durante la revisión tarifaria 2008-2013 “es inconsistente con la impugnación, e incluso solicitud de medida cautelar, que realizó EEGSA poco tiempo después a la primera versión de los Términos de Referencia para la revisión tarifaria 2008”⁴⁸⁵. Los dichos de la Demandada son incorrectos.

93. En primer lugar, como lo explica el profesor Alegría en su segundo dictamen jurídico⁴⁸⁶, el artículo 98 del RLGE no se modificó en 2007 “a fin de asegurar la plena consistencia de los artículos 98 y 99 [del RLGE]”⁴⁸⁷. Por el contrario, al artículo 98 del RLGE se lo modificó para incorporar la posibilidad de que, en ciertas circunstancias limitadas, la CNEE pudiera emitir los pliegos tarifarios de las distribuidoras en función de su propio estudio independiente del VAD; como repara el profesor Alegría, esta posibilidad no está contemplada

atribuciones de la CNEE al omitir enviar los estudios o correcciones a los estudios tarifarios para producir, en su beneficio, el efecto de continuar aplicando las tarifas vigentes al momento de terminación del período de vigencia de tales tarifas”) (**RER-3**).

⁴⁸² Memorial de Contestación, párrafo 279.

⁴⁸³ *Íd.*

⁴⁸⁴ *Íd.*, párrafo 283.

⁴⁸⁵ *Íd.*, párrafo 285.

⁴⁸⁶ *Ver* Alegría II, párrafo 49 (**CER-3**).

⁴⁸⁷ Memorial de Contestación, párrafo 278; *ver también* Aguilar, párrafo 40 (“La reforma del Reglamento en el 2007 hizo coherente el artículo 98 con el artículo 99 modificado en el 2003”) (**RER-3**).

en la versión modificada del artículo 99 del RLGE⁴⁸⁸. Como se expuso precedentemente, el artículo 99 del RLGE, según su texto modificado, dispone que la CNEE puede emitir e implementar un pliego tarifario de inmediato en función del VAD establecido anteriormente en aquellos casos en que el pliego tarifario actual de la distribuidora haya quedado suspendido o invalidado por orden judicial de modo tal que la distribuidora se encuentre desprovista de un pliego para su aplicación; el texto modificado del artículo 99 del RLGE no le confiere a la CNEE la facultad de utilizar su propio estudio independiente del VAD para emitir el nuevo pliego tarifario de la distribuidora con arreglo al artículo 76 de la LGE⁴⁸⁹. Por el contrario, las modificaciones incorporadas al artículo 98 del RLGE en el año 2007 autorizaron por primera vez a la CNEE a emitir el pliego tarifario basado en su propio estudio independiente del VAD.

94. Como lo explica el profesor Alegría, el artículo 98 del RLGE (modificado en 2007) y el artículo 99 del RLGE (modificado en 2003) disponen lo siguiente: (i) cuando la CNEE publique los nuevos pliegos tarifarios de la distribuidora, pero luego esos pliegos queden suspendidos o invalidados por orden judicial, la CNEE podrá emitir e implementar pliegos tarifarios de inmediato con arreglo al texto modificado del artículo 99 del RLGE; (ii) cuando la distribuidora participe en el proceso de revisión de las tarifas pero la CNEE no publique sus nuevos pliegos tarifarios, seguirán aplicándose los pliegos tarifarios anteriores de la distribuidora, con los ajustes correspondientes, con arreglo al artículo 99 del RLGE, modificado, y el artículo 78 de la LGE; y (iii) cuando la distribuidora no participe en el proceso de revisión de las tarifas al negarse a presentar el estudio del VAD o negarse a responder a las observaciones de la CNEE, ésta tendrá derecho a emitir los nuevos pliegos tarifarios de la distribuidora basados en su propio estudio independiente del VAD o en función de las correcciones que ella misma incorpore al estudio del VAD de la distribuidora con arreglo al artículo 98 del RLGE en su versión modificada⁴⁹⁰.

⁴⁸⁸ Ver Alegría II, párrafo 49 (**CER-3**); Acuerdo Gubernativo 787-2003, del 5 de diciembre de 2003, vigente desde el 16 de enero de 2004, Art. 2 (modificatorio del Art. 99 del RLGE) (**C-82**).

⁴⁸⁹ Ver párrafos 85-88 *supra*; Alegría II, párrafo 49 (**CER-3**).

⁴⁹⁰ Ver LGE, Art. 78 (**C-17**); Acuerdo Gubernativo 787-2003, del 5 de diciembre de 2003, vigente desde el 16 de enero de 2004, Art. 2 (modificatorio del Art. 99 del RLGE) (**C-82**); Acuerdo Gubernativo 68-2007, del 2 de marzo de 2007, Art. 21 (modificatorio del Art. 98 del RLGE) (**C-104**).

95. Si bien la Demandada sostiene que el artículo 98 del RLGE “también fue modificado para obligar a la CNEE a contratar su propio experto precalificado a fin de que efectuara un estudio tarifario independiente” y que el texto modificado del artículo 98 del RLGE entonces supuestamente le impone “a la CNEE [esta] obligación [...] y no dejarlo a opción de los directores de la entidad”⁴⁹¹, como lo advierte el profesor Alegría en su segundo dictamen pericial “[e]l Artículo reformado de ningún modo compele a la CNEE a ‘contratar su propio experto precalificado a fin de que efect[úe] un estudio tarifario independiente’”⁴⁹². El texto modificado del artículo 98 del RLGE dispone que “[e]n caso de omisión por parte del Distribuidor de enviar los estudios o correcciones a los mismos, la Comisión 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”⁴⁹³. Como lo observa el profesor Alegría, contrariamente a lo dispuesto en el artículo 74 de la LGE, que exige que la distribuidora contrate a una consultora precalificada por la CNEE⁴⁹⁴, el texto modificado del artículo 98 del RLGE no le impone a la CNEE la obligación de contratar una consultora precalificada para llevar adelante su estudio independiente del VAD⁴⁹⁵.

96. En segundo lugar, el argumento de la Demandada de que, de conformidad con la versión original del artículo 98, la distribuidora habría tenido un “perverso incentivo” para no participar en el proceso de revisión tarifaria, de modo tal que se habría seguido aplicando su pliego tarifario anterior, presupone que las tarifas de la distribuidora se reducirán con el paso del tiempo⁴⁹⁶. Como se expuso precedentemente, se trata de un presupuesto incorrecto⁴⁹⁷. Además, como lo advierte el profesor Alegría, al finalizar el quinquenio tarifario no es necesariamente cierto que la tarifa de la distribuidora vaya a ser “ineficiente” o que “ya no refleje en forma estricta el costo económico de adquirir y distribuir la energía eléctrica”, como sostiene la

⁴⁹¹ Memorial de Contestación, párrafo 280.

⁴⁹² Alegría II, párrafo 54 (CER-3).

⁴⁹³ RLGE Modificado, Art. 98 (C-105).

⁴⁹⁴ LGE, Art. 74 (C-17).

⁴⁹⁵ Alegría II, párrafo 54 (CER-3).

⁴⁹⁶ Ver párrafo 66 *supra*.

⁴⁹⁷ Ver párrafo 66 *supra*.

Demandada⁴⁹⁸. Según explica el profesor Alegría, de conformidad con el artículo 79 del RLGE, las Tarifas Base se ajustan periódicamente a lo largo del quinquenio tarifario de modo tal de que reflejen los costos reales y actuales de la distribución de electricidad⁴⁹⁹. De modo similar, de conformidad con el artículo 92 del RLGE, los costos del VAD se ajustan anualmente por medio de un factor de reducción aprobado previamente por la CNEE⁵⁰⁰. Las tarifas de la distribuidora ajustadas de esta forma en el transcurso de cada período tarifario aseguran que dichas tarifas sigan reflejando el costo económico de la adquisición y distribución de la electricidad.

97. En tercer lugar, como lo explicó la Demandante en el Memorial⁵⁰¹, si la distribuidora se niega a presentar un estudio del VAD o a responder a las observaciones efectuadas por la CNEE, ésta no queda sin recurso; el artículo 80 de la LGE autoriza a la CNEE a multar a la distribuidora por no cumplir con las disposiciones de la LGE y, tras recibir una orden de infracción de la CNEE, se pueden imponer multas diarias⁵⁰². Como lo explica el profesor Alegría, de conformidad con el artículo 115 del RLGE, dichas multas se calculan en función del componente de energía de la tarifa aplicable a un kilovatio hora para un cliente residencial de la Ciudad de Guatemala, correspondiente al primer día del mes en el que se aplique la multa⁵⁰³. De conformidad con el artículo 116 del RLGE, las multas imponibles a las distribuidoras van desde 10.000 hasta un millón de kilovatios hora⁵⁰⁴. Así, si la distribuidora se niega a presentar el estudio del VAD en el plazo establecido a tal efecto, la multa por incumplir las obligaciones que le impone la LGE podrían ser equivalentes al componente de energía de la tarifa correspondiente a un millón de kilovatios hora⁵⁰⁵. Como lo advierte el profesor Alegría, en las Tarifas Base establecidas por la CNEE en la Resolución No. CNEE-146-2008, el componente de energía correspondiente a un kilovatio hora tiene un valor de 0,9749 quetzales; multiplicado

⁴⁹⁸ Aguilar, párrafo 38 (**RER-3**).

⁴⁹⁹ Alegría II, párrafo 50 (**CER-3**); RLGE, Art. 79 (**C-21**).

⁵⁰⁰ RLGE, Art. 92 (**C-21**).

⁵⁰¹ Memorial, párrafo 89; *ver también* Alegría I, párrafo 38 (**CER-1**).

⁵⁰² LGE, Art. 80 (**C-17**).

⁵⁰³ Alegría II, párrafo 51 (**CER-3**); RLGE, Art. 115 (**C-21**).

⁵⁰⁴ Alegría II, párrafo 51 (**CER-3**); RLGE, Art. 116 (**C-21**).

⁵⁰⁵ Alegría II, párrafo 51 (**CER-3**).

por un millón, ello arrojaría un resultado de 974.900 quetzales, que, al tipo de cambio de 7,80 quetzales por dólar, ascendería aproximadamente a US\$ 125.000,00⁵⁰⁶. De conformidad con el artículo 115 del RLGE, cada día de incumplimiento se considera como nueva infracción y, por consiguiente, potencialmente se podría multar a la distribuidora por la suma de US\$ 125.000,00 por cada día en que la empresa se niegue a presentar el estudio del VAD o se niegue a responder a las observaciones efectuadas sobre dicho estudio por la CNEE⁵⁰⁷. Como lo señala el profesor Alegría, “ello constituye un gran incentivo para que el distribuidor prepare un estudio del VAD y responda a las observaciones de la CNEE, como lo exigen la LGE y el RLGE”⁵⁰⁸.

98. El profesor Alegría también confirma no tener conocimiento de ningún caso en el que una distribuidora en Guatemala haya omitido presentar un estudio del VAD o se haya negado a responder a las observaciones de la CNEE en el marco de una revisión tarifaria⁵⁰⁹. Si bien la Demandada manifiesta que “las empresas municipales a menudo deciden no presentar sus estudios tarifarios”⁵¹⁰, no ha aportado ejemplo concreto alguno de distribuidoras que hayan decidido no presentar estudios del VAD con arreglo a los artículos 74 y 75 de la LGE⁵¹¹. Como observa el profesor Alegría, “incluso si ese fuera el caso, la modificación que lógicamente debería haberse efectuado no debería haber involucrado al Artículo 98 del RLGE, sino a los artículos de dicho RLGE referidos a incumplimientos y sanciones, de modo que las multas fueran proporcionales al perjuicio ocasionado por el incumplimiento del distribuidor”⁵¹². Según repara el mencionado profesor, si una distribuidora se niega a dar cumplimiento a las obligaciones que le competen en virtud de la LGE y el RLGE, Guatemala también puede rescindir el contrato de autorización de la distribuidora⁵¹³. El artículo 17(A)(v) del Contrato de Autorización suscripto entre EEGSA y Guatemala dispone se considerará que el incumplimiento

⁵⁰⁶ *Íd.*; Resolución CNEE-146-2008, del 30 de julio de 2008, párrafo 24 (**C-274**).

⁵⁰⁷ Alegría II, párrafo 51 (**CER-3**).

⁵⁰⁸ *Íd.*; Alegría I, párrafo 38 (**CER-1**).

⁵⁰⁹ Alegría II, párrafo 52 (**CER-3**); Alegría I, párrafo 38 (**CER-1**).

⁵¹⁰ Memorial de Contestación, párrafo 266, nota al pie 329.

⁵¹¹ Alegría II, párrafo 52 (**CER-3**); *ver, por ejemplo*, Memorial de Contestación, párrafo 266, nota al pie 329.

⁵¹² Alegría II, párrafo 52 (**CER-3**).

⁵¹³ *Íd.*, párrafo 53.

de cualquier término o condición importante del contrato, la LGE o el RLGE constituye un incumplimiento de la distribuidora⁵¹⁴. El artículo 18 de dicho Contrato dispone además que si no se corrige el incumplimiento, se puede rescindir el Contrato, sin perjuicio de las demás acciones previstas en el contrato y en el derecho aplicable⁵¹⁵, mientras que el artículo 19 dispone que la resolución del Contrato provoca la revocación de la autorización de la distribuidora⁵¹⁶. Ello también funciona como fuerte incentivo para que la distribuidora confeccione el estudio del VAD y responda a las observaciones que le haga la CNEE, tal como lo exigen la LGE y el RLGE⁵¹⁷.

99. Cuarto, como lo confirman los señores Maté y Calleja en sus segundas declaraciones de testigo, ni EEGSA ni las demás distribuidoras de electricidad de Guatemala podrían haberse opuesto, de manera formal o informal, a la propuesta de modificación del artículo 98 del RLGE, dado que dicha modificación no se dio a conocer a las empresas distribuidoras en forma previa a la emisión del Acuerdo Gubernativo No. 68-2007 el día 2 de marzo de 2007⁵¹⁸. Como lo advierten Maté y Calleja, la modificación del artículo 98 del RLGE no estuvo incluida en ninguno de los proyectos de modificación que el MEM hizo circular en la industria eléctrica⁵¹⁹. Del mismo modo, la modificación del artículo 98 del RLGE no se trató en la reunión que mantuvieron el MEM y la CNEE con las distribuidoras el día 15 de febrero de 2007⁵²⁰. Así lo confirma el acervo documental. Como queda reflejado en el acta de la reunión del 15 de febrero de 2007⁵²¹, el MEM les entregó a las distribuidoras una copia de las modificaciones propuestas y solicitó que se presentaran comentarios y propuestas hasta el 19 de

⁵¹⁴ Contrato de Autorización suscrito entre el Ministerio de Energía y Minas y Empresa Eléctrica de Guatemala S.A., del 15 de mayo de 1998, Art. 17(A)(v) (C-31).

⁵¹⁵ *Íd.*, Art. 18.

⁵¹⁶ *Íd.*, Art. 19.

⁵¹⁷ Alegría II, párrafo 51 (CER-3); Alegría I, párrafo 38 (CER-1).

⁵¹⁸ Maté II, párrafo 6 (CWS-12); Calleja II, párrafo 9 (CWS-9).

⁵¹⁹ Maté II, párrafo 6 (CWS-12); Calleja II, párrafo 9 (CWS-9); *ver también* Nota del MEM a la CNEE, del 18 de enero de 2007 (a la que se adjunta un proyecto de resolución con las modificaciones propuestas al RLGE) (C-101); *ver también* Nota No. CNEE-13063-2007 de la CNEE al presidente de Guatemala, del 22 de enero de 2007, páginas 1-3 (C-102).

⁵²⁰ *Ver* Acta de la Reunión con los Distribuidores, del 15 de febrero de 2007 (C-479).

⁵²¹ *Ver id.*

febrero de 2007 inclusive⁵²². Sin embargo, la copia de las modificaciones propuestas que se entregó a las distribuidoras no contenía ninguna modificación del artículo 98 del RLGE⁵²³. En efecto, como lo demuestra el expediente, la CNEE no propuso la modificación del artículo 98 del RLGE hasta el 23 de febrero de 2007, es decir, cuatro días después del plazo del 19 de febrero de 2007 que se había fijado para que las distribuidoras presentaran sus comentarios en relación con las modificaciones propuestas para el RLGE⁵²⁴. La Demandante desea advertir que la Demandada no explicó por qué esta modificación propuesta no se añadió sino recién el 23 de febrero de 2007 o por qué no se la puso en conocimiento de la industria eléctrica antes de que el MEM emitiera el Acuerdo Gubernativo 68-2007 el 2 de marzo de 2007.

100. Por último, si bien Guatemala afirma que el supuesto temor de EEGSA de que la CNEE tomara represalias durante la revisión tarifaria “es inconsistente con la impugnación, e incluso solicitud de medida cautelar, que realizó EEGSA poco tiempo después a la primera versión de los Términos de Referencia para la revisión tarifaria 2008”⁵²⁵, los Sres. Maté y Calleja explican que EEGSA no tuvo más opción que impugnar los TdR del 30 de abril de 2007⁵²⁶. A diferencia de la versión modificada del artículo 98 del RLGE, que no se aplicaba automáticamente a la revisión tarifaria de EEGSA, los TdR se aplicaban directamente al proceso de revisión de las tarifas de la empresa y, como se analiza luego, contenían criterios y fórmulas detallados para el cálculo del VAD cuyo efecto era el de predeterminedar los resultados del estudio del VAD de la consultora y generar un VAD que no era coherente con los principios consagrados

⁵²² Maté II, párrafo 6 (CWS-12); Maté I, párrafo 6 (CWS-6).

⁵²³ Maté II, párrafo 6 (CWS-12); Maté I, párrafo 6 (CWS-6). En efecto, como se puede apreciar en el expediente, el único debate respecto del artículo 98 del RLGE lo plantearon los grandes usuarios del sector eléctrico, que en sus comentarios sobre las modificaciones propuestas advirtieron que correspondía corregir los artículos 98 y 99 del RLGE de modo tal de que reflejaran el texto original, tal como se lo sancionó en 1997. *Ver* Minuta de la mesa de Trabajo sobre las Modificaciones al Reglamento de la Ley General de Electricidad y al Reglamento del Administrador del Mercado Mayorista, entre el Comité de Gobierno y Representantes de los Grandes Usuarios del Sector Eléctrico, del 15 de febrero de 2007, página 5 (C-480).

⁵²⁴ Nota del ministro respecto de las modificaciones propuestas al Reglamento de la Ley General de Electricidad, con los cambios incorporados, del 23 de febrero de 2007 (C-481). Las modificaciones del RLGE propuestas inicialmente por la CNEE se elevaron al MEM mediante la nota de fecha 22 de diciembre de 2006 (C-475).

⁵²⁵ Memorial de Contestación, párrafo 285.

⁵²⁶ Maté II, párrafo 8 (CWS-12); Calleja II, párrafo 119 (CWS-9); Calleja I, párrafo 15 (CWS-3).

en la LGE y el RLGE⁵²⁷. Como lo confirman Maté y Calleja, si bien EEGSA consideró seriamente la posibilidad de impugnar el Acuerdo Gubernativo No. 68-2007 tras su emisión, finalmente decidió no hacerlo dado que no deseaba poner presión a la relación con la CNEE antes de la revisión de las tarifas de la empresa para el período 2008-2013⁵²⁸. Los Sres. Maté y Calleja también observan que, si bien a EEGSA le preocupaba el hecho de que en su versión modificada el artículo 98 del RLGE le confería a la CNEE potestades no contempladas en los artículos 71 a 79 de la LGE, la empresa no tenía motivos para creer que el artículo 98 del RLGE fuera a aplicarse en la revisión tarifaria de EEGSA, dado que ésta planeaba participar en el proceso de revisión de las tarifas mediante la presentación de un estudio del VAD y las correcciones a dicho estudio⁵²⁹. Como se expone más adelante, EEGSA participó en el proceso de revisión tarifaria 2008-2013 con la presentación de un estudio del VAD y de sus correcciones del estudio, tal como lo exigían la LGE y el RLGE. Cabe destacar que, como lo demuestran las pruebas y como se analiza más adelante, la justificación declarada por la Gerencia Jurídica de la CNEE para los actos de esta última al rechazar el estudio corregido del VAD de EEGSA y adoptar su propio estudio independiente del VAD no se basó en el artículo 98 del RLGE en su texto modificado; más bien, buscó justificar los actos de la CNEE en el texto modificado del artículo 99 del RLGE.

⁵²⁷ Maté II, párrafo 8 (**CWS-12**); Calleja II, párrafo 11 (**CWS-9**); Calleja I, párrafo 15 (**CWS-3**); Alegría II, párrafo 19 (**CER-3**); Alegría I, párrafo 29 (**CER-1**).

⁵²⁸ Maté II, párrafo 7 (**CWS-12**); Calleja II, párrafo 10 (**CWS-9**).

⁵²⁹ Maté II, párrafo 7 (**CWS-12**); Calleja II, párrafo 10 (**CWS-9**). En el Memorial de Contestación, Guatemala afirma que lo dicho por el Sr. Calleja en la primera declaración de testigo que efectuó en el arbitraje de *Iberdrola* en cuanto a que EEGSA “creía que [la modificación] no se aplicaría a EEGSA” resulta incompatible con lo dicho por él en el presente arbitraje en el sentido de que EEGSA consideró la posibilidad de impugnar la modificación. Memorial de Contestación, párrafo 285, nota al pie 356 (donde cita el caso *Iberdrola Energía, S.A. c. República de Guatemala* (Caso CIADI No. ARB/09/05), Declaraciones de Testigo de Miguel Francisco Calleja, del 14 de octubre de 2009 y 25 de septiembre de 2010, párrafos 10-12 (**R-150**)). Como lo explica el Sr. Calleja, ello no es así. En su segunda declaración de testigo, Calleja advierte que “a pesar de que a EEGSA le preocupaba que el modificado Artículo 98 del RLGE otorgara a la CNEE poderes que no estaban contemplados en los Artículos 71 a 79 de la LGE, no tenía motivos para pensar que el aludido Artículo 98 del RLGE se aplicaría durante la revisión tarifaria de EEGSA, dado que planeábamos participar en dicho proceso presentando un estudio del VAD y las correcciones pertinentes a dicho estudio” y que “esa fue una de las razones por las que resolvimos no impugnar el Acuerdo Gubernativo N.º 68-2007”. Calleja II, párrafo 10 (**CWS-9**); Calleja I, párrafo 14 (**CWS-3**). Así pues, lejos de resultar incompatible, el Sr. Calleja destacó exactamente lo mismo en la primera declaración que efectuó en el presente arbitraje que en la primera declaración que presentó en el caso *Iberdrola*. Ver Calleja II, párrafo 10 (**CWS-9**).

2. Los Términos de Referencia de la CNEE eran contrarios a la LGE y el RLGE y menoscabaron el fin del proceso de revisión tarifaria

101. En el Memorial, la Demandante demostró que los TdR emitidos por la CNEE para la revisión de las tarifas de EEGSA para el período 2008-2013 no eran lineamientos para el estudio del VAD que efectuaría la consultora sino que contenían criterios específicos y fórmulas que no solamente diferían radicalmente de la metodología correspondiente a la revisión tarifaria anterior de EEGSA para el período 2003-2008 sino que además generaban la reducción indebida del VNR y el cálculo incorrecto del FRC de modo tal de imponer una reducción del VAD y las tarifas correspondientes de la empresa, en violación de la LGE y el RLGE⁵³⁰. Como lo explicó la Demandante, mientras que en virtud del artículo 74 de la LGE la CNEE está facultada para redactar los términos de referencia⁵³¹, la CNEE debe proceder a ello dentro de los límites que impone la ley; por consiguiente, la CNEE no puede redactar los TdR de modo tal de que generen un resultado incompatible con el principio rector de la LGE por el cual el VAD debería calcularse en función del valor nuevo de reemplazo de los activos de una empresa modelo, impongan el uso de una metodología que necesariamente subvaluará los activos de la empresa modelo o redactar, de otro modo, términos de referencia que predeterminen el resultado del estudio del VAD realizado por la consultora, ya que ello comprometería la independencia del estudio de la consultora y contravendría el texto y el espíritu de la LGE y el RLGE⁵³². Como lo demostró la Demandante en el Memorial, además de redactar los TdR para la revisión de las tarifas de EEGSA para el período 2008-2013 de modo tal de generar un resultado incompatible con la LGE, la CNEE también se arrogó amplia discreción para detener el avance de la consultora en la realización del estudio del VAD y considerar dicho estudio como “no recibido” con arreglo al nuevo texto modificado del artículo 98 del RLGE, de modo tal de que la CNEE

⁵³⁰ Memorial, párrafos 94-107; Términos de Referencia de la CNEE, del mes de abril de 2007, adjuntos a la nota No. CNEE-13680-2007 de la CNEE a EEGSA, del 30 de abril de 2007 (“TdR de abril de 2007”) (C-106); *ver también* Calleja I, párrafo 15 (CWS-3); Maté I, párrafo 8 (CWS-6).

⁵³¹ LGE, Art. 74 (C-17).

⁵³² *Ver* Memorial, párrafo 95; Alegría I, párrafos 24-25, 29 (CER-1); LGE, Art. 74 (C-17); RLGE, Arts. 86-90, 97 (C-21).

pudiera utilizar su propio estudio del VAD como base para el cálculo del VAD de EEGSA, en violación de la LGE y el RLGE⁵³³.

102. La Demandante demostró también que, dado el riesgo para la legitimidad del proceso de revisión de las tarifas, el 8 de mayo de 2007 EEGSA interpuso un recurso administrativo de revocatoria contra los TdR⁵³⁴, recurso que la CNEE rechazó el 15 de mayo de 2007⁵³⁵. Su desestimación, expuesta en un solo párrafo, indicaba que el recurso era extemporáneo y que no procedía dado que los términos de referencia “no [eran] finales”⁵³⁶. El 29 de mayo de 2007, EEGSA presentó entonces una acción de amparo, en la que alegó, entre otras cosas, que si bien la LGE establecía que la consultora prepararía su propio estudio del VAD, los TdR de la CNEE imponían todos los criterios metodológicos y técnicos y reducían a la consultora a “un mero signatario del estudio elaborado por la [CNEE]”⁵³⁷. EEGSA también adujo que, si bien la LGE autorizaba a la Comisión Pericial a resolver las diferencias entre la CNEE y la distribuidora, los TdR disponían, en efecto, que “si a la CNEE no le parece el estudio, lo tiene por no entregado y emite su propio VAD sin estudio alguno” por parte de la distribuidora⁵³⁸. EEGSA solicitó entonces la anulación de los TdR, dado que éstos le habrían permitido a la CNEE obtener “el VAD que quiere, algo que el legislador quiso evitar”⁵³⁹. Como lo explicó la Demandante en el Memorial, la CNEE no cumplió su obligación de responder al amparo con un informe detallado y, por consiguiente, el Juzgado Sexto de Primera Instancia del Ramo Civil le concedió el amparo provisional a EEGSA y anuló los TdR de la CNEE, hasta

⁵³³ Ver Memorial, párrafo 97; Alegría I, párrafos 41-43 (CER-1); Calleja I, párrafos 16-17 (CWS-3); Maté I, párrafo 8 (CWS-6).

⁵³⁴ Ver Memorial, párrafo 101; Calleja I, párrafo 18 (CWS-3); Maté I, párrafo 9 (CWS-6); Recurso de EEGSA para la revocación de los Términos de Referencia emitidos por la CNEE en abril de 2007, del 8 de mayo de 2007 (C-107).

⁵³⁵ Ver Memorial, párrafo 102; Calleja I, párrafo 19 (CWS-3); Maté I, párrafo 9 (CWS-6); Resolución No. CNEE DMJ-Providencia-543, del 15 de mayo de 2007 (C-109).

⁵³⁶ Ver Resolución No. CNEE DMJ-Providencia-543, del 15 de mayo de 2007 (C-109).

⁵³⁷ Amparo de EEGSA ante el Juzgado Primero del Ramo Civil, del 29 de mayo de 2007, página 6 (C-112); ver también Memorial, párrafo 103; Alegría I, párrafo 47 (CER-1); Calleja I, párrafo 19 (CWS-3); Maté I, párrafo 9 (CWS-6).

⁵³⁸ Amparo de EEGSA ante el Juzgado Primero del Ramo Civil, del 29 de mayo de 2007, página 6 (C-112).

⁵³⁹ *Íd.*

tanto el Juzgado hubiera considerado acabadamente la cuestión⁵⁴⁰. El 11 de junio de 2007, tras la primera audiencia en el proceso de amparo, el mismo Juzgado confirmó el amparo provisional a favor de EEGSA⁵⁴¹. Tras estas resoluciones, EEGSA participó en diversas reuniones en la CNEE, en un intento de modificar los TdR con el nuevo presidente de la CNEE, Carlos Colóm, y sus otros dos nuevos directores, y su nuevo gerente de tarifas, Melvin Quijivix⁵⁴². Como lo explicaron los Sres. Maté y Calleja en sus primeras declaraciones de testigo⁵⁴³, si bien las partes pudieron lograr un acuerdo respecto de varios puntos, los TdR seguían incluyendo diversos artículos objetables referentes a la metodología aplicable; las partes acordaron entonces incluir un nuevo artículo 1.10 para aclarar que los TdR eran pautas y que estaban sujetos a las disposiciones de la LGE y el RLGE y no modificaban lo allí previsto, y que la consultora podía apartarse de los TdR si expresaba una causa justificada para ello⁵⁴⁴.

103. En el Memorial de Contestación, la Demandada afirma que, contrariamente a lo sostenido por la Demandante, los TdR de 2007 para la revisión tarifaria 2008-2013 no “se apartaban radicalmente” de los TdR de 2002 emitidos por la CNEE para la revisión tarifaria 2003-2008 y que, de hecho, EEGSA “aceptó entonces sin ninguna objeción” las disposiciones de los TdR de 2002, que le conferían a la CNEE “iguales o mayores facultades de control a la CNEE sobre el estudio tarifario de EEGSA, inclusive utilizando el mismo lenguaje para dichos Términos” que los TdR de 2007⁵⁴⁵. La Demandada alega también que el amparo de EEGSA “desconocía principios elementales de la LGE, y dejaba en evidencia que, en realidad, lo que EEGSA estaba cuestionando eran precisamente las bases fundamentales del marco regulatorio eléctrico bajo el cual TGH y sus socios habían adoptado su decisión de invertir en 1998”⁵⁴⁶,

⁵⁴⁰ Ver Memorial, párrafo 104; Alegría I, párrafo 48 (CER-1); Calleja I, párrafo 20 (CWS-3); Maté I, párrafo 9 (CWS-6); Decisión del Juzgado Sexto de Primera Instancia del Ramo Civil, del 4 de junio de 2007 (C-114).

⁵⁴¹ Ver Memorial, párrafo 104; Alegría I, párrafo 48 (CER-1); Calleja I, párrafo 20 (CWS-3); Resolución del Juzgado Sexto de Primera Instancia Civil del 11 de junio de 2007, confirmatoria del Amparo C2-2007-4329 (C-115).

⁵⁴² Ver Memorial, párrafo 106; Calleja I, párrafo 21 (CWS-3); Maté I, párrafo 11 (CWS-6).

⁵⁴³ Calleja I, párrafos 21-22 (CWS-3); Maté I, párrafo 11 (CWS-6).

⁵⁴⁴ Ver Memorial, párrafos 106-107; Términos de Referencia de 2007, del mes de enero de 2008, Art. 1.10 (C-417).

⁵⁴⁵ Memorial de Contestación, párrafos 300-301.

⁵⁴⁶ *Íd.*, párrafo 303.

incluida “la facultad legal de la CNEE de fijar la metodología y declarar ‘procedente o improcedente’ (en el lenguaje original del Reglamento ‘aceptar o rechazar’) el estudio en caso de no conformarse a los Términos de Referencia”⁵⁴⁷. Respecto de la negociación de los TdR entre las partes, la Demandada reconoce que la CNEE “decidió incorporar algunos cambios solicitados por EEGSA que no afectaban los principios de la LGE”⁵⁴⁸, pero manifiesta que la forma en que la Demandante interpreta los artículos 1.8 y 1.10 en el Memorial es incorrecta⁵⁴⁹. Las afirmaciones de la Demandada son infundadas.

104. En primer lugar, como lo observa el Sr. Calleja en su segunda declaración de testigo y como lo reflejan las pruebas, EEGSA sí se opuso a los TdR de 2002 emitidos por la CNEE para la revisión tarifaria correspondiente al período 2003-2008, lo que incluyó algunas de las mismas disposiciones a las que se opuso la empresa en los TdR de 2007⁵⁵⁰. Así lo confirman los comentarios efectuados por EEGSA sobre los TdR de 2002⁵⁵¹, así como la nota enviada por PA Consulting a la CNEE el 27 de septiembre de 2002, en la que evaluaba los comentarios de EEGSA sobre los TdR de 2002⁵⁵². Como lo reflejan dichos documentos, EEGSA se opuso a los artículos A.6.2, A.6.3, A.6.4, A.6.7 y A.6.8⁵⁵³, que, como lo advierte la Demandada en el Memorial de Contestación⁵⁵⁴, son equivalentes a los artículos 1.7.4 y 1.9 de los TdR de 2007, a los que EEGSA se opuso en su acción de amparo⁵⁵⁵. Por consiguiente, es incorrecto lo dicho por la Demandada en cuanto a que “EEGSA (y TGH) habían aceptado sin quejarse las mismas

⁵⁴⁷ *Íd.*, párrafo 304.

⁵⁴⁸ *Íd.*, párrafo 307.

⁵⁴⁹ *Íd.*, párrafos 307-317.

⁵⁵⁰ Calleja II, párrafo 14 (**CWS-9**); Comentarios de EEGSA sobre los TdR de 2002 (**C-440**); Nota de P.A. Consulting a la CNEE, del 27 de septiembre de 2002 (**C-447**) (donde se evalúan los comentarios de EEGSA sobre los Términos de Referencia correspondientes a la revisión tarifaria del período 2003-2008).

⁵⁵¹ Comentarios de EEGSA sobre los TdR de 2002 (**C-440**).

⁵⁵² Nota de PA Consulting a la CNEE, del 27 de septiembre de 2002 (**C-447**).

⁵⁵³ Comentarios de EEGSA sobre los TdR de 2002 (**C-440**); Nota de P.A. Consulting a la CNEE, del 27 de septiembre de 2002 (**C-447**).

⁵⁵⁴ Memorial de Contestación, párrafo 301.

⁵⁵⁵ *Ver* Amparo de EEGSA ante el Juzgado Primero del Ramo Civil, del 29 de mayo de 2007 (**C-112**).

disposiciones en los Términos de Referencia que se aplicaron en la anterior revisión tarifaria en 2003 (*sic*)”⁵⁵⁶.

105. De cualquier manera, como lo explican los Sres. Maté y Calleja en sus segundas declaraciones de testigo⁵⁵⁷, mientras que algunas de las disposiciones de los TdR de 2007 eran similares a disposiciones de los TdR de 2002, el impacto de esas disposiciones era esencialmente distinto, dado el texto modificado del artículo 98 del RLGE, que cobró vigencia poco después de que la CNEE emitiera los TdR de 2007 el 30 de abril de 2007⁵⁵⁸. Como lo explica el Sr. Calleja, “mientras que tanto los TdR de 2002 como los TdR de 2007 establecían que la CNEE podía tener por ‘no recibido’ el estudio del VAD de EEGSA si este ‘omitiese los resultados solicitados en’ los TdR⁵⁵⁹, las repercusiones de esta disposición eran completamente diferentes”⁵⁶⁰. Tal como lo advierte, “[m]ientras que en 2002 la CNEE no tenía demasiados incentivos para considerar ‘no recibido’ el estudio de EEGSA, puesto que habría continuado en vigencia su pliego tarifario anterior, no era ese el caso en 2007, cuando la CNEE sí tenía motivos para dar por ‘no recibido’ el estudio del consultor a fin de desestimarlos y de ese modo fijar las tarifas de EEGSA a su antojo (que es lo que finalmente hizo)”⁵⁶¹. Como lo observó EEGSA en su pedido de amparo, en virtud de los TdR con la versión modificada del artículo 98 del RLGE vigente, “si a la CNEE no le parece el estudio, lo tiene por no entregado y emite su propio VAD sin estudio alguno” por parte de la distribuidora⁵⁶². Además, como también lo advierten los Sres. Maté y

⁵⁵⁶ Memorial de Contestación, párrafo 301.

⁵⁵⁷ Calleja II, párrafo 14 (CWS-9); Maté II, párrafo 10 (CWS-12); *ver también* Alegría II, párrafo 57 (donde advierte que “si bien los TdR de 2002 y 2007 guardan similitudes en muchos sentidos, el efecto de sus disposiciones sobre el proceso de revisión tarifaria era esencialmente distinto a la luz del modificado Artículo 98 del RLGE”) (CER-3).

⁵⁵⁸ ToR de abril de 2007 (C-106).

⁵⁵⁹ Resolución CNEE-88-2002, del 23 de octubre de 2002, Art. A.6.8 (C-59); TdR de abril de 2007, Art. 1.9 (C-106).

⁵⁶⁰ Calleja II, párrafo 14 (CWS-9).

⁵⁶¹ *Íd.*, párrafo 15; *ver también* Maté II, párrafo 10 (donde advierte que, de conformidad con los TdR de 2002, “si la CNEE consideraba al estudio del VAD de EEGSA como ‘no recibido’ en los términos del Artículo A.6.8, no estaba autorizada a calcular el VAD de EEGSA de manera unilateral y en función de su propio estudio del VAD, sino que, de conformidad con el Artículo 98 original del RLGE, que resultaba aplicable en ese momento, debía continuar aplicándose el cuadro tarifario previo”) (CWS-12).

⁵⁶² Amparo de EEGSA ante el Juzgado Primero del Ramo Civil, del 29 de mayo de 2007, página 6 (C-112); *ver también* Maté II, párrafo 10 (CWS-12); TdR de abril de 2007, Art. 1.9 (C-106); Alegría II, párrafo 57 (donde

Calleja, algunas de las disposiciones que impugnó EEGSA en los TdR de 2007 no constaban en los TdR de 2002, incluido el artículo 12, que disponía que la CNEE podía modificar los TdR en cualquier momento durante el proceso de revisión tarifaria⁵⁶³. Tal como lo señalan, estas disposiciones tornaban los TdR aún más objetables⁵⁶⁴.

106. En segundo lugar, como lo confirman los Sres. Maté y Calleja, al impugnar los TdR de 2007, EEGSA no pasó por alto los principios básicos de la LGE ni intentó impugnar la base fundamental del marco regulatorio establecido para la distribución de electricidad, como sostiene la Demandada; por el contrario, EEGSA intentó aplicar el marco regulatorio con arreglo al cual se había adquirido la empresa, es decir, el artículo 74 de la LGE, que deja en claro que cada distribuidora calculará “los componentes de los VAD mediante un estudio encargado a una firma de ingeniería precalificada por la [CNEE]”⁵⁶⁵, así como el artículo 75 de la LGE, que establece el proceso de la Comisión Pericial para la resolución de diferencias relativas a dicho estudio⁵⁶⁶. En efecto, como explica Calleja, lejos de impugnar “la facultad legal de la CNEE de fijar la metodología y declarar ‘procedente o improcedente’ [...] el estudio”⁵⁶⁷, la acción de amparo de EEGSA reconocía expresamente el derecho de la CNEE a declarar procedente o improcedente el estudio⁵⁶⁸, y apuntaba que, “si la [CNEE] no está de acuerdo con el estudio elaborado por el Consultor, las diferencias se someten a la decisión de una Comisión Pericial, quien tiene la última palabra”⁵⁶⁹. Como lo explica el Sr. Calleja, “[n]o obstante, la declaración de

advierte que “[s]i EEGSA hubiera aceptado los TdR de 2007 según la redacción original de la CNEE, se habría visto indefensa ante una posible decisión de la CNEE de declarar ‘no recibido a su estudio del VAD al amparo de los TdR’” (CER-3).

⁵⁶³ Calleja II, párrafo 15 (CWS-9); Maté II, párrafo 10 (CWS-12); TdR de abril de 2007, Art. 12 (“El contenido de los presentes Términos de Referencia podrá ser modificado o ampliado por la Comisión Nacional de Energía Eléctrica siempre que sea en beneficio de los usuarios del Servicio de Distribución final y no se afecte sustancialmente el desarrollo del estudio tarifario si este estuviera en marcha. Dichas modificaciones podrán realizarse por medio de la publicación de adendums”) (C-106).

⁵⁶⁴ Calleja II, párrafo 15 (CWS-9); Maté II, párrafo 10 (CWS-12).

⁵⁶⁵ LGE, Art. 74 (C-17).

⁵⁶⁶ Calleja II, párrafos 16-17 (CWS-9); Maté II, párrafo 11 (CWS-12); LGE, Art. 75 (C-17).

⁵⁶⁷ Memorial de Contestación, párrafo 304.

⁵⁶⁸ Calleja II, párrafo 16 (CWS-9).

⁵⁶⁹ Amparo de EEGSA ante el Juzgado Primero del Ramo Civil, del 29 de mayo de 2007, página 6 (C-112).

improcedencia del estudio no autoriza a la CNEE a desestimar el estudio del VAD del distribuidor conforme lo previsto en el modificado Artículo 98 del RLGE⁵⁷⁰. Por el contrario, según dispone el artículo 98 del RLGE en su versión modificada, “la [CNEE] en el plazo de dos meses resolverá sobre la procedencia o improcedencia de los estudios efectuados por los consultores, formulando las observaciones que considere pertinentes” y, “[d]e persistir las discrepancias entre la [CNEE] y el Distribuidor, se seguirá el procedimiento estipulado en el artículo 75 de la Ley⁵⁷¹. Como lo advierte Calleja, “[e]n consecuencia, el modificado Artículo 98 del RLGE no otorgó a la CNEE la autoridad de reemplazar a la Comisión Pericial, sino que le exigía someter las discrepancias que persistieran entre las partes a una Comisión Pericial para su resolución, es decir, la CNEE no podía sustituir a la Comisión Pericial, porque el proceso de la Comisión Pericial fue previsto por la ley⁵⁷²”.

107. En tercer lugar, como lo confirman los Sres. Maté y Calleja, mientras que estaba vigente el amparo provisional del Juzgado, se reunieron en diversas oportunidades con los directores de la CNEE, el Sr. Quijivix⁵⁷³ y los especialistas técnicos de la CNEE, en un intento de lograr un acuerdo sobre nuevos términos de referencia para la revisión tarifaria de EEGSA y, durante estas negociaciones, las partes acordaron sustituir los artículos 1.7.4 y 1.9 con los nuevos artículos 1.6.4 y 1.8, e incorporar el nuevo artículo 1.10⁵⁷⁴. Como lo explica el Sr. Calleja, el

⁵⁷⁰ Calleja II, párrafo 16 (CWS-9).

⁵⁷¹ Acuerdo Gubernativo 68-2007, del 2 de marzo de 2007, Art. 21 (modificatorio del Art. 98 de RLGE) (C-104).

⁵⁷² Calleja II, párrafo 16 (CWS-9).

⁵⁷³ Como lo advierte el Sr. Calleja en su segunda declaración de testigo, si bien el Sr. Colóm manifiesta que “al momento de su nombramiento, el Ing. Quijivix contaba con antecedentes profesionales y académicos tanto en Guatemala como en el exterior que lo hacían la persona indicada para este cargo” y que “[c]onocía muy bien la materia regulatoria eléctrica y a los agentes del sector”, esto es incorrecto; como confirma Calleja, “el Sr. Quijivix tenía muy poca experiencia en el sector de la electricidad y carecía de conocimientos sobre reglamentación eléctrica, razón por la cual, el Ministro de Energía y Minas, Luis Ortiz, me solicitó, nada más ser contratado el Sr. Quijivix por el MEM, que preparara una presentación por medio de la cual le explicáramos conceptos básicos referidos a la industria eléctrica, y así lo hice”. Calleja II, párrafo 18 (CWS-9); Colóm, párrafo 54 (RWS-1). Como lo muestra el expediente, en preparación para la revisión tarifaria de EEGSA correspondiente al período 2008-2013, la CNEE también contrató consultores para capacitar al personal de CNEE en cuestiones atinentes a estudios tarifarios y control de calidad. *Ver, por ejemplo*, Contrato de la CNEE No. 189-2007 (sin fecha) (C-477); Términos de Referencia Contratación de Curso sobre Modelos de Optimización de Redes de Distribución con Fines Tarifarios, del mes de junio de 2007 (C-485).

⁵⁷⁴ Calleja II, párrafo 19 (CWS-9); Maté II, párrafo 12 (CWS-12); Términos de Referencia de 2007, del mes de enero de 2008, Art. 1.10 (C-417).

artículo 1.6.4 de la versión final de los TdR aclaraba que, por medio de su consultora, la distribuidora analizaría las observaciones efectuadas por la CNEE, lo que implicaba (de conformidad con la ley) que la consultora podría decidir incorporar o no las observaciones al estudio del VAD corregido⁵⁷⁵, mientras que el artículo 1.8 confirmaba que “[e]l Distribuidor deberá analizar las observaciones, *efectuar las correcciones que considere pertinentes* y enviar a la CNEE, dentro de los quince (15) días de recibidas las observaciones”⁵⁷⁶.

108. Así lo confirma el Dictamen Técnico de la CNEE de fecha 16 de agosto de 2007⁵⁷⁷, según el cual “[d]erivado de los comentarios presentados por EEGSA, y de las Reuniones de Coordinación Técnica realizadas con los Consultores Expertos contratados por CNEE y con el Grupo Técnico definido para la realización de los Estudios Tarifarios, se observaron los cambios necesarios en los Términos de Referencia, tanto en la definición de aspectos metodológicos, como en la modificación de las fechas de entrega de los módulos iniciales del estudio”⁵⁷⁸. Sin embargo, en el Memorial de Contestación, la Demandada afirma que la versión corregida del artículo 1.8 significa que “el consultor tiene libertad de decidir la manera ‘pertinente’ en que los cambios deben ser implementados en el estudio, pero no de elegir no implementarlos”, y que ésta “es la única [interpretación] compatible con artículo 98 del Reglamento que dispone que el consultor ‘efectuará las correcciones’ y con el artículo 75 de la LGE, y la atribución de la CNEE de supervisar los estudios, que implica la facultad de mandar hacer correcciones”⁵⁷⁹. Como lo explican los Sres. Maté y Calleja, esto es incorrecto. El artículo 1.8 no dispone que la distribuidora efectuará las correcciones de la “manera” que considere pertinente; por el contrario, el artículo 1.8 dispone expresamente que la distribuidora “deberá [...] efectuar las correcciones que considere pertinentes”⁵⁸⁰. Como lo advierte el Sr. Calleja,

⁵⁷⁵ Calleja II, párrafo 19 (CWS-9); Términos de Referencia de 2007, del mes de enero de 2008, Art. 1.6.4 (C-417).

⁵⁷⁶ Términos de Referencia de 2007, del mes de enero de 2008, Art. 1.8 (énfasis añadido) (C-417); *ver también* Calleja II, párrafo 19 (CWS-9).

⁵⁷⁷ Departamento de Estudios – Dictamen Técnico – DMT-Dictamen-4, del 16 de agosto de 2007 (C-489).

⁵⁷⁸ *Íd.*, página 2.

⁵⁷⁹ Memorial de Contestación, párrafo 313.

⁵⁸⁰ Términos de Referencia de 2007, del mes de enero de 2008, Art. 1.8 (C-417); *ver también* Calleja II, párrafo 19 (CWS-9); Maté II, párrafo 14 (CWS-12).

“ello condice con la LGE, dado que, de conformidad con los TdR de 2007, para que persistan discrepancias entre las partes (y se conforme la Comisión Pericial), el distribuidor debe haberse negado a incorporar alguna de las observaciones de la CNEE a su estudio del VAD corregido”⁵⁸¹.

109. Respecto del artículo 1.10, el Sr. Colóm manifiesta en su declaración testimonial que “el consultor podría apartarse de los Términos de Referencia en aspectos puntuales”, “cuando existieran razones justificadas para ello, y siempre con la aprobación de la CNEE”, y que la CNEE aclaró que el artículo 1.10 “no implicaba que el consultor tenía ‘carta blanca’ para modificar los Términos de Referencia sin consentimiento de la CNEE”⁵⁸². Como lo explican los Sres. Maté y Calleja, esto es incorrecto. El artículo 1.10 aclaraba que los TdR estaban sujetos a lo dispuesto en la LGE y el RLGE y no modificaban lo allí previsto y que la consultora podría apartarse de los TdR si expresaba una justificación para proceder de ese modo⁵⁸³; como lo confirman Maté y Calleja, este artículo era fundamental para resolver la diferencia referente a los TdR, de modo tal de que pudiera realizarse la revisión tarifaria⁵⁸⁴. Según lo corrobora el profesor Alegría, de conformidad con el artículo 1.10, la CNEE no estaba autorizada a “aprobar” el apartamiento de los TdR por parte de la consultora; más bien, el artículo 1.10 dispone que la CNEE puede efectuar observaciones en torno del carácter justificado o injustificado de dicho apartamiento con arreglo a la LGE y el RLGE⁵⁸⁵. De conformidad con el artículo 75 de la LGE, si las partes no coincidían en cuanto al carácter justificado de ese apartamiento, se habría designado una Comisión Pericial para resolver la diferencia⁵⁸⁶.

⁵⁸¹ Calleja II, párrafo 19 (CWS-9); ver también Maté II, párrafo 14 (donde advierte que, “si EEGSA estuviera obligada a incorporar todas las observaciones de la CNEE, nunca ‘persistirían’ discrepancias entre las partes, es decir, discrepancias surgidas a raíz de la decisión del consultor de rechazar las observaciones de la CNEE, lo que haría que el Artículo 75 de la LGE y el proceso de la Comisión Pericial se tornaran innecesarios y carecieran de todo sentido”) (CWS-12).

⁵⁸² Colóm, párrafo 69 (énfasis en original) (RWS-1).

⁵⁸³ Términos de Referencia de 2007, del mes de enero de 2008, Art. 1.10 (C-417).

⁵⁸⁴ Calleja II, párrafo 20 (CWS-9); Maté II, párrafo 12 (CWS-12).

⁵⁸⁵ Alegría II, párrafo 60 (CER-3); Términos de Referencia de 2007, del mes de enero de 2008, Art. 1.10 (C-417); ver también Calleja II, párrafo 20 (CWS-9).

⁵⁸⁶ Alegría II, párrafo 60 (CER-3); ver también Calleja II, párrafo 20 (CWS-9); LGE, Art. 75 (C-17).

110. Como lo observa el profesor Alegría, como la confección del estudio del VAD con arreglo a la LGE y el RLGE “requiere de conocimientos técnicos para manejar y combinar muchas variables y así obtener un determinado resultado, es de esperar que distintos expertos manejen esas variables de maneras distintas y obtengan resultados disímiles”⁵⁸⁷. En consecuencia, “[s]i los lineamientos incluidos en los TdR fueran lineamientos inflexibles e imposibles de modificar por los consultores, el resultado de los estudios del VAD estaría predeterminado por dichos Términos”⁵⁸⁸, lo que comprometería la independencia del estudio de la consultora y podría generar un VAD incompatible con la LGE y RLGE. Según lo advierte el profesor Alegría, entonces, “en caso de que el consultor considere, basándose en su propia experiencia, que los lineamientos establecidos en los TdR no reflejan una metodología compatible con la LGE y el RLGE, o que ella conduce a un resultado inapropiado en los términos de la LGE y el RLGE, es razonable que pueda cambiar de metodología y justificar ese cambio”⁵⁸⁹. De todas formas la consultora “no tiene vía libre para desviarse de los TdR y sólo puede hacerlo cuando ellos contradigan la LGE o el RLGE, según lo aclara el Artículo 1.10 de los TdR”⁵⁹⁰. El profesor Alegría apunta también que “ninguna disposición de la LGE ni del RLGE exige que los estudios del VAD se adhieran al pie de la letra a los TdR” y que “los TdR no son instrucciones sino lineamientos que dan lugar a que los consultores hagan sus propios aportes”⁵⁹¹, como ocurre típicamente con cuestiones de índole muy técnica. Como lo advierte, el artículo 97 del RLGE dispone que los TdR “se basarán” en los conceptos establecidos en los artículos 86 y 90 del RLGE en términos generales, y que las disposiciones del artículo 97 del RLGE son descriptivas, más que instrucciones detalladas respecto de los estudios del VAD⁵⁹².

111. Así lo confirma el acervo documental. Como queda reflejado en la nota que PA Consulting le envió a la CNEE el 27 de septiembre de 2002 en la que evaluaba los comentarios

⁵⁸⁷ *Íd.*, párrafo 61.

⁵⁸⁸ *Íd.*

⁵⁸⁹ *Íd.*

⁵⁹⁰ *Íd.*; Términos de Referencia de 2007, del mes de enero de 2008, Art. 1.10 (C-417).

⁵⁹¹ Alegría II, párrafo 62 (CER-3).

⁵⁹² *Íd.*; RLGE Modificado, Art. 97 (C-105).

de EEGSA sobre los TdR de 2002, la consultora de la CNEE observó que “[n]o es necesario expresar lo obvio, por ejemplo que los TdR no pueden prevalecer sobre la Ley o el Reglamento”⁵⁹³. De modo similar, en un mensaje de correo electrónico del Sr. Campos a la CNEE, de fecha 20 de junio de 2007, el Sr. Campos aborda el proceso para el diseño de una red modelo eficiente y señala que recomienda mantener el ejemplo en los TdR “para mayor claridad pero haciendo la salvedad de que la Consultora deberá adecuarlo a la disponibilidad de información y a las características de cada área, según se explica en el segundo párrafo del punto 3.5”⁵⁹⁴. Así, los propios consultores de la CNEE reconocieron expresamente que los TdR de la CNEE están sujetos a lo dispuesto en la LGE y el RLGE y que se los debe utilizar como lineamientos para que la consultora de la distribuidora lleve adelante su estudio del VAD y pueden adaptarse en consecuencia.

112. Cuarto, como se detalla en el Memorial de la Demandante, el cálculo del FRC que la CNEE incorporó en una adenda de los TdR en enero de 2008 infringía los principios básicos de la LGE al calcular la rentabilidad de EEGSA sobre una base de activos depreciada y así conferirle a la empresa una rentabilidad equivalente a solamente *la mitad* de su costo del capital⁵⁹⁵. Valuar la base de activos regulados como depreciados en un 50%, en lugar de valuarlos como nuevos, es contrario al requisito expreso impuesto en el artículo 76 de la LGE de que el VAD debe “calcula[rse] sobre la base del Valor *Nuevo* de Reemplazo de las instalaciones, óptimamente dimensionadas”⁵⁹⁶. Así lo confirma el Dr. Barrera, que explica que la característica definitoria del método del VNR es que “val[úa] la base de capital de la distribuidora tal como si todos los activos fuesen *nuevos*, es decir, se calcula el costo de reemplazo de todos los activos eficientes de la empresa”⁵⁹⁷. De modo similar, el Sr. Kaczmarek explica que “[l]a LGE utiliza la

⁵⁹³ Nota de PA Consulting a la CNEE, del 27 de septiembre de 2002, página 2 (C-447).

⁵⁹⁴ Correo electrónico de A. Campos a A. García, del 20 de junio de 2007 (C-487).

⁵⁹⁵ Ver Memorial, párrafos 105 y 159; Kaczmarek I, figura 14 y nota al pie 123 (CER-2); ver también Memorial de Contestación, párrafo 310 (donde afirma que “[p]ara esta revisión [2008-2013], se consideró que los bienes de las distribuidoras (EEGSA, Deorsa y Deocsa) estaban depreciados en un 50 por ciento”); Kaczmarek II, párrafo 80 (donde confirma que el FRC de la CNEE suponía “activos que están 50 por ciento depreciados (i.e., a medio camino de su vida útil)”) (CER-5).

⁵⁹⁶ LGE, Art. 67 (énfasis añadido) (C-17).

⁵⁹⁷ Barrera, párrafo 28 (énfasis en original) (CER-4).

terminología de ‘Valor **Nuevo** de Reemplazo’” y “[c]omo profesionales de valorización, la inclusión del adjetivo **nuevo** transmite el concepto que los activos se supone deben ser valorados como nuevos y no sujetos a depreciación”⁵⁹⁸. Así, el Sr. Kaczmarek concluye que “la introducción del concepto de una red depreciada está en contradicción con el criterio de valuación adoptado por la LGE”⁵⁹⁹. Como el cálculo de la CNEE presupone una base de activos depreciados en un 50%, ello era “incompatible con el concepto de VNR”⁶⁰⁰.

113. El motivo por el cual el cálculo del FRC en los TdR no le permitiría al inversor recuperar su inversión radica en que el criterio de la empresa modelo eficiente adoptado en Guatemala no reconoce los gastos de capital necesarios para reemplazar los activos de la red existente (es decir, no compensa a la distribuidora por esos gastos); los únicos gastos de capital que se reconocen son los necesarios para la ampliación de la red⁶⁰¹. Ello obedece a que los activos se valúan como nuevos en cada período regulatorio, por lo cual no existe necesidad teórica de reponerlos⁶⁰². Naturalmente, en la práctica la empresa deberá gastar capital no solamente para ampliar la red sino también para reemplazar los activos depreciados y mantener en funcionamiento la red existente⁶⁰³. Como lo explica el Dr. Barrera, una ventaja de la regulación por empresa modelo que adoptó Guatemala consiste en que el regulador no necesita controlar la depreciación de los activos existentes y compensar a la distribuidora por los costos de su reemplazo⁶⁰⁴. En lugar de ello, el regulador compensa a la distribuidora en función del valor de una base de activos nuevos, y la distribuidora reemplaza los activos según resulte

⁵⁹⁸ Kaczmarek II, párrafo 85 (**CER-5**).

⁵⁹⁹ *Íd.*

⁶⁰⁰ Barrera, párrafo 260 (**CER-4**). Como también lo demuestra el Dr. Barrera, en cambio, el estudio del VAD de Bates White del 5 de mayo de 2008 calculó el FRC de forma “absolutamente coherente con el método de VNR”, porque Bates White “estimó el retorno de capital y el retorno sobre el capital en función de una base de capital no depreciada”. *Íd.*, párrafo 212.

⁶⁰¹ Kaczmarek II, párrafos 86-87 (**CER-5**); Términos de Referencia del 17 de enero de 2008, Art. 8.2.2 (**C-417**).

⁶⁰² Kaczmarek II, párrafo 71 (**CER-5**).

⁶⁰³ *Íd.*

⁶⁰⁴ Barrera, párrafo 31 (**CER-4**); *ver también* Kaczmarek II, párrafo 71 (**CER-5**).

necesario⁶⁰⁵. La distribuidora contará con los fondos necesarios para ello solamente porque se está calculando su rentabilidad en función del valor nuevo de reemplazo de los activos⁶⁰⁶.

114. Lo afirmado por la Demandada en cuanto a que la distribuidora destina el “retorno de” la porción de capital del VAD a reemplazar los activos⁶⁰⁷ es incorrecto. Así lo reconoce implícitamente el Sr. Damonte cuando compara la depreciación y los gastos operativos, que, “involve actual money outlays” [conlleven efectivos desembolsos de dinero] porque la primera “is not a money outlay in the year it is charged. . . . It belongs to the owners; it is part of the gross return they are permitted to earn on their investment” [no constituye un desembolso de dinero en el año al que se le imputa. [...] Corresponde a los dueños; es parte del retorno bruto que se les permite obtener sobre su inversión]⁶⁰⁸. En otras palabras, si la distribuidora tuviera que destinar al reemplazo de los activos la porción del retorno de capital del VAD, jamás recuperaría el costo de su inversión; ello obedece a que la porción del VAD consistente en el “retorno del” capital, por sus propios términos, se paga al inversor para que éste recupere su inversión⁶⁰⁹. Como lo advierte el Sr. Kaczmarek, depender de la porción del VAD consistente en el “retorno del” capital para los gastos de capital de reemplazo equivale a invertir en un bono que paga

⁶⁰⁵ Barrera, párrafos 28-29 (**CER-4**); *ver también* Kaczmarek II, párrafo 71 (**CER-5**).

⁶⁰⁶ Kaczmarek II, párrafos 71, 86 (**CER-5**). La insinuación que hace la Demandada de que en la revisión tarifaria de 2003 se utilizó una base de activos depreciada es incorrecta. *Ver* Memorial de Contestación, párrafo 310. Para esa revisión tarifaria, el Sr. Giacchino (que en ese entonces trabajaba en NERA) propuso utilizar una fórmula para el FRC que era exactamente la misma que propuso para la revisión tarifaria de 2008. Informe de Etapa E de NERA, revisado el 30 de julio de 2003, página 11 (**C-75**); *ver también* nota de la CNEE No. 4821-2003 GT-NotaS-407, del 17 de julio de 2003 (nota 407) (**C-565**); Giacchino II, párrafo 18 (**CWS-10**). La CNEE y EEGSA finalmente acordaron utilizar otra fórmula con un método de anualidad constante. *Ver* Informe de Etapa E de NERA, revisado el 30 de julio de 2003, página 15 (donde afirma que “[e]n la reunión mantenida entre CNEE y EEGSA el 30 de julio de 2003 se acordó que se utilizará la primera alternativa (Nota 407) para esta revisión tarifaria”) (**C-75**). NERA se opuso a esta fórmula porque “[s]i se utilizara la fórmula propuesta por la Nota 407 y se continuara recalculando el VNR en cada revisión tarifaria, no se permitiría que el concesionario recupere su inversión al término de la concesión”. Informe de Etapa E de NERA, revisado el 30 de julio de 2003, páginas 12-13 (**C-75**). No obstante, la fórmula acordada que se utilizó en 2003, a diferencia de la fórmula propuesta por la CNEE en 2008, no depreciaba los activos y no calculaba el retorno correspondiente a EEGSA en función de una base de activos depreciada. Giacchino II, párrafo 18 (**CWS-10**). De cualquier manera, la CNEE no propuso utilizar esta misma fórmula en 2008, presumiblemente porque no habría generado las tarifas considerablemente menores que pretendía obtener.

⁶⁰⁷ Kaczmarek II, párrafo 39 (**CER-5**).

⁶⁰⁸ Damonte, párrafo 75, nota al pie 31 (donde cita a A. Kahn, *The Economics of Regulation - Principles and Institutions* (1991)) (**RER-2**).

⁶⁰⁹ Kaczmarek II, párrafos 66 y 74 (**CER-5**).

intereses pero que jamás devuelve el capital⁶¹⁰. En consecuencia, los regímenes regulatorios (i) calculan el retorno para el inversor sobre una base de activos depreciados y reconocen como costos los gastos de capital de reemplazo, o bien (ii) calculan el retorno para el inversor sobre una base de activos sin depreciar, es decir, el valor nuevo de reemplazo de los activos, y reconocen solamente los gastos de capital destinados a ampliaciones, pero no al reemplazo de bienes⁶¹¹. Por medio del cálculo del FRC en los TdR, la CNEE intentó que fuera de las dos maneras, al negarse a reconocer los gastos de capital para reemplazar los activos de la red pero calcular el retorno de EEGSA sobre una base de activos depreciada en un 50%⁶¹².

115. Por otra parte, el acervo documental confirma que la Demandada entendió que, dado que el modelo regulatorio que adoptó no reconoce los gastos de capital de reemplazo, el retorno de la distribuidora debe calcularse en función de una base de activos sin depreciar. Así, por ejemplo, en una presentación del año 2002, PA Consulting, la consultora de la CNEE, enumera una serie de distintos métodos regulatorios, incluido uno al que denomina “[v]alor contable de los bienes de uso”, con la aclaración de que ello implica el valor inicial más inversiones menos amortizaciones, y luego enumera otro método denominado “Valor de Reposición de las instalaciones [VNR]”, e indica que éste es el método aplicado por Guatemala⁶¹³. De este modo, PA Consulting diferenció claramente el método del costo del servicio, que utiliza una base de activos depreciados, del método del VNR elegido por Guatemala, que no lo hace. De modo similar, en el Dictamen Técnico que confeccionó para la CNEE otro consultor, Edwin Quintanilla Acosta, en el mes de 2007, entre las ventajas enumeradas del método VNR consta el hecho de que no toma en consideración la antigüedad de los activos⁶¹⁴. Así lo reconoció también Synex: en un informe de 1997 en el que calculó el costo del capital, Synex le recomendó a Guatemala utilizar una tasa real de descuento del 10% para el costo del capital, y advirtió que las redes con activos depreciados conllevan tasas más elevadas

⁶¹⁰ Kaczmarek II, párrafo 39 (CER-5).

⁶¹¹ Kaczmarek II, párrafo 87 (CER-5).

⁶¹² *Ver id.*, párrafos 86-87.

⁶¹³ PA Consulting, Ajustes a los TDR para la Ejecución del estudio de VAD, del 22 de agosto de 2002, página 8 (C-445).

⁶¹⁴ Edwin Quintanilla Acosta, Informe Técnico del mes de junio de 2007, Anexo 3, página 21 (C-486).

que típicamente oscilan entre 12% y 15%, con lo que implícitamente reconoció que Guatemala calcula el retorno en función de una base de activos sin depreciar y que, de utilizarse una base de activos depreciados, estaría justificado el uso de una tasa de retorno superior⁶¹⁵.

116. Como resulta evidente a partir de las comunicaciones internas de la propia CNEE, el cálculo del FRC que consta en los TdR aplicables a la revisión tarifaria del período 2008-2013 fue concebido por la CNEE con la asistencia del Sr. Riubrugent específicamente con el fin de reducir las tarifas. Como lo refleja el expediente, mediante un mensaje de correo electrónico enviado a la CNEE con fecha 13 de diciembre de 2007, el Sr. Riubrugent recomendó, “en primera instancia”, el modelo de “estado estacionario” para el cálculo del FRC considerado por ANNEL, el regulador de Brasil, “por su sencillez (*es el que da menos tarifa*)”⁶¹⁶. Sin embargo, según lo explica el Dr. Barrera, Brasil utiliza “un método contable donde los activos se valúan al costo de reposición, teniendo en cuenta su depreciación, lo que es incompatible con el concepto de VNR”⁶¹⁷. De todas formas la CNEE siguió el consejo del Sr. Riubrugent y adoptó ese cálculo⁶¹⁸. El 8 de enero de 2008, la Sra. Peláez, de la CNEE, le escribió al Sr. Riubrugent y manifestó que “el Ing. Colom, nos ha hecho una pregunta que no sabemos responder, por lo que recurrimos a ti, para que por favor nos ayudes”⁶¹⁹. Luego reprodujo lo que describió como “la fórmula final que definimos para el FRC”⁶²⁰, y preguntó, respecto de la cifra 2 en el denominador del cálculo (que es lo que produce la depreciación de la base de activos de la distribuidora en un 50% y disminuye a la mitad el retorno del inversor sobre el capital, en violación del artículo 67 de la LGE), “qué significa el 2? O cual es su concepto? De antemano,

⁶¹⁵ Informe de Synex, capítulo 3 (C-20) (C-22).

⁶¹⁶ Cadena de correo electrónico de J. Riubrugent a M. Peláez, M. Quijivix, M. Perez Yat y A. García, del 17 de diciembre de 2007 (énfasis añadido) (C-490).

⁶¹⁷ Barrera, párrafo 239 (CER-4); *ver también* Kaczmarek I, párrafos 203-204 y 214, y nota al pie 192 (donde explica que, en su análisis de comparables, Navigant le atribuyó a empresas de Chile, El Salvador y Perú un peso mayor que a las de Brasil, debido a que los regímenes regulatorios de los países mencionados en primer lugar se asemejan más al de Guatemala) (CER-2).

⁶¹⁸ *Ver, por ejemplo*, correo electrónico de J. Riubrugent a M. Peláez del 19 de diciembre de 2007 (C-490); Correo electrónico de J. Riubrugent a M. Peláez, del 9 de enero de 2008 (C-567).

⁶¹⁹ Correo electrónico de M. Peláez a J. Riubrugent, del 8 de enero de 2008 (C-567).

⁶²⁰ *Íd.*

te agradezco tu valiosísima ayuda”⁶²¹. El día siguiente, Riubrugent respondió lo siguiente: “la amortización acumulada del conjunto suma la mitad del valor nuevo (VNR) y, por supuesto, el valor residual es la mitad del valor nuevo de esa fracción (¡ése es el 2 del denominador en el segundo término del segundo miembro de la fórmula!)”⁶²². Menos de dos semanas después, la CNEE adoptó los TdR del 17 de enero de 2008, que contenían un cálculo del FRC idéntico al expuesto en el mensaje de correo electrónico enviado por Peláez al Sr. Riubrugent⁶²³. Así pues, está claro que la propia CNEE no entendía la base teórica del cálculo del FRC que pretendió imponerle a EEGSA, que el cálculo del FRC en el TdR se utilizaba en países que, como Brasil, habían adoptado un régimen regulatorio distinto, y que el cálculo del FRC se adoptó con la intención expresa de disminuir las tarifas. Como se analiza más adelante, la Comisión Pericial finalmente se pronunciaría en desacuerdo con el cálculo del FRC impuesto por la CNEE en función de que el cálculo tenía por efecto reducir a la mitad el retorno de capital del inversor, en violación de la LGE⁶²⁴.

3. La CNEE no trabajó de forma constructiva con EEGSA o su consultora durante el proceso de revisión tarifaria

117. Como lo demostró la Demandante en el Memorial, a pesar de que la CNEE aceptó modificar los TdR para la revisión tarifaria del período 2008-2013, ésta no se esforzó por trabajar

⁶²¹ *Íd.* (se omitió el énfasis).

⁶²² Correo electrónico de J. Riubrugent a M. Peláez, del 9 de enero de 2008 (C-567). En su declaración de testigo, el Sr. Moller, de la CNEE, declara que la decisión de depreciar los bienes de EEGSA en un 50% mediante el FRC “fue [tomada] por la CNEE de acuerdo a un estudio teórico que toma en cuenta la vida útil de los activos de la distribuidora y la frecuencia en que éstos deben reponerse a lo largo del tiempo”. Moller, párrafo 50 (RWS-2). En el contrainterrogatorio durante la audiencia del caso *Iberdrola*, el Sr. Moller declaró que el “estudio teórico” que supuestamente demostraba que los activos de EEGSA estaban depreciados en un 50% era esta cadena de mensaje de correo electrónico entre la CNEE y el Sr. Riubrugent. *Ver* Testimonio de E. Moller en la Audiencia de *Iberdrola*, del 27 de julio de 2011, 722:8-22 (donde afirma que el “2” en el denominador “sale [...] de un estudio teórico que toma en cuenta la vida útil de los activos de la distribuidora y la frecuencia en que estos deben reponerse a lo largo del tiempo”) (C-539).

⁶²³ *Ver* Términos de Referencia de 2007, del mes de enero de 2008, página 55 (C-417).

⁶²⁴ *Ver* Informe de la Comisión Pericial, del 25 de julio de 2008 (en adelante, “Informe de la CP”), Discrepancia D.1 (Anualidad de la Inversión, Factor de Recuperación del Capital), página 92 (donde se determina que calcular el FRC de conformidad con los TdR “que implicaría considerar que la Red está a mitad de su vida útil, en tanto las disposiciones legales establecen que debe considerarse el valor nuevo de reemplazo de la red, en otras palabras considera que el costo de capital debe surgir de considerar una red totalmente nueva al momento de calcular la tarifa”) (C-246).

de forma constructiva con EEGSA o Bates White, la consultora de la empresa, durante el proceso de revisión tarifaria, sino que en lugar de ello invocó arbitrariamente la versión modificada del artículo 98 del RLGE a lo largo del proceso, en un intento ilícito de desestimar el estudio del VAD realizado por Bates White y determinar el VAD sin participación de EEGSA o su consultora⁶²⁵. Como lo explicó la Demandante, a diferencia de lo ocurrido durante la revisión de las tarifas de EEGSA en el año 2002, la CNEE solamente mantuvo una reunión con EEGSA y su consultora en noviembre de 2007, para tratar el Informe de Etapa A, tras lo cual ni la CNEE ni sus consultores presentaron comentario alguno sobre la presentación efectuada por Bates White en relación con su informe de Etapa A⁶²⁶. Sin embargo, cuatro semanas después de esta reunión, la CNEE le envió a EEGSA una nota con fecha 17 de diciembre de 2007 mediante la cual le informaba que no consideraba que se hubiera “recibido” el Informe de Etapa A, dado que el representante autorizado de EEGSA no había presentado el informe mediante su “envío formal” con un poder notarial, una copia del contrato de EEGSA con Bates White, y toda la información que EEGSA le hubiera suministrado a Bates White para realizar el estudio⁶²⁷. De conformidad con el cronograma de los términos de referencia modificados, Bates White volvió a presentar así el Informe de Etapa A, junto con su informe de Etapa B, el 25 de enero de 2008⁶²⁸, que la CNEE volvió a rechazar mediante la nota del 30 de enero de 2008, en la que reiteró su anterior afirmación de que no había recibido los informes de Etapa A o Etapa B por los motivos que expuso en la nota del 17 de diciembre de 2007⁶²⁹. Entonces, EEGSA envió de inmediato su respuesta, a la que adjuntó una copia del poder notarial en el que se autorizaba al Sr. Calleja a actuar en representación de EEGSA, copias de las notas firmadas por el Sr. Calleja mediante las cuales presentaba ambos informes de etapa (los originales estaban en poder de la CNEE), y una

⁶²⁵ Ver Memorial, párrafos 108-122.

⁶²⁶ Ver *id.*, párrafo 112; Giacchino I, párrafo 22 (CWS-4); Calleja I, párrafo 24 (CWS-3).

⁶²⁷ Ver Memorial, párrafo 113; nota No. CNEE-15225-2007 de la CNEE a EEGSA, del 17 de diciembre de 2007, páginas 1-2 (C-134); ver también Maté I, párrafo 16 (CWS-6); Calleja I, párrafo 25 (CWS-3).

⁶²⁸ Ver Memorial, párrafo 115; Calleja I, párrafo 26 (CWS-3); Maté I, párrafo 16 (CWS-6); nota No. GG-07-2008 de EEGSA a la CNEE, del 25 de enero de 2008, páginas 1-3 (por la cual se volvió a presentar el informe de Etapa A) (C-156); nota No. GG-08-2008 de EEGSA a la CNEE, del 25 de enero de 2008, páginas 1-3 (a la que se adjunta el informe de Etapa B) (C-157).

⁶²⁹ Ver Memorial, párrafo 116; Maté I, párrafo 16 (CWS-6); nota No. CNEE-15504-2008 de la CNEE a EEGSA, del 30 de enero de 2008, páginas 1-2 (C-158).

copia de la nota con el sello de la CNEE que demostraba que ésta había recibido el contrato de EEGSA con Bates White⁶³⁰.

118. En el Memorial la Demandante además demostró que los esfuerzos de la CNEE por obstaculizar el avance de Bates White persistieron y, el 12 de febrero de 2008, tres meses y medio después de que Bates White hubiera presentado el informe de Etapa A, la CNEE comunicó sus primeros comentarios sobre dicho informe⁶³¹. La CNEE alegó que no podía utilizarse el informe de Etapa A como base para informes de etapas posteriores porque, en opinión de dicha entidad, el informe no se ajustaba a los TdR y los comentarios de la CNEE al informe de Etapa A constituían “requerimientos” obligatorios y, por consiguiente, EEGSA debía “utilizar los rangos indicados por la CNEE en las etapas siguientes del Estudio”⁶³². De este modo, la CNEE volvió a la postura que había adoptado en los TdR iniciales e hizo caso omiso de las modificaciones cruciales que ella misma incorporó a los artículos 1.6.4, 1.8 y 1.10 de los TdR modificados⁶³³. Como también lo demostró la Demandante, si bien cada uno de los informes de etapa de Bates White ya contenía toda la información requerida, muchos de los comentarios de la CNEE sobre dichos informes de etapa eran exigencias de información adicional⁶³⁴. Como lo advirtió el Sr. Giacchino en su primera declaración de testigo, en su experiencia como consultor en decenas de revisiones tarifarias en las que trabajó tanto para organismos reguladores como para empresas, ningún regulador pidió nunca tanta información como la CNEE le pidió a Bates White en el curso de esa revisión tarifaria⁶³⁵. La CNEE también emitió diversas directivas para

⁶³⁰ Ver Memorial, párrafo 116; Maté I, párrafo 17 (CWS-6); nota No. GG-017-2008 de EEGSA a la CNEE, del 31 de enero de 2008, página 1 (C-159).

⁶³¹ Ver Memorial, párrafo 117; Maté I, párrafo 18 (CWS-6); nota No. CNEE-15597-2008 de la CNEE a EEGSA, del 12 de febrero de 2008, páginas 1-10 (C-161).

⁶³² Nota No. CNEE-15597-2008 de la CNEE a EEGSA, del 12 de febrero de 2008, página 10 (C-161); ver también Memorial, párrafo 117; Maté I, párrafo 18 (CWS-6); Calleja I, párrafo 27 (CWS-3).

⁶³³ Ver Memorial, párrafo 117.

⁶³⁴ Ver Memorial, párrafo 118; Giacchino I, párrafo 27 (CWS-4); ver también, por ejemplo, nota No. CNEE-15597-2008 de la CNEE a EEGSA, del 12 de febrero de 2008, página 3 (donde se alega que el informe de Etapa A “incumplió con lo establecido en los Términos de Referencia, debido a que la información presentada en el informe no está de conformidad con lo establecido en los TDR”) (C-161).

⁶³⁵ Giacchino I, párrafo 27 (CWS-4).

que Bates White realizara los cálculos o utilizara criterios no contemplados en los TdR⁶³⁶. Como lo explicó la Demandante, si bien la CNEE provocó meses de retraso e importantes gastos adicionales, Bates White terminó a tiempo los nueve informes de etapa y EEGSA le entregó a la CNEE el estudio completo, junto con las versiones corregidas de cada informe de etapa, el día 31 de marzo de 2008, tal como estaba programado⁶³⁷.

119. Como lo advirtió la Demandante en el Memorial, si bien de conformidad con el texto modificado del artículo 98 del RLGE la CNEE contaba con dos meses para analizar el estudio, declararlo procedente o improcedente, y realizar las observaciones pertinentes, el día 11 de abril de 2008, habiendo transcurrido solamente once días desde que EEGSA le había entregado su informe del VAD, la CNEE dictó la Resolución No. 63-2008, por la cual declaraba el estudio “improcedente” e informaba que EEGSA “deb[ía] realizar las correcciones al mismo conforme a las observaciones realizadas [por la CNEE] [...] en el plazo de 15 días”⁶³⁸. Poco tiempo después, en respuesta a una pregunta formulada por Enrique Moller, uno de los directores de la CNEE, en cuanto a si EEGSA podía aceptar un VAD 5% inferior al vigente en ese momento, EEGSA asistió a una reunión con la CNEE para analizar la propuesta de la empresa tendiente a aumentar en un 10% el VAD a la vez que se mantenía constante la tarifa global para los clientes regulados de EEGSA⁶³⁹. EEGSA jamás recibió respuesta de la CNEE respecto de su propuesta⁶⁴⁰. Ante la falta de un acuerdo negociado, EEGSA solicitó entonces que Bates White corrigiera su estudio del VAD en función de las observaciones efectuadas por la CNEE en la Resolución No. 63-2008 y, el 5 de mayo de 2008, EEGSA le presentó a la CNEE el estudio del

⁶³⁶ Ver Memorial, párrafo 118; Giacchino I, párrafo 27 (CWS-4).

⁶³⁷ Ver Memorial, párrafo 118; Giacchino I, párrafo 27 (CWS-4); Maté I, párrafo 19 (CWS-6); Calleja I, párrafo 27 (CWS-3); nota No. GG-045-2008 de EEGSA a la CNEE, del 31 de marzo de 2008, páginas 1-2 (C-178).

⁶³⁸ Resolución CNEE-63-2008, del 11 de abril de 2008, página 3 (C-193); ver también Memorial, párrafo 119; Maté, párrafo 20 (CWS-6); Calleja, párrafo 28 (CWS-3).

⁶³⁹ Ver Memorial, párrafos 120-121; Maté I, párrafo 23 (CWS-6); Calleja I, párrafo 29 (CWS-3); ver también Presentación sobre el Estudio Tarifario, del 22 de abril de 2008, página 14 (donde se explica que “el efecto en tarifas de lo propuesto es nulo”) (C-194).

⁶⁴⁰ Ver Memorial, párrafo 121; Maté I, párrafo 23 (CWS-6); Calleja I, párrafo 31 (CWS-3).

VAD corregido por Bates White⁶⁴¹. En su estudio corregido, Bates White aceptó algunas de las observaciones realizadas por la CNEE e incorporó los cambios correspondientes en los diversos informes de etapa, y rechazó otras observaciones y expuso la lógica que así lo justificaba⁶⁴².

120. En el Memorial de Contestación, la Demandada asevera que, contrariamente a lo que afirma la Demandante, fue EEGSA quien no cooperó en el proceso de revisión tarifaria, al “no present[ar] la información requerida, [pedir] reiteradas extensiones para presentar los informes de etapa (las cuales fueron acordadas), sistemáticamente [rehusarse] a implementar las directivas de los Términos de Referencia y [negarse] a presentar información que fuera auditable”⁶⁴³. La Demandada también afirma que los comentarios de la CNEE sobre los informes de etapa de Bates White “fueron debidamente fundamentadas tal como consta en cada una de las cartas enviadas a EEGSA”⁶⁴⁴, y que, “[u]na vez realizadas las observaciones por la CNEE a los informes de etapa, correspondía al experto de EEGSA ‘efectuar’ las correcciones y entregar su estudio final” pero que “el estudio supuestamente ‘final’ de EEGSA de 31 de marzo de 2008 no contenía la mayoría de las correcciones solicitadas por la CNEE” en sus observaciones⁶⁴⁵. También manifiesta la Demandada que el Sr. Moller jamás le preguntó al Sr. Maté si EEGSA podía aceptar un VAD 5% menor que el que estaba vigente en ese momento⁶⁴⁶, y que “EEGSA no anticipaba el motivo de [la] reunión” que le solicitó a la CNEE⁶⁴⁷. Asimismo la Demandada insinúa que la propuesta de EEGSA de aumentar la VAD a la vez que se mantenía la tarifa global fue inapropiada⁶⁴⁸. Por último, la Demandada manifiesta que el estudio del VAD realizado por

⁶⁴¹ Ver Memorial, párrafo 122; Maté I, párrafo 25 (CWS-6); Calleja I, párrafo 31 (CWS-3); Giacchino I, párrafo 28 (CWS-4); Nota de Bates White a la CNEE y EEGSA, del 5 de mayo de 2008 (a la que se adjuntan los informes finales corregidos para las Etapas A a I y I.2) (C-195).

⁶⁴² Ver Memorial, párrafo 122; Maté I, párrafo 25 (CWS-6); Calleja I, párrafo 31 (CWS-3); Giacchino I, párrafo 28 (CWS-4); Nota de Bates White a la CNEE y EEGSA, del 5 de mayo de 2008 (a la que se adjuntan los informes finales corregidos para las Etapas A a I y I.2) (C-195); Nota de Bates White a la CNEE y EEGSA, del 5 de mayo de 2008 (C-207).

⁶⁴³ Memorial de Contestación, párrafo 325.

⁶⁴⁴ *Íd.*, párrafo 329.

⁶⁴⁵ *Íd.*, párrafo 330.

⁶⁴⁶ *Íd.*, párrafo 339.

⁶⁴⁷ *Íd.*, párrafo 336.

⁶⁴⁸ *Íd.*, párrafo 340.

Bates White, con fecha 5 de mayo de 2008, incorporaba unas pocas correcciones “ordenadas por la CNEE a través de sus observaciones”⁶⁴⁹ y que “Bates White justificó la no incorporación de 85 de las 125 observaciones en una interpretación falsa de los artículos 1.5 y 1.10 de los Términos de Referencia”⁶⁵⁰. Los dichos de la Demandada son incorrectos.

121. En primer lugar, como lo explica el Sr. Calleja en su segunda declaración de testigo, al inicio del proceso de revisión tarifaria, él le propuso al Sr. Quijivix que la CNEE y EEGSA mantuvieran Reuniones de Coordinación con sus respectivas consultoras, como se había hecho en la revisión tarifaria anterior, de modo tal de que Bates White, la consultora de EEGSA, pudiera explicar los resultados parciales obtenidos para cada informe de etapa y que las partes pudieran resolver las cuestiones que surgieran entre ellas⁶⁵¹. A pesar de las Reuniones de Coordinación que pidió EEGSA con la CNEE y su consultora Mercados Energéticos, la CNEE solamente aceptó realizar una de esas reuniones en noviembre de 2007, después de entregado el informe de Etapa A de Bates White el día 29 de octubre de 2007; la CNEE denegó todos los pedidos posteriores de EEGSA para discutir el contenido del estudio del VAD, lo que refleja que la falta de cooperación se dio por parte de la CNEE, y no de EEGSA⁶⁵². Por otra parte, si bien la Demandada firma que la “actitud no colaborativa” de EEGSA en el proceso de revisión de las tarifas se “ilustra [...] con la carta de EEGSA de 17 de septiembre de 2007, en respuesta a una solicitud de información de la CNEE”, que indica que muchas categorías de información tenían el carácter de “no disponible[s]”⁶⁵³, como lo explica el Sr. Maté “dicha nota no refleja la actitud poco cooperativa de EEGSA sino que demuestra que EEGSA presentó a la CNEE toda la información disponible que había utilizado en su estudio del VAD”⁶⁵⁴. Tal como lo advierte

⁶⁴⁹ *Íd.*, párrafo 344.

⁶⁵⁰ *Íd.*, párrafo 345.

⁶⁵¹ Calleja II, párrafo 21 (**CWS-9**); *ver también* Giacchino II, párrafo 13 (donde advierte que “EEGSA intentó reunirse mensualmente con la CNEE para debatir los informes de etapa, tal como lo había hecho durante la revisión tarifaria del período 2003-2008”, pero que “la CNEE se rehusó a reunirse para debatir sus observaciones y celebró una única reunión con sus consultores, Mercados Energéticos y Sigla, en noviembre de 2007 para abordar el informe de Etapa A original de Bates White”) (**CWS-10**).

⁶⁵² Nota de Bates White a la CNEE y EEGSA, del 29 de octubre de 2007, página 1 (**C-128**).

⁶⁵³ Memorial de Contestación, párrafo 328 (donde se cita la Nota de EEGSA a la CNEE del 17 de septiembre de 2007 (**R-42**)).

⁶⁵⁴ Maté II, párrafo 16 (**CWS-12**); Nota de EEGSA a la CNEE, del 17 de septiembre de 2007, páginas 2-3 (**R-42**).

Maté, “al tiempo que describe como ‘no disponible’ información referida a la longitud de las líneas y los puntos de inyección de alta tensión, EEGSA también aclara en su nota que todos los puntos de inyección se encuentran en 13.8 kV, es decir que no existen líneas ni puntos de inyección de alta tensión y, por ende, la información solicitada simplemente no existe”⁶⁵⁵. El Sr. Maté también observa que “tampoco se disponía de la información requerida con respecto a la clasificación entre ‘urbano’ y ‘rural’ puesto que ni la legislación guatemalteca ni EEGSA trazaban una distinción entre zonas urbanas y rurales”⁶⁵⁶. Confirma además que “la CNEE nunca respondió a esa nota ni nos informó que los datos suministrados por EEGSA eran insuficientes”, y no “pidió ninguna justificación a EEGSA con respecto a la disponibilidad de la información solicitada”⁶⁵⁷.

122. Respecto de la información que EEGSA le suministró a la CNEE durante el proceso de revisión tarifaria, el Sr. Calleja explica que, en los primeros TdR emitidos por la CNEE el 30 de abril de 2007⁶⁵⁸, impugnados por EEGSA, “la CNEE había incluido una etapa en la que EEGSA debía producir una gran cantidad de información con respecto a los costos reales y base de activos que era innecesaria para su estudio del VAD (dado que, de conformidad con la LGE y el RLGE, el estudio del VAD no refleja los costos reales o la base de activos de la distribuidora, sino los de una empresa modelo eficiente”⁶⁵⁹. Como lo observa el Sr. Calleja, durante las negociaciones referentes a los TdR, “la CNEE reconoció este hecho, y las partes acordaron eliminar esta etapa de los TdR”⁶⁶⁰. También acordaron qué información se necesitaba para el estudio del VAD y, en respuesta a los pedidos de información de la CNEE, EEGSA aportó toda la información disponible que utilizó en su estudio del VAD⁶⁶¹. Como lo señalan los Sres. Maté y Calleja, la CNEE jamás sancionó a EEGSA por no presentar la información

⁶⁵⁵ Maté II, párrafo 16 (CWS-12); Nota de EEGSA a la CNEE, del 17 de septiembre de 2007, páginas 2-3 (R-42).

⁶⁵⁶ Maté II, párrafo 16 (CWS-12); Nota de EEGSA a la CNEE, del 17 de septiembre de 2007, páginas 2-3 (R-42).

⁶⁵⁷ Maté II, párrafo 16 (CWS-12).

⁶⁵⁸ TdR de abril de 2007 (C-106).

⁶⁵⁹ Calleja II, párrafo 22 (CWS-9).

⁶⁶⁰ *Íd.*; ver, por ejemplo, Términos de Referencia de 2007, del mes de enero de 2008 (C-417).

⁶⁶¹ Calleja II, párrafo 22 (CWS-9); ver, por ejemplo, Nota de EEGSA a la CNEE, del 17 de septiembre de 2007, páginas 1-3 (R-42).

solicitada, aunque de conformidad con el artículo 134 del RLGE la CNEE estaba autorizada a sancionar a la distribuidora por no aportar al MEM o la CNEE la información requerida⁶⁶². Así lo confirma el Sr. Giacchino, que señala que “[a] pesar de la naturaleza extensiva de las solicitudes de la CNEE, toda la información solicitada fue, no obstante, entregada, presentada debidamente y de conformidad con las disposiciones de los TdR”⁶⁶³. Por otra parte, las pruebas permiten apreciar que la CNEE pidió a EEGSA esa información detallada para poder preparar su propio estudio del VAD, acerca del cual no se informó a EEGSA ni a Bates White. Como queda reflejado en una cadena de mensajes de correo electrónico intercambiados entre la CNEE y el Sr. Campos con fecha 22 de mayo de 2007⁶⁶⁴, la CNEE advirtió que, respecto de los informes de etapa, como en EEGSA se mostraban “anuentes a presentar información preliminar, a lo mejor [la CNEE] podría[] requerirles informes intermedios más elaborados, con el fin de obtener los i[n]puts para nuestro estudio [...]”⁶⁶⁵.

123. En segundo lugar, si bien la Demandada afirma que “[u]na vez realizadas las observaciones por la CNEE a los informes de etapa, correspondía al experto de EEGSA ‘efectuar’ las correcciones y entregar su estudio final”⁶⁶⁶, esto es incorrecto. Como se expuso precedentemente y en el segundo informe pericial del profesor Alegría⁶⁶⁷, el hecho de que el artículo 75 de la LGE y el artículo 98 del RLGE contemplan la existencia de discrepancias que subsistan entre las partes confirma que la distribuidora no tiene obligación legal alguna de incorporar todas las correcciones solicitadas por la CNEE⁶⁶⁸. Como también se expuso precedentemente, el artículo 1.8 de la versión final de los TdR contradice la postura de la

⁶⁶² Calleja II, párrafo 22 (CWS-9); Maté II, párrafo 15 (CWS-12); RLGE, Art. 134 (C-21).

⁶⁶³ Giacchino II, párrafo 15 (CWS-10). Por otra parte, si bien en su declaración de testigo el Sr. Moller afirma que EEGSA presentó esta información en forma “elemental” y que recuerda ver “varias cajas con documentación apilarse en las oficinas de la División de Tarifas”, el Sr. Giacchino explica que, por el contrario, los documentos de EEGSA estuvieron bien organizados y se presentaron junto con un índice, y que también envió por correo electrónico una serie de documentos de respaldo a la CNEE, organizados por cada etapa específica del estudio del VAD. *Ver id.* párrafo 27; Moller, párrafo 48 (RWS-2).

⁶⁶⁴ Correo electrónico de A. Campos a A. García, del 22 de mayo de 2007 (C-484).

⁶⁶⁵ *Íd.*

⁶⁶⁶ Memorial de Contestación, párrafo 330.

⁶⁶⁷ Alegría II, párrafo 32 (CER-3); Alegría I, párrafo 67 (CER-1); párrafos 39-40, *supra*.

⁶⁶⁸ LGE, Art. 75 (C-17); RLGE Modificado, Art. 98 (C-105).

Demandada⁶⁶⁹. Según dispone el artículo 1.8, “la CNEE dispondrá de un plazo de dos (2) meses para evaluar el Informe final del Estudio, presentado por la Distribuidora” y, “[c]omo resultado de la evaluación, la CNEE formulará las observaciones que considere pertinentes”⁶⁷⁰. El artículo 1.8 dispone además que el “Distribuidor deberá analizar las observaciones, *efectuar las correcciones que considere pertinentes* y enviar a la CNEE, dentro de los quince (15) días de recibidas las observaciones, el Informe Final del Estudio eventualmente Corregido”⁶⁷¹. Como corolario necesario de ello, *no* es necesario que la distribuidora incorpore las correcciones que no considere apropiadas. Según apunta el profesor Alegría, “[d]e esta forma, la CNEE reconoció expresamente en los Términos de Referencia que el distribuidor tiene el derecho, y no la obligación, de efectuar las correcciones solicitadas por la CNEE”⁶⁷².

124. En tercer lugar, como lo confirma el Sr. Maté en su segunda declaración de testigo, poco tiempo después de que la CNEE dictara la Resolución No. 63-2008 del 11 de abril de 2008, en la que se enumeraban todas sus observaciones sobre el estudio terminado del VAD de EEGSA⁶⁷³, el Sr. Moller se reunió para almorzar con el Sr. Maté y le preguntó si EEGSA aceptaría un VAD 5% inferior al vigente en ese momento y que, en respuesta a esta propuesta, EEGSA preparó una contrapropuesta en la que ofreció un incremento del 10% en el VAD pero manteniendo las tarifas globales de los clientes regulados de EEGSA⁶⁷⁴. El Sr. Maté advierte que, contrariamente a lo que insinúa la Demandada, “[u]na propuesta que se hace en persona y se deja por escrito no tiene nada de secreta y EEGSA era la menos interesada en un acuerdo inapropiado o ilegal ya que un VAD fijado en esas condiciones sería sumamente vulnerable a cualquier impugnación legal”, y que, “en atención al aumento en el precio de los materiales y equipos y la devaluación del dólar estadounidense, la aplicación estricta del marco jurídico establecido por la LGE y el RLGE habría dado paso a un aumento considerable del VAD de

⁶⁶⁹ *Ver supra*, párrafo 40; Resolución CNEE 124-2007, del 9 de octubre de 2007, Art. 1.8 (C-127).

⁶⁷⁰ Resolución CNEE 124-2007, del 9 de octubre de 2007, Art. 1.8 (C-127).

⁶⁷¹ *Íd.* (énfasis añadido).

⁶⁷² Alegría II, párrafo 33 (CER-3).

⁶⁷³ Resolución CNEE-63-2008, del 11 de abril de 2008 (C-193).

⁶⁷⁴ Maté II, párrafo 17 (CWS-12).

EEGSA para el período tarifario 2008-2013”⁶⁷⁵. Como lo explica el Sr. Maté, “[a] juzgar por la poca colaboración y la actitud poco receptiva de la CNEE durante el proceso de revisión tarifaria y la consulta que me hiciera el Sr. Moller sobre si EEGSA aceptaría una *disminución* del VAD, parecía inevitable que las partes recurrieran a una Comisión Pericial” y, “[c]on el fin de evitar todo lo costoso e incierto de un proceso de resolución, EEGSA estaba dispuesta a negociar y acceder a una tarifa del VAD menor a la que tenía derecho”⁶⁷⁶. Según advierte, “[e]llo no tuvo nada de singular: las compañías negocian todo el tiempo y aceptan menos de lo que les corresponde para evitar litigios cuyo resultado es siempre incierto” y “la CNEE ha recibido propuestas similares, incluso del mismo Sr. Colóm mientras se desempeñaba como Gerente General del INDE”⁶⁷⁷.

125. Como lo explican los Sres. Maté y Calleja, en esa oportunidad, junto con ETCEE, la empresa de transmisión de EEGSA, TRELEC, la empresa de transmisión del INDE le presentó a la CNEE una propuesta para fijar tarifas para la transmisión de electricidad inferiores al monto resultante del estudio correspondiente (el estudio, que había sido realizado por PA Consulting por encargo del administrador del mercado mayorista, determinó que las tarifas debían ser más del doble de los valores que tenían)⁶⁷⁸. Como lo refleja la propuesta en cuestión, TRELEC y ETCEE le informaron a la CNEE que “estaría[n] dispuest[as] de conceder, bajo el estricto cumplimiento de la Normativa Vigente [...] un descuento unilateral y por única vez del CAT del 40% obteniéndose en consecuencia unos resultados intermedios similares a los propuestos por la CNEE”⁶⁷⁹. Las partes también advirtieron que esperaban “el cumplimiento de la Normativa vigente y la valoración positiva del esfuerzo conjunto que” las empresas transportistas habían ofrecido por medio de su propuesta “con el objetivo de establecer una etapa transitoria a nuestro

⁶⁷⁵ *Íd.*, párrafo 18; Maté I, párrafo 22 (CWS-6).

⁶⁷⁶ Maté II, párrafo 18 (CWS-12).

⁶⁷⁷ *Íd.*; ver también Calleja II, párrafo 27 (“A fin de evitar el costo y la incertidumbre del arbitraje de la diferencia entre las partes, EEGSA estaba dispuesta a negociar y aceptar un VAD inferior que aquél que le correspondía de conformidad con la LGE”) (CWS-9).

⁶⁷⁸ Calleja II, párrafo 25 (CWS-9); Maté II, párrafo 18 (CWS-12); nota 0-553-170-2005 de TRELEC y ETCEE a la CNEE, del 9 de mayo de 2005 (C-91).

⁶⁷⁹ Nota 0-553-170-2005 de TRELEC y ETCEE a la CNEE, del 9 de mayo de 2005, páginas 3-4 (C-91).

costo que sirva para consolidar el sector eléctrico de nuestro país”⁶⁸⁰. Como lo advierte el Sr. Calleja, “[e]sta propuesta, como la de EEGSA, por tanto, ofrecía al Gobierno la oportunidad de aplicar una tarifa con descuento, es decir, inferior a la tarifa aplicable conf[or]me al estudio previsto en Ley” y “[e]ste intento de llegar a una resolución negociada entre las partes de ningún modo era contraria a la ley”⁶⁸¹.

126. El Sr. Calleja confirma que, “[e]n base a las impugnaciones a la tarifa anterior de EEGSA y los cambios políticos ocurridos en Guatemala con la elección del Presidente Colóm en 2007, en ese momento supus[o] que, por motivos políticos, la CNEE se opondría a cualquier aumento de las tarifas vigentes de electricidad”, y que el objetivo que tenía en mente era el de ofrecer una contrapropuesta que fuera satisfactoria para ambas partes y mantuviera el cumplimiento del marco legal⁶⁸². Según él mismo lo explica, EEGSA “necesitaba aumentar el VAD, entre otras cosas debido a que la parte del VAD calculada en dólares en el 2003 (es decir, aproximadamente el 50%) no había sido actualizada según la evolución del Índice de Precios al Consumidor de Estados Unidos correspondiente al dólar estadounidense durante todo el período tarifario 2003-2008”⁶⁸³. Así pues, el Sr. Calleja consideró si había forma de elevar el VAD de EEGSA sin aumentar la tarifa global de electricidad cobrada a los consumidores y diseñó una propuesta para lograrlo con un incremento del 10% en el VAD⁶⁸⁴. Como lo explica Calleja, y tal como se analizó precedentemente, las tarifas de EEGSA para el período 2003-2008 habían incluido un recargo por ajuste del 10% en el costo de la electricidad con el fin de permitir que EEGSA recuperara los montos diferidos devengados en el período 1998-2003, montos que tenía derecho a recibir de conformidad con el artículo 86 del RLGE⁶⁸⁵. La última cuota de devolución del monto diferido se programó para julio de 2008. En consecuencia, si se incrementaba el VAD de EEGSA en un 10%, la tarifa resultante se habría mantenido en el mismo nivel para los

⁶⁸⁰ *Íd.*, páginas 4-5 (énfasis en original).

⁶⁸¹ Calleja II, párrafo 27 (CWS-9).

⁶⁸² *Íd.*, párrafo 25; Calleja I, párrafo 28 (CWS-3).

⁶⁸³ Calleja II, párrafo 25 (CWS-9).

⁶⁸⁴ *Íd.*; Calleja I, párrafo 29 (CWS-3).

⁶⁸⁵ *Ver* párrafo 83 *supra*.

clientes regulados de EEGSA⁶⁸⁶. Por lo tanto, el Sr. Calleja preparó una presentación con esta propuesta para los Sres. Pérez y Maté, presentación que éstos le efectuaron a los directores de la CNEE el 22 de abril de 2008⁶⁸⁷.

127. En su segunda declaración de testigo, el Sr. Maté advierte que “[r]esultan curiosas las insinuaciones del Sr. Colóm en el sentido de que había algo solapado en torno a la reunión porque no hubo un orden del día ni se colocó un membrete en la presentación”⁶⁸⁸. Según apunta, la reunión de EEGSA con la CNEE “no fue secreta: a ella asistieron los tres directores de la CNEE y el Presidente y Gerente General de EEGSA, y se celebró en las oficinas de la CNEE”⁶⁸⁹. En su declaración de testigo, el Sr. Colóm también alega que, en la reunión, el Sr. Pérez afirmó que el estudio de Bates White “no servía para nada”, y que el Sr. Colóm tomó nota de este comentario en su copia de la presentación de EEGSA⁶⁹⁰. El Sr. Colóm también afirma que la CNEE les informó a los Sres. Pérez y Maté que no está autorizada a negociar la tarifa con EEGSA⁶⁹¹. Como lo advierte el Sr. Maté en su segunda declaración de testigo, ambas afirmaciones son falsas⁶⁹². Tal como lo confirma, “el Sr. Pérez de ningún modo expresó que el estudio de Bates White ‘no servía para nada’”, sino que en lugar de ello “manifestó a los Directores de la CNEE [...] que la EEGSA tenía la facultad para acordar un VAD inferior al calculado por Bates White en su estudio”⁶⁹³. El Sr. Maté confirma además que “[c]on ello no desacreditó la validez del estudio de Bates White desde ningún punto de vista, algo que hubiese sido totalmente inconsistente con la posición de Sr. Pérez de que el resultado del estudio de BW representaba un importante aumento del VAD”⁶⁹⁴. Asimismo, el Sr. Maté advierte que, al concluir la reunión, los directores de la CNEE les agradecieron la propuesta y manifestaron que

⁶⁸⁶ Calleja I, párrafo 29 (CWS-3).

⁶⁸⁷ Presentación sobre el Estudio Tarifario, del 22 de abril de 2008 (C-194).

⁶⁸⁸ Maté II, párrafo 19 (CWS-12).

⁶⁸⁹ *Íd.*

⁶⁹⁰ Colóm, párrafo 103 (RWS-1).

⁶⁹¹ *Íd.*, párrafo 104.

⁶⁹² Maté II, párrafo 19 (CWS-12).

⁶⁹³ *Íd.*

⁶⁹⁴ *Íd.*

analizarían la presentación de EEGSA y darían su respuesta, pero que nadie manifestó jamás que la CNEE no tuviera autoridad para negociar las tarifas de EEGSA como ahora lo sostiene el Sr. Colóm⁶⁹⁵. Según apunta Maté, recuerda bien este hecho “porque en los días siguientes a la reunión, el Sr. Pérez [lo] llamó varias veces para preguntar[le] si había[n] tenido respuesta de la CNEE, lo que no tendría ningún sentido si en la propia reunión se [les] hubiese dicho que la CNEE carecía de autoridad para negociar o si se hubiese rechazado tajantemente nuestra propuesta”⁶⁹⁶.

128. En su declaración de testigo, el Sr. Colóm también manifiesta que el pedido de EEGSA de celebrar una reunión fue “inusual”, en especial porque lo efectuó el Sr. Pérez, que no había participado en el proceso de revisión de las tarifas⁶⁹⁷. Como lo explica el Sr. Calleja, ni la reunión ni el hecho de que se hubiera realizado la propuesta fueron inusuales⁶⁹⁸. Según él advierte, el Sr. Pérez era el presidente de EEGSA y viajaba a Guatemala por lo menos una vez cada dos meses para asistir a las reuniones de la Junta Directiva de la empresa, y durante esas visitas Pérez también organizaba reuniones con diversos funcionarios guatemaltecos, incluidos los directores de la CNEE; por consiguiente, no era en absoluto inusual que el Sr. Pérez asistiera a una reunión con la CNEE⁶⁹⁹.

129. Por último, el 5 de mayo de 2008, Bates White le presentó a la CNEE el estudio corregido del VAD, en el que daba respuesta a la totalidad de las observaciones efectuadas por la CNEE en la Resolución No. CNEE-63-2008, ya sea mediante la incorporación de las observaciones al estudio o con la explicación de los motivos que justificaban su exclusión⁷⁰⁰. Al respecto, la Demandada identifica lo que afirma fueron los “defectos más relevantes” del estudio

⁶⁹⁵ *Íd.*; Maté I, párrafo 23 (CWS-6).

⁶⁹⁶ Maté II, párrafo 19 (CWS-12).

⁶⁹⁷ Colóm, párrafo 101 (RWS-1).

⁶⁹⁸ Calleja I, párrafo 27 (CWS-3).

⁶⁹⁹ *Íd.*

⁷⁰⁰ Nota de Bates White a la CNEE y EEGSA, del 5 de mayo de 2008, a la que se adjuntan los informes finales corregidos para las Etapas A a I y I.2 (C-195 – C-206).

de Bates White de fecha 5 de mayo de 2008⁷⁰¹. Sin embargo, aun de haber existido, estos supuestos defectos no son “relevantes”. Ello se debe a que las diferencias que surgieron en torno del estudio de Bates White del 5 de mayo de 2008 se sometieron para su resolución a la Comisión Pericial y Bates White corrigió el estudio en consecuencia. En la medida en que la postura de Bates White se impuso ante la Comisión Pericial, la Demandada alega que la postura de dicha consultora era equivocada y por ello ya había sido rechazada. Y en aquellos casos en que no se impuso la postura de Bates White, ésta corrigió el estudio de modo tal de incorporar el pronunciamiento de la Comisión Pericial, lo que también torna irrelevante el hecho de que anteriormente hubiera estado o no en lo cierto. Por último, y contrariamente a lo dicho por la Demandada, el hecho de que Bates White no se haya impuesto respecto de ciertas discrepancias no es indicativo de que la consultora no se haya conducido de buena fe durante el proceso de revisión tarifaria o que no haya presentado un estudio “serio”; Bates White tenía motivos legítimos para las posturas que adoptó.

130. En consecuencia, las quejas de la Demandada de que el estudio del 5 de mayo de 2008 no podía auditarse porque contenía planillas no vinculadas y valores pegados⁷⁰², que Bates White no justificó los precios eficientes que utilizó⁷⁰³, y que el estudio incluyó costos correspondientes a instalaciones subterráneas siendo que la red real contenía líneas aéreas⁷⁰⁴ son todas infundadas, dado que la Comisión Pericial se expidió sobre cada una de estas cuestiones y Bates White corrigió el estudio del 28 de julio de 2008 en consonancia con dichos pronunciamientos⁷⁰⁵. Si bien la Comisión Pericial se expidió en contra de Bates White sobre estas cuestiones, Bates White contaba con motivos fundados para adoptar las posturas que adopto en su estudio del 5 de mayo de 2008. Respecto de la vinculación de los modelos, por ejemplo, el Sr. Giacchino explicó que los TdR no exigían tales vínculos, que varias personas de distintos países trabajaban simultáneamente en el estudio con intensas presiones de tiempo, lo

⁷⁰¹ Ver Memorial de Contestación, párrafo 390.

⁷⁰² Ver *id.*, párrafo 391.

⁷⁰³ *Íd.*, párrafo 395.

⁷⁰⁴ *Íd.*, párrafo 405.

⁷⁰⁵ Barrera, párrafos 73-129 (**CER-4**); Giacchino II, párrafos 27-28 (**CWS-10**); Giacchino I, párrafos 64-65, 89-90 (**CWS-4**).

que hacía imposible vincular el modelo antes del vencimiento del plazo para su presentación, y que las restricciones de memoria de los equipos informáticos impedían la apertura de todas las planillas a la vez, lo que limitaba la utilidad de la vinculación plena del modelo⁷⁰⁶. Es de destacar que el propio perito de la Demandada, Sr. Damonte, reconoce que “la operación simultánea de todos esos archivos no era posible, aún en máquinas de gran capacidad de memoria RAM”, y que ello se resolvió solamente “gracias a la nueva versión del Excel 2010”⁷⁰⁷. Obviamente, la versión 2010 de Excel no estaba disponible en el año 2008.

131. Del mismo modo, en lo que respecta a los precios de referencia, Bates White ofreció una explicación para la adopción de este criterio para los precios de referencia en el estudio⁷⁰⁸. Respecto de las instalaciones subterráneas, en su primera declaración de testigo el Sr. Giacchino explicó que inicialmente Bates White incluyó las instalaciones subterráneas porque así lo exigían las normas del servicio de Guatemala y los municipios habían solicitado que en ciertas áreas las líneas aéreas subsistentes se convirtieran en cableado subterráneo⁷⁰⁹. Sin embargo, después de que la CNEE emitiera la Resolución No. 63-2008 en abril de 2008, Bates White corrigió su estudio, de modo tal que el estudio del 5 de mayo de 2008 contemplaba líneas [subterráneas] solamente en aquellas áreas en las que existían servidumbres de paso estrechas que no permitían el uso de líneas aéreas⁷¹⁰. Cada una de estas posturas era justificable y no existen motivos para determinar que Bates White actuó de mala fe, particularmente en vistas de que corrigió su informe de conformidad con los pronunciamientos de la Comisión Pericial.

132. La queja de la Demandada de que el estudio de Bates White del 5 de mayo de 2008 no calculó el retorno de EEGSA sobre una base de activos depreciados en un 50%, en desconocimiento de los TdR⁷¹¹, también resulta espuria, dado que dicho requisito era contrario a

⁷⁰⁶ Giacchino I, párrafo 54 (**CWS-4**).

⁷⁰⁷ Damonte, párrafo 106, nota al pie 41 (**RER-2**).

⁷⁰⁸ Ver Informe de Etapa B de Bates White, del 5 de mayo de 2008, páginas 33 y 38-42 (**C-197**).

⁷⁰⁹ Giacchino I, párrafos 30-31 y 55 (**CWS-4**).

⁷¹⁰ *Íd.*

⁷¹¹ Memorial de Contestación, párrafos 398-399.

la LGE como lo confirmó la Comisión Pericial⁷¹². Las quejas de la Demandada en cuanto al tratamiento que dio Bates White a las acometidas y la configuración óptima de las salidas en su estudio del 5 de mayo de 2008 también son, de modo similar, infundadas. En cuanto la primera, la Demandada alega equivocadamente que el Informe de la Comisión Pericial valida su queja⁷¹³; por el contrario, la decisión de la Comisión Pericial citada por la Demandada se refería al precio de los medidores y no a las especificaciones técnicas de las acometidas, por las cuales se queja la Demandada⁷¹⁴. Por último, en lo que se refiere a la configuración de las salidas, si bien la Demandada critica la optimización propuesta por Bates White, el Dr. Barrera confirma que Bates White no solamente se atuvo a lo resuelto sobre esta discrepancia por la Comisión Pericial sino también que la configuración exigida por la Demandada en los TdR no era sólida desde la perspectiva tecnológica⁷¹⁵.

4. Después de convocar a una Comisión Pericial, Guatemala intentó manipular el proceso para su beneficio

133. En su Memorial, la Demandante demostró que, debido a que Bates White no aceptó la totalidad de las observaciones de la CNEE en su estudio del VAD del 5 de mayo de 2008, y la CNEE no aceptó las justificaciones de Bates White, persistían discrepancias entre las partes, que debían ser resueltas por una Comisión Pericial de conformidad con el artículo 75 de la LGE y el artículo 98 del RLGE⁷¹⁶. El 15 de mayo de 2008, la CNEE emitió la Resolución CNEE-96-2008, mediante la cual notificó a EEGSA que persistían discrepancias entre las partes con respecto al estudio del VAD, y resolvió establecer una Comisión Pericial de conformidad con el artículo 75 de la LGE para “pronunciarse sobre las discrepancias”, que habían sido

⁷¹² Informe de la CP, página 91 (**C-246**); *ver también* Bastos I, párrafos 21-22 (**CWS-7**); Barrera, párrafos 135-136 (**CER-4**); Kaczmarek II, párrafos 85-90 (**CER-5**).

⁷¹³ Memorial de Contestación, párrafo 407 (donde se cita el Informe de la CP, página 94 (**C-246**)); Damonte, párrafos 149-53 (**RER-2**).

⁷¹⁴ *Ver* Memorial de Contestación, párrafo 407 (donde se cita el Informe de la CP, página 94 (**C-246**)); Informe de la CP, páginas 80-81 (**C-246**).

⁷¹⁵ Barrera, párrafos 123-124 (**CER-4**).

⁷¹⁶ *Ver* Memorial, párrafo 124; LGE, Art. 75 (**C-17**); RLGE modificado, Art. 98 (**C-105**).

identificadas en dicha resolución⁷¹⁷. La Demandante también demostró que, durante las negociaciones que se sucedieron entre la CNEE y EEGSA sobre la conformación de la Comisión Pericial, Guatemala, tanto a través de la CNEE como del MEM, intentó manipular el proceso para su beneficio —primero, pretendiendo someter ante la Comisión Pericial supuestas discrepancias sobre cuestiones que la CNEE no había planteado en sus observaciones anteriores; segundo, intentando arrogarse la facultad de nombrar dos de los tres integrantes de la Comisión Pericial mediante la promulgación de otra modificación más del artículo 98 del RLGE, el artículo 98 *bis*; y tercero, pretendiendo arrogarse (en lugar de la Comisión Pericial) la facultad de determinar si Bates White había incorporado completamente los dictámenes de la Comisión Pericial en el estudio del VAD modificado⁷¹⁸. Tal como lo demostró la Demandante, a pesar de los reiterados esfuerzos de Guatemala para manipular el proceso, Bates White presentó sus respuestas a las nuevas discrepancias formuladas en la Resolución CNEE-96-2008, y EEGSA aceptó someterlas al conocimiento de la Comisión Pericial para su resolución, siempre que dicha Comisión considerara las observaciones de Bates White en respuesta a dichas discrepancias; la CNEE finalmente acordó no aplicar el artículo 98 *bis* del RLGE a la revisión tarifaria de EEGSA; se nombró a un perito neutral, independiente y altamente calificado, el Sr. Carlos Bastos, para desempeñar la función de tercer miembro de la Comisión Pericial; y la Regla 12 de las Reglas Operativas acordadas para la Comisión dispuso que, una vez que Bates White corrigiera su estudio del VAD a fin de incorporar los dictámenes de la Comisión Pericial, esta última determinaría si el estudio del VAD corregido por Bates White se ajustaba a sus pronunciamientos⁷¹⁹.

134. En su Memorial de Contestación, la Demandada señala que la CNEE resolvió conformar la Comisión Pericial luego de rechazar el estudio del VAD de Bates White del 5 de mayo de 2008, y que el rol de la Comisión “estaba circunscrito a determinar la correcta aplicación de los Términos de Referencia en el estudio del distribuidor”⁷²⁰. La Demandada

⁷¹⁷ Ver Memorial, párrafo 124; Resolución CNEE-96-2008, del 15 de mayo de 2008 (C-209); ver también Correo electrónico de M. Quijivix (CNEE) a M. Calleja (EEGSA), del 13 de mayo de 2008 (C-208).

⁷¹⁸ Memorial, párrafos 123-142.

⁷¹⁹ Íd, párrafos 123-142.

⁷²⁰ Memorial de Contestación, párrafo 351.

asimismo afirma que “nadie consideraba que dicha Comisión tenía que ser independiente o imparcial,” dado que los miembros designados tanto por la CNEE como por EEGSA para integrar la Comisión Pericial habían participado previamente en la revisión tarifaria como consultores de las partes⁷²¹. Con respecto a las discrepancias indicadas en la Resolución CNEE-96-2008, la Demandada sostiene que, si bien EEGSA se quejó ante la CNEE de que la Resolución CNEE-96-2008 había incluido “discrepancias adicionales” que la CNEE no había planteado con anterioridad, ello es falso⁷²². Según la Demandada, “[s]i bien algunos de los títulos dados a las discrepancias mencionadas en la Resolución [CNEE-]96-2008 cambiaron, prácticamente todas las discrepancias habían sido objeto de comunicaciones anteriores de parte de la CNEE”, y que las “cuestiones nuevas” que surgieron estaban referidas solamente “a algunas discrepancias menores”, que fueron contestadas por Bates White en su respuesta del 23 de mayo de 2008⁷²³. La Demandada agrega que, dado que las partes acordaron posteriormente someter estas nuevas cuestiones a la Comisión Pericial, ello “no causó ningún perjuicio a EEGSA”⁷²⁴.

135. Con respecto al artículo 98 *bis* del RLGE, la Demandada sostiene que, debido a que inicialmente la CNEE y EEGSA no lograban ponerse de acuerdo sobre la designación del tercer integrante de la Comisión Pericial, “se generó preocupación en la CNEE al percatarse de que existía una laguna en el Reglamento que hacía que si las partes no acordaban sobre el tercer miembro de la Comisión Pericial, el procedimiento quedaba bloqueado indefinidamente” y que, “[a] fin de evitar ello, la CNEE decidió proponer una modificación al Reglamento, incorporando el artículo 98 Bis, para prever una solución que permitiera seguir adelante con la revisión tarifaria y contar con un pliego tarifario en debido tiempo”⁷²⁵. Según la Demandada, “detrás de esta modificación había solo motivaciones prácticas y preocupación de parte de la CNEE con el cumplimiento dentro de los plazos legales con la puesta en vigor del nuevo pliego tarifario” de

⁷²¹ *Íd.*, párrafo 352.

⁷²² *Íd.*, párrafos 351, nota la pie 459.

⁷²³ *Íd.*

⁷²⁴ *Íd.*

⁷²⁵ *Íd.*, párrafo 354.

conformidad con la LGE⁷²⁶. Por último, en relación con las Reglas Operativas, la Demandada señala que, “[s]i bien las partes estaban en principio de acuerdo en la mayoría de las reglas de funcionamiento, fue precisamente el desacuerdo sobre la Regla 12 lo que impidió que las partes formalizaran cualquier acuerdo definitivo sobre dichas reglas”⁷²⁷, y que “la razón principal para la oposición de la CNEE a la Regla 12 fue que la misma afectaba facultades esenciales de la CNEE y violentaba el procedimiento establecido en la LGE y el Reglamento, que no preveían ningún acto o función adicional para la Comisión Pericial luego de su pronunciamiento sobre las discrepancias”⁷²⁸. Las afirmaciones de la Demandada carecen de fundamento.

136. En primer lugar, según consta en la Resolución CNEE-96-2008, la CNEE resolvió “[q]ue se conforme la Comisión Pericial a la que se refiere el artículo 75 de la [LGE], la cual deberá pronunciarse sobre las discrepancias, con el Estudio de [EEGSA], enumeradas a continuación, verificando la correcta aplicación de los Términos de Referencia (TdRs) del Estudio del Valor Agregado de Distribución aprobados por la [CNEE]”⁷²⁹. Tal como explica el Profesor Alegría, y como se indicó precedentemente, el rol de la Comisión Pericial es resolver “cualquier discrepancia o diferencia entre las partes respecto del cálculo de los componentes del VAD en el estudio del VAD del distribuidor”, luego de que la CNEE haya efectuado sus observaciones sobre el estudio del VAD de la distribuidora y que la distribuidora haya presentado su respuesta al respecto⁷³⁰. A tal fin, la Comisión Pericial debe aplicar tanto los Términos de Referencia emitidos por la CNEE para el estudio del VAD de la distribuidora como los principios de la LGE y su Reglamento, a los que están sujetos los TdR⁷³¹. Esto concuerda con el acervo documental. Tal como menciona el Sr. Bastos en su segunda declaración de testigo⁷³², la cláusula 3 de su contrato con la CNEE dispone que, en su calidad de tercer integrante de la

⁷²⁶ *Íd.*, párrafo 356.

⁷²⁷ *Íd.*, párrafo 359.

⁷²⁸ *Íd.*

⁷²⁹ Resolución CNEE-96-2008, del 15 de mayo de 2008, recibida por EEGSA el 16 de mayo de 2008, Art. I (**C-209**).

⁷³⁰ Alegría II, párrafo 31 (**CER-3**); *ver supra* Sección II.A.1.d.

⁷³¹ *Ver* Términos de Referencia 2007, de enero de 2008, Art. 1.10 (**C-417**).

⁷³² Bastos II, párrafo 9 (**CWS-7**).

Comisión Pericial, debía “verificar la correcta aplicación de la metodología y criterios establecidos en los Términos de Referencia” en el estudio del VAD de EEGSA, señalando su “posición en relación a cada discrepancia planteada en la Resolución CNEE-96-2008; así como sobre las respuestas a [la] misma de” EEGSA.⁷³³ En virtud de la cláusula 4, el Sr. Bastos asimismo debía, entre otras cosas, “conocer y utilizar la legislación aplicable sobre los puntos de discrepancia identificados en forma precisa en la Resolución CNEE-96-2008, y las respuestas a [la] misma de [EEGSA] y de su Consultor” y “[e]mitir su pronunciamiento sobre las discrepancias, de acuerdo a la normativa legal vigente y a los Términos de Referencia aprobados por la CNEE” sobre el estudio del VAD de EEGSA⁷³⁴.

137. Tal como refleja el Informe de la Comisión Pericial del 25 de Julio de 2008, la Comisión indicó que “[d]e lo que se trata es de discernir si el Estudio Tarifario por el Consultor, considerando a los TDR como lineamientos, ha realizado una tarea que sea acorde con los requerimientos de la Ley 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 TdR, reflejan en mejor medida los requerimientos de la Ley”⁷³⁵. Como señala el Sr. Bastos, “[e]n otras palabras, la función de la Comisión Pericial era analizar la LGE y el RLGE, así como también los TdR, y determinar si era la posición de la CNEE o la posición de Bates White la que se ajustaba más a la ley y atendía a sus objetivos, y, por consiguiente, si Bates White tenía razones para apartarse de los TdR en relación con alguna discrepancia en particular”⁷³⁶. Según indica el Profesor Alegría, “[l]as discrepancias ante la Comisión Pericial no se refieren únicamente a si el distribuidor implementó correctamente las correcciones solicitadas por la CNEE, sino que también pueden referirse a si deben implementarse o no las correcciones de la CNEE, a la luz de los Términos de Referencia y las disposiciones de la LGE y el RLGE”⁷³⁷.

⁷³³ Contrato Administrativo de Prestación de Servicios Profesionales de Peritaje entre la CNEE y C. Bastos, del 26 de junio de 2008, cláusula 3 (C-237).

⁷³⁴ Bastos II, párrafo 9 (CWS-7); Contrato Administrativo de Prestación de Servicios Profesionales de Peritaje entre la CNEE y C. Bastos, del 26 de junio de 2008, cláusula 4, incisos d) y e) (C-237).

⁷³⁵ Ver Informe de la Comisión Pericial, del 25 de julio de 2008, p. 13 (C-246).

⁷³⁶ Bastos II, párrafo 10 (CWS-7); Bastos I, párrafo 18 (CWS-1).

⁷³⁷ Alegría II, párrafo 36 (CER-3).

Efectivamente, si la función de la Comisión Pericial estuviera limitada a determinar la correcta aplicación de los TdR en el estudio de la distribuidora, como sostiene la Demandada⁷³⁸, no habría ningún motivo para que el Sr. Bastos deba “conocer y utilizar la legislación aplicable sobre los puntos de discrepancia identificados en forma precisa en la Resolución CNEE-96-2008, y las respuestas a la misma de [EEGSA] y de su Consultor” y “[e]mitir su pronunciamiento sobre las discrepancias, de acuerdo a la normativa legal vigente y a los Términos de Referencia aprobados por la CNEE” sobre el estudio del VAD de EEGSA, según lo dispuesto en su contrato con la CNEE⁷³⁹.

138. En segundo término, la afirmación de la Demandada de que “nadie consideraba que [la] Comisión [Pericial] tenía que ser independiente o imparcial” es incorrecta⁷⁴⁰. Tal como señala el Sr. Bastos en su segunda declaración de testigo, una vez constituida la Comisión Pericial, les “record[ó] a los Sres. Riugubrent y Giacchino que, en carácter de peritos integrantes de la Comisión Pericial, habían asumido una función distinta en el proceso de revisión tarifaria y que, al emitir sus pronunciamientos acerca de las discrepancias, debían conducirse como peritos independientes y no como consultores de las partes”⁷⁴¹. El Sr. Giacchino confirma lo anterior al destacar que “[d]urante todo el proceso de decisión de la Comisión Pericial, existía el acuerdo de que los miembros de dicha comisión podrían actuar en forma independiente y no entablarían comunicaciones separadas con EEGSA ni con la CNEE respecto de las deliberaciones o decisiones de la Comisión”⁷⁴². Esto también se refleja en el correo electrónico del Sr. Bastos a los Sres. Riubrugent y Giacchino del 16 de junio de 2008, en el que el Sr. Bastos señaló que jugaban “un doble rol, por un lado como consultores involucrados, en el caso de Leonardo en la

⁷³⁸ Memorial de Contestación, párrafo 351.

⁷³⁹ Bastos II, párrafo 9 (**CWS-7**); Contrato Administrativo de Prestación de Servicios Profesionales de Peritaje entre la CNEE y C. Bastos, del 26 de junio de 2008, cláusula 4, incisos d) y e) (**C-237**).

⁷⁴⁰ Memorial de Contestación, párrafo 352.

⁷⁴¹ Bastos II, párrafo 11 (**CWS-7**); Correo electrónico de C. Bastos a J. Riubrugent y L. Giacchino, del 16 de junio de 2008 (**C-236**).

⁷⁴² Giacchino II, párrafo 23 (**CWS-10**). Tal como explica el Sr. Giacchino, “ya que era evidente que Bates White no podría plasmar las decisiones de la Comisión Pericial en el tiempo previsto salvo que las fuera recibiendo a medida que se adoptaban... obtuv[o] el consentimiento de los otros dos miembros de la Comisión para comunicar a Bates White [sus] decisiones”, pero que, “a fin de mantener [su] acuerdo, no comuni[có] a EEGSA las deliberaciones o decisiones de [la] Comisión Pericial durante ese plazo”. *Íd.*

preparación del estudio y en el de Jean, como asistente de la CNEE en la formulación de observaciones”, y que “la actuación de [ellos] en esos roles para [él] está cumplida” y sus “opiniones vertidas en los distintos documentos”⁷⁴³. Como continúa diciendo el Sr. Bastos, “[e]l otro rol es el que tienen como peritos integrantes de la Comisión que les va a exigir un nuevo pronunciamiento acerca de cada uno de los puntos en discusión, más allá de que sean estos nuevos pronunciamientos coincidentes o no con los documentos existentes” y que “[e]n ese sentido sería para mí importante contar en cada caso en particular con una presentación resumida de sus opiniones como peritos”⁷⁴⁴. Como refleja el correo electrónico del Sr. Riubrugent del 17 de junio de 2008, estaba de acuerdo con la postura del Sr. Bastos, y señaló que estaba “básicamente de acuerdo con la propuesta de procedimiento” y que “sigue una lógica natural y delimita perfectamente nuestros roles”⁷⁴⁵. No obstante, como reflejan las pruebas documentales, la CNEE y el Sr. Riubrugent no respetaron la independencia y la imparcialidad de la Comisión Pericial, y en cambio mantuvieron una serie de comunicaciones *ex parte* que socavaron la integridad del proceso de la Comisión Pericial, así como el espíritu de la LGE y el RLGE.

139. Según consta en el expediente, poco después de que el Sr. Riubrugent fuera designado para integrar la Comisión Pericial en mayo de 2008, Sigla, la consultora de la CNEE encargada de la elaboración del estudio independiente del VAD de la CNEE, preparó un Informe Adicional para él⁷⁴⁶. El propósito de este Informe Adicional, según sus propios términos, era ayudar al Sr. Riubrugent a “avaluar y dar sustento a la desestimación de la Propuesta del Distribuidor” en su función en la Comisión Pericial⁷⁴⁷. Según confirma el Sr. Bastos, este Informe no se distribuyó a los demás miembros de la Comisión Pericial, y el Sr. Bastos “no estaba al tanto de que la CNEE le brindaba apoyo analítico al Sr. Riubrugent para ayudarlo a

⁷⁴³ Correo electrónico de C. Bastos a J. Riubrugent y L. Giacchino del 16 de junio de 2008 (C-236).

⁷⁴⁴ Correo electrónico de C. Bastos a J. Riubrugent y L. Giacchino del 16 de junio de 2008 (C-236).

⁷⁴⁵ Correo electrónico de J. Riubrugent a C. Bastos y L. Giacchino del 17 de junio de 2008 (C-497); *ver también* Bastos II, párrafo 10 (CWS-7).

⁷⁴⁶ *Ver* Informe Adicional de Sigla para el Representante de la CNEE ante la Comisión Pericial del 27 de mayo de 2008 (C-494).

⁷⁴⁷ *Íd.*

rechazar las posiciones de EEGSA” en la Comisión⁷⁴⁸. El Sr. Giacchino también entendió que el Sr. Riubrugent había acordado abstenerse de comunicarse con la CNEE, la parte que lo había designado para integrar la Comisión Pericial, durante las deliberaciones de la Comisión y, por esa razón, se “sorprend[ió] cuando, recientemente, [se] enter[ó] de que Riubrugent comunicaba el proceso de decisión de la Comisión Pericial a la CNEE sin informarlo ni a [él] ni a Bastos”,⁷⁴⁹. Tal como refleja asimismo el expediente, después de que se constituyera formalmente la Comisión Pericial el 6 de junio de 2008⁷⁵⁰, la CNEE y el Sr. Riubrugent no solo discutieron las deliberaciones de la Comisión, sino que la CNEE proporcionó información al Sr. Riubrugent para utilizarla en el proceso encargado a dicho organismo y le pidió que no compartiera la procedencia de la información con los otros miembros. Específicamente, en un intercambio de correos electrónicos del 13 de junio de 2008 entre Marcela Peláez, una funcionaria de la CNEE, y el Sr. Riubrugent, la Sra. Peláez le reenvió al Sr. Riubrugent los Estados Contables de EEGSA al 31 de marzo de 2008, que, según observó, demostraban que EEGSA estaba “depreciando el 42.8% de sus activos” y que EEGSA tenía “un rendimiento sobre capital del 10.91%” y una razón de endeudamiento de 0.69⁷⁵¹. Unas horas más tarde, la Sra. Peláez envió otro correo electrónico al Sr. Riubrugent, en el que señalaba lo siguiente: “Una precisión más...esta info no fue proporcionada por EEGSA a CNEE. *La obtuvimos por medios “alternos”, así que por favor no la presentes a la Comisión Pericial tan directamente.* Es mejor pedirles que ellos presenten los Estados Financieros. Conversamos”⁷⁵². El Sr. Riubrugent le respondió a la Sra. Peláez observando que “[d]ado el estado de publicidad de esto, no veo inconveniente en usarlo para nuestras argumentaciones en el seno de la CP... *si conviene a nuestra posición*”⁷⁵³. Por lo tanto, lejos de actuar como un perito independiente e imparcial, como había acordado, el Sr.

⁷⁴⁸ Bastos II, párrafo 11 (CWS-7).

⁷⁴⁹ Giacchino II, párrafo 23 (CWS-10).

⁷⁵⁰ Correo electrónico de M. Quijivix a J. Riubrugent, L. Giacchino y C. Bastos, del 6 de junio de 2008, en el que se adjunta el Acta notarial de nombramiento de la Comisión Pericial, del 6 de junio de 2008 (C-223).

⁷⁵¹ Cadena de correos electrónicos entre M. Peláez y J. Riubrugent, del 13 de junio de 2008 (C-496).

⁷⁵² *Íd.* (énfasis añadido).

⁷⁵³ *Íd.* (énfasis añadido). En este sentido, la Demandante considera importante destacar que la referencia del Sr. Riubrugent a “conviene a nuestra posición” contradice aún más el argumento artificial de la Demandada de que el rol de la Comisión Pericial era simplemente emitir una opinión consultiva no vinculante sobre si Bates White había incorporado la totalidad de las correcciones de la CNEE en su estudio del VAD.

Riubrugent, sin que los demás miembros de la Comisión lo supieran, estaba trabajando entre bastidores directamente con la CNEE para defender su posición.

140. Tal como también demuestran las pruebas, las comunicaciones *ex parte* de la CNEE con el Sr. Riubrugent continuaron durante todo el proceso de la Comisión Pericial. Mediante correo electrónico del 18 de junio de 2008, por ejemplo, la Sra. Peláez envió al Sr. Riubrugent documentos de respaldo adicionales, e indicó que “hay algunos otros documentos que sirven de respaldo para algunos temas indicados en el análisis” y que “[l]os mismos se encuentran en una carpeta completa, la cual se subirá el día de hoy al FTP de ME”⁷⁵⁴. El 11 de julio de 2008, mediante correo electrónico dirigido al Sr. Quijivix, el Sr. Riubrugent solicitó información “sobre los precios monómicos efectivos de compra de EEGSA” “lo antes que pueda”⁷⁵⁵. El Sr. Riubrugent también solicitó asesoría legal de la CNEE respecto de si la Comisión Pericial debía pronunciarse sobre las discrepancias adicionales en la Resolución 96-2008 a las que EEGSA se había opuesto dado que la CNEE no las había planteado con anterioridad⁷⁵⁶. Al recibir la respuesta de la CNEE por correo electrónico del 23 de junio de 2008, el Sr. Riubrugent agradeció al Sr. Quijivix, y señaló que ahora se sentía “más seguro en [su] posición”.⁷⁵⁷ El acervo documental también demuestra que el Sr. Riubrugent discutió los dictámenes de la Comisión Pericial con la CNEE mucho antes de que la Comisión emitiera su Informe del 25 de julio de 2008. Mediante correo electrónico del 7 de julio de 2008, el Sr. Riubrugent le reenvió al Sr. Quijivix las opiniones que había elaborado hasta ese momento, e indicó lo siguiente: “Te envío lo prometido. Espero que puedan leerlo y hacer algún comentario hasta mañana. Yo creo que podría tener una comunicación telefónica con el Ing. Colom mañana por la tarde; por favor averigua a qué hora le parece a él conveniente”⁷⁵⁸. Esto está confirmado por el Sr. Bastos. Tal como explica el Sr. Bastos en su segunda declaración de testigo, antes de la reunión de la Comisión Pericial el 18 de Julio de 2008 en Buenos Aires, el Sr. Riubrugent le

⁷⁵⁴ Cadena de correos electrónicos entre M. Peláez y J. Riubrugent, del 18 de junio de 2008 (C-498).

⁷⁵⁵ Correo electrónico de J. Riubrugent a M. Quijivix, del 11 de julio de 2008 (C-501).

⁷⁵⁶ Cadena de correos electrónicos entre M. Quijivix, A. Brabatti y J. Riubrugent, del 23 de junio de 2008 (C-499).

⁷⁵⁷ *Íd.*

⁷⁵⁸ Correo electrónico de J. Riubrugent a M. Quijivix, del 7 de julio de 2008 (C-500).

mencionó que “la CNEE no estaba contenta con los números y que querían una tarifa más baja”⁷⁵⁹. Según relata el Sr. Bastos “me sorprendió su comentario, dado que parecía indicar que el Sr. Riubrugent discutía directamente con la CNEE las decisiones que tomaba la Comisión Pericial, a pesar de que los peritos habíamos acordado actuar con independencia de la parte que nos nombrara ante la Comisión Pericial en el análisis y la resolución de las discrepancias entre las partes”⁷⁶⁰. El Sr. Colóm no solo no menciona sus comunicaciones *ex parte* con la CNEE en su declaración de testigo, sino que la Demandada no ha ofrecido ningún testimonio de los Sres. Riubrugent, Quijivix o la Sra. Peláez en el presente arbitraje.

141. Asimismo, a pesar de que el Sr. Colóm asegura que el “[Sr.] Giacchino jamás podría emitir un pronunciamiento independiente e imparcial sobre un estudio tarifario que él mismo había preparado”⁷⁶¹, esta aseveración es incorrecta. Tal como explica el Sr. Giacchino, no solo “a aquellas personas que trabajan en el estudio tarifario frecuentemente se las nombra como integrantes de las comisiones periciales a las cuales se les encarga resolver las controversias entre el ente regulador y la institución regulada”, sino que “durante el proceso de decisión de la Comisión Pericial, [se] distanci[ó] del equipo de Bates White que estaba plasmando los pronunciamientos de la comisión y [se] un[ió] a las decisiones de la Comisión Pericial a favor de la CNEE en varias cuestiones”⁷⁶². También explica que la afirmación de la Demandada de que él tenía una obligación contractual de procurar la aprobación del estudio de Bates White, y que Bates White tenía un interés económico en dicha aprobación, dado que, de no aprobarse el estudio, EEGSA podía negarle el pago de sus honorarios⁷⁶³, no es correcta⁷⁶⁴. Tal como explica el Sr. Giacchino, el contrato que cita la Demandada fue suscripto por Bates White LLC, y no por él en carácter personal, y dispone que, en caso de que la CNEE no apruebe el estudio, el pago de

⁷⁵⁹ Bastos II, párrafo 13 (CWS-7).

⁷⁶⁰ *Íd.*

⁷⁶¹ Colóm, párrafo 116 (RWS-1).

⁷⁶² Giacchino II, párrafo 25 (CWS-10).

⁷⁶³ Memorial de Contestación, párrafo 422; Contrato entre EEGSA y Bates White, del 23 de enero de 2008, Cl. 5, No. 12 & Cl. 4, ltr. D (R-55).

⁷⁶⁴ Giacchino II, párrafo 26 (CWS-10).

honorarios por el trabajo adicional “será acordado entre las partes”⁷⁶⁵. Como continúa explicando el Sr. Giacchino, esto no es para nada inusual ya que “[s]i el estudio no es aprobado, la distribuidora puede solicitar a un consultor que realice trabajo adicional, como por ejemplo, que actúe como asesor o representante ante una Comisión Pericial constituida para resolver las controversias entre las partes (como, de hecho, ocurrió en este caso)”⁷⁶⁶. Además confirma que la disposición que establece las circunstancias en las que EEGSA puede denegar el pago no incluye la falta de aprobación del estudio por parte de la CNEE⁷⁶⁷.

142. En tercer lugar, el argumento de la Demandada de que el artículo 98 *bis* del RLGE llenaba una “laguna” que existía en el Reglamento es erróneo⁷⁶⁸. Tal como explica la Demandante en su Memorial⁷⁶⁹, el artículo 98 *bis* del RLGE dispone que, si las partes no logran llegar a un acuerdo respecto del tercer integrante de la Comisión Pericial dentro del plazo de tres días, el MEM designará el tercer miembro de la lista de candidatos propuesta por la CNEE⁷⁷⁰. Según explica el Profesor Alegría, esta modificación era inconstitucional, debido a que “[l]a LGE no autoriza ni al MEM ni a ningún otro actor (del Gobierno o del sector privado) a designar al tercer miembro de la Comisión Pericial de forma unilateral”⁷⁷¹. Tal como señala el Profesor

⁷⁶⁵ *Íd.* Contrato entre EEGSA y Bates White, del 23 de enero de 2008, Cl. 5, No. 12 (“En caso de que la CNEE no apruebe el Estudio Tarifario, el Consultor continuará prestando sus servicios, si EEGSA así lo requiere; además, el Consultor se compromete a presentar y defender el Estudio Tarifario y, en general, a procurar su aprobación hasta tanto sea aprobado en forma definitiva por la CNEE. Las partes acordarán el pago por tales servicios en caso de que el plazo de entrega establecido para la Etapa I.2 en la Cláusula 5.1.4 precedente se exceda”) (R-55).

⁷⁶⁶ Giacchino II, párrafo 26 (CWS-10).

⁷⁶⁷ Giacchino, párrafo 26 (CWS-10); Contrato entre EEGSA y Bates White, del 23 de enero de 2008, Cl. 4, ltr. D (“EEGSA podrá negarse a pagar ante el acaecimiento de alguno de los siguientes supuestos: (a) si el servicio brindado no cumpliera satisfactoriamente con las Especificaciones de la Licitación, los TdR o el presente Contrato; (b) si terceros presentaran reclamos o si existiera prueba razonable de que se podrían presentar reclamos; (c) si el Consultor no pagara a los subcontratistas o empleados; (e) si el Consultor incurriese en incumplimiento parcial. EEGSA se reserva el derecho de encargar directamente [a terceros] el Estudio o cualquier etapa de él que el Consultor no complete”) (R-55).

⁷⁶⁸ *Ver* Memorial de Contestación, párrafo 354.

⁷⁶⁹ Memorial, párrafo 133.

⁷⁷⁰ Acuerdo Gubernativo 145-2008, del 19 de mayo de 2008, publicado el 26 de mayo de 2008, p. 2 (“Si vencido el plazo de tres días para la selección del tercer integrante, no existiere acuerdo entre las partes, la [CNEE] elevará el respectivo expediente al Ministerio para que seleccione en forma definitiva en un plazo máximo de tres días de recibido el expediente, al tercer integrante de la Comisión Pericial, de entre los candidatos propuestos.”) (C-212).

⁷⁷¹ Alegría II, párrafo 64 (CER-3); Alegría I, párrafo 53 (CER-1).

Alegría, “[l]a letra del Artículo 75 de la LGE es inequívoca en este punto: las partes tienen la responsabilidad conjunta de nombrar a la Comisión Pericial, y el tercero de sus miembros debe ser designado “de común acuerdo”⁷⁷². El Profesor Alegría observa que, contrariamente a lo alegado por la Demandada, no existía ninguna “laguna” en el RLGE; si la CNEE y la distribuidora no lograban arribar a un acuerdo respecto del tercer integrante de la Comisión Pericial, la CNEE no habría podido publicar los nuevos pliegos tarifarios de la distribuidora, y simplemente habrían continuado siendo aplicables los pliegos anteriores, con los ajustes correspondientes, de conformidad con el artículo 78 de la LGE y el artículo 99 del RLGE modificado⁷⁷³. Como destaca el Profesor Alegría, la LGE y el RLGE no imponen un plazo inmediato sobre la CNEE para publicar los pliegos tarifarios del distribuidor⁷⁷⁴; por el contrario, el artículo 99 del RLGE dispone que la CNEE deberá publicar los nuevos pliegos tarifarios “en el Diario de Centroamérica, en un plazo que nunca podrá exceder de nueve meses contados a partir de la fecha de vencimiento de la vigencia de los cinco años del pliego tarifario anterior” y que “[e]n caso que la Comisión no haya publicado las nuevas tarifas, se seguirán aplicando las del pliego tarifario anterior con sus fórmulas de ajuste”⁷⁷⁵.

143. Tal como observa asimismo el Profesor Alegría, el artículo 98 *bis* del RLGE no solucionó ningún problema que hubiera surgido alguna vez en virtud de la LGE, dado que la Comisión Pericial conformada para la revisión tarifaria de EEGSA del período 2008-2013 fue la primera Comisión Pericial constituida en Guatemala en consonancia con el artículo 75 de la LGE, y el artículo 98 *bis* del RLGE se adoptó solo cuatro días después de que la CNEE requiera su constitución⁷⁷⁶. Asimismo, el Profesor Alegría señala que “aun cuando realmente hubiera habido un vacío en la LGE, el Gobierno de Guatemala procedió ilegalmente al modificar disposiciones expresas de la LGE mediante la reforma del RLGE”, y que “[d]icha reforma provocó una alteración fundamental del equilibrio establecido por la LGE entre el regulador y el

⁷⁷² Alegría II, párrafo 64; *ver también* LGE, Art. 75 (C-17).

⁷⁷³ Alegría II, párrafo 66; *ver también* LGE, Art. 78 (C-17); RLGE modificado, Art. 99 (C-105).

⁷⁷⁴ Alegría II, párrafos 80-81 (CER-3).

⁷⁷⁵ RLGE modificado, Art. 99 (C-105).

⁷⁷⁶ Alegría II, párrafo 66 (CER-3).

distribuidor”⁷⁷⁷. La supuesta preocupación de la CNEE sobre el hecho de que “existía una laguna en el Reglamento que hacía que si las partes no acordaban sobre el tercer miembro de la Comisión Pericial, el procedimiento quedaba bloqueado indefinidamente”⁷⁷⁸, se contradice además con la postura —adoptada por la Demandada en el presente arbitraje— de que las decisiones de la Comisión Pericial son opiniones consultivas que no son vinculantes para la CNEE ni limitan en modo alguno su discrecionalidad. Si, como plantea la Demandada, las decisiones de la Comisión Pericial no son vinculantes y no tienen efecto alguno sobre los actos de la CNEE relacionados con la fijación de los pliegos tarifarios de la distribuidora de conformidad con el artículo 76 de la LGE, entonces ese proceso no podría haber sido “bloqueado indefinidamente” por la falta de constitución de una Comisión Pericial, ya que la CNEE habría tenido la discreción de proceder a fijar los pliegos tarifarios de la distribuidora en forma unilateral. En efecto, el hecho de que el artículo 98 *bis* estuviera motivado por esta supuesta preocupación demuestra no solo que la Comisión Pericial es una parte necesaria del proceso de revisión tarifaria, sino también que sus decisiones sobre las discrepancias son vinculantes para las partes.

144. En su dictamen pericial legal, el Sr. Aguilar afirma que “el nombramiento por parte del MEM [del tercer integrante de la Comisión Pericial era] una solución lógica dado el papel de asesor de la CNEE que tiene la Comisión Pericial”⁷⁷⁹. No obstante, como observa el Profesor Alegría “la LGE no proclama a la Comisión Pericial como ‘asesor de la CNEE’”⁷⁸⁰. Por el contrario, conforme al artículo 75 de la LGE, la CNEE y la distribuidora deben nombrar a la Comisión Pericial para resolver las discrepancias que persistan entre ellas⁷⁸¹. Cabe destacar que en la Exposición de Motivos elaborada por el MEM para justificar la incorporación del artículo 98 *bis* del RLGE, el MEM no se refiere a la Comisión Pericial como “asesor de la CNEE”⁷⁸². En

⁷⁷⁷ *Íd.*

⁷⁷⁸ Memorial de Contestación, párrafo 354.

⁷⁷⁹ Aguilar, párrafo 44 (**RER-3**).

⁷⁸⁰ Alegría II, párrafo 65 (**CER-3**).

⁷⁸¹ *Íd.*

⁷⁸² Exposición de Motivos del artículo 98 *bis* del RLGE, del 25 de marzo de 2008 (**C-493**).

cambio, el MEM declara que es menester disponer de un procedimiento que, “al momento que surjan las discrepancias entre la Comisión y la Distribuidora y consecuentemente se tenga la necesidad de la formación de la Comisión Pericial a que se refiere el artículo 75 [sic] de la Ley General de Electricidad, señale los plazos y procedimiento para la selección y nombramiento del Tercer Integrante que deberá ser nombrado de mutuo acuerdo por la Comisión Nacional de Energía Eléctrica y el Distribuidor que corresponda...”⁷⁸³. Por su parte, en la Opinión de la Secretaría General de la Presidencia de la República de Guatemala sobre el Acuerdo propuesto se señala que “el Cuerpo Consultivo [...] considera que es procedente la emisión del Acuerdo Gubernativo citado”, toda vez que el Artículo 75 de la LGE dispone que la CNEE “revisaría los estudios efectuados y que en caso de discrepancias debería acordar el nombramiento de una Comisión Pericial de tres integrantes, uno nombrado por cada parte y el tercero de común acuerdo”, y que “no se reguló un procedimiento para que se efectuara el nombramiento ni plazos para cumplir con la integración de la Comisión Pericial”⁷⁸⁴. El Cuerpo Consultivo tampoco se refiere a la Comisión Pericial como “asesor de la CNEE”⁷⁸⁵.

145. Por último, con respecto a las Reglas Operativas, los Sres. Maté y Calleja confirman que EEGSA se opuso al reglamento inicial que propuso la CNEE el 14 de mayo de 2008 para regular el funcionamiento de la Comisión Pericial, dado que dicho reglamento disponía que los dictámenes de la Comisión Pericial no serían vinculantes, lo que era contrario al artículo 75 de la LGE y el artículo 98 del RLGE⁷⁸⁶. En vista de las objeciones de EEGSA, la CNEE envió una nueva propuesta de reglas operativas el 15 de mayo de 2008⁷⁸⁷. Como refleja esa propuesta, la CNEE eliminó el texto relativo a la naturaleza no vinculante de los dictámenes de la Comisión Pericial y, en su lugar, incluyó la Regla 3, que disponía que “[l]a CP dictaminará

⁷⁸³ *Íd.*, p. 1.

⁷⁸⁴ Opinión N.º 182-2008 de la Secretaría General de la Presidencia de la República de Guatemala, del 23 de abril de 2008, p. 9 (C-493).

⁷⁸⁵ Alegría II, párrafo 65 (CER-3).

⁷⁸⁶ Calleja II, párrafo 30 (CWS-9); Maté II, párrafo 21 (CWS-12); Correo electrónico de M. Quijivix a M. Calleja, del 14 de mayo de 2008, en el que se adjuntan las Reglas Propuestas para la Comisión Pericial, artículos 1 y 17 (R-70).

⁷⁸⁷ Calleja II, párrafo 30 (CWS-9); Maté II, párrafo 21 (CWS-12); ver Correo electrónico de M. Quijivix a M. Calleja, del 15 de mayo de 2008 (C-210).

sobre las discrepancias y el consultor de la Distribuidora será quien haga el recálculo del Estudio, debiendo apegarse al estricto cumplimiento de lo resuelto por la CP, lo entregue a la CNEE, ésta revisará la integración del fallo de la [CP] y aprobará el Estudio Tarifario”⁷⁸⁸. Según señala el Sr. Calleja, la Regla 3 demuestra que la CNEE entendía “que el propósito de la Comisión Pericial era pronunciarse sobre las discrepancias entre el estudio del VAD de Bates White y las observaciones de la CNEE, es decir, determinar si Bates White debía incorporar las observaciones de la CNEE o si la decisión de Bates White de no incorporarlas (y por lo tanto, de apartarse de los TdR) estaba justificada conforme a la LGE y el RLGE”⁷⁸⁹. El Sr. Calleja también indica que la Regla 3 deja en claro que la CNEE entendía que los dictámenes de la Comisión Pericial serían vinculantes para las partes, dado que el consultor de EEGSA debía recalcular el estudio del VAD “debiendo apegarse al estricto cumplimiento de lo resuelto por la CP” y entregar el estudio a la CNEE “que revisará la integración del fallo de la [CP] y *aprobará* el Estudio Tarifario”⁷⁹⁰. Tal como observa el Sr. Calleja, de acuerdo con las reglas propuestas por la CNEE, “la CNEE no tenía facultad para rechazar el estudio del VAD una vez corregido por el consultor de EEGSA a fin de integrar las decisiones de la Comisión Pericial, tal como claramente estipulan los artículos 75 y 76 de la LGE”⁷⁹¹.

146. En su Memorial de Contestación, la Demandada señala que la versión de las reglas operativas presentada por EEGSA el 19 de mayo de 2008 “mencionaba que la Comisión Pericial dictaría una ‘Sentencia’ y que ésta estaría a cargo de la ‘resolución de disputas’”, y que “[l]a CNEE rechazó dicha propuesta toda vez que contrariaba la LGE y el Reglamento, que

⁷⁸⁸ Correo electrónico de M. Quijivix a M. Calleja, del 15 de mayo de 2008, Regla 3 (C-210).

⁷⁸⁹ Calleja II, párrafo 31 (CWS-9); *ver también* Maté II, párrafo 22 (“Conforme a la Regla 3, y contrariamente a lo alegado por Guatemala en este arbitraje, la CNEE admitió tácitamente que el propósito de la Comisión Pericial no se limita a verificar la existencia de discrepancias entre el estudio del VAD de Bates White y las observaciones de la CNEE, esto es, a verificar si Bates White había acogido o no todas las observaciones de la CNEE en su estudio del VAD, sino que su función era dictaminar sobre las discrepancias, es decir, determinar si las observaciones de la CNEE debían incorporarse o si la decisión de Bates White de no incorporarlas (y, por ende, apartarse de los TdR) estaba justificada.”) (CWS-12).

⁷⁹⁰ Calleja II, párrafo 31 (CWS-9); Correo electrónico de M. Quijivix a M. Calleja, del 15 de mayo de 2008, Regla 3 (énfasis añadido) (C-210); *ver también* Maté II, párrafo 22 (“La Regla 3 también evidencia que la CNEE entendía que la decisión de la Comisión Pericial sería vinculante para las partes, puesto que el consultor recalcularía el estudio del VAD “debiendo apegarse al estricto cumplimiento de lo resuelto por la CP” y entregaría el informe a la CNEE, quien “revisará la integración del fallo de la CNEE, y *aprobará* el Estudio Tarifario”).) (CWS-12).

⁷⁹¹ Calleja II, párrafo 31 (CWS-9).

disponían que la Comisión Pericial tenía por misión pronunciarse sobre las discrepancias y no era un tribunal o un órgano que resolviera disputas”⁷⁹². La Demandada asimismo afirma que “EEGSA accedió a eliminar totalmente ese lenguaje de su propuesta y [que] éste nunca volvió a aparecer en las sucesivas comunicaciones circuladas entre las partes”⁷⁹³. Tal como explica el Sr. Calleja, “[s]i bien EEGSA acordó reemplazar el término ‘sentencia’ por ‘pronunciamiento’ de manera tal de incorporar el lenguaje exacto del artículo 75 de la LGE en las reglas operativas, un ‘pronunciamiento’, tal como se utiliza ese término en el artículo 75 de la LGE, es vinculante”⁷⁹⁴. Por lo tanto, cuando EEGSA cambió el término “sentencia” por “pronunciamiento”, no estaba admitiendo que los dictámenes de la Comisión Pericial no serían vinculantes para las partes, como insinuaba la Demandada⁷⁹⁵. Por el contrario, según indica el Sr. Calleja “la postura de EEGSA siempre fue que la Comisión Pericial debía resolver sobre las discrepancias entre las partes y que sus decisiones serían vinculantes”⁷⁹⁶. El Sr. Maté confirma lo anterior. Tal como explica el Sr. Maté, si bien “EEGSA acordó modificar el término ‘sentencia’ por ‘pronunciamiento’ en las reglas operativas con el objeto de reflejar la redacción exacta del Artículo 75 de la LGE”, ese cambio no “modificaba el sentido de la disposición: todo ‘pronunciamiento’, según el significado que la RAE le confiere: ‘Der. Cada una de las declaraciones, condenas o mandatos del juzgador’, es vinculante”⁷⁹⁷.

147. Con respecto a la afirmación de la Demandada de “que nunca existió entre las partes un acuerdo final sobre las reglas de funcionamiento”⁷⁹⁸, y que “[e]l borrador del 28 de mayo (enviado por el Ing. Quijivix al Lic. Calleja) fue el último documento sobre el que las partes intentaron –sin éxito- llegar a dicho acuerdo”⁷⁹⁹, los Sres. Maté y Calleja explican que eso no es correcto. Según señalan, la CNEE y EEGSA mantuvieron varias reuniones entre el 14 y el

⁷⁹² Memorial de Contestación, párrafo 362.

⁷⁹³ *Íd.* (énfasis omitido).

⁷⁹⁴ Calleja II, párrafo 32 (CWS-9).

⁷⁹⁵ *Íb.*

⁷⁹⁶ Calleja II, párrafo 32 (CWS-9).

⁷⁹⁷ Maté II, párrafo 23 (CWS-12), en el que cita al Diccionario de la Real Academia Española (C-431)).

⁷⁹⁸ Memorial de Contestación, párrafo 366.

⁷⁹⁹ *Íb.*, párrafo 365.

28 de mayo de 2008 para discutir y negociar las reglas de funcionamiento de la Comisión Pericial y, en la reunión que se llevó a cabo en la CNEE el 28 de mayo de 2008, las partes llegaron a un acuerdo final sobre 12 reglas de funcionamiento, incluyendo la Regla 12⁸⁰⁰. Tal como confirma el Sr. Maté, “se logró un acuerdo, primero, con respecto a las Reglas 8 y 9, con pequeños cambios convenidos por las partes”, y que, “[e]n cuanto a la Regla 12, EEGSA argumentó que la Comisión Pericial debería analizar y verificar si los cambios hechos por el consultor en su estudio del VAD corregido se apegaban a las decisiones de la Comisión, mientras que la CNEE sostenía que dicha tarea le correspondía”⁸⁰¹. El Sr. Maté explica que los Directores de la CNEE invitaron a otros miembros del personal de la CNEE a unirse al debate sobre el tema, incluido el Director de la Gerencia Jurídica de la CNEE, el Sr. Amilcar Bravatti, y que, luego de discutir extensamente el asunto, los representantes de la CNEE se retiraron para deliberar⁸⁰². Según relata el Sr. Maté, los representantes de la CNEE regresaron más de media hora más tarde e informaron a EEGSA que aceptaban modificar la parte final de la Regla 12, de modo que dispusiera “...y remitir la nueva versión a la CP para su revisión y aprobación”⁸⁰³. Dado que el Sr. Quijivix tenía el documento definitivo en su computadora, que había sido proyectado en una pantalla durante la reunión, el Sr. Quijivix circuló la versión final acordada de las reglas operativas a EEGSA por correo electrónico del 28 de mayo de 2008⁸⁰⁴. Tal como señala el Sr. Calleja, inmediatamente después de concluida dicha reunión, reenvió el mensaje de correo electrónico al Sr. Pérez y al Sr. Antonio Martínez, un representante del Consejo de Administración de EEGSA, para informarles que las partes habían alcanzado un “[a]cuerdo de procedimiento sobre el funcionamiento de la Comisión Pericial”⁸⁰⁵.

⁸⁰⁰ Calleja II, párrafo 33 (CWS-9); Maté II, párrafo 24 (CWS-12).

⁸⁰¹ Maté II, párrafo 25 (CWS-12).

⁸⁰² *Íb.*

⁸⁰³ *Íb.*

⁸⁰⁴ *Íb.*; *ver también* Correo electrónico de M. Calleja a L. Giacchino, del 28 de mayo de 2008, en el que reenvía el correo electrónico de M. Quijivix a L. Maté y M. Calleja del 28 de mayo de 2008 (C-218).

⁸⁰⁵ Calleja II, párrafo 33 (CWS-9); Correo electrónico de M. Calleja a G. Pérez y A. Martínez del 28 de mayo de 2008, en el que reenvía el correo electrónico de M. Quijivix a L. Maté y M. Calleja del 28 de mayo de 2008 (C-217).

148. En su Memorial de Contestación, la Demandada afirma que la CNEE no podría haber consentido a la Regla 12, dado que “[a]ceptar que la Comisión Pericial revisara el estudio supuestamente corregido por el distribuidor y confirmara si se ajustaba a su pronunciamiento, hubiera significado invertir los roles de la CNEE y la Comisión Pericial”, y que “[s]olo la CNEE tiene la facultad de resolver sobre la procedencia o improcedencia del estudio tarifario y aprobarlo”⁸⁰⁶. Según explica el Profesor Alegría, esto es incorrecto. En primer lugar, la facultad de la CNEE de aceptar o rechazar el estudio del VAD de la distribuidora, de conformidad con el nuevo artículo 98 del RLGE, opera antes de que se conforme la Comisión Pericial y la CNEE declare la existencia de discrepancias⁸⁰⁷; la CNEE, por lo tanto, no tiene ninguna autoridad para aceptar o rechazar el estudio del VAD de la distribuidora una vez corregido para incorporar las decisiones de la Comisión Pericial⁸⁰⁸. En segundo lugar, si bien el nuevo artículo 99 del RLGE prevé que la CNEE “aprobará” el estudio del VAD y “procederá a fijar las tarifas definitivas a partir de la fecha en la que se aprobó el estudio definitivo”⁸⁰⁹, como explica el Profesor Alegría, “una vez que el estudio del VAD del distribuidor ha sido corregido con el fin de incorporar las resoluciones de la Comisión Pericial, el alcance de la revisión y la aprobación de dicho estudio por parte de la CNEE debe limitarse a garantizar que el estudio del VAD del distribuidor haya sido corregido de forma apropiada”, dado que las decisiones de la Comisión Pericial son

⁸⁰⁶ Memorial de Contestación, párrafo 364.

⁸⁰⁷ Alegría II, párrafo 68 (**CER-3**); RLGE modificado, Art. 98 (**C-105**). Tal como explica el Profesor Alegría, “[e]l modificado Artículo 98 del RLGE contempla dos escenarios posibles: (i) el distribuidor entrega el estudio del VAD y éste es aceptado por la CNEE, sin observaciones; o (ii) el distribuidor entrega el estudio del VAD y la CNEE lo rechaza, formulando las observaciones que juzgue pertinentes”. Alegría II, párrafo 68 (**CER-3**). El Profesor Alegría continúa explicando que, “[s]i la CNEE rechaza el estudio del VAD [del distribuidor] y formula observaciones, el Artículo 98 del RLGE, modificado en 2007, contempla otros tres escenarios posibles: (i) el distribuidor acepta todas las observaciones de la CNEE y corrige su estudio del VAD en función de ellas, en cuyo caso, la CNEE publica los nuevos pliegos tarifarios del distribuidor sobre la base del estudio del VAD corregido por él; (ii) el distribuidor rechaza todas o algunas de las observaciones de la CNEE y formula sus objeciones por escrito; si la CNEE disiente de las objeciones del distribuidor, se declara la existencia de discrepancias y se designa a una Comisión Pericial para que resuelva las diferencias; en este caso, los nuevos pliegos tarifarios del distribuidor se fijan en función de su estudio del VAD una vez corregido a fin de incorporar las resoluciones adoptadas por la Comisión Pericial; o (iii) el distribuidor omite responder a las observaciones de la CNEE, en cuyo caso, la CNEE puede fijar los nuevos pliegos tarifarios del distribuidor sobre la base de su propio estudio independiente del VAD o del estudio del VAD del distribuidor, corregido por la CNEE”. *Id.*, párrafo 69.

⁸⁰⁸ Alegría II, párrafo 68 (**CER-3**).

⁸⁰⁹ RLGE modificado, Art. 99 (**C-105**).

vinculantes para la CNEE⁸¹⁰. Tal como confirma el Profesor Alegría, en consecuencia, la CNEE “no tiene discreción ni en virtud de la LGE ni del RLGE para rechazar el estudio del VAD corregido, alegando la incorrección de las decisiones de la Comisión Pericial”⁸¹¹. Por último, según observa el Profesor Alegría, la Regla 12 no transfiere la facultad de la CNEE en virtud del nuevo artículo 99 del RLGE a la Comisión Pericial, puesto que ésta no “aprueba” el estudio del VAD; más bien, la Comisión Pericial verifica que el estudio haya sido corregido de manera adecuada a la luz de sus decisiones⁸¹².

149. La Demandada también sostiene que permitir que la Comisión Pericial revisara el estudio del VAD corregido conforme a la Regla 12 habría sido imposible dado que “la Comisión Pericial no podía tampoco aprobar un estudio tarifario que no había revisado en su totalidad”⁸¹³. En respaldo de este argumento, la Demandada recurre al testimonio prestado por el Sr. Bastos en el arbitraje del caso *Iberdrola*, en el cual declaró que “la Comisión Pericial solo entendía sobre los puntos en desacuerdo pero no revisaba la totalidad del estudio tarifario, ni tenía los medios para hacerlo”⁸¹⁴. La afirmación de la Demandada carece de fundamento⁸¹⁵. Tal como explica el Sr. Bastos, “[d]e acuerdo con la Regla 12, la tarea de la Comisión Pericial no era la de aprobar el estudio corregido del VAD de EEGSA en sí, sino confirmar que las decisiones de dicha comisión respecto de las discrepancias hubieran sido implementadas cabalmente por Bates White”⁸¹⁶.

150. En su declaración de testigo, el Sr. Colóm afirma que, contrariamente a lo señalado por la Demandante, “ante la falta de acuerdo sobre la totalidad de las reglas de funcionamiento”, el tema “pasó a segundo plano”, luego del nombramiento de Carlos Bastos como tercer integrante de la Comisión Pericial⁸¹⁷. Tal como señalan los Sres. Maté y Calleja,

⁸¹⁰ Alegría II, párrafo 70 (CER-3).

⁸¹¹ *Íb.*

⁸¹² *Íb.*, párrafo 71.

⁸¹³ Memorial de Contestación, párrafo 364.

⁸¹⁴ *Íb.*

⁸¹⁵ *Ver* Bastos II, párrafo 19 (CWS-7).

⁸¹⁶ *Íb.*

⁸¹⁷ Colóm, párrafo 130 (RWS-1).

esto no es correcto; EEGSA no habría procedido a acordar un tercer integrante de la Comisión Pericial sin llegar primero a un acuerdo con la CNEE sobre las reglas de funcionamiento que regirían el procedimiento de la Comisión⁸¹⁸. Según indican, el motivo por el cual el tema de las reglas operativas “pasó a segundo plano” fue porque las partes habían acordado las reglas de funcionamiento, y no porque las partes hubieran acordado proceder con el proceso de la Comisión Pericial sin reglas de funcionamiento⁸¹⁹. La Demandada asimismo afirma que, “[a] pesar de la falta de acuerdo entre las partes, el 2 de junio de 2008, el Sr. Calleja reenvió —a espaldas de la CNEE, sin notificar o copiar a ésta— al presidente de la Comisión Pericial, Sr. Bastos el correo electrónico con el borrador en discusión que el Sr. Quijivix había enviado a EEGSA el 28 de mayo”, y que “EEGSA se comunicó unilateralmente con el Presidente de la Comisión Pericial y le hizo llegar las reglas de funcionamiento (incluyendo la Regla 12), manifestándole que las mismas habían sido acordadas, lo que era falso”⁸²⁰. La Demandada también mantiene que el Sr. Calleja “falta a la verdad en su declaración cuando sostiene que luego de enviado el correo al Ing. Bastos” procedió “a informarle al Sr. Quijivix que así lo había hecho”, y que el Sr. Calleja “no acompaña ninguna constancia de ello y no explica de qué manera tuvo lugar ese contacto”⁸²¹. Tal como indica el Sr. Calleja, estas afirmaciones son falsas.

151. Con respecto al Sr. Bastos, el Sr. Calleja confirma que “el Sr. Colóm propuso contratar al Sr. Bastos, con lo que EEGSA estuvo de acuerdo luego de informar que el Sr. Bastos anteriormente había llevado adelante un proyecto para EEGSA relacionado con el Mercado Mayorista de Electricidad”⁸²². Tal como señala el Sr. Calleja, “[l]os directores de la CNEE manifestaron que tenían pleno conocimiento de esa labor y que ello no presentaba un problema” y que, según le solicitaron, el Sr. Calleja envió una copia del informe del Sr. Bastos y las facturas

⁸¹⁸ Calleja II, párrafo 34 (CWS-9); Maté II, párrafo 26 (CWS-12).

⁸¹⁹ Calleja II, párrafo 34 (CWS-9); Maté II, párrafo 26 (CWS-12).

⁸²⁰ Memorial de Contestación, párrafo 369 (énfasis omitido).

⁸²¹ *Íb.*

⁸²² Calleja II, párrafo 35 (CWS-9); Correo electrónico de M. Calleja a E. Moller del 16 de junio de 2008 (en el que adjunta el informe y las facturas relacionadas) (C-233); Informe de C. Bastos, de enero de 2008 (C-151).

correspondientes al proyecto a la CNEE para su conocimiento⁸²³. Los directores de la CNEE luego le pidieron que contactara al Sr. Bastos y coordinara una reunión con él, EEGSA y la CNEE, y así lo hizo⁸²⁴. Poco después de la reunión del 28 de mayo de 2008 en la CNEE, el Sr. Calleja habló con el Sr. Bastos y le envió una copia del mensaje de correo electrónico del Sr. Quijivix con las reglas de funcionamiento acordadas⁸²⁵, y luego procedió a informarle al Sr. Quijivix que así lo había hecho⁸²⁶. Tal como explica el Sr. Calleja, es indudable que el Sr. Quijivix sabía que él había reenviado las reglas de funcionamiento acordadas al Sr. Bastos, dado que, durante la teleconferencia conjunta con el Sr. Bastos “discutieron las reglas de funcionamiento una por una...y era evidente que el Sr. Bastos estaba leyendo las reglas junto con [ellos]”⁸²⁷. Según señala el Sr. Calleja, “el Sr. Quijivix no manifestó ninguna objeción ni durante [su] conversación telefónica con él ni durante [su] teleconferencia conjunta con el Sr. Bastos”⁸²⁸.

152. En su declaración de testigo, el Sr. Colóm asegura que, durante dicha teleconferencia conjunta, en ningún momento se le indicó al Sr. Bastos que la CNEE estaba de acuerdo con la denominada regla 12 o que había sido aprobada⁸²⁹. Sin embargo, según señala el Sr. Calleja, “el Sr. Colóm no participó en la teleconferencia conjunta con el Sr. Bastos; el Sr. Quijivix fue el único miembro de la CNEE en esa llamada”⁸³⁰. Asimismo, el Sr. Calleja relata que tanto él como el Sr. Quijivix le informaron al Sr. Bastos que las reglas de funcionamiento habían sido acordadas entre las partes y que esas eran las reglas que la Comisión Pericial debía seguir al momento de resolver las discrepancias entre las partes conforme al artículo 75 de la LGE⁸³¹. Por otra parte, como observa el Sr. Calleja, “el Sr. Bastos se refirió específicamente a las

⁸²³ Calleja II, párrafo 35 (CWS-9); Correo electrónico de M. Calleja a E. Moller del 16 de junio de 2008 (en el que adjunta el informe y las facturas relacionadas) (C-233); Informe de C. Bastos, de enero de 2008 (C-151).

⁸²⁴ Calleja II, párrafo 35 (CWS-9).

⁸²⁵ *Íd.*, párrafo 36; Calleja I, párrafo 42 (CWS-3); Correo electrónico de M. Calleja a C. Bastos del 2 de junio de 2008 (C-220).

⁸²⁶ Calleja II, párrafo 36 (CWS-9); Calleja I, párrafo 42 (CWS-3).

⁸²⁷ Calleja II, párrafo 36 (CWS-9).

⁸²⁸ *Íd.*

⁸²⁹ Colóm, párrafo 131 (RWS-1).

⁸³⁰ Calleja II, párrafo 37 (CWS-9).

⁸³¹ *Íd.*

reglas de funcionamiento en su oferta económica a las partes de fecha 6 de junio de 2008, a la que se hace referencia y se incorpora expresamente en el contrato entre el Sr. Bastos y la CNEE”⁸³², y “[e]n ningún momento la CNEE se opuso o planteó algún problema con respecto a estas referencias a las reglas de funcionamiento”⁸³³.

153. El Sr. Bastos confirma lo anterior. Tal como explica el Sr. Bastos, durante la primera conversación telefónica que mantuvo con Alejandro Arnau, uno de los consultores de la CNEE, a fines de mayo de 2008, el Sr. Arnau le manifestó que las Reglas Operativas habían sido acordadas entre la CNEE y EEGSA⁸³⁴. Asimismo, el Sr. Bastos confirma que, durante su teleconferencia con los Sres. Quijivix y Calleja el 5 de junio de 2008, “[n]i el Sr. Quijivix ni el Sr. Calleja jamás dijeron que las Reglas de Operación ‘habían sido discutidas y sobre las cuales había un principio de acuerdo’, tal como afirma Guatemala”⁸³⁵. En cambio, los Sres. Quijivix y Calleja manifestaron que las Reglas Operativas habían sido consensuadas entre las partes⁸³⁶. El Sr. Bastos declara que los Sres. Quijivix y Calleja “discutieron cada una de las Reglas de Operación durante la teleconferencia, y [por lo tanto] el Sr. Quijivix sabía que [él] había recibido una copia de las Reglas y las había analizado”⁸³⁷. Como explica el Sr. Bastos, sus “comunicaciones con los Sres. Quijivix y Calleja luego de la teleconferencia confirman que la CNEE sabía que [él] había recibido una copia de las Reglas de Operación”⁸³⁸. Además de su oferta económica a la CNEE y EEGSA del 6 de junio 2008, que contenía referencias específicas a las Reglas de Operación⁸³⁹, el Sr. Bastos consultó a los Sres. Quijivix y Calleja, mediante correo electrónico del 12 de junio de 2008, si podía viajar a Guatemala solo para asistir a la primera reunión de la Comisión Pericial, dado que los Sres. Riubrugent y Giacchino no podían

⁸³² *Íb.*; ver también Contrato entre la CNEE y Carlos Bastos, del 26 de junio de 2008, p. 11 (“Forman parte del contrato los documentos siguientes: . . . b) La oferta económica presentada por el PERITO y aceptada por la [CNEE]”). (C-237); ver también Nota de Carlos Bastos a EEGSA y la CNEE, del 6 de junio de 2008 (C-225).

⁸³³ Calleja II, párrafo 37 (CWS-9).

⁸³⁴ Bastos II, párrafo 4 (CWS-7).

⁸³⁵ *Íb.*; Memorial de Contestación, párrafo 370.

⁸³⁶ Bastos II, párrafo 4 (CWS-7).

⁸³⁷ *Íb.*

⁸³⁸ *Íb.*

⁸³⁹ Nota de C. Bastos a M. Quijivix y M. Calleja del 6 de junio de 2008 (C-225).

viajar en ese momento⁸⁴⁰. Como refleja dicho correo electrónico, el Sr. Bastos preguntó “si ello se ajustaba a las “formalidades del procedimiento”, es decir, a las Reglas de Operación (que exigían que los tres integrantes asistieran a las reuniones de la Comisión Pericial, y que tanto la primera como la última reunión se celebraran en la ciudad de Guatemala)”⁸⁴¹. El Sr. Quijivix respondió que la CNEE no tenía ninguna objeción⁸⁴². Según señala el Sr. Bastos, “la CNEE sabía que [él] tenía una copia de las Reglas de Operación y que entendía que la Comisión Pericial debía seguir el procedimiento allí establecido”⁸⁴³.

154. El Sr. Bastos asimismo señala que sus conversaciones con la CNEE durante esa primera reunión en Guatemala también demuestra que la CNEE estaba al tanto de que él había recibido una copia de las Reglas Operativas⁸⁴⁴. Según explica, en esa reunión, el Sr. Moller le preguntó si ya había seleccionado el personal de apoyo que prestaría asistencia a la Comisión Pericial y, específicamente, si había encontrado un abogado para que lo asesorara en relación con las actividades de la Comisión Pericial⁸⁴⁵. El Sr. Bastos le respondió que quería contratar al Sr. Edgar Navarro, ex director de la CNEE, para que lo asesorara en cuestiones relativas al derecho guatemalteco⁸⁴⁶. La CNEE se opuso, y en su lugar el Sr. Bastos contrató a un abogado argentino⁸⁴⁷. Tal como señala el Sr. Bastos, en su contrato con la CNEE no se hace ninguna referencia a la contratación de personal de apoyo⁸⁴⁸. En cambio, las Reglas Operativas

⁸⁴⁰ Bastos II, párrafo 4 (CWS-7); Correo electrónico de C. Bastos a M. Quijivix y M. Calleja del 12 de junio de 2008 (C-495).

⁸⁴¹ Bastos II, párrafo 4 (CWS-7); Correo electrónico de C. Bastos a M. Quijivix y M. Calleja del 12 de junio de 2008 (C-495). De conformidad con la Regla 2 de las Reglas Operativas, la primera reunión de la Comisión Pericial debía celebrarse en la Ciudad de Guatemala. *Ver* Correo electrónico de M. Calleja a C. Bastos del 2 de junio de 2008 (mediante el cual se enviaron las Reglas de Operación de la Comisión Pericial), Regla 2 (C-220). La Regla 1 de las Reglas Operativas disponía que los tres integrantes de la Comisión Pericial debían asistir a todas las reuniones de la Comisión. *Ver íd.*, Regla 1.

⁸⁴² Correo electrónico de M. Quijivix a C. Bastos y M. Calleja del 13 de junio de 2008 (C-495).

⁸⁴³ Bastos II, párrafo 4 (CWS-7).

⁸⁴⁴ *Íd.*, párrafo 5.

⁸⁴⁵ *Íd.*

⁸⁴⁶ *Íd.*

⁸⁴⁷ Bastos II, párrafo 5 (CWS-7).

⁸⁴⁸ Bastos II, párrafo 5 (CWS-7); Contrato Administrativo de Prestación de Servicios Profesionales de Peritaje entre la CNEE y C. Bastos, del 26 de junio de 2008 (C-237).

establecían expresamente que el tercer integrante de la Comisión Pericial debía contratar el personal necesario⁸⁴⁹. Según explica el Sr. Bastos, “[p]or lo tanto, la pregunta que [le] formuló el Sr. Moller indicaba claramente que [el Sr. Moller] tenía conocimiento de que había recibido y revisado una copia de las Reglas de Operación”⁸⁵⁰.

155. El Sr. Bastos también confirma que la CNEE o EEGSA jamás le transmitieron a la Comisión Pericial que se había decidido que “la Comisión Pericial fuera la que decidiera sobre la forma en que procedería, en tanto se respetaran los extremos indicados en las instrucciones dadas por las partes”, tal como alega Colóm⁸⁵¹. Según indica el Sr. Bastos, “la Comisión Pericial entendió que su proceder debía regirse por las Reglas de Operación, y fue esto lo que motivó la incorporación de las Reglas por parte de la Comisión Pericial al Informe del 25 de julio de 2008, indicando expresamente que ‘[l]as Partes han acordado las siguientes reglas de funcionamiento de la Comisión Pericial’”⁸⁵². El Sr. Bastos asimismo relata que “el Sr. Riubrugent, el integrante de la Comisión Pericial designado por la CNEE, jamás objetó esta sección del Informe ni negó por ningún medio que las Reglas de Operación hubieran sido acordadas entre las partes”⁸⁵³.

156. En su declaración de testigo, el Sr. Colóm afirma que “[l]a prueba de que las reglas de funcionamiento no pasaron del nivel de una discusión, surge del Acta Notarial de Nombramiento de la Comisión Pericial [] de fecha 6 de junio de 2008”, dado que dicha Acta no hace ninguna mención a las reglas operativas⁸⁵⁴. Como refleja el Acta notarial de nombramiento, mediante dicho instrumento se nombraba oficialmente a los integrantes de la Comisión Pericial y

⁸⁴⁹ Bastos II, párrafo 5 (**CWS-7**); Correo electrónico de M. Calleja a C. Bastos del 2 de junio de 2008, Regla 5 (“El tercer integrante de la CP coordinará la Comisión Pericial y contará con el Staff necesario para el desarrollo de las actividades que considere pertinentes.”) (**C-220**); *id.*, Regla 6 (“No se permiten terceros en las reuniones de la CP, con la excepción del Staff y los expertos que sean expresamente citados”).

⁸⁵⁰ Bastos II, párrafo 5 (**CWS-7**).

⁸⁵¹ Colóm, párrafo 130 (**RWS-1**).

⁸⁵² Bastos, párrafo 6 (**CWS-7**); Informe de la Comisión Pericial, del 25 de julio de 2008, p. 10 (**C-246**).

⁸⁵³ Bastos II, párrafo 6 (**CWS-7**).

⁸⁵⁴ Colóm, párrafo 133 (**RWS-1**); *ver también* Correo electrónico de M. Quijivix a J. Riubrugent, L. Giacchino y C. Bastos, en el que se adjunta el Acta notarial de nombramiento de la Comisión Pericial, del 6 de junio de 2008, pp. 1-3 (**C-223**).

se conformaba la Comisión de conformidad con el artículo 75 de la LGE⁸⁵⁵. Tal como señala el Sr. Calleja, “[e]l hecho de que el Acta no hiciera referencia a las reglas de funcionamiento, que no están relacionadas con la conformación de la Comisión Pericial, sino con la forma en que la Comisión debía conducir el procedimiento no sirve para respaldar la afirmación del Sr. Colóm de que las partes no llegaron a un acuerdo respecto de las mencionadas reglas”⁸⁵⁶.

157. En otro intento de socavar las Reglas Operativas, la Demandada afirma que “el contenido y el orden de las reglas que se incorporan al contrato del Ing. Bastos, es materialmente distinto a la última versión de las mismas que fuera discutida —no acordada— entre las partes”⁸⁵⁷. Según explica el Sr. Calleja, esto también es incorrecto. En primer lugar, el Sr. Calleja señala que “no todas las reglas se reprodujeron en el contrato del Sr. Bastos, y aquellas que sí se reprodujeron son exactamente iguales a las reglas incluidas en el mensaje de correo electrónico que envi[ó] al Sr. Bastos el 2 de junio de 2008”⁸⁵⁸. En segundo lugar, como confirma el Sr. Calleja, “EEGSA incluyó en su contrato con el Sr. Bastos solo aquellas reglas de funcionamiento relacionadas directamente con las tareas que debía desarrollar el Sr. Bastos en su calidad de tercer integrante de la Comisión Pericial, y no consideró necesario incluir las demás reglas relativas al funcionamiento interno de la Comisión”⁸⁵⁹. De ese modo, las reglas sobre la oportunidad y el contenido del dictamen de la Comisión Pericial se reprodujeron en el contrato, y no así las reglas relativas al lugar y el quórum necesario para las sesiones de la Comisión⁸⁶⁰. Tal como observa el Sr. Calleja, “[l]a Regla 12, que trataba acerca de la verificación del cumplimiento por parte de Bates White de los pronunciamientos de la Comisión Pericial estaba

⁸⁵⁵ Correo electrónico de M. Quijivix a J. Riubrugent, L. Giacchino y C. Bastos, en el que se adjunta el Acta notarial de nombramiento de la Comisión Pericial, del 6 de junio de 2008, p. 2 (C-223); *ver también* Calleja II, párrafo 38 (CWS-9); Maté II, párrafo 27 (CWS-12).

⁸⁵⁶ Calleja II, párrafo 38 (CWS-9); Maté II, párrafo 27 (CWS-12).

⁸⁵⁷ Memorial de Contestación, párrafo 379.

⁸⁵⁸ Calleja II, párrafo 39 (CWS-9); Correo electrónico de M. Calleja a C. Bastos del 2 de junio de 2008 (C-220).

⁸⁵⁹ Calleja II, párrafo 39 (CWS-9); Calleja I, párrafo 44, nota al pie 97 (CWS-3); Contrato entre EEGSA y C. Bastos del 26 de junio de 2008, pp. 2-3 (C-238).

⁸⁶⁰ Calleja II, párrafo 39 (CWS-9); Correo electrónico de M. Calleja a C. Bastos del 2 de junio de 2008 (C-220) Contrato entre EEGSA y C. Bastos, del 26 de junio de 2008 (C-238).

comprendida en la primera categoría y por lo tanto se incluyó en el contrato del Sr. Bastos⁸⁶¹. Como continúa explicando el Sr. Calleja, EEGSA posteriormente tuvo que modificar el contrato del Sr. Bastos a fin de pagarle la labor realizada en la Comisión Pericial, dado que la Comisión Pericial se vio imposibilitada de cumplir con sus obligaciones conforme a la Regla 12⁸⁶². Según señala el Sr. Calleja, y se analiza en más detalle a continuación, ello se debió a la negativa del Sr. Jean Riubrugent, el miembro de la Comisión designado por la CNEE, de participar en el examen y aprobación por parte de la Comisión Pericial del Informe del VAD corregido por Bates White, de conformidad con la Regla 12⁸⁶³.

5. La CNEE disolvió la Comisión Pericial unilateral e ilegalmente y estableció los nuevos pliegos tarifarios de EEGSA sobre la base de su propio estudio del VAD

158. En su Memorial, la Demandante demostró que, si bien la CNEE y EEGSA constituyeron la Comisión Pericial para resolver sus diferencias en relación con el Estudio del VAD de EEGSA, la CNEE desestimó el marco legal y regulatorio, así como las Reglas Operativas acordadas para establecer el VAD que quería⁸⁶⁴. Tal como demostró la Demandante, con posterioridad a que la Comisión Pericial concluyera sus deliberaciones, la CNEE realizó una serie de declaraciones públicas en las que anunció que la CNEE no cumpliría con un pronunciamiento desfavorable⁸⁶⁵. Más tarde, después de que la Comisión Pericial decidió en contra de la CNEE con respecto a varias discrepancias clave, incluyendo el cálculo del FRC que la CNEE y el Sr. Riubrugent habían diseñado con el objeto de reducir el VAD de EEGSA⁸⁶⁶, la CNEE disolvió unilateralmente la Comisión Pericial y amenazó a su propio perito designado para evitar que la Comisión Pericial examinara y aprobara el estudio tarifario revisado de Bates

⁸⁶¹ Calleja II, párrafo 39 (CWS-9); Contrato entre EEGSA y C. Bastos del 26 de junio de 2008 (C-238).

⁸⁶² Calleja II, párrafo 39 (CWS-9).

⁸⁶³ *Íb.*; Calleja I, párrafos 52-53 (CWS-3).

⁸⁶⁴ Memorial, párrafos 189-199.

⁸⁶⁵ *Ver id.*, párrafos 151-154; Eduardo Smith, “Aún no se determina tasa de distribución”, *Prensa Libre*, del 23 de julio de 2008 (C-242); Fernando Quiñónez, “La CNEE recibirá hoy informe pericial”, *Siglo 21*, del 24 de julio de 2008 (C-243).

⁸⁶⁶ *Ver* Memorial, párrafos 155-166; Informe de la CP (C-246).

White de conformidad con la Regla 12⁸⁶⁷. Finalmente, cuando la mayoría de la Comisión Pericial confirmó que Bates White había efectivamente modificado su estudio de conformidad con el Informe de la Comisión Pericial, la CNEE procedió, de todas formas, a publicar el nuevo pliego tarifario de EEGSA sobre la base de su propio estudio tarifario independiente⁸⁶⁸. Al hacerlo, la CNEE no solo violó los derechos de EEGSA al debido proceso de la ley, sino que socavó el propio marco legal y regulatorio que Guatemala había adoptado con el objetivo de despolitizar el proceso de revisión tarifaria y promover la inversión extranjera en el sector eléctrico⁸⁶⁹.

159. En su Memorial de Contestación, la Demandada sostiene que “la Comisión Pericial dictaminó en la mayoría de las discrepancias (58 por ciento) —y, sobre todo en las más importantes—, a favor de la CNEE”⁸⁷⁰ y que, “[a] pocos días de tener que fijar el nuevo pliego tarifario, la improcedencia de la mayor parte del estudio [del VAD de EEGSA] había entonces sido confirmada por la Comisión Pericial”⁸⁷¹. Según la Demandada, una vez emitido el pronunciamiento de la Comisión Pericial sobre las discrepancias, estaban “cumplidas las funciones encomendadas a ésta en el Acta notarial de nombramiento”, y por lo tanto la CNEE procedió a disolver la Comisión Pericial dado que “jamás existió ningún acuerdo entre la CNEE y EEGSA” respecto de la Regla 12⁸⁷². Con respecto al nuevo pliego tarifario de EEGSA, la Demandada sostiene que debía entrar en vigor el 1 de agosto y, por lo tanto, tenía que ser publicado en el Diario de Centroamérica a más tardar el jueves 31 de julio de 2008⁸⁷³, y que, como “se hacía imposible corregir el estudio [del VAD de Bates White] en el tiempo que quedaba disponible”, la CNEE “visualizó que la opción más razonable era utilizar el estudio

⁸⁶⁷ Ver Memorial, párrafos 167-183; Documento de Notificación del 28 de julio de 2008, en el que se adjunta la GJ-Providencia-3121 de la CNEE del 25 de julio de 2008 (mediante la que se disuelve la Comisión Pericial dado que el Informe de la Comisión Pericial fue “considerado recibido” y la Comisión Pericial “había cumplido la finalidad de su designación”) (C-247); ver también Bastos I, párrafo 30 (CWS-1); Maté I, párrafos 48-49 (CWS-6); Calleja I, párrafo 47 (CWS-3).

⁸⁶⁸ Ver Memorial, párrafos 184-199; Alegría I, párrafos 61, 64-69 (CER-1).

⁸⁶⁹ Ver Memorial, párrafos 189-199; Alegría I, párrafos 61, 64-69 (CER-1).

⁸⁷⁰ Memorial de Contestación, párrafo 390.

⁸⁷¹ *Íb.*, párrafo 410.

⁸⁷² *Íb.*, párrafo 411.

⁸⁷³ *Íb.*, párrafo 415.

tarifario preparado por la consultora Sigla para fijar las tarifas”⁸⁷⁴. Asimismo, la Demandada sostiene que no había sustento legal para que la CNEE iniciara una revisión del estudio del VAD de Bates White por tercera vez, y que la CNEE por lo tanto decidió proceder con el plan de analizar el estudio del VAD de Sigla para su aprobación⁸⁷⁵. La Demandada también señala que posteriormente dos informes externos confirmaron “la no incorporación de una gran cantidad de pronunciamientos” en el estudio modificado del VAD de Bates White⁸⁷⁶. El acervo documental demuestra la falsedad de las afirmaciones de la Demandada.

160. En primer lugar, la Demandante señala que la premisa legal que subyace a las justificaciones de la Demandada respecto de los actos de la CNEE en este caso es falsa. El nuevo pliego tarifario de EEGSA no tenía que entrar en vigor el 1 de agosto de 2008, ni tenía que ser publicado en el Diario de Centroamérica a más tardar el 31 de Julio de 2008, como afirma la Demandada⁸⁷⁷. Por el contrario, como se indicó anteriormente, y como confirma el Profesor Alegría, el artículo 99 del RLGE dispone expresamente que la CNEE deberá publicar los nuevos pliegos tarifarios “en el Diario de Centroamérica, *en un plazo que nunca podrá exceder de nueve meses contados a partir de la fecha de vencimiento de la vigencia de los cinco años del pliego tarifario anterior*”, y que, “[e]n caso que la Comisión no haya publicado las nuevas tarifas, se seguirán aplicando las del pliego tarifario anterior con sus fórmulas de ajuste”⁸⁷⁸. Por lo tanto, el RLGE no impone ninguna obligación sobre la CNEE “de contar con pliegos tarifarios aprobados al vencimiento de los cinco años de cada período tarifario”, como indica el Sr. Colóm⁸⁷⁹, sino que dispone expresamente que la CNEE cuenta con *nueve meses* a partir del vencimiento de cada período tarifario de cinco años para publicar el nuevo pliego tarifario del distribuidor y que, mientras tanto, continuará siendo aplicable el pliego tarifario anterior del distribuidor, con los ajustes correspondientes. En consecuencia, no es cierto que la CNEE estaba “apremiada por una

⁸⁷⁴ *Íb.*, párrafo 417.

⁸⁷⁵ *Íb.*, párrafo 419.

⁸⁷⁶ *Íb.*, párrafo 419.

⁸⁷⁷ *Íb.*, párrafo 415.

⁸⁷⁸ RLGE modificado, Art. 99 (énfasis añadido) (C-105); *ver también supra*, párrafos 85-88, 142; Alegría II, párrafo 81 (CER-3).

⁸⁷⁹ Colóm, párrafo 37 (RWS-1).

situación de tiempos limitados” y que era “imposible” establecer las tarifas sobre la base del estudio del VAD de Bates White, incluso si el estudio requería más correcciones, dentro del plazo con que contaba la CNEE⁸⁸⁰. Conforme a la ley, la CNEE tenía hasta el 1 de mayo de 2009 para publicar el nuevo pliego tarifario de EEGSA⁸⁸¹. Como se indica a continuación, las pruebas demuestran que la CNEE, en un ejercicio de poder regulatorio arbitrario e ilegal, impuso su propio VAD a EEGSA debido a que consideraba que el VAD resultante del proceso de la Comisión Pericial era demasiado alto.

a. El Informe de la Comisión Pericial favoreció ampliamente a EEGSA y Bates White

161. La Demandante demostró en su Memorial que la Comisión Pericial decidió la mayoría de las discrepancias que tenía mayor impacto sobre el VNR y el VAD a favor de Bates White⁸⁸². Ello fue confirmado por el Sr. Calleja, quien explicó en su primera declaración de testigo que “EEGSA y Bates White se impusieron respecto de las diferencias fundamentales que mayor impacto tenían sobre el VAD”⁸⁸³. En particular, la Demandante explicó cómo la decisión de la Comisión Pericial con respecto al cálculo del FRC fue mucho más favorable a la postura de EEGSA (que perseguía un retorno del 100% sobre el VNR) que a la de la CNEE (que habría permitido un retorno solo del 50%), dado que permitió un retorno aproximado del 93% sobre el VNR, en promedio, a lo largo del período de cinco años⁸⁸⁴. La Demandante también describió el gran impacto que tuvo sobre el VNR el hecho de que la Comisión Pericial estuviera de acuerdo con Bates White en utilizar los precios más recientes, en lugar de actualizar los precios del año 2006 ajustándolos por inflación como había insistido la CNEE, ya que los precios de los commodities para los productos utilizados en las redes de distribución habían aumentado por

⁸⁸⁰ *Íb.*, párrafos 146-147.

⁸⁸¹ *Ver* RLGE modificado, Art. 99 (C-105).

⁸⁸² Memorial, párrafos 158-164.

⁸⁸³ Calleja I, párrafo 46 (CWS-3).

⁸⁸⁴ Memorial, párrafos 159-162; Bastos I, párrafos 20-22 (CWS-1); Giacchino, párrafos 58-60 (CWS-4); Kaczmarek I, párrafos 106, 115-121, Figura 15 (CER-2).

encima de la inflación⁸⁸⁵. Asimismo, la Demandante señaló el impacto positivo sobre el VNR que tuvo el pronunciamiento de la Comisión Pericial respecto de la metodología para el cálculo de la densidad de la demanda, y explicó cómo la metodología propuesta por la CNEE, de haber sido aceptada, habría provocado la subestimación de los activos de la red⁸⁸⁶.

162. En su Memorial de Contestación, la Demandada afirma que “la Comisión Pericial dictaminó en la mayoría de las discrepancias (58 por ciento) —y, sobre todo en las más importantes—, a favor de la CNEE”⁸⁸⁷. Las pruebas, así como el propio proceder de la CNEE en respuesta al Informe de la Comisión Pericial, simplemente demuestran que no fue así. En respaldo de su afirmación, la Demandada menciona cuatro discrepancias⁸⁸⁸. Sin embargo, la Demandada no procedió a demostrar de qué manera la decisión de la Comisión Pericial favoreció a la CNEE con respecto a cada una de esas cuatro discrepancias o a refutar la afirmación de la Demandante de que, en general, las discrepancias que tenían un mayor impacto sobre el VNR se decidieron a favor de EEGSA. En cambio, en relación con los pronunciamientos sobre las cuatro discrepancias, la Demandada critica la decisión de la Comisión Pericial o bien recurre al pronunciamiento correspondiente para respaldar su argumento de que el estudio del VAD de Bates White del 5 de mayo de 2008 era inadecuado, presumiblemente porque la Comisión Pericial se pronunció en contra de la postura de Bates White. Como se demostró anteriormente, no obstante, esto es irrelevante: la función de la Comisión Pericial era resolver las discrepancias, y no determinar si el estudio del VAD del 5 de mayo de 2008 había incorporado la totalidad de las observaciones de la CNEE⁸⁸⁹.

163. Si bien la primera discrepancia mencionada por la CNEE —la trazabilidad del modelo— pudo ser importante para la CNEE, el pronunciamiento de la Comisión Pericial sobre esta cuestión no tenía un efecto directo sobre el VNR o el VAD. Tal como explica el Dr. Barrera,

⁸⁸⁵ Memorial, párrafo 163; Bastos I, párrafo 28 (**CWS-1**); Giacchino I, párrafo 57 (**CWS-4**); Kaczmarek I, párrafos 105-106 (**CER-2**). El Dr. Barrera confirma esto. *Ver* Barrera, párrafos 55-56, 265 (**CER-4**).

⁸⁸⁶ Memorial, párrafo 164; Bastos I, párrafos 23-26 (**CWS-1**).

⁸⁸⁷ Memorial de Contestación, párrafo 390.

⁸⁸⁸ *Ver ib.*, párrafos 391-410.

⁸⁸⁹ *Ver supra*, párrafos 39-42.

a fin de cumplir con este pronunciamiento, Bates White debía asegurarse de que “los cambios [] al modelo del 28 de julio de 2008, comparados con el modelo del 5 de mayo de 2008, pued[a]n verificarse mediante los vínculos del modelo del 28 de julio de 2008”⁸⁹⁰. Este pronunciamiento no hacía mención alguna al nivel del VNR o el VAD. Del mismo modo, la observación de la Demandada de que la Comisión Pericial determinó que Bates White debía incluir dos precios de referencia internacionales, junto con un precio nacional, para los materiales⁸⁹¹, no tenía un efecto directo sobre el VNR o el VAD; dado que el consultor debía elegir el precio más bajo, quedaba por verse si los precios de referencia adicionales que debían incluirse como resultado del pronunciamiento serían inferiores a los utilizados por Bates White en su estudio anterior. En tercer lugar, la Demandada critica la decisión de la Comisión Pericial sobre el cálculo del FRC, pero no afirma, ni podría hacerlo, que el pronunciamiento de la Comisión Pericial respecto de esta discrepancia era más favorable para Guatemala que para EEGSA⁸⁹². Por último, la Demandada menciona el pronunciamiento de la Comisión Pericial respecto de que solo puede incluirse en el VNR el costo de las instalaciones subterráneas existentes y que la red requería ser optimizada en ciertos aspectos⁸⁹³. La Demandante reconoció que la decisión de la Comisión Pericial sobre las instalaciones subterráneas favorecía a la CNEE y que generaba una reducción sustancial del VNR; asimismo, la Demandante reconoció que se habían adoptado otras decisiones que favorecían a la CNEE⁸⁹⁴. No obstante, estas decisiones no modifican el hecho de que la aplicación integral de los pronunciamientos de la Comisión Pericial habría dado como resultado un VNR y un VAD más parecido al propuesto por Bates White que al planteado por la CNEE.

164. En efecto, las pruebas contemporáneas revelan que la CNEE entendió esto inmediatamente. En una presentación de la CNEE sin fecha, preparada presumiblemente para la reunión del 28 de julio de 2008 celebrada con el objeto de discutir las tarifas, a la que hace

⁸⁹⁰ Barrera, párrafo 74 (CER-4).

⁸⁹¹ Memorial de Contestación, párrafos 395-397.

⁸⁹² *Ver ib.*, párrafos 398-401.

⁸⁹³ *Ver* Memorial de Contestación, párrafos 402-410.

⁸⁹⁴ Memorial, párrafos 165-166.

mención el Sr. Colóm en su declaración de testigo⁸⁹⁵, la CNEE analiza el efecto de los pronunciamientos de la Comisión Pericial sobre el VNR y el VAD⁸⁹⁶. Como refleja la presentación, si bien la decisión de la Comisión Pericial respecto de las instalaciones y optimización de la red favorecía a la CNEE y tendría un gran impacto sobre el VNR y el VAD, este efecto estaría compensado por la decisión desfavorable de la Comisión Pericial relativa al FRC: “El efecto de la eliminación de las Instalaciones Subterráneas, Tecnologías Optimas y Unidades constructivas afecta en 600 millones al VNR del Estudio de EEGSA. El mismo no será sensible debido a que la Discrepancia del FRC tiene un factor multiplicador a dicho VNR por lo cual se espera que no afecte significativamente a los Cargos por Distribución”⁸⁹⁷. En particular, la CNEE informó que la decisión de la Comisión Pericial sobre el FRC “aumenta la Anualidad del VNR en un 47% respecto a la fórmula de los TDR”, y que “[si] se incluye el efecto de la inflación [más el] efecto [del] FRC el impacto es de 63%”⁸⁹⁸. En definitiva, la CNEE concluyó que, si bien algunos de los pronunciamientos de la Comisión Pericial fueron a favor de la CNEE y tendrían el efecto de disminuir el VNR, si se incorporaran todos los pronunciamientos en un estudio corregido, el VNR sería “mayor al [VNR] del Estudio Independiente de CNEE”⁸⁹⁹.

⁸⁹⁵ Colóm, párrafo 139 (“Debiendo tener que publicar las nuevas a más tardar el jueves 31 de julio para que estuvieran vigentes el 1 de agosto, la CNEE contaba con un tiempo muy limitado para actuar. Así, mi equipo en la División de Tarifas trabajó todo el fin de semana (26 y 27 de julio) analizando el pronunciamiento de la Comisión Pericial para presentarnos sus conclusiones el lunes en reunión de directorio.”) (**RWS-1**). La Demandante señala que, si bien la Demandada se comprometió a presentar “[t]odos los informes, memorandos, actas de reuniones del Directorio de la CNEE, u otros documentos donde consten las discusiones o análisis de la CNEE respecto del Informe de la Comisión Pericial, así como todos los documentos que reflejen la conclusión de la CNEE de que ni el estudio del VAD de Bates White del 5 de mayo de 2008, ni ningún otro informe corregido posterior de Bates White, podría servir como base para establecer las tarifas”, la Demandada no ha presentado ningún acta de la reunión de Directorio de la CNEE celebrada el 28 de julio de 2008 para discutir el Informe de la Comisión Pericial. *Ver* Nota de la Demandante a la Demandada del 14 de febrero de 2012, Solicitud No. G.9. De hecho, la Demandada solo presentó *un* documento que contenía algunas actas de reunión de la CNEE, a pesar de que varias categorías de documentos solicitadas por la Demandante y ordenadas por el Tribunal requerían la presentación de las actas de reunión de la CNEE. *Ver* Acta de la CNEE Términos de Referencia, Estudio de Caracterización de la Carga de EEGSA del 10 de julio de 2007 (**C-488**).

⁸⁹⁶ Análisis del Dictamen de la Comisión Pericial, sin fecha (**C-547**). Esta presentación, que detalla la “parte ganadora” respecto de cada discrepancia y calcula la cantidad de tiempo que le tomaría a Sigla incorporar cada pronunciamiento al estudio del VAD, confirma aún más que la función de la Comisión Pericial era resolver las discrepancias, y no determinar si el estudio del VAD de Bates White del 5 de mayo de 2008 había incorporado la totalidad de las observaciones de la CNEE. *Ver id.*, pp. 14-17.

⁸⁹⁷ Análisis del Dictamen de la Comisión Pericial, sin fecha, p. 7 (**C-547**).

⁸⁹⁸ *Íb.*, p. 8.

⁸⁹⁹ *Íb.*

Asimismo, determinó que, incluso si se utilizara el VNR de Sigla y no se cambiara ningún costo en ese estudio, y se aplicara únicamente la decisión de la Comisión Pericial sobre el FRC, “aproximadamente esto elevaría un 25% el VAD”⁹⁰⁰. Resulta claro que esto es lo que motivó la decisión de la CNEE de desestimar el estudio del VAD corregido de Bates White, que había incorporado la totalidad de los pronunciamientos de la Comisión Pericial; de solicitar a Sigla que no incorpore ninguno de los pronunciamientos de la Comisión Pericial (particularmente el pronunciamiento relativo al FRC) en su estudio del VAD; y de utilizar, en su lugar, el estudio de Sigla para fijar las tarifas de EEGSA.

b. La CNEE disolvió la Comisión Pericial e impidió que el perito que había designado finalizara su trabajo

165. En su Memorial, la Demandante demostró que, luego de que la Comisión Pericial presentara su Informe a la CNEE y EEGSA el 25 de Julio de 2008, la CNEE procedió a disolver unilateralmente la Comisión Pericial, en violación a la ley y las Reglas Operativas acordadas, supuestamente porque la Comisión Pericial había finalizado su labor⁹⁰¹. La Demandante demostró asimismo que, si bien la justicia guatemalteca hizo lugar a la acción de amparo presentada por EEGSA y ordenó a la CNEE “acatar a cabalidad el pronunciamiento de la Comisión Pericial” y permitirle que “concluya su labor, especialmente la revisión final de los cambios presentados a la Comisión Pericial por la firma Bates White”⁹⁰², el Tribunal revocó su decisión anterior por resolución de la misma fecha, en la que repentinamente concluyó que “no pudo entender ni decidir sobre los méritos del caso”, debido a que EEGSA no había agotado los recursos administrativos⁹⁰³. Tal como demostró la Demandante, este proceder de la CNEE creó

⁹⁰⁰ *Íb.*

⁹⁰¹ *Ver* Memorial, párrafos 167-183; Documento de Notificación del 28 de julio de 2008, en el que se adjunta la GJ-Providencia-3121 de la CNEE del 25 de julio de 2008 (mediante la que se disuelve la Comisión Pericial dado que el Informe de la Comisión Pericial fue “considerado recibido” y la Comisión Pericial “había cumplido la finalidad de su designación”) (C-247); *ver también* Bastos I, párrafo 30 (CWS-1); Maté I, párrafos 48-49 (CWS-6); Calleja I, párrafo 47 (CWS-3).

⁹⁰² Resolución del Juzgado Primero de Primera Instancia del Ramo Civil del 30 de julio de 2008, p. 2 (C-275); *ver también* Memorial, párrafo 179; Calleja I, párrafo 48 (CWS-3); Maté I, párrafo 52 (CWS-6); Alegría I, párrafo 71 (CER-1); *ver también* Nota del Juzgado Primero de Primera Instancia del Ramo Civil a la CNEE del 30 de julio de 2008 (que refleja la recepción de la CNEE de esta orden el 30 de julio de 2008) (C-277).

⁹⁰³ Resolución del Juzgado Primero de Primera Instancia del Ramo Civil del 30 de julio de 2008 (C-278); *ver también* Memorial, párrafo 180; Alegría I, párrafo 72 (CER-1); Maté I, párrafo 52 (CWS-6); Calleja I, párrafo 51

incertidumbre entre los miembros de la Comisión Pericial ya que, según explicaron el Sr. Bastos y el Sr. Giacchino en sus primeras declaraciones de testigo, ellos creían que aún tenían que examinar y aprobar el estudio modificado de Bates White, de conformidad con la Regla 12⁹⁰⁴. La Demandante asimismo demostró que, si bien previamente el Sr. Riubrugent había indicado que estaba “seguro” de que el estudio del VAD revisado de Bates White incorporaba las decisiones de la Comisión Pericial⁹⁰⁵, se negó a participar del examen y la aprobación por parte de la Comisión Pericial del estudio del VAD corregido por Bates White conforme a la Regla 12, luego de que la CNEE emitiera una amenaza solapada con el fin de evitar que lo hiciera⁹⁰⁶.

166. En su Memorial de Contestación, la Demandada afirma que, contrariamente a lo alegado por la Demandante, la disolución de la Comisión Pericial no fue “ilegal ni arbitraria”, sino que fue “plenamente consistente con el artículo 75 de la LGE, que prevé que la Comisión Pericial emita únicamente un pronunciamiento sobre las discrepancias”⁹⁰⁷. De forma similar, el Sr. Aguilar sostiene en su informe pericial legal que la Comisión Pericial “no es un órgano permanente” y que su disolución opera de pleno derecho una vez emitido su informe sobre las discrepancias⁹⁰⁸. El Sr. Aguilar también asevera que, de conformidad con el artículo 75 de la LGE y el artículo 98 del RLGE modificado, la Comisión Pericial “no puede durar por más de 60 días, contados desde su conformación”⁹⁰⁹. Igualmente, la Demandada sostiene en su Memorial de Contestación que el accionar de la CNEE al disolver la Comisión Pericial es congruente con la oferta económica del Sr. Bastos, así como con el contrato que suscribió con EEGSA, que

(CWS-3); Nota del Juzgado Primero de Primera Instancia del Ramo Civil a la CNEE del 31 de julio de 2008 (C-280).

⁹⁰⁴ Ver Memorial, párrafo 172; Bastos I, párrafo 31 (en la que declaró, entre otras cosas, que “[l]a disolución de la Comisión Pericial por parte de la CNEE [lo] tomó por sorpresa, al igual que la extinción de [su] contrato, puesto que tenía entendido que, en virtud de la Regla 12 de las Reglas de Operación, la Comisión Pericial debía evaluar y aprobar el estudio tarifario corregido por Bates White”). (CWS-1); Giacchino I, párrafos 82-84 (CWS-4).

⁹⁰⁵ Correo electrónico de J. Riubrugent a L. Giacchino y C. Bastos del 29 de julio de 2008 (C-268).

⁹⁰⁶ Ver Memorial, párrafo 181; Cadena de correos electrónicos de J. Riubrugent a C. Bastos y L. Giacchino del 30-31 de julio de 2008 (C-281); ver también Bastos I, párrafo 33 (CWS-1); Giacchino I, párrafo 88 (CWS-4); Maté I, párrafo 55 (CWS-6); Calleja I, párrafo 52 (CWS-3); Alegría I, párrafo 62 (CER-1).

⁹⁰⁷ Memorial de Contestación, párrafo 412.

⁹⁰⁸ Aguilar, párrafo 54 (RER-3).

⁹⁰⁹ *Íb.*

estipulaba el pago de sus honorarios finales una vez presentado el Informe de la Comisión Pericial⁹¹⁰. Las afirmaciones de la Demandada son incorrectas.

167. En primer lugar, tal como confirma el Profesor Alegría, la disolución de la Comisión Pericial por parte de la CNEE de manera unilateral fue ilegal debido a que la Comisión Pericial se constituye sobre la base del acuerdo de ambas partes, y por lo tanto, ni la CNEE ni la distribuidora tienen autoridad para disolverla unilateralmente⁹¹¹. Asimismo como también confirma el Profesor Alegría, si bien la Comisión Pericial no es un órgano permanente, ni la LGE ni el RLGE disponen que la Comisión Pericial se disuelve automáticamente de pleno derecho tras la emisión de su decisión sobre las discrepancias, según alega el Sr. Aguilar⁹¹². De hecho, si ello fuera cierto, no habría sido necesario que la CNEE disolviera la Comisión Pericial mediante la emisión de la GJ-Providencia-3121 del 25 de julio de 2008⁹¹³. El Profesor Alegría además confirma que la LGE no estipula que la Comisión Pericial “no puede durar por más de 60 días, contados desde su conformación”⁹¹⁴. Como explica el Profesor Alegría, la única limitación establecida por el artículo 75 de la LGE señala que la Comisión Pericial “se pronunciará sobre las discrepancias en un plazo de 60 días contados desde su conformación”⁹¹⁵. El Profesor Alegría confirma que, “[I]uego de pronunciarse sobre las discrepancias, la Comisión podría, por ejemplo, responder a preguntas de las partes o revisar el estudio del VAD corregido por el distribuidor, con el propósito de verificar que su decisión haya sido íntegramente incorporada”, conforme a lo previsto en la Regla 12⁹¹⁶.

168. En segundo lugar, tal como explica el Sr. Bastos en su segunda declaración de testigo, en su oferta económica a la CNEE y EEGSA, indicó que la labor de la Comisión Pericial finalizaría tras emitir el Informe Final, y destacó que su “desempeño [...] se extenderá [...] hasta

⁹¹⁰ Memorial de Contestación, párrafos 380, 412.

⁹¹¹ Alegría II, párrafo 72 (**CER-3**); Alegría I, párrafo 60 (**CER-1**).

⁹¹² Alegría II, párrafo 73 (**CER-3**); Aguilar, párrafo 54 (**RER-3**).

⁹¹³ Alegría II, párrafo 73 (**CER-3**); GJ-Providencia-3121 de la CNEE del 25 de julio de 2008 (**C-247**).

⁹¹⁴ Aguilar, párrafo 54 (**RER-3**).

⁹¹⁵ LGE, Art. 75 (**C-17**); *ver también* Alegría II, párrafo 73 (**CER-3**).

⁹¹⁶ Alegría II, párrafo 73 (**CER-3**).

el pronunciamiento de la Comisión Pericial que será comunicado oficialmente a la [CNEE] y a la Distribuidora por medio de un informe final”, y que “quedar[á] a [su] disposición para cualquier aclaración o tarea adicional que surja de ese pronunciamiento y que sea necesaria para la aplicación efectiva de lo dispuesto”⁹¹⁷. Tal como afirma el Sr. Bastos, la Demandada erróneamente infiere que, una vez que la Comisión Pericial emitiera su Informe Final, él estaría solamente a disposición de las partes a título individual⁹¹⁸. Según explica el Sr. Bastos, su oferta económica, incorporada en su contrato con la CNEE, comprendía toda la labor de la Comisión Pericial⁹¹⁹. Dado que el estudio del VAD corregido debía ser examinado y aprobado por la Comisión Pericial de conformidad con la Regla 12, el Sr. Bastos señala que “la revisión y la aprobación del estudio del VAD revisado de Bates White eran parte de las tareas que debían cumplirse mediante el pronunciamiento de la Comisión Pericial y se las incluyó en [su] oferta económica”⁹²⁰. Del mismo modo, con respecto a la afirmación del Sr. Colóm de que el contrato del Sr. Bastos con la CNEE “estipulaba claramente que la tarea de Bastos concluía con su pronunciamiento”⁹²¹, el Sr. Bastos explica que esto también es incorrecto⁹²². Según indica, la cláusula 9 de su contrato con la CNEE⁹²³ disponía que el contrato se celebraba por un plazo de 60 días contados a partir de la fecha de constitución de la Comisión Pericial (es decir, el 6 de junio de 2008); por consiguiente, su contrato no se extinguía automáticamente al momento de la emisión del Informe de la Comisión Pericial, como sugiere el Sr. Colóm.⁹²⁴

169. Con respecto al contrato del Sr. Bastos con EEGSA, la Demandada afirma que este contrato preveía el pago del saldo de los honorarios del Sr. Bastos tras la presentación del

⁹¹⁷ Nota de C. Bastos a EEGSA y la CNEE del 6 de junio de 2008 (C-225); *ver también* Bastos, párrafo 7 (CWS-7); Contrato Administrativo de Prestación de Servicios Profesionales de Peritaje entre la CNEE y C. Bastos, del 26 de junio de 2008, cláusula 22 (“Forman parte del contrato los documentos siguientes: . . . b) La oferta económica presentada por el PERITO y aceptada por la COMISIÓN;...”.) (C-237).

⁹¹⁸ Bastos II, párrafo 7 (CWS-7); Memorial de Contestación, párrafo 380.

⁹¹⁹ Bastos II, párrafo 7 (CWS-7); Nota de C. Bastos a EEGSA y la CNEE del 6 de junio de 2008 (C-225).

⁹²⁰ Bastos II, párrafo 7 (CWS-7).

⁹²¹ Colóm, párrafo 136 (RWS-1).

⁹²² Bastos II, párrafo 8 (CWS-7).

⁹²³ Contrato Administrativo de Prestación de Servicios Profesionales de Peritaje entre la CNEE y C. Bastos, del 26 de junio de 2008, cláusula 9 (C-237).

⁹²⁴ Bastos II, párrafo 8 (CWS-7).

Informe de la Comisión Pericial, y que EEGSA no le pagó al Sr. Bastos el saldo adeudado una vez entregado dicho informe, sino que le hizo firmar una addenda, “que establecía que el saldo adeudado se terminaría de pagar totalmente una vez ‘restituida la Comisión Pericial’ y cuando cumpliera con trámites posteriores al Informe Final que no habían sido mencionados en el contrato”⁹²⁵. Tal como explica el Sr. Bastos, esto es incorrecto. En septiembre de 2008, el Sr. Bastos y EEGSA celebraron una modificación a su contrato porque la Comisión Pericial no había tenido oportunidad de examinar y aprobar el estudio del VAD corregido de Bates White, según lo estipulado en el artículo 4.7 del contrato⁹²⁶. Dicho artículo establecía que “EEGSA informará a su consultora del pronunciamiento de la CP, quien deberá realizar todos los cambios solicitados y remitir la nueva versión a la CP para su revisión y aprobación”⁹²⁷. Según explica el Sr. Bastos, “[c]omo la Comisión Pericial no había tenido oportunidad de revisar y aprobar el estudio del VAD corregido de Bates White debido al proceder de la CNEE”, junto con EEGSA “acorda[ron] modificar el contrato para contemplar el pago de los montos adeudados de conformidad con el contrato, a excepción de US\$ 5.000, en tanto que el resto se mantendría en reserva para el supuesto de que la Comisión Pericial se volviera a reunir en el futuro y pudiera contar con el quórum necesario para revisar y aprobar el estudio de tarifas corregido conforme al Artículo 4.7 de [su] contrato”⁹²⁸.

170. Por último, con respecto al Sr. Riubrugent, ni la Demandada ni sus testigos abordan el tema de la presión indebida que la CNEE ejerció sobre el Sr. Riubrugent para evitar que examinara y aprobara el estudio del VAD modificado de Bates White, conforme a la Regla 12⁹²⁹. Como demuestran las pruebas, el Sr. Riubrugent, cuyo testimonio no ha sido ofrecido por

⁹²⁵ Memorial de Contestación, párrafo 414, nota al pie 566.

⁹²⁶ Bastos II, párrafo 22 (CWS-7); Bastos I, párrafo 37 (CWS-1); Acuerdo para la Retribución del Tercer Integrante de la Comisión Pericial celebrado entre EEGSA y C. Bastos del 26 de junio de 2008, Art. 4.7 (C-238); Modificación del Acuerdo para la Retribución del Tercer Integrante de la Comisión Pericial celebrado entre EEGSA y C. Bastos del 3 de septiembre de 2008 (C-302).

⁹²⁷ Acuerdo para la Retribución del Tercer Integrante de la Comisión Pericial celebrado entre EEGSA y C. Bastos, del 26 de junio de 2008, Art. 4.7 (C-238).

⁹²⁸ Bastos, párrafo 22 (CWS-7); Modificación del Acuerdo para la Retribución del Tercer Integrante de la Comisión Pericial celebrado entre EEGSA y C. Bastos, del 3 de septiembre de 2008 (C-302).

⁹²⁹ Ver Memorial, párrafo 181; Correo electrónico de J. Riubrugent a C. Bastos y L. Giacchino del 30-31 de julio de 2008 (en el que se reproducen las instrucciones de la CNEE de la siguiente manera: “en consulta con el Directorio

la Demandada en el presente arbitraje, tenía serias dudas acerca de las instrucciones que recibió de la CNEE. En un correo electrónico al Sr. Quijivix del 31 de julio de 2008, el Sr. Riubrugent señaló, por ejemplo, que “[a]teniénd[se] a lo instruido a través de Melvin, [se] h[a] abstenido de participar en ulteriores reuniones de la ex- Comisión Pericial que el coordinador, Carlos Bastos, ha convocado, y a quien h[a] comunicado que el motivo de [su] abstención es la instrucción explícita de la CNEE”, y que “en previsión de ulteriores acciones legales que pudieran ser iniciadas por la otra parte y recaer contra los miembros de la Comisión Pericial por supuesto incumplimiento de sus responsabilidades, [le] es necesario contar con un medio fehaciente mediante el cual esté explícita la instrucción de la CNEE en cuanto al cese de [su] actuación como miembro de la Comisión Pericial”⁹³⁰. El Sr. Riubrugent, por lo tanto, solicitó a la CNEE que “a la mayor brevedad posible consideren la emisión de una comunicación en ese sentido dirigida a [su] nombre, rubricada por la misma autoridad de la CNEE, o equivalente, que suscribió la Resolución por la que se dio por concluida la misión de la Comisión Pericial”, y que “[p]ara que esta comunicación tenga carácter fehaciente, una vez emitida y registrada por la CNEE con las formalidades de práctica, [la CNEE] podrá enviár[se]la por este correo electrónico materializada como un archivo adjunto en formato PDF, del cual dar[á] conocimiento a los miembros de la ex-Comisión Pericial”⁹³¹.

171. En un correo electrónico del 2 de agosto de 2008, el Sr. Riubrugent solicitó asimismo que la CNEE tome las medidas necesarias para eximirlo “de posibles recursos judiciales de EEGSA en [su] contra, los que incluso pueden resultar en reclamos de compensaciones económicas”⁹³². Como refleja ese correo electrónico, el Sr. Riubrugent le reenvió al Sr. Quijivix una comunicación del mandatario judicial de EEGSA dirigida al Sr.

de la CNEE y la Gerencia Jurídica, de acuerdo a lo notificado, tú representas a la CNEE dentro del seno de la Comisión Pericial, por consiguiente fuiste contratado única y exclusivamente hasta emitir el pronunciamiento de la Comisión Pericial, establecido en el Art. 75 de la Ley General de Electricidad. Una vez entregado el informe no tienes más responsabilidades con las partes y tu contrato será liquidado conforme a los alcances y las cláusulas del mismo. Caso contrario podría considerarse en Guatemala como una extralimitación de funciones”.) (C-281).

⁹³⁰ Correo electrónico de J. Riubrugent a M. Quijivix, A. Brabatti, S. Velásquez y E. Cua del 31 de julio de 2008 (C-504).

⁹³¹ *Íb.*

⁹³² Correo electrónico de J. Riubrugent a M. Quijivix, A. Amau, R. Sanz del 2 de agosto de 2008, en el que se adjunta la nota de EEGSA a J. Riubrugent del 1 de agosto de 2008 (C-505).

Riubrugent del 1 de agosto de 2008 con relación a la negativa del Sr. Riubrugent de participar de la revisión y aprobación de la Comisión Pericial del estudio del VAD revisado de Bates White de conformidad con la Regla 12⁹³³. Caracterizando a la comunicación de EEGSA como “conminatoria”, el Sr. Riubrugent señaló que, como predijo, “la disputa legal recaerá en parte sobre los miembros de la extinta Comisión Pericial”, y que “[n]i [él] personalmente ni ME Consultores p[ueden] quedar manchados profesionalmente por este episodio, de modo que necesita[n] que de un modo fehaciente y definitivo [su] responsabilidad quede deslindada de la disputa a la mayor brevedad”⁹³⁴. En consecuencia, el Sr. Riubrugent solicitó al Sr. Quijivix “que gestione con la Gerencia Jurídica de la CNEE de modo que instrumenten lo necesario para quedar liberado en forma definitiva e inapelable de posibles recursos judiciales de EEGSA en [su] contra, los que incluso pueden resultar en reclamos de compensaciones económicas”⁹³⁵. Reconociendo la debilidad inherente de la postura legal de la CNEE, el Sr. Riubrugent asimismo indicó que “[e]s claro que no basta con exhibir la [GJ-Providencia-3121] y la suspensión del amparo en su contra”⁹³⁶. La Demandada no ha presentado ningún documento donde conste la exención de responsabilidad legal solicitada por el Sr. Riubrugent respecto de su proceder en relación con la Comisión Pericial. Como se indica a continuación, a pesar de la intervención de la CNEE en el proceso de la Comisión Pericial, los Sres. Bastos y Giacchino se reunieron en Washington, D.C. a fin de examinar y analizar el estudio del VAD modificado de Bates White, según lo previsto en la Regla 12.

c. La Comisión Pericial confirmó que el estudio modificado de Bates White cumplía con el dictamen de la Comisión Pericial

172. En su Memorial, la Demandante demostró que, siguiendo la presentación de Bates White sobre los cálculos revisados, los Sres. Bastos y Giacchino concluyeron que la firma Bates White había modificado su estudio del VAD de conformidad con los pronunciamientos de la

⁹³³ *Íb.*

⁹³⁴ *Íb.*

⁹³⁵ *Íb.*

⁹³⁶ *Íb.*

Comisión Pericial para cada discrepancia, y así lo notificaron a la CNEE y EEGSA⁹³⁷. Como explicó la Demandante, mediante nota del 1 de agosto de 2008, el Sr. Bastos resumió los pasos que había tomado desde la presentación del Informe de la Comisión Pericial y confirmó que, en su opinión, Bates White había corregido su estudio del VAD con arreglo a los pronunciamientos de la Comisión Pericial sobre cada discrepancia⁹³⁸. Según explicó el Sr. Bastos, el modelo de Bates White para los cálculos consistió de 173 archivos vinculados, cada uno de los cuales contenía varias hojas de cálculo con los distintos pasos que llevaban al cálculo final del VAD y las tarifas, y que había podido “verificar que Bates White había incorporado todas las decisiones de la Comisión Pericial a su estudio tarifario corregido del 28 de julio de 2008”⁹³⁹.

173. En su Memorial de Contestación, la Demandada sostiene que la CNEE realizó una “revisión preliminar” del estudio del VAD corregido de Bates White cuando lo recibió y confirmó que “[a]uditar el modelo seguía siendo imposible”, y que “dos informes posteriores encargados a expertos externos por la CNEE a fin de analizar detalladamente el supuesto cumplimiento del estudio de Bates White del 28 de julio con los pronunciamientos de la Comisión Pericial, confirmaron la no incorporación de una gran cantidad de pronunciamientos”⁹⁴⁰. La Demandada asimismo señala que, “[d]ado el volumen y complejidad del modelo (según el propio Ing. Bastos 137 hojas Excel y más de mil páginas), es evidente que el Ing. Bastos no tuvo tiempo de revisar el modelo sino que se limitó a escuchar y confiar en las explicaciones del Lic. Giacchino”, y que el Sr. Bastos “mismo realizó esta salvedad cuando envió su carta a la CNEE ‘aprobando’ el estudio del 28 de julio y confirmó que ir más allá era

⁹³⁷ Ver Memorial, párrafo 187; Nota de C. Bastos a la CNEE y EEGSA del 1 de agosto de 2008, adjunta al correo electrónico de C. Bastos a M. Calleja y M. Quijivix del 1 de agosto de 2008 (C-288); Nota de L. Giacchino a la CNEE y EEGSA del 31 de julio de 2008, adjunta al correo electrónico de L. Giacchino a M. Quijivix (CNEE) y M. Calleja (EEGSA) del 1 de agosto de 2008 (C-284); ver también Bastos I, párrafo 35 (CWS-1); Giacchino I, párrafo 90 (CWS-4); Maté I, párrafo 55 (CWS-6); Calleja I, párrafo 53 (CWS-3).

⁹³⁸ Ver Memorial, párrafo 188; Bastos I, párrafo 35 (CWS-1); Nota de C. Bastos a la CNEE y EEGSA del 1 de agosto de 2008, adjunta al correo electrónico de C. Bastos a M. Calleja y M. Quijivix del 1 de agosto de 2008 (C-288).

⁹³⁹ Nota de C. Bastos a la CNEE y EEGSA del 1 de agosto de 2008, adjunta al correo electrónico de C. Bastos a M. Calleja y M. Quijivix del 1 de agosto de 2008, p. 3 (C-288); ver también Memorial, párrafo 188; Bastos I, párrafo 35 (CWS-1).

⁹⁴⁰ Memorial de Contestación, párrafo 419.

imposible para él”⁹⁴¹. De ese modo, la Demandada afirma que el “Sr. Bastos se responsabiliza solo de la incorporación de los pronunciamientos al modelo”, y que “no le consta ni la forma de dicha incorporación ni la veracidad de los cálculos”⁹⁴². La Demandada asimismo afirma que el Sr. Bastos “no revisó la totalidad de los [pronunciamientos]” ni tampoco se percató de que, “en ciertos casos el estudio del 28 de julio indicaba que pronunciamientos que habían sido en realidad emitidos en favor de CNEE lo habían sido a favor de EEGSA”⁹⁴³. Las afirmaciones de la Demandada son incorrectas.

174. En primer lugar, no hay ninguna prueba de que la CNEE haya realizado una “revisión preliminar” del estudio del VAD corregido de Bates White en julio de 2008⁹⁴⁴. Tal como se indicó anteriormente, lo que las pruebas demuestran es que la CNEE revisó y analizó el Informe de la Comisión Pericial y concluyó que no quería utilizar un estudio del VAD que aplicara las decisiones de la Comisión Pericial sobre las discrepancias, debido a que incluso “[s]uponiendo que no se cambia el VNR de SIGLA ni los costos y se aplica la nueva fórmula de FRC, aproximadamente esto elevaría un 25% el VAD”⁹⁴⁵, lo que era inaceptable para la CNEE⁹⁴⁶. Tal como reflejan los informes técnicos preparados por la División de Tarifas de la CNEE el 29 de julio de 2008, esta División no revisó ni analizó en modo alguno el estudio del VAD modificado de Bates White, sino que únicamente analizó el estudio del VAD de Sigla.⁹⁴⁷ Las pruebas además demuestran que la CNEE revisó y analizó el estudio del VAD modificado de Bates White por primera vez en abril de 2009, cuando, en respuesta al reclamo de Iberdrola

⁹⁴¹ *Íb.*, párrafo 423 (citas internas omitidas).

⁹⁴² *Íb.*, párrafo 424.

⁹⁴³ *Íb.*

⁹⁴⁴ *Íb.*, párrafo 419.

⁹⁴⁵ Análisis del Dictamen de la Comisión Pericial (sin fecha), p. 9 (C-547).

⁹⁴⁶ *Ver supra* Sección II.E.5.b.

⁹⁴⁷ CNEE, División de Estudios Tarifarios, Informe Técnico sobre el Pliego Tarifario para la Tarifa Subsidiada de EEGSA correspondiente al período de cinco años 2008-2013 e Informe Técnico sobre los Pliegos Tarifarios para los Usuarios no Asignados a la Tarifa Subsidiada de EEGSA correspondiente al período de cinco años 2008-2013, del 28 de julio de 2008 (C-503).

contra Guatemala en virtud del TBI entre España y Guatemala, la CNEE contrató a Mercados Energéticos⁹⁴⁸.

175. En segundo lugar, tal como ratifica el Sr. Bastos en su segunda declaración testimonial, el Sr. Bastos, junto con el Sr. Giacchino, había analizado el estudio del VAD corregido de Bates White el 30 y 31 de julio de 2008 y confirmó que había incorporado en su totalidad las decisiones de la Comisión Pericial⁹⁴⁹. Tal como señala el Sr. Bastos: “Al hacerlo, no aprobé el estudio del VAD, sino que verifiqué que Bates White hubiera incorporado todas las decisiones de la Comisión Pericial corroborando exactamente en qué lugar se habían incorporado al modelo cada una de las correcciones de las planillas de Excel, tal como se indica en el adjunto a mi carta del 1 de agosto de 2008 a la CNEE y a EEGSA”⁹⁵⁰. Explica que “[l]os modelos utilizados para estos cálculos se basaron en varios libros de Excel, que a su vez contenían vínculos a sus planillas constitutivas” y que “[a]l analizar estas planillas, pude confirmar que el modelo se había modificado a fin de reflejar todas y cada una de las decisiones de la Comisión Pericial”⁹⁵¹. En particular, en relación con la decisión de la Comisión Pericial respecto de la Discrepancia N.º 1, que requería que el modelo contuviera vínculos y permitiera el rastreo, el Sr. Bastos manifiesta que controló las planillas y los libros de trabajo de Excel con la función Fórmula de la barra de herramientas y con las funciones Rastrear Precedentes y Rastrear Dependientes y así corroboró que los modelos utilizados estaban vinculados y permitían el rastreo y estaban vinculados⁹⁵². Tal como surge de la carta del Sr. Bastos del 1 de agosto de 2008,⁹⁵³ verificó que todas las decisiones de la Comisión Pericial se hubieran reflejado en el modelo y que “el resultado del VAD calculado en [el] Estudio Tarifario [de Bates White] del 28

⁹⁴⁸ Ver Nota de R. Sanz (Mercados Energéticos Consultores S.A.) a C.C. Bickford (CNEE) del 30 de julio de 2009 (C-513); Declaración testimonial de Alejandro Alberto Arnau Sarmiento, Mariana Álvarez Guerror y Edgardo Leandro Torres del 24 de enero de 2012 (en adelante, “Arnau, Álvarez & Leandro”), párrafo 24 (RWS-3).

⁹⁴⁹ Bastos II, párrafo 20 (CWS-7); Bastos I, párrafo 35 (CWS-1); Giacchino I, párrafos 89-90 (CWS-4).

⁹⁵⁰ Bastos II, párrafo 20 (CWS-7); ver también Cuadro de correcciones requeridas por la Comisión pericial, adjuntas en la Nota de C. Bastos a C. Colóm Bickford y L. Maté del 1 de agosto de 2008 (C-289).

⁹⁵¹ Bastos II, párrafo 20 (CWS-7).

⁹⁵² *Íb.*

⁹⁵³ Nota de C. Bastos a C. Colóm Bickford y L. Maté del 1 de agosto de 2008, adjunta al Correo Electrónico de C. Bastos a M. Calleja y M. Quijivix del 1 de agosto de 2008 (C-288).

de julio de 2008 está calculado con un modelo que incorpora las decisiones tomadas por la Comisión Pericial”⁹⁵⁴. Señala que “[l]o que no hice fue controlar todos los cálculos internos de cada una de las planillas de Excel, lo cual hubiera sido una labor imposible que habría excedido el alcance de la función de la Comisión Pericial conforme a la Regla 12”⁹⁵⁵.

176. El Sr. Bastos explica asimismo que la manifestación de la Demandada de que el cuadro adjunto como Anexo 4 a su Nota del 1 de agosto de 2008 no aborda tres discrepancias — C.4, C.9.b, y E.4, todas ellas decididas en beneficio de la CNEE⁹⁵⁶—es infundada⁹⁵⁷. Tal como señala el Sr. Bastos: “la discrepancia C.4 se corrigió automáticamente al corregir las C.3.b y C.3.f” y que, “[a]l corregir estas dos discrepancias (las C.3.b y C.3.f), junto con la corrección de las discrepancias C.1 a C.8, la C.9.b. también se corrigió automáticamente”⁹⁵⁸. En relación con la discrepancia E.4, el Sr. Bastos explica que “la Comisión Pericial constató que lo realizado por el Consultor era correcto y de acuerdo a lo observado por la CNEE y por lo tanto no requería modificaciones al Estudio”⁹⁵⁹. Señala asimismo: “[e]l El pronunciamiento de la Comisión Pericial respecto a esta discrepancia dice: “[p]or lo tanto, la inclusión de las pérdidas en los balastros de alumbrado público en el balance de energía y potencia por parte del consultor ha sido realizada en forma correcta”⁹⁶⁰.

177. Asimismo, el experto de la Demandante, el Dr. Barrera, realizó un extenso análisis a fin de determinar si Bates White cumplía con todas las decisiones de la Comisión Pericial, y concluyó que “en el estudio de Bates White del 28 de julio de 2008 se implementaron todas las decisiones del Informe de la CP y que las afirmaciones de Guatemala en contrario son infundadas”⁹⁶¹. Específicamente, en relación con la Discrepancia No. 1, el Dr. Barrera confirma

⁹⁵⁴ Nota de C. Bastos a C. Colóm Bickford y L. Maté del 1 de agosto de 2008, adjunta al Correo Electrónico de C. Bastos a M. Calleja y M. Quijivix del 1 de agosto de 2008, págs. 3-4 (C-288).

⁹⁵⁵ Bastos II, párrafo 20 (CWS-7).

⁹⁵⁶ Memorial de Contestación, párrafo 424, nota al pie 595.

⁹⁵⁷ Bastos II, párrafo 21 (CWS-7).

⁹⁵⁸ *Íb.*

⁹⁵⁹ *Íb.*

⁹⁶⁰ *Íb.* (citando el Informe de la CP, pág. 117 (C-246)).

⁹⁶¹ Barrera, párrafo 65 (CER-4).

que “los cálculos relevantes pueden verificarse mediante los vínculos, de conformidad con la decisión de la Comisión Pericial”⁹⁶². El Dr. Barrera también concluyó que el estudio del 28 de julio de 2008 de Bates White cumplía con todos y cada uno de los pronunciamientos de la Comisión Pericial⁹⁶³.

178. La Demandada aduce asimismo que la “consultora independiente” Mercados Energéticos analizó el estudio de Bates White del 28 de julio de 2008 y concluyó que el estudio no había incorporado los pronunciamientos de la Comisión Pericial en su totalidad⁹⁶⁴. En principio, Mercados Energéticos es un experto, disfrazado como testigo en este arbitraje⁹⁶⁵, y no es independiente. Tal como se ha indicado anteriormente, Mercados Energéticos elaboró el informe adjunto a su declaración testimonial en julio de 2009, casi un año después de que se implementaran las tarifas para el período 2008-2013. El Sr. Riubrugent, que había colaborado estrechamente con la CNEE para reducir el VNR de EEGSA (incluso en calidad de integrante de

⁹⁶² Barrera, párrafo 74 (**CER-4**). En este sentido, el Sr. Barrera señala, en el marco de su análisis del estudio del VAD de Bates White del 28 de Julio de 2008 VAD, que él y el Sr. Barrientos “al Dr. Leonardo Giacchino, autor de los estudios de Bates White” y que, de ese modo, “[les] resultó más fácil entender cómo funciona el modelo y cómo se articulan las distintas planillas de Excel que conforman el modelo”. *Íd.*, párrafo 69. El señala que, en su “experiencia, en muchas revisiones tarifarias mediante el uso de modelos tarifarios, es habitual que los consultores brinden a sus clientes y a los entes reguladores el tipo de asistencia que [les] brindó el Dr. Giacchino y, por lo general, su asesoramiento constituye un elemento importante del proceso de revisión regulatoria”. *Íd.*, párrafo 70. Esto también lo ratifica el Sr. Colóm, que manifiesta que la CNEE “El estudio de Sigla lo conocíamos en detalle ya que a lo largo de los siete meses que había durado su preparación, habíamos estado en estrecho contacto con la empresa consultora”. Colóm, párrafo 150 (**RWS-1**). As Dr. Barrera señala: “si la CNEE hubiera obrado como regulador de buena fe, sus supuestas preocupaciones [sobre las cuestiones planteadas respecto del estudio de VAD de Bates White] podrían haberse resuelto mediante intercambios con Bates White”. Barrera, párrafo 278 (**CER-4**).

⁹⁶³ *Ver* Barrera, Sección 3 (intitulada “El informe de Bates White del 28 de julio de 2008 implementó las decisiones de la Comisión Pericial en su totalidad”) (**CER-4**).

⁹⁶⁴ Memorial de Contestación, párrafo 428; Mercados Energéticos Consultores, Revisión de los Informes de Auditoría de los Consultores Independientes en relación a la “Revisión del estudio de valor agregado de distribución de EEGSA en relación al pronunciamiento de la Comisión Pericial”, julio de 2009 (**C-582**).

⁹⁶⁵ *Ver* Arnau, Álvarez & Leandro (**RWS-3**). A pesar de que presentaron una declaración testimonial conjunta y que surge claramente de los documentos de la causa que el Sr. Arnau participó de la revisión tarifaria de EEGSA 2008-2013, ninguno de los testigos hace referencia a ningún hecho contemporáneo en su declaración testimonial. Por el contrario, utilizan la declaración testimonial simplemente como vehículo para presentar su informe pericial de 42 páginas, que se cita como anexo a la declaración testimonial de 10 páginas. *Ver* Mercados Energéticos Consultores, Revisión de los Informes de Auditoría de los Consultores Independientes en relación a la “Revisión del estudio de valor agregado de distribución de EEGSA en relación al pronunciamiento de la Comisión Pericial”, julio de 2009 (**C-582**); Arnau, Álvarez & Leandro, párrafos 26-27 (**RWS-3**).

la Comisión Pericial), era socio de Mercados Energéticos⁹⁶⁶. Por consiguiente, cuesta creer que Mercados Energéticos haya sido un “consultor independiente” de la CNEE, y su estudio de julio de 2009 con un fin específico y orientado al arbitraje carece totalmente de credibilidad.

179. En todo caso, el Dr. Barrera demuestra que “las críticas del estudio [de Bates White del 28 de julio de 2008] de Mercados Energéticos son infundadas, exceden el alcance de las decisiones del Informe de la CP y/o se refieren a cuestiones menores que resultan irrelevantes tanto respecto del modelo de Bates White en su conjunto como de los VNR y VAD resultantes”⁹⁶⁷. Específicamente, la Demandada manifiesta que Mercados Energéticos determinó que el modelo de Bates White contenía irregularidades en los precios de referencia⁹⁶⁸. No obstante, el Dr. Barrera demuestra que Bates White, en efecto, cumplió con la decisión de la Comisión Pericial respecto de los precios de referencia, y que todas las afirmaciones en contrario de Mercados Energéticos son infundadas⁹⁶⁹. La Demandada también manifiesta que Bates White tergiversó ciertas decisiones de la Comisión Pericial a favor de la CNEE como si en realidad hubieran sido a favor de EEGSA, y por ello no realizó los cambios requeridos⁹⁷⁰. Tal como lo explica el Sr. Giacchino en su primera declaración testimonial, Bates White simplemente cometió un error tipográfico en los encabezados de su informe donde se analizan las discrepancias, y efectivamente implementó los cambios requeridos⁹⁷¹, lo cual ratifica el Dr. Barrera⁹⁷². Por último, la Demandada aduce que Mercados Energéticos determinó que Bates White realizó cambios injustificados respecto de ciertas discrepancias que se resolvieron a favor de EEGSA⁹⁷³. Tal como explica el Dr. Barrera, los cambios se implementaron como resultado de

⁹⁶⁶ Ver Memorial, párrafo 141.

⁹⁶⁷ Barrera, párrafo 66 (CER-4).

⁹⁶⁸ Memorial de Contestación, párrafo 431.

⁹⁶⁹ Barrera, párrafos 77-107 (CER-4).

⁹⁷⁰ Memorial de Contestación, párrafo 431.

⁹⁷¹ Giacchino I, párrafo 65 nota al pie. 141 (CWS-4).

⁹⁷² Barrera, párrafos 125, 129 (CER-4).

⁹⁷³ Memorial de Contestación, párrafo 431.

la aplicación de las decisiones de la Comisión Pericial respecto de otras discrepancias, y fueron justificados⁹⁷⁴.

180. Por último, la Demandada afirma que la supuesta omisión de Bates White de incorporar todas las decisiones de la Comisión Pericial fue confirmada por el Sr. Damonte, quien supuestamente incluyó: “todos los pronunciamientos posibles (es decir, excluyendo aquellos para los cuales se necesita información adicional)” y sin haber podido optimizar el modelo de Bates White” llegó a una cifra de VNR de US\$ 629 millones⁹⁷⁵. No obstante, tal como señala el Dr. Barrera, “si bien el Sr. Damonte formuló observaciones respecto del estudio de Bates White del 28 de julio de 2008 en el Resumen Ejecutivo, su informe sólo contiene afirmaciones breves y aisladas acerca del estudio de Bates White del 28 de julio de 2008, sin ningún tipo de análisis”⁹⁷⁶. El único sustento del Sr. Damonte para arribar a esta conclusión respecto del supuesto incumplimiento del estudio de Bates White del 28 de julio de 2008 con las decisiones de la Comisión Pericial es la discrepancia con la cifra del VNR obtenida por él mediante su “recálculo” del estudio de Bates White del 5 de mayo de 2008. No obstante, tal como se analiza más adelante y como explica el Dr. Barrera⁹⁷⁷, el Sr. Damonte ignoró muchas de las decisiones de la Comisión Pericial y en su recálculo, incluidas aquellas que tenían el impacto más significativo a favor de EEGSA. Por consiguiente, no resulta sorprendente que la cifra del VNR del Sr. Damonte sea significativamente inferior a la cifra del VNR de Bates White. En consecuencia, “el informe del Sr. Damonte no nos permite sacar ninguna conclusión respecto del estudio de Bates White del 28 de julio de 2008”⁹⁷⁸.

⁹⁷⁴ Barrera, párrafos 121, 132, 150-151 (**CER-4**).

⁹⁷⁵ Memorial de Contestación, párrafo 432; Damonte, párrafo 173 (**RER-2**).

⁹⁷⁶ Barrera, párrafo 67 (**CER-4**).

⁹⁷⁷ Barrera, párrafos 193-207 (**CER-4**).

⁹⁷⁸ Barrera, párrafo 67 (**CER-4**); *ver también* *Íd.*, párrafo 79 nota al pie 41 (en referencia al comentario aislado del Sr. Damonte en el sentido de que el modelo de Bates White del 28 de julio 2008 supuestamente “no es trazable ni auditable” (Damonte, párrafo 108 (**RER-2**)) y señala que el Sr. Damonte “no ofrece ninguna explicación para fundar esta afirmación”).

d. La CNEE determinó el VAD y las tarifas de EEGSA sobre la base de su propio estudio del VAD, en violación de los pronunciamientos de la Comisión Pericial

181. En su Memorial, la Demandante demuestra que luego de que una mayoría de la Comisión Pericial notificara a la CNEE por escrito que el VAD del estudio revisado de Bates White se había calculado de conformidad con los pronunciamientos de la Comisión Pericial y, por consiguiente, conforme a derecho, la CNEE arbitrariamente ignoró el estudio del VAD revisado y aplicó su propio VAD, en violación del marco legal y de los pronunciamientos de la Comisión Pericial⁹⁷⁹. Tal como lo demuestra la Demandante, la CNEE publicó los nuevos pliegos tarifarios de EEGSA utilizando su propio estudio del VAD alegando supuestamente que el Informe de la Comisión Pericial del 25 de julio de 2008 había confirmado que el estudio de Bates White del *5 de mayo de 2008* “omitió hacer la corrección a la totalidad de las observaciones realizadas por la [CNEE]” en la Resolución No. CNEE-63-2008 del 11 de abril de 2008⁹⁸⁰. La CNEE adoptó la postura de que las partes habían designado a la Comisión Pericial únicamente a fin de determinar si Bates White había aceptado todas las observaciones de la CNEE, y que no se hizo ninguna referencia a si la Comisión Pericial había determinado que alguna—o incluso todas—de las observaciones de la CNEE eran infundadas y contrarias a la LGE y al RLGE⁹⁸¹. Tal como lo demostró la Demandante, la premisa en que se basaba la postura de la CNEE—de que Bates White estaba obligado a aceptar todas las observaciones formuladas por la CNEE en la Resolución No. CNEE-63-2008—era falsa, ya que tanto el Artículo 98 del RLGE como los TdR de la CNEE establecían que EEGSA tenía derecho a discrepar con las observaciones de la CNEE y que de subsistir algún desacuerdo entre ellos, debía someterse a la Comisión Pericial, que actuaría como árbitro definitivo de la controversia de conformidad con el Artículo 75 de la LGE⁹⁸². Tal como señaló la Demandante, los miembros de la Comisión Pericial, incluido el Sr. Riubrugent, había llegado a la misma conclusión en su Informe,

⁹⁷⁹ Ver Memorial, párrafos 189-199.

⁹⁸⁰ Resolución No. CNEE-144-2008 del 29 de julio de 2008, pág. 3 (**C-272**); ver también Memorial, párrafo 191; Resolución No. CNEE-145-2008 del 30 de julio de 2008, pág. 3 (**C-273**); Resolución No. CNEE-146-2008 del 30 de julio de 2008, pág. 3 (**C-274**).]

⁹⁸¹ Ver Memorial, párrafo 191; Calleja I, párrafo 50 (**CWS-3**).

⁹⁸² Ver Memorial, párrafo 193; Alegría I, párrafo 67 (**CER-1**).

señalando que: “[a]quellas observaciones realizadas por la CNEE, de no ser atendidas por la Consultora y por tanto de persistir, constituyen discrepancias y deben ser resueltas por la Comisión Pericial (artículos 75 LGE y 98 RLGE)”⁹⁸³. La Demandante también demostró que los nuevos pliegos tarifarios de EEGSA se basaron en un estudio del VAD elaborado por la CNEE en violación de los derechos procesales de EEGSA y de los pronunciamientos más importantes de la Comisión Pericial⁹⁸⁴.

182. En su Memorial de Contestación, la Demandada aduce que “se informó al Directorio [de la CNEE] que la Comisión Pericial había dado la razón a la CNEE en más del 58 por ciento de los casos”, y que la CNEE por ello “concluyó que el estudio de Bates White de 5 de mayo no podía servir de base para la fijación del pliego tarifario”⁹⁸⁵. La Demandada alega asimismo que, si bien “[u]na posibilidad era corregir el estudio... dada la magnitud de las observaciones aceptadas por la Comisión Pericial, tanto en cantidad como entidad, se hacía imposible [hacerlo] en el tiempo que quedaba disponible”⁹⁸⁶. Según la Demandada, como no ni la LGE ni el RLGE facultan a la CNEE a revisar el estudio de VAD revisado de Bates White por tercera vez, la CNEE decidió proceder con su plan de analizar el estudio del VAD de Sigla para su aprobación⁹⁸⁷, lo cual, en su opinión, era “la opción más razonable” en esas circunstancias⁹⁸⁸. La Demandada aduce asimismo que los nuevos pliegos tarifarios de EEGSA “fueron establecidos con un criterio técnico y respetando el procedimiento y principios de la LGE y el Reglamento” y que Sigla basó sus cálculos “en base a los Términos de Referencia aceptados por EEGSA”⁹⁸⁹. Las afirmaciones de la Demandada son falsas.

183. En primer lugar, el argumento de la Demandada de que “no tenía sustento legal para iniciar una revisión de un tercer estudio presentado por el distribuidor que no estaba

⁹⁸³ Informe de la CP, at 3 (C-246).

⁹⁸⁴ Memorial, párrafos 197-199.

⁹⁸⁵ Memorial de Contestación, párrafo 416.

⁹⁸⁶ *Íb.*, párrafo 417.

⁹⁸⁷ *Íb.*, párrafo 419.

⁹⁸⁸ *Íb.*, párrafo 417.

⁹⁸⁹ *Íb.*, párrafo 435.

previsto en la LGE o su Reglamento”⁹⁹⁰ no solo carece de fundamento desde el punto de vista legal, sino que queda desmentido por las propuestas de la CNEE a las reglas operativas de la Comisión Pericial. Tal como se refleja en esos documentos, la CNEE le propuso a Bates White entregar el estudio revisado a la CNEE, para que la CNEE determinara si Bates White había incorporado las decisiones de la Comisión Pericial y, de ser así, que aprobara el estudio revisado⁹⁹¹. Si, tal como afirman ahora la Demandada y el Sr. Colóm, la CNEE no estaba facultada en virtud de la LGE y el RLGE a revisar el estudio del VAD por tercera vez, las propuestas de la CNEE, tal como se reflejaban en el proyecto del reglamento operativo, eran contrarias a derecho.

184. Asimismo, tal como confirma el Profesor Alegría en su segundo dictamen jurídico, el argumento de la Demandada de que la CNEE no estaba facultada de conformidad con la LGE y el RLGE para revisar el estudio de VAD por tercera vez es falso⁹⁹². Tal como lo explica el Profesor Alegría, “luego de que el distribuidor corrige el estudio del VAD para incorporar las decisiones de la Comisión Pericial, la CNEE debe aprobar dicho estudio y publicar los nuevos pliegos tarifarios en función de él, según lo contemplado en el Artículo 76 de la LGE y el modificado Artículo 99 del RLGE” y que “[l]a revisión por parte de la CNEE del estudio del VAD corregido es un paso lógico y necesario, además de ajustarse a la letra y el espíritu de los Artículos 74, 75 y 77 de la LGE, como también a los modificados Artículos 98 y 99 del RLGE”⁹⁹³. Tal como señala el Profesor Alegría, “los entes administrativos pueden ejecutar actos en ejercicio de sus funciones y deberes oficiales” y “; la revisión de la CNEE del estudio del VAD corregido por el distribuidor califica como tal”⁹⁹⁴. En efecto, el Artículo 99 del RLGE “dispone expresamente que la CNEE revisará el estudio corregido del distribuidor al objeto de verificar que las decisiones de la Comisión Pericial se hayan incorporado íntegramente, y luego lo aprobará y procederá a emitir los nuevos pliegos tarifarios sobre la base del comentado

⁹⁹⁰ *Íb.*, párrafo 419 (citando a Colóm, párrafo 149 (**RWS-1**)).

⁹⁹¹ *Ver, por ejemplo*, Propuesta de Reglas Operativas adjunta al Correo Electrónico de M. Quijivix a M. Calleja del 15 de mayo de 2008, pág. 2 (**C-210**); Propuesta de Reglas Operativas para el Funcionamiento de la Comisión Pericial, adjuntas al Correo Electrónico de M. Quijivix a M. Calleja del 21 de mayo de 2008, Regla 13 (**C-213**).

⁹⁹² Alegría II, párrafo 76 (**CER-3**).

⁹⁹³ *Íb.*

⁹⁹⁴ *Íb.*

estudio”⁹⁹⁵. No obstante ello, tal como hemos indicado anteriormente, el análisis y la aprobación por parte de la CNEE respecto del estudio del VAD revisado de la distribuidora, de conformidad con el Artículo 99 del RLGE se limita a determinar si el estudio revisado cumple con los pronunciamientos de la Comisión Pericial; “la CNEE no tiene discreción ni en virtud de la LGE ni del RLGE para rechazar el estudio del VAD corregido, alegando la incorrección de las decisiones de la Comisión Pericial”⁹⁹⁶.

185. También como hemos señalado anteriormente, en la Regla 12 del Reglamento Operativo, las partes se someten a la revisión de la Comisión Pericial y confirman que el estudio del VAD revisado había incorporado las decisiones de la Comisión Pericial⁹⁹⁷. Tal como señala el Profesor Alegría notes, “[d]icha verificación no invierte los roles de la CNEE y la Comisión Pericial”, ya que “la CNEE conserva su facultad de aprobar el estudio del VAD corregido y emitir los nuevos pliegos tarifarios del distribuidor con arreglo al Artículo 76 de la LGE y el Artículo 99 modificado del RLGE”⁹⁹⁸. El Profesor Alegría señala que, al requerir a la Comisión Pericial que constatará que el estudio del VAD revisado de Bates White hubiera incorporado las decisiones de la Comisión Pericial, las partes simplemente buscaron limitar una posible controversia futura entre ellas en torno al estudio del VAD revisado, y “es probable que la intención de EEGSA haya sido mitigar el riesgo de que la CNEE actuara arbitrariamente y rechazara el estudio del VAD con el pretexto de que el estudio corregido no incorporaba las modificaciones exigidas por la Comisión Pericial, para lo cual procuró que fuera esta última quien adoptara una determinación al respecto”⁹⁹⁹.

186. El Profesor Alegría señala asimismo que “La afirmación de Guatemala de que, conforme a la LGE y el RLGE, la CNEE no tenía la potestad de revisar el estudio del distribuidor por tercera vez demuestra precisamente el motivo por el cual, a mi juicio, los actos

⁹⁹⁵ *Íb.*

⁹⁹⁶ *Íb.*, párrafo 70; *ver también supra*, párrafos 35, 133.

⁹⁹⁷ *Ver supra*, párrafo 35; Correo electrónico de M. Calleja a L. Giacchino del 28 de mayo de 2008, reenviando el Correo Electrónico de M. Quijivix a L. Maté y M. Calleja del 28 de mayo de 2008, pág. 2 (C-218).

⁹⁹⁸ Alegría II, párrafo 71 (CER-3).

⁹⁹⁹ *Íb.*

de la CNEE en este caso constituyen una flagrante violación de la ley: la CNEE, sin ninguna justificación jurídica, rechazó el estudio del VAD corregido por Bates White sin antes revisarlo”¹⁰⁰⁰. De acuerdo con el Profesor Alegría, “[a continuación] la CNEE, de manera unilateral y contraria a la letra y el espíritu de los Artículos 74, 75 y 77 de la LGE, y los Artículos 97, 98 y 99 del RLGE, procedió a aprobar su propio estudio del VAD, elaborado por Sigla, y a tomarlo como base para la emisión de los nuevos pliegos tarifarios de EEGSA”¹⁰⁰¹. Señala asimismo, “[e]l hecho de designar a una Comisión Pericial a fin de que se pronuncie sobre las discrepancias entre las partes para que la CNEE luego ignore sin más el estudio del VAD corregido por el distribuidor, en razón de que no puede aprobarlo sin revisarlo y que la ley no la autoriza a revisarlo por tercera vez, implica un enorme desperdicio de tiempo y recursos para todas las partes involucradas”¹⁰⁰². El Profesor Alegría indica que “[l]as explicaciones de Guatemala con respecto a los actos de la CNEE confirman [su] opinión de que Guatemala actuó ilícitamente y de mala fe al dictar los nuevos pliegos tarifarios de EEGSA”¹⁰⁰³.

187. En segundo lugar, en relación con los pliegos tarifarios de EEGSA, el Profesor Alegría confirma que la CNEE no tenía ningún sustento legal para basarse en su propio estudio del VAD para definir los nuevos pliegos tarifarios¹⁰⁰⁴. Tal como señala el Profesor Alegría, “[s]i el nuevo Artículo 98 del RLGE se interpreta y aplica correctamente, entonces esas atribuciones de la CNEE no cobraron efecto en la revisión tarifaria de EEGSA de 2008-2013, toda vez que EEGSA entregó un estudio del VAD a su debido tiempo y respondió a las observaciones de la CNEE, presentando un estudio del VAD corregido y manifestando su desacuerdo con las observaciones que correspondían”¹⁰⁰⁵. Por consiguiente, el Artículo 98 modificado del RLGE

¹⁰⁰⁰ *Íb.*, párrafo 77.

¹⁰⁰¹ *Íb.*

¹⁰⁰² *Íb.*

¹⁰⁰³ *Íb.*

¹⁰⁰⁴ *Íb.*, párrafo 78.

¹⁰⁰⁵ *Íb.*

establece que la CNEE no tenía sustento para basarse en su propio estudio del VAD revisado para definir el nuevo pliego tarifario de EEGSA¹⁰⁰⁶.

188. Tal como se ha explicado *supra*, si bien la CNEE luego invocaría el Artículo 98 del RLGE en defensa de sus actos ante los tribunales de Guatemala¹⁰⁰⁷, los dos dictámenes legales de la Gerencia Jurídica de la CNEE del 29 de julio de 2008, que recomendaban la aprobación del estudio del VAD de Sigla, no se basen en el modificado Artículo 98 del RLGE; por el contrario, señalan que autoridad de la CNEE para realizar sus actos surge del segundo párrafo del reformado Artículo 99¹⁰⁰⁸. En el GJ-Dictamen-1287, la Gerencia Jurídica señala que a fin de cumplir con el plazo legal de cinco años era necesario emitir y publicar un nuevo pliego tarifario para los usuarios de EEGSA antes del 1 de agosto de 2008, and y la CNEE “debe aprobar un estudio tarifario que sirva” como base del nuevo pliego tarifario de EEGSA¹⁰⁰⁹. Asimismo, la Gerencia Jurídica apunta que, dado que EEGSA había omitido “corregir” su estudio del VAD de acuerdo con las observaciones de la CNEE del 11 de abril de 2008, la CNEE no puede aprobar el estudio de VAD de EEGSA¹⁰¹⁰. Así, la Gerencia Jurídica concluye que “en virtud de que el actual pliego tarifario [de EEGSA] vence el día 31 de julio de 2008”, en consonancia con el principio consagrado en el Artículo 99 del RLGE de que “ninguna distribuidora puede operar sin pliego tarifario vigente”, la CNEE tiene la potestad de aprobar el estudio del VAD preparado por su consultor, Sigla, y fijar un nuevo pliego tarifario para EEGSA

¹⁰⁰⁶ *Íb.*

¹⁰⁰⁷ *Ver infra, párrafo 214; ver también* Alegría II, párrafo 87 (**CER-3**).

¹⁰⁰⁸ Alegría II, párrafo 79 (**CER-3**); Dictámenes de la Gerencia Jurídica de la CNEE Nos. GJ-DICTAMEN-1287 y GJ-DICTAMEN-1288, Pliego de Base de Tarifas Sociales de EEGSA y Pliego de Base de Tarifas No Sociales de EEGSA del 29 de julio de 2008, págs. 5, 9-10 (**C-503**).

¹⁰⁰⁹ Alegría II, párrafo 79 (**CER-3**); Dictámenes de la Gerencia Jurídica de la CNEE Nos. GJ-DICTAMEN-1287 y GJ-DICTAMEN-1288, Pliego Base de Tarifas Sociales de EEGSA y Pliego Base de Tarifas no Sociales de EEGSA del 29 de julio de 2008, pág. 4 (**C-503**).

¹⁰¹⁰ Alegría II, párrafo 79 (**CER-3**); Dictámenes de la Gerencia Jurídica de la CNEE Nos. GJ-DICTAMEN-1287 y GJ-DICTAMEN-1288, Pliego Base de Tarifas Sociales de EEGSA y Pliego Base de Tarifas no Sociales de EEGSA del 29 de julio de 2008, pág. 4 (**C-503**).

en función de tal estudio¹⁰¹¹. ninguna de las opiniones legales analiza el Informe de la Comisión Pericial ni el estudio del VAD corregido por Bates White del 28 de julio de 2008.

189. Coincidimos con el Profesor Alegría, que explica que el análisis de la Gerencia Jurídica contiene errores fundamentales¹⁰¹². El segundo párrafo del modificado Artículo 99 del RLGE decreta que “[e]n ningún caso la actividad de Distribución Final del servicio de electricidad puede llevarse a cabo sin pliego tarifario vigente” y que, “[d]ada la circunstancia en la que una Distribuidora no cuente con un pliego tarifario, corresponde a la [CNEE] emitir y poner en vigencia un pliego tarifario de manera inmediata de forma que se cumpla con el principio ya anunciado”¹⁰¹³. Como puede verse, esta parte del Artículo 99 modificado del RLGE no se aplica en el caso de que la CNEE hubiera omitido publicar el nuevo pliego tarifario del distribuidor, sino cuando el pliego tarifario actual del distribuidor hubiera sido suspendido o invalidado de forma tal que el distribuidor no disponga de ningún pliego¹⁰¹⁴. El Profesor Alegría confirma: “[s]i el pliego tarifario anterior del distribuidor no ha sido suspendido ni invalidado, continuará aplicándose conforme lo previsto en el Artículo 78 de la LGE y en el primer párrafo del modificado Artículo 99 del RLGE, con los ajustes correspondientes, hasta tanto la CNEE publique el nuevo pliego, excepto únicamente en los supuestos en que el distribuidor no hubiera presentado un estudio del VAD o no hubiera respondido a las observaciones de la CNEE”¹⁰¹⁵.

190. También se ha señalado *supra* que, tal como lo confirma el profesor Alegría, la noción de que la CNEE tiene la obligación de publicar los nuevos pliegos tarifarios del distribuidor en la fecha de vencimiento de los pliegos anteriores es equivocada; de conformidad con el Artículo 99 del RLGE, la CNEE tiene *nueve meses* desde la fecha de vencimiento de los pliegos tarifarios previos para publicar los nuevos pliegos del distribuidor¹⁰¹⁶. De conformidad

¹⁰¹¹ Alegría II, párrafo 79 (CER-3); Dictámenes de la Gerencia Jurídica de la CNEE Nos. GJ-DICTAMEN-1287 y GJ-DICTAMEN-1288, Pliego Base de Tarifas Sociales de EEGSA y Pliego Base de Tarifas no Sociales de EEGSA del 29 de julio de 2008, págs. 4-5 (C-503).

¹⁰¹² Alegría II, párrafo 80 (CER-3).

¹⁰¹³ RLGE Modificado, Art. 99 (C-105).

¹⁰¹⁴ *Ver supra*, párrafos 85-88; Alegría II, párrafo 80 (CER-3).

¹⁰¹⁵ Alegría II, párrafo 80 (CER-3); LGE, Art. 78 (C-17); RLGE Modificado, Art. 99 (C-105).

¹⁰¹⁶ *Ver supra*, párrafo 142; Alegría II, párrafo 81 (CER-3); RLGE Modificado, Art. 99 (C-105).

con la ley, la CNEE tenía hasta el 1 de mayo de 2009 para publicar los nuevos pliegos tarifarios de EEGSA y, mientras tanto, se deben seguir aplicando los pliegos anteriores de EEGSA con los ajustes pertinentes¹⁰¹⁷. Efectivamente, en un escrito presentado a la Corte de Constitucionalidad en el año 2003, “el representante legal de la CNEE defendió claramente la postura de que es posible que la emisión de los nuevos pliegos tarifarios del distribuidor se demore y que, en ese caso, se continuarán aplicando los pliegos anteriores del distribuidor, conforme lo previsto en el Artículo 78 de la LGE y los Artículos 98 y 99 originales del RLGE”¹⁰¹⁸. Tal como observa el Profesor Alegría, “[e]sto refuerza aun más [su] opinión de que los actos de la CNEE de ignorar el Informe de la Comisión Pericial y el estudio del VAD corregido por Bates White y adoptar unilateralmente su propio estudio del VAD fueron ilícitos y arbitrarios”¹⁰¹⁹.

191. Por último, tal como se plantea en el Memorial de la Demandante, la CNEE jamás le dio a EEGSA la posibilidad de revisar o formular observaciones al estudio de Sigla, contraviniendo el fin de la LGE¹⁰²⁰. Esto resulta especialmente preocupante si consideramos que, tal como lo demuestran el Sr. Kaczmarek y el Dr. Barrera, el VAD resultante del estudio de Sigla era injustificado desde el punto de vista financiero y de ingeniería y, asimismo, el estudio de Sigla contraviene los pronunciamientos de la Comisión Pericial en varias cuestiones importantes¹⁰²¹. Específicamente, tal como lo demuestra el Dr. Barrera, Sigla no acató la decisión de la Comisión pericial respecto del FRC (según la cual EEGSA podría haber obtenido un retorno de aproximadamente 93% del VNR) sino que adoptó el cálculo FRC definido en los TdR, que asumen como punto de partida una base de capital amortizada en un 50%, lo cual efectivamente reduce el valor de la base de capital a la mitad¹⁰²². Tal como lo confirma el Dr. Barrera, “el cálculo del FRC que utilizó Sigla compensa en forma insuficiente a la distribuidora

¹⁰¹⁷ *Ver supra*, párrafo 142; Alegría II, párrafo 81 (CER-3); RLGE Modificado, Art. 99 (C-105).

¹⁰¹⁸ Alegría II, párrafo 82 (CER-3); Respuesta de la CNEE al Recurso Constitucional 1782-2003 del 10 de noviembre de 2003 (C-81).

¹⁰¹⁹ Alegría II, párrafo 82 (CER-3).

¹⁰²⁰ *Ver* Memorial, párrafos 197, 259.

¹⁰²¹ Llama la atención que la Demandada no haya ofrecido como expertos o como testigos a los autores del estudio de Sigla, ni en este arbitraje ni en el arbitraje *Iberdrola* para defender ese estudio.

¹⁰²² Barrera, párrafo 260 (CER-4); *ver también* Informe de Sigla Etapa D, pág. 2 (C-267).

porque no brinda ingresos suficientes a la empresa para recuperar las inversiones”¹⁰²³. El Sr. Kaczmarek concuerda y explica que “[e]l error fundamental en la fórmula del FRC recomendada por la CNEE/Sigla y el Sr. Damonte es que ellos toman en cuenta la depreciación en las tarifas, pero ellos no proveen un ajuste correspondiente al VNR para compensar al distribuidor”.¹⁰²⁴ Así lo confirma el Sr. Kaczmarek: “[e]l resultado de adoptar las tarifas propuestas por la CNEE/Sigla y el Sr. Damonte es que EEGSA tendría que utilizar la porción de “retorno de capital” de la tarifa para pagar los gastos de capital de reemplazo, con lo que renunciaría a la posibilidad de recuperar su inversión de capital”¹⁰²⁵.

192. Sigla también contravino la decisión de la Comisión Pericial de que el estudio tarifario debe basarse en los precios de referencia más reciente y seleccionar el menor de entre dos precios internacionales y un precio local. Contrariamente, Sigla alegó utilizar los precios de 2006 conforme a los TdR, pero en efecto utilizó precios más bajos, con un ajuste deficiente¹⁰²⁶. Sigla utilizó tres precios de referencia internacionales en (sin el precio local), y cuando utilizó un precio local, aplicó el promedio de esos precios en vez de considerar el precio más bajo¹⁰²⁷. El Dr. Barrera demuestra que ante los marcados aumentos del precio de materiales tales como cobre y aluminio registrados entre 2006 y 2008, el método de Sigla tuvo un profundo efecto del VAD, subvaluándolo¹⁰²⁸. El Dr. Barrera concluye que “en lo que respecta a los precios de referencia, concluimos que el estudio de Sigla no cumple con los Términos de Referencia o con la resolución de la Comisión Pericial en ... y que el enfoque de Sigla resulta en un VNR y VAD de EEGSA significativamente subvaluados”¹⁰²⁹. El Dr. Barrera señala asimismo que la irracionalidad del enfoque adoptado por Sigla respecto de los precios de referencia se ve ratificada por el hecho de que el mismo experto de la Demandada adoptó un enfoque distinto del

¹⁰²³ Barrera, párrafo 261 (CER-4).

¹⁰²⁴ Kaczmarek II, párrafos 86-87 (CER-5).

¹⁰²⁵ Kaczmarek II, párrafo 87 (CER-5); *ver también* Estudio Tarifario de Bates White, Etapa D, 31 de marzo de 2008, pág. 3 (donde se demuestra que el cálculo de FRC de la CNEE no llega a producir la tasa de retorno mínima del 7%, en tanto que el cálculo de Bates White sí produce ese resultado) (C-182).

¹⁰²⁶ Barrera, párrafo 265 (CER-4).

¹⁰²⁷ *Íb.*, párrafo 267.

¹⁰²⁸ *Íb.*, párrafo 269.

¹⁰²⁹ *Íb.*

implementado por Sigla en su supuesto recálculo del estudio de Bates White del 5 de mayo de 2008¹⁰³⁰.

193. En cuanto a los aspectos de ingeniería de la red de la empresa modelo, entre otras cosas, Sigla calculó la demanda dividiendo el área de distribución en cuadrados de 100 x 100 metros en lugar de 400 x 400 metros cuadrados, según lo requerido por la Comisión Pericial, de modo tal que se eliminaron ciertas manzanas del modelo con la resultante reducción del VNR y el VAD¹⁰³¹. Asimismo, Sigla colocó postes con transformadores en las esquinas de las intersecciones, de modo tal que Sigla pudo modelar cuatro salidas por transformador y reducir el costo asociado (con la reducción resultante del VNR y del VAD). Sin embargo, esta configuración contraviene las normas técnicas de Guatemala y genera un riesgo de seguridad¹⁰³². Por último, Sigla presupuso que la empresa modelo sólo necesitaría el 48% de los transformadores efectivamente utilizados por EEGSA en áreas urbanas, lo cual, según explica el Dr. Barrera, es un supuesto que “ha sido eliminado hasta entonces de la red real a fin de hacerla no confiable e injustificada, desde un punto de vista de ingeniería”¹⁰³³.

194. El Dr. Barrera confirma asimismo que el estudio de Sigla presentaba muchas de las mismas características que la Demandada aduce haber identificado en el estudio de Bates White (rebatidas por la Demandada) que supuestamente lo tornan inadecuado para fijar las tarifas, tales como la falta de vínculos entre las planillas, factores injustificados o intrazables en las fórmulas, valores pegados o introducidos manualmente y errores en las fórmulas¹⁰³⁴.

195. No obstante ello, la Demandada alega que los valores resultantes del estudio de Sigla se ajustan a los valores de “toda la región”, tal como supuestamente lo demuestra el Sr. Damonte en lo que presenta como estudio de benchmarking de los VNR de 60 distribuidoras

¹⁰³⁰ *Íb.*, párrafo 268.

¹⁰³¹ *Íb.*, párrafo 271.

¹⁰³² *Íb.*, párrafo 274.

¹⁰³³ *Íb.*, párrafo 275.

¹⁰³⁴ *Íb.*, párrafos 276-277 (**CER-4**).

latinoamericanas¹⁰³⁵. Contrariamente a la afirmación de la Demandada, el Dr. Barrera demostró que el análisis de benchmarking del Sr. Damonte adolece de serias fallas y por tanto no es confiable, y no puede utilizarse para sacar ninguna conclusión respecto del VNR de EEGSA¹⁰³⁶.

196. En primer lugar, el Dr. Barrera explica que el informe de benchmark del Sr. Damonte se basa en una metodología inadecuada. Esto se debe a que el análisis de benchmarking una de las herramientas generalmente utilizadas por los reguladores para determinar los costos operativos recuperables del distribuidor (y, a veces, los costos totales). No suele aplicarse para determinar en forma independiente los costos de capital recuperables, mucho menos el VNR¹⁰³⁷. Asimismo, los reguladores tradicionalmente han comparado los valores de referencia de empresas de distribución dentro de un único país, no entre países, porque el análisis de benchmarking entre distintos países introduce una incertidumbre y complejidad adicionales significativas debido a factores que varían según el país, como el método de regulación, los principios de contabilidad, los costos de mano de obra, y otros factores similares¹⁰³⁸. Además, el Sr. Damonte utiliza una fórmula de benchmarking extremadamente simplista que, entre otras cosas, omite incorporar factores de control para reflejar las diferencias entre los distintos países de la muestra, y esto no se condice con las fórmulas más sofisticadas generalmente utilizadas a este fin¹⁰³⁹. Mr. Damonte tampoco utilizó pruebas estadísticas para demostrar que el supuesto VNR de otras empresas de la muestra para demostrar que los supuestos VNR de las empresas de la muestra efectivamente resultan de las variables que él utilizó¹⁰⁴⁰. Asimismo, las empresas de la muestra del Sr. Damonte son de muy diverso tamaño, y abarcan desde empresas cien veces más chicas que EEGSA a empresas más de siete veces más grandes que EEGSA, y el Sr. Damonte no ajustó su benchmark para reflejar los distintos efectos de las economías de escala

¹⁰³⁵ Memorial de Contestación, párrafo 442; Damonte, párrafos 235-57 (**RER-2**); *ver también* Memorial de Contestación, párrafo 522.

¹⁰³⁶ Barrera, Sección 5 (intitulada “Los análisis de benchmarking del Sr. Damonte y de Mercados Energéticos no son confiables”) (**CER-4**).

¹⁰³⁷ *Íb.*, párrafo 225.

¹⁰³⁸ *Íb.*, párrafo 226.

¹⁰³⁹ *Íb.*, párrafo 231.

¹⁰⁴⁰ *Íb.*, párrafo 235.

que afectan los costos de estas empresas¹⁰⁴¹. Por último, la comparación del Sr. Damonte abarca varios países y años, y el Sr. Damonte no realizó los ajustes necesarios para reflejar el hecho de que los valores de las bases de capital fluctúan con el tiempo con la evolución del precio de los materiales¹⁰⁴².

197. En segundo lugar, el benchmark del Sr. Damonte en gran medida *no* se basa en el VNR de otras empresas. Esto se debe a que la muestra de empresas del Sr. Damonte se encuentra conformada en su mayor parte por distribuidoras de países que no utilizan el método de VNR, incluidos Brasil, Panamá y Bolivia. Por consiguiente, los valores de las bases de capital informadas para estas empresas no representan el VNR¹⁰⁴³. Asimismo, lejos de representar a “toda la región”¹⁰⁴⁴, el Sr. Damonte tomó como referencia empresas de siete países y la mayoría de las empresas de la muestra son brasileñas (un país que no utiliza el VNR)¹⁰⁴⁵.

198. En tercer lugar, los supuestos datos de las empresas utilizados por el Sr. Damonte son muy poco confiables. Por ejemplo, Según el Sr. Damonte, el VNR de la empresa peruana es casi cuatro veces menor que el VNR publicado por el regulador peruano¹⁰⁴⁶. Para otra empresa peruana, Edelnor, el Sr. Damonte utiliza un VNR de US\$ 867,8 millones, aunque según el regulador peruano, el VNR de esa empresa asciende a US\$ 960,2 millones, más de \$90 millones más de lo que alega el Sr. Damonte¹⁰⁴⁷. El subvaluar el VNR de las empresas incluidas en la muestra de benchmarking obviamente reduce el benchmark resultante. Asimismo, el Sr. Damonte no ha presentado ningún soporte para los datos que presenta respecto de las empresas de la muestra, tales como el VNR de las empresas, la cantidad de energía vendida por año, la extensión de la red y la cantidad de clientes¹⁰⁴⁸.

¹⁰⁴¹ *Íb.*, párrafo 234.

¹⁰⁴² *Íb.*, párrafo 236.

¹⁰⁴³ *Íb.*, párrafo 239.

¹⁰⁴⁴ Memorial de Contestación, párrafo 442.

¹⁰⁴⁵ Barrera, párrafo 239.

¹⁰⁴⁶ *Íb.*, párrafo 242.

¹⁰⁴⁷ *Íb.*

¹⁰⁴⁸ *Íb.*, párrafos 243-244.

199. Por último, pero no por ello menos importante, el benchmark del Sr. Damonte es altamente sensible a cambios en la elasticidad, que determina cuánto se modifica el benchmark al modificarse alguna de las otras variables. El Dr. Barrera demuestra que un mero cambio del 1% en el efecto de elasticidad del Sr. Damonte —que en el modelo utilizado por él se puede producir muy simplemente, tan sólo reemplazando la cifra de elasticidad de 0,4759 incluida en el informe corregido por la cifra de 0,58 indicada en el informe originalmente presentado con el Memorial de Contestación—incrementa el VNR de referencia del Sr. Damonte para 2008 a \$2,4 mil millones, lo cual claramente excede todos los VNR calculados por Bates White¹⁰⁴⁹. Cabe destacar que el Sr. Damonte no presentó ningún dato para justificar la cifra de elasticidad¹⁰⁵⁰.

e. Los VNR y VAD resultantes del Estudio del VAD Revisado de Bates White eran justificados y razonables

200. En contraposición a las tarifas impuestas por la CNEE a EEGSA, las tarifas que se habrían aplicado si la CNEE hubiera procedido conforme a derecho y fijado las tarifas sobre la base del estudio del VAD revisado de Bates White, que incorporó todas y cada una de las decisiones de la Comisión pericial, habrían sido razonables desde una perspectiva económica y de ingeniería. Tal como lo demostró la Demandante en su Memorial, el VNR de US\$ 1.053 millones (y, por consiguiente, el VAD) resultantes del Estudio de Bates White del 28 de julio de 2008, si bien es significativamente mayor que el VNR de US\$ 583,69 millones calculado en la revisión tarifaria de 2003, estaba plenamente justificado¹⁰⁵¹. Tal como se explica en el Memorial, el incremento del VNR de 2003 al VNR de 2008 obedeció a diversos factores, entre ellos, un incremento sustancial en el costo de los materiales utilizados en la distribución de electricidad: el distinto tratamiento del capital de trabajo y las servidumbres en las dos revisiones tarifarias; la inclusión acertada de activos adicionales en la revisión tarifaria de 2008; el aumento en el precio

¹⁰⁴⁹ *Íb.*, párrafos 232-233.

¹⁰⁵⁰ *Íb.*, párrafo 233. Por su parte, Mercados Energéticos intentó presentar un análisis independiente en su informe de julio de 2009, concentrándose en el VAD de varias empresas. *Ver* Mercados Energéticos Consultores, Revisión de los Informes de Auditoría de los Consultores Independientes en relación a la “Revisión del estudio de valor agregado de distribución de EEGSA en relación al pronunciamiento de la Comisión Pericial”, julio de 2009, págs. 12-13 (**C-582**). Tal como demuestra el Dr. Barrera, El supuesto análisis de benchmarking de Mercados Energéticos contiene tantos errores y es tan poco confiable como el análisis del Sr. Damonte. *Ver* Barrera, párrafos 246-253 (**CER-4**).

¹⁰⁵¹ *Ver* Memorial, párrafo 186; Giacchino I, párrafos 73-80 (**CWS-4**); Kaczmarek I, párrafos 105-111 (**CER-2**).

del petróleo, que afecta la optimización de la red para minimizar pérdidas de energía; el crecimiento de la base de clientes y la expansión de la red física¹⁰⁵².

201. La Demandada no contradice que estos factores hayan contribuido a incrementar el VNR entre 2003 y 2008, pero el Sr. Damonte especula que de haberse optimizado la red se podría haber eliminado este impacto¹⁰⁵³. La Demandada presenta un supuesto recálculo del estudio de Bates White del 5 de mayo de 2008 elaborado por el Sr. Damonte, mediante el cual arriba a un VNR de US\$ 629 millones, y alega que esto demuestra que el VNR de Bates White era excesivo¹⁰⁵⁴. No obstante ello, el Dr. Barrera demuestra que el “recálculo” del Sr. Damonte “no resulta confiable y que el VNR y el VAD resultantes han sido subestimados considerablemente y carecen de toda justificación”¹⁰⁵⁵. Ello también obedece a diversos motivos.

202. En primer lugar, el mismo Sr. Damonte reconoce que simplemente ignoró varios de los pronunciamientos de la Comisión Pericial¹⁰⁵⁶. Si bien el Sr. Damonte afirma que esto se debió a falta de tiempo e información¹⁰⁵⁷, estas excusas son una falacia: el Dr. Barrera señala que el Sr. Damonte también esgrimió la misma excusa de la falta de tiempo casi dos años atrás, al presentar el recálculo del modelo de Bates White del 5 de mayo 2008 en el arbitraje *Iberdrola*¹⁰⁵⁸. En cuanto a la supuesta falta de información, el Sr. Damonte simplemente eligió

¹⁰⁵² Ver Memorial, párrafo 186; Giacchino I, párrafos 73-80 (**CWS-4**); Kaczmarek I, párrafos 105-111 (**CER-2**).

¹⁰⁵³ Ver Damonte, párrafos 223-228 (**RER-2**); ver también Kaczmarek II, párrafos 196-197 (donde explica por qué cada uno de estos cuatro factores produjo un incremento del VNR y por qué los intentos del Sr. Damonte por minimizar el impacto son inútiles.) (**CER-5**).

¹⁰⁵⁴ Memorial de Contestación, párrafo 432; Damonte, párrafo 173 (**RER-2**).

¹⁰⁵⁵ Ver Barrera, párrafo 207 (**CER-4**); ver también Damonte, Sección 5 (intitulada “Recálculo del estudio de Bates White en base al pronunciamiento de la Comisión Pericial”); *Íd.* Sección 6 (intitulada “Recálculo del estudio de Bates White corrigiendo la FRC propuesta por la CP”) (**RER-2**).

¹⁰⁵⁶ Damonte, párrafos 163, 176 (**RER-2**); Memorial de Contestación, párrafo 603 nota al pie 834 (“Como lo explica el Ing. Damonte en detalle en su reporte, la incorporación de muchos de los pronunciamientos necesitan de información adicional y optimizaciones imposibles de realizar en el marco temporal disponible”); Barrera, párrafo 195 (**CER-4**).

¹⁰⁵⁷ Ver Damonte, párrafo 163 (**RER-2**).

¹⁰⁵⁸ Barrera, párrafo 197 (**CER-4**); Opinión Experta de Mario C. Damonte, julio de 2010, *Iberdrola Energía, S.A. c. República de Guatemala* (Caso CIADI No. ARB/09/5), párrafos 426, 434, 436, 438, 440, 442 (**C-572**).

ignorar la vasta documentación de respaldo presentada por Bates White a la CNEE luego de presentar el estudio del 5 de mayo de 2008¹⁰⁵⁹.

203. En segundo lugar, entre los pronunciamientos de la Comisión Pericial que el Sr. Damonte eligió ignorar se incluyen los que tienen el impacto más significativo sobre el VNR y el VAD. Por ejemplo, el Sr. Damonte ignoró la decisión respecto del cálculo FRC y se limitó a elaborar su propio cálculo (que no se condecía con los TdR) que efectivamente calcula el retorno de la Demandante sobre una base de capital amortizada aproximadamente en un 30%¹⁰⁶⁰. Debido a este error, el VAD del Sr. Damonte se reduce en US\$ 288,7 millones¹⁰⁶¹. Asimismo, el Sr. Damonte ignoró el pronunciamiento de la comisión Pericial respecto de los precios de referencia, y calculó los precios sobre la base de los estudios tarifarios de DEORSA y DEOCSA y el estudio de Sigla¹⁰⁶². Debido a este error, el VNR se reduce en US\$ 473.2 millones y el VAD en US\$ 139,7 millones¹⁰⁶³.

204. En tercer lugar, el Sr. Damonte adopta supuestos irrealistas respecto de la red de la empresa modelo. Por ejemplo, el Sr. Damonte presupuso que la empresa modelo necesitaría sólo un 32% de los transformadores efectivamente utilizados por EEGSA en la red verdadera en el área urbana¹⁰⁶⁴. El Sr. Damonte no ofreció ningún justificativo de este gran desvío. Tal como señala el Dr. Barrera, de no existir justificación, como en este caso, una discrepancia tan grande entre la cantidad de activos de la empresa real y la empresa modelo por lo general obedece a un error del modelo¹⁰⁶⁵. En cuarto lugar, sin perjuicio de los reiterados pedidos de la Demandante de las planillas de cálculo utilizadas a los fines del análisis del Sr. Damonte, la Demandada no presentó una planilla del análisis del Sr. Damonte relevante a los fines del análisis de los precios

¹⁰⁵⁹ Ver Barrera, párrafo 195 (CER-4).

¹⁰⁶⁰ Ver *Íb.*, párrafo 198.

¹⁰⁶¹ Ver *Íb.*; ver también Análisis Dictamen de la Comisión Pericial, sin fecha pág. 9, párrafo 6 (donde señala que si se incorporaba el FRC al estudio de Sigla sin realizar *ningún* otro cambio, el VAD se incrementaría en un 25%) (C-547).

¹⁰⁶² Ver Barrera, párrafo 197 (CER-4); ver también Kaczmarek I, párrafos 39-41 (CER-2).

¹⁰⁶³ Ver Barrera, párrafo 197 (CER-4).

¹⁰⁶⁴ Ver *Íb.*, párrafos 200-201.

¹⁰⁶⁵ *Íd.*, párrafo 38.

de referencia¹⁰⁶⁶. Asimismo, las planillas del Sr. Damonte claramente habían sido manipuladas entre las presentaciones a cuentagotas efectuadas por la Demandada, y en los archivos más recientemente producidos por la Demandada se habían eliminado los vínculos a la planilla que el Sr. Damonte no presentó y se habían reemplazados con valores pegados¹⁰⁶⁷.

205. Por último, el Dr. Barrera señala que la razonabilidad del VNR y el VAD calculados de conformidad con las decisiones de la Comisión Pericial se ve ratificada por el hecho de que la CNEE se benefició en una serie de cuestiones “respecto de las cuales habría estado justificado, desde un punto de vista económico y de ingeniería, decidir a favor de EEGSA”¹⁰⁶⁸. Por ejemplo, mientras que según la decisión de la Comisión Pericial respecto del cálculo del FRC, EEGSA podía obtener un retorno de aproximadamente 93% sobre el capital, en promedio, tal como se explica *supra* y como lo confirma el Dr. Barrera, el cálculo de Bates White, según el cual EEGSA podría haber obtenido un retorno sobre el capital del 100%, “estaba completamente en lo cierto, por lo que la decisión de la Comisión Pericial fue errada. Si la Comisión Pericial hubiera decidido correctamente esta cuestión, el VNR y el VAD resultantes habrían sido más altos”¹⁰⁶⁹. El Sr. Kaczmarek llega a la misma conclusión¹⁰⁷⁰. En tal sentido, la afirmación de la Demandada de que el cálculo de FRC de la Comisión Pericial del estudio de Bates White del 28 de julio de 2008 sobrecompensaba a EEGSA es incorrecta.

¹⁰⁶⁶ *Ver Íb.*, párrafos 202-203.

¹⁰⁶⁷ *Ver Íb.* 203. Tal como explica el Dr. Barrera, los precios de referencia del Sr. Damonte tomados del estudio de Sigla se reflejan en su planilla denominada “Precios”. El archivo “Precios.xlsm” enumera los precios de referencia de Sigla en la solapa “Resumen,” columnas S y T, que a su vez se encuentran enlazadas al archivo “VNR-Total-EEGSA.xlsb”, solapa “Costos Unitarios.” A pesar de reiterados pedidos de presentar todos los archivos, la Demandada nunca presentó el archivo “VNR-Total-EEGSA.xlsb”. Asimismo, cuando la Demandada presentó el modelo del Sr. Damonte en un archivo zip con los vínculos preservados, en respuesta al pedido de la Demandada, esta versión “enlazada” del modelo del Sr. Damonte contenía una versión distinta del archivo de “Precios” denominado “Precios V2.xlsx”. En ese archivo se habían eliminado todos los vínculos al archivo no presentado, “VNR-Total-EEGSA.xlsb”, y se los había reemplazado con valores pegados o introducidos manualmente. *Íd.*, párrafos 202-203. *Ver* Correspondencia entre la Demandante y la Demandada respecto de la producción de documentos (C-569). Para facilitar la referencia, la Demandante presenta todos los archivos de Excel del Sr. Damonte presentados por la Demandada en el arbitraje y entregados a la Demandante como un único documento electrónico, organizado en carpetas según la fecha en que se habían presentado. *Ver* archivos de Excel del Sr. Damonte (C-568).

¹⁰⁶⁸ Barrera, párrafo 209 (CER-4).

¹⁰⁶⁹ *Íb.*, párrafo 215.

¹⁰⁷⁰ Kaczmarek II, párrafo 80 (CER-5).

206. La Demandada hace referencia a un test del valor presente neto que, según el Sr. Damonte y Compass Lexecon demuestra que el cálculo de FRC de la Comisión Pericial (al igual que el cálculo original de Bates White) supuestamente contradice el “principio de equivalencia” porque el valor presente neto del costo de los flujos de capital, descontado a valor presente a la tasa de retorno regulada es mayor que el valor de la base de capital¹⁰⁷¹. El Sr. Kaczmarek explica que el test del valor presente neto adolece de fallas estructurales¹⁰⁷². En primer lugar, el supuesto “principio de equivalencia” al que hacen referencia el Sr. Damonte y Lexecon “ha sido creado (...) por [ellos] para los propósitos de este arbitraje” y “no es un teorema reconocido empleado para valor regímenes regulatorios” ni tratado en la bibliografía académica¹⁰⁷³. De hecho, el supuesto que Compass Lexecon toma base, de que el valor justo de mercado de la empresa de servicios públicos debe ser igual al valor de la base de capital carece de sustento¹⁰⁷⁴ y si lo aceptáramos, descalificaría la fórmula del FRC del Sr. Damonte¹⁰⁷⁵. En todo caso, si igual que en el escenario hipotético de Compass Lexecon el VNR fuera de US\$ 100 y el marco regulatorio contemplara un flujo de fondos con un valor presente neto de US\$ 120,40, “el comprador de esa compañía de servicios básicos pagaría US\$ 120.40 por la corriente de flujo de fondos, no US\$ 100.00, por lo tanto estableciendo la ‘equivalencia’”¹⁰⁷⁶. Asimismo, el valor presente neto de la Demandada se basa en el supuesto de que los activos deben amortizarse por completo durante su vida útil¹⁰⁷⁷. Este supuesto es incorrecto, porque la distribuidora “tiene que continuamente reemplazar los activos de la red para mantener la red funcionando” y “[e]stas reinversiones crean una base de capital ‘perpetua’ de tal manera que el valor de los activos, netos de depreciación, nunca será cero”, tal como lo ha admitido la Demandada misma¹⁰⁷⁸. Por

¹⁰⁷¹ Ver Compass Lexecon, párrafos 67-71 (**RER-1**); Damonte, párrafos 177-99 (**RER-2**); Memorial de Contestación, párrafo 606.

¹⁰⁷² Kaczmarek II, párrafos 93-103 (**CER-5**).

¹⁰⁷³ *Íb.*, párrafo 97.

¹⁰⁷⁴ *Íb.*, párrafos 98-99.

¹⁰⁷⁵ *Íb.*, párrafo 100 & Figura 8.

¹⁰⁷⁶ *Íb.*, párrafo 98.

¹⁰⁷⁷ *Íb.*, párrafo 101.

¹⁰⁷⁸ *Íb.*, párrafo 101; Memorial de Contestación, párrafo 189(a) nota al pie 207 (“[s]i el inversor reinvierte este dinero, el mismo pasa a incrementar la base de capital remunerable”).

consiguiente, si bien “la regulación de compañía modelo originalmente implementada por Guatemala, correctamente ignoró tanto la depreciación como los gastos de capital de reemplazo”, el test de valor presente neto de Compass Lexecon erróneamente intenta “incorporar la depreciación sin añadir gastos de capital de reemplazo”¹⁰⁷⁹.

207. Existen otros ejemplos de decisiones de la Comisión Pericial a favor de la postura de la CNEE, total o parcialmente, cuando en realidad debió haber prevalecido la posición de Bates White y la incorporación de estos pronunciamientos al estudio de VAD revisado resultaron en VAD y VNR menores de los que se habrían justificado de otra manera. Entre ellos podemos mencionar la decisión sobre los costos de mano de obra (discrepancia B.2), mediante la cual la Comisión Pericial omitió considerar que debido a las economías de escala “los costos de las tareas individuales tercerizadas como un paquete son menores que los que se generarían si esas mismas tareas se tercerizaran individualmente”¹⁰⁸⁰; los honorarios del operador (discrepancia F.8), “los montos reales de los costos eficientes de consultores se incluyen rutinariamente en las revisiones tarifarias”, en lugar de tener una máximo tan exiguo como el exigido por la Comisión Federal¹⁰⁸¹; servidumbres (discrepancia C.11), donde “la práctica habitual consiste en incluir las servidumbres adquiridas a un determinado costo ... como así también los costos asociados a su mantenimiento”, en lugar de excluir los costos asociados a las servidumbres en su conjunto, tal como lo exigía la Comisión Pericial y en forma inconsistente con el tratamiento en el período tarifario 2003-2008¹⁰⁸²; los intereses intercalares (discrepancia B.4.c), es decir, los costos de financiamiento incurridos durante la construcción de un activo, cuando en realidad “habría sido razonable permitir la inclusión de intereses intercalares por su costo total (sin el límite fijado por la CNEE)” y aceptado por la Comisión Pericial¹⁰⁸³; las pérdidas no técnicas (discrepancia E.5), es decir, las pérdidas causadas, en su mayor parte, por el robo de electricidad, donde “el límite de

¹⁰⁷⁹ Kaczmarek II, párrafo 102 (CER-5).

¹⁰⁸⁰ Barrera, párrafo 216 (CER-4).

¹⁰⁸¹ *Íb.*, párrafo 218.

¹⁰⁸² *Íb.*, párrafo 219.

¹⁰⁸³ *Íb.*, párrafo 220.

2,2% impuesto por la Comisión Pericial es demasiado bajo”¹⁰⁸⁴; y las instalaciones subterráneas (discrepancia C.3.f), en la cual “en consonancia con el enfoque adoptado por la Comisión Pericial respecto de la discrepancia C.3.f, habría sido razonable permitir que el modelo incluyera las salidas subterráneas existentes en lugar de modelarlas como aéreas”¹⁰⁸⁵.

f. Guatemala criticó los esfuerzos de EEGSA por subsanar el daño sufrido, y tomó represalias contra EEGSA

208. En su Memorial, la Demandante demostró que inmediatamente después de la publicación del nuevo pliego tarifario sobre la base del estudio del VAD de Sigla y en flagrante contravención de los pronunciamientos de la Comisión Pericial, EEGSA presentó recursos administrativos ante la CNEE en contra de las Resoluciones Nos. CNEE-144-2008, CNEE-145-2008, y CNEE-146-2008, y un recurso de amparo¹⁰⁸⁶. La Demandante también demostró que, en un esfuerzo por llegar a un acuerdo con Guatemala, el Sr. Gillette, Presidente de TECO Guatemala en ese momento, se reunió con la CNEE y con funcionarios de Guatemala y les explicó que, si bien la Demandante estaba comprometida con su inversión en Guatemala, las nuevas tarifas fijadas por la CNEE se habían determinado en forma arbitraria y en violación de la ley, y eran considerablemente más bajas que las tarifas anteriores, y ponían en grave riesgo la estabilidad financiera de EEGSA¹⁰⁸⁷. Los representantes de EEGSA, los Sres. Maté y Calleja, también se reunieron con funcionarios de la CNEE y del MEM para analizar la posibilidad de negociar una resolución de la controversia¹⁰⁸⁸. No obstante, a pesar de los esfuerzos de EEGSA y

¹⁰⁸⁴ *Íb.*, párrafo 221.

¹⁰⁸⁵ *Íb.*, párrafo 222.

¹⁰⁸⁶ *Ver* Memorial, párrafo 200; Maté I, párrafo 59 (CWS-6); Calleja I, párrafo 54 (CWS-3); Alegría I, párrafo 73 (CER-1); Recurso de Revocatoria de EEGSA contra la Resolución No. CNEE-144-2008 del 1 de agosto de 2008, recibido por la CNEE el 4 de agosto de 2008 (C-285); Recurso de Revocatoria de EEGSA contra la Resolución No. CNEE-145-2008 del 1 de agosto de 2008, recibido por la CNEE el 4 de agosto de 2008 (C-286); Recurso de Revocatoria de EEGSA contra la Resolución No. CNEE-146-2008 del 1 de agosto de 2008, recibido por la CNEE el 4 de agosto de 2008 (C-287); Recurso de Amparo de EEGSA contra la Resolución de la CNEE GJ-Providencia-3121 y las Resoluciones Nos. CNEE-144-2008, CNEE-145-2008, y CNEE-146-2008 del 14 de agosto de 2008 (C-291).

¹⁰⁸⁷ *Ver* Memorial, párrafo 200; Gillette I, párrafo 23 (CWS-5); Nota de G. Gillette al Presidente de Guatemala À. Colom Caballeros del 15 de agosto de 2008 (C-292).

¹⁰⁸⁸ *Ver* Memorial, párrafo 201; Maté I, párrafo 61 (CWS-6); Calleja I, párrafo 54 (CWS-3).

de la Demandante, Guatemala no tenía intenciones de negociar respecto del VAD de EEGSA¹⁰⁸⁹. La Demandante asimismo ha demostrado que, mientras los recursos de EEGSA se encontraban pendientes de resolución ante los tribunales de Guatemala, la Procuraduría le solicitó al Juzgado Penal que dicte órdenes de arresto contra dos gerentes de EEGSA, incluido el Sr. Maté, por acusaciones que infundadas por ingreso en propiedad ajena por la instalación de líneas de EEGSA a lo largo de una servidumbre de paso de una línea férrea, que se había instalado más de 50 años antes, cuando EEGSA era empresa estatal¹⁰⁹⁰. La Demandante explicó que tres días después de que la Procuraduría hiciera este pedido, el Juzgado Penal emitió las órdenes de arresto, y, si bien unos días después se concedió un amparo provisional que a su vez suspendió la orden de aprehensión, en vista de la incertidumbre reinante en el país y el riesgo a su libertad y seguridad, el Sr. Maté decidió no regresar a Guatemala¹⁰⁹¹. La Demandante explica asimismo que luego de que le robaran su computadora portátil durante una entrevista radial respecto del proceder ilícito de la CNEE, el Sr. Calleja también decidió irse de Guatemala¹⁰⁹².

209. La Demandante demostró asimismo que si bien el Juzgado Segundo de la Primera Instancia Civil le concedió a EEGSA el amparo contra la Resolución No. CNEE-144-2008, al determinar que la CNEE no estaba facultada a desestimar el estudio del VAD revisado de Bates White y aprobar su propio estudio del VAD como base para la determinación del nuevo pliego tarifario de EEGSA¹⁰⁹³, la Corte de Constitucionalidad, en una decisión política de tres a dos revocó la sentencia del Juzgado Segundo de la Primera Instancia Civil, hecho que puso fin al

¹⁰⁸⁹ *Ver* Memorial, párrafos 200-203; Gillette I, párrafo 23 (CWS-5); Maté I, párrafo 61 (CWS-6); Calleja I, párrafo 54 (CWS-3).

¹⁰⁹⁰ *Ver* Memorial, párrafo 205; Maté I, párrafos 68-71 (CWS-6); Calleja I, párrafo 55 (CWS-3); Nota Oficial No. 1967-2008 del Juzgado Primero de Primera Instancia Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente del 29 de agosto de 2008 (C-299).

¹⁰⁹¹ *Ver* Memorial, párrafo 205; Maté I, párrafos 71-72 (CWS-6); Nota Oficial No. 1967-2008 del Juzgado Primero de Primera Instancia Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente del 29 de agosto de 2008 (C-299); Decisión de la Sala Tercera de la Corte de Apelaciones, Amparo No. 52-2008 del 2 de septiembre de 2008 (C-301).

¹⁰⁹² *Ver* Memorial, párrafo 206; Calleja I, párrafo 55 (CWS-3).

¹⁰⁹³ *Ver* Memorial, párrafo 207; Sentencia del Juzgado Segundo del Ramo Civil del 15 de mayo 2009 admitiendo el Amparo C2-2008-7964, pág. 7 (determinando que la CNEE había “actuado fuera de los límites establecidos en la Ley General de Electricidad”) (C-328).

planteo judicial de EEGSA contra la Resolución No. CNEE-144-2008¹⁰⁹⁴. La Demandante explicó que la Corte de Constitucionalidad, en su decisión de la mayoría, equivocadamente hizo una interpretación errada al equiparar un pronunciamiento de la Comisión Pericial con la emisión de pliegos tarifarios y determinó que nunca se podría haber violado el derecho a debido proceso de EEGSA porque la CNEE faculta únicamente a la CNEE a dictar los pliegos tarifarios¹⁰⁹⁵. La Demandante explica asimismo que dos jueces de la Corte de Constitucionalidad votaron en disidencia tras concluir que la CNEE había violado el Artículo 75 de la LGE y el Artículo 98 del RLGE cuando dictó la Resolución No. CNEE-144-2008 aprobando el estudio del VAD de Sigla como base de los nuevos pliegos tarifarios de EEGSA¹⁰⁹⁶.

210. La Demandante también ha demostrado que el 31 de agosto de 2009, el Juzgado Octavo de la Primera Instancia Civil concedió el amparo interpuesto por EEGSA contra la Resolución CNEE GJ-Providencia-3121, tras determinar que la CNEE había violado el derecho de defensa de EEGSA así como los principios de debido proceso y legalidad al disolver la Comisión pericial¹⁰⁹⁷. En la sentencia, el Tribunal observó que el proceso establecido en la Regla Operativa 12 había quedado “inconcluso con la resolución que emitiera la [CNEE] donde se disuelve la Comisión Pericial, obviando su obligación de hacer saber a [EEGSA] del pronunciamiento de la Comisión Pericial y no lo hizo, incumpliendo entonces con el contenido del artículo 75 de la Ley General de Electricidad y el artículo 99 de su Reglamento”¹⁰⁹⁸. El Tribunal señaló asimismo que “al ser revisada la nueva versión del estudio la Comisión Pericial debía aprobarlo y comunicarlo” a la CNEE y a EEGSA y, una vez cumplido con esto, la CNEE debería haber “fijado las tarifas definitivas correspondientes a la empresa [EEGSA] sobre la base de la nueva versión corregida del estudio elaborado por Bates White LLC, el que ya versaba

¹⁰⁹⁴ Ver Memorial, párrafo 211; Sentencia de la Corte de Constitucionalidad en el Amparo C2-2008-7964 del 18 de noviembre de 2009 (C-331).

¹⁰⁹⁵ Ver Memorial, párrafos 211-212; Alegría II, párrafo 87 (CER-3); Sentencia de la Corte de Constitucionalidad en el Amparo C2-2008-7964 del 18 de noviembre de 2009, págs. 15-20 (C-331).

¹⁰⁹⁶ Ver Memorial, párrafo 216; Alegría I, párrafo 79 (CER-1); Sentencia de la Corte de Constitucionalidad en el Amparo C2-2008-7964 del 18 de noviembre de 2009, págs. 22-23, 27-29 (C-331).

¹⁰⁹⁷ Ver Memorial, párrafo 209; Resolución del Juzgado Octavo de Primera Instancia del Ramo Civil sobre el Amparo 37-2008 del 31 de agosto de 2009 (C-330).

¹⁰⁹⁸ Resolución del Juzgado Octavo de Primera Instancia del Ramo Civil sobre el Amparo 37-2008 del 31 de agosto de 2009, pág. 9 (C-330); ver también Memorial, párrafo 210.

sobre cada uno de los puntos del pronunciamiento de la Comisión Pericial”¹⁰⁹⁹. La Demandante también explicó que, mediante una decisión del 24 de febrero de 2010, la Corte de Constitucionalidad revocó la decisión del Juzgado octavo del Ramo Civil, concluyendo erróneamente que la disolución de la Comisión Pericial después de emitido su pronunciamiento no podría haber causado daño alguno a EEGSA, y que el pronunciamiento de la Comisión pericial no era vinculante para la CNEE porque los peritos, de conformidad con el derecho de Guatemala, se consideran asesores y no árbitros¹¹⁰⁰. En este sentido, en su primer dictamen el Profesor Alegría señala lo siguiente: “los dos magistrados de la Corte de Constitucionalidad que emitieron un voto disidente en la causa anterior, no fueron elegidos para formar parte de la Corte que entendió en ésta”¹¹⁰¹.

211. En su Memorial de Contestación, la Demandada afirma que, contrariamente a las afirmaciones de la Demandante, el dictado de las órdenes de arresto contra los dos gerentes de senior de EEGSA “fue el resultado de la disputa de varios meses que EEGSA mantenía con una empresa privada” y que Guatemala “protegió a los ejecutivos de EEGSA a través de su Poder Judicial”, al suspender posteriormente el Juzgado Penal las órdenes de arresto¹¹⁰². En cuanto a los recursos administrativos y judiciales presentados por EEGSA, el Sr. Aguilar afirma en su dictamen jurídico que EEGSA aceptó la legalidad de los pliegos tarifarios emitidos por la CNEE porque EEGSA jamás objetó las tarifas o la suficiencia de éstas para cubrir sus costos, y se limitó a atacar los aspectos procesales de la Resolución mediante la cual se fijaban las tarifas¹¹⁰³. La Demandante afirma asimismo que “[E]l procedimiento y los fundamentos de las decisiones de la Corte de Constitucionalidad respetaron los derechos de TGH y EEGSA”, y que las “críticas de [la Demandante] hacia la Corte de Constitucionalidad son oportunistas e infundadas revelan un profundo desconocimiento de la relación entre la Corte de Constitucionalidad, la CNEE y el

¹⁰⁹⁹ Resolución del Juzgado Octavo de Primera Instancia del Ramo Civil sobre el Amparo 37-2008 del 31 de agosto de 2009, pág. 9 (**C-330**); *ver también* Memorial, párrafo 210.

¹¹⁰⁰ Resolución de la Corte de Constitucionalidad del 24 de febrero de 2010 sobre el Amparo 37-2008, págs. 15-17 (**C-345**); *ver también* Alegría I, párrafo 80 (**CER-1**).

¹¹⁰¹ Alegría I, párrafo 80 (**CER-1**).

¹¹⁰² Memorial de Contestación, párrafos 457-458.

¹¹⁰³ Aguilar, párrafos 62-63 (**RER-3**).

Gobierno de Guatemala”¹¹⁰⁴. Sostiene también que “la CNEE no tiene ningún interés político u otro, para que las tarifas de distribución no se incrementen”, y que “[s]u única obligación es asegurar el cumplimiento de la LGE”¹¹⁰⁵. Las afirmaciones de la Demandada son infundadas.

212. En primer lugar, mientras que la Demandada alega que las órdenes de arresto de los gerentes de EEGSA fueron producto de una controversia privada y que el Poder Judicial de Guatemala luego “protegió” a esos gerentes, lo que no admite es que las órdenes de arresto fueron dictadas por el Juzgado Penal en agosto de 2008 a solicitud de la Procuraduría de Guatemala, a pesar de que la Procuraduría previamente había rechazado las mismísimas acusaciones penales que dieron lugar al dictado de dichas órdenes¹¹⁰⁶. Así lo ratifica el Sr. Maté en su segunda declaración testimonial, “la Fiscalía cambió repentinamente su postura con respecto a acciones penales que se habían iniciado anteriormente en [su] contra en relación con instalaciones de distribución [de EEGSA], y el 26 de agosto de 2008 solicitó [su] aprehensión inmediata¹¹⁰⁷, aun cuando en dos oportunidades la misma Fiscalía había requerido que se desistiera de la acción”¹¹⁰⁸. En su Memorial de Contestación, la Demandada no ofrece explicación alguna de por qué la Procuraduría cambió repentinamente su postura respecto de estas acusaciones penales después de que EEGSA presentara los recursos contra las resoluciones de la CNEE en agosto de 2008.

213. En segundo lugar, en su segundo dictamen el profesor Alegría explica que EEGSA no aceptó la legalidad de los pliegos tarifarios dictados por la CNEE, como lo firma el Sr. Aguilar¹¹⁰⁹, sino que impugnó sus fundamentos legales tanto mediante recursos

¹¹⁰⁴ Memorial de Contestación, párrafos 450-451.

¹¹⁰⁵ *Íb.*, párrafo 452.

¹¹⁰⁶ Maté I, párrafos 70-71 (**CWS-6**); Solicitud de la Procuraduría al Juzgado Primero de Primera Instancia Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Medio Ambiente del 5 de marzo de 2008 (**C-166**); Nota Oficial No. 1967-2008 del Juzgado Primero de Primera Instancia Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente del 29 de agosto de 2008 (**C-299**).

¹¹⁰⁷ Solicitud de la Procuraduría de órdenes de arresto contra Luis Antonio Maté Sánchez y Gonzalo Gómez Alcántara del 26 de agosto de 2008 (**C-296**).

¹¹⁰⁸ Maté II, párrafo 29; *ver también, por ejemplo*, Solicitud de la Procuraduría al Juzgado Primero de Primera Instancia Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Medio Ambiente del 5 de marzo de 2008 (**C-166**).

¹¹⁰⁹ Aguilar, párrafos 62-63 (**RER-3**).

administrativos como recursos de amparo¹¹¹⁰. El Profesor Alegría señala que EEGSA presentó recursos administrativos contra las Resoluciones Nos. CNEE-144-2008, CNEE-145-2008, y CNEE-146-2008, con el argumento de que la CNEE había transgredido su derecho al debido proceso al rechazar el estudio del VAD corregido por Bates White y aprobar el fijar los nuevos pliegos tarifarios de EEGSA sobre la base del estudio del VAD de Sigla, y que los pliegos resultantes eran contrarios a la ley y, por ende, nulos¹¹¹¹. EEGSA también presentó un recurso de amparo contra las Resoluciones Nos. CNEE-144-2008, CNEE-145-2008, y CNEE-146-2008 ante los tribunales de Guatemala, solicitando la anulación alegando que la CNEE había violado los derechos de EEGSA al debido proceso¹¹¹². En su Memorial, la Demandante explicó que¹¹¹³ mediante resoluciones del 20 de agosto de 2008, el MEM rechazó los recursos administrativos de EEGSA, y concluyó que las resoluciones generales iban dirigidas a los usuarios finales de electricidad y no a EEGSA, y por tanto no procedía contra éstas el recurso administrativo¹¹¹⁴. El Profesor Alegría señala: “[a] la luz del Artículo 10 de la Ley de lo Contencioso Administrativo, que dictamina que los recursos administrativos pueden ser planteados por cualquiera que tenga un interés en el expediente administrativo, los motivos expuestos por el MEM para justificar el rechazo de los recursos de EEGSA son, a [su] criterio, infundados”¹¹¹⁵. Tal como explica el profesor Alegría, “es evidente que EEGSA tenía interés en las Resoluciones que aprobaron el estudio del VAD de Sigla y fijaron sus pliegos tarifarios para el período 2008-2013”¹¹¹⁶.

¹¹¹⁰ Alegría II, párrafos 84-85 (**CER-3**).

¹¹¹¹ *Íb.*, párrafo 84; Recurso de Revocatoria de EEGSA contra la Resolución No. CNEE-144-2008 del 1 de agosto de 2008, recibido por la CNEE el 4 de agosto de 2008 (**C-285**); Recurso de Revocatoria de EEGSA contra la Resolución No. CNEE-145-2008 del 1 de agosto de 2008, recibido por la CNEE el 4 de agosto de 2008 (**C-286**); Recurso de Revocatoria de EEGSA contra la Resolución No. CNEE-146-2008 del 1 de agosto de 2008, recibido por la CNEE el 4 de agosto de 2008 (**C-287**).

¹¹¹² *Ver* Alegría II, párrafo 85 (**CER-3**); Recurso de Amparo de EEGSA del 14 de agosto de 2008 contra la Resolución No. GJ-Providencia-3121 y Resoluciones Nos. CNEE-144-2008, CNEE-145-2008, y CNEE-146-2008 (**C-291**).

¹¹¹³ Memorial, párrafo 203.

¹¹¹⁴ *Ver* Decisión No. 2557 del Ministerio de Energía y Minas del 20 de agosto de 2008 (rechazando el recurso de Revocatoria contra la Resolución No. CNEE-145-2008) (**C-293**); Decisión No. 2558 del Ministerio de Energía y Minas del 20 de agosto de 2008 (rechazando el recurso de Revocatoria contra la Resolución No. CNEE-146-2008) (**C-294**); Decisión del Ministerio de Energía y Minas No. 2559 del 20 de agosto de 2008 (rechazando el recurso de Revocatoria contra la Resolución No. CNEE-144-2008) (**C-295**).

¹¹¹⁵ Alegría II, párrafo 84 (**CER-3**).

¹¹¹⁶ *Íb.*; Ley del Contencioso Administrativo, Art. 10 (**C-425**).

Asimismo señala: “es difícil comprender cómo sería posible que una Resolución que establece los pliegos de un distribuidor en particular no estuviera dirigida a él, como arguye el MEM en sus decisiones”¹¹¹⁷.

214. En tercer lugar, en relación con la decisión de tres a dos de la Corte de Constitucionalidad que dejó sin efecto la sentencia de Juzgado Segundo del Ramo Civil, tal como señala Alegría confirma: “la Corte de Constitucionalidad cometió un error manifiesto en tal decisión”, y “que estuvo influenciada por consideraciones políticas para evitar el aumento de las tarifas de electricidad de EEGSA, en lugar de fundarse en una interpretación de buena fe de la ley”¹¹¹⁸. El profesor Alegría explica que el Juzgado Segundo del Ramo Civil concedió el amparo de EEGSA en contra de la Resolución N.º CNEE-144-2008 y determinó que la CNEE de conformidad con el Artículo 98 del RLGE sólo podía desconocer el estudio del VAD del distribuidor y basarse en su propio estudio del VAD en aquellos casos en los que la distribuidora no presenta el estudio del VAD o las correcciones a dicho estudio, circunstancias éstas que no se dieron en el caso de EEGSA¹¹¹⁹. El juzgado también desestimó el argumento de la CNEE que sostenía que EEGSA no había procedido “a efectuar la totalidad de las correcciones que debía realizar” y entendió que “tal argumento carece de validez puesto que la ley prevé la posibilidad de que el distribuidor no esté conforme con ciertas observaciones lo que provoca la existencia de discrepancias”¹¹²⁰. Cabe destacar que, tal como lo señala el Profesor Alegría, la CNEE había alegado ante la Corte que la Resolución No. CNEE-144-2008 se basó en el Artículo 98 Modificado del RLGE y no en el Artículo 99 del RLGE a pesar de que, tal como señalamos anteriormente, la Gerencia Jurídica de la CNEE había justificado los actos de la CNEE sobre la base del Artículo 99 del RLGE cuando la CNEE emitió la Resolución No. CNEE-144-2008

¹¹¹⁷ Alegría II, párrafo 84 (**CER-3**); Decisión No. 2557 del Ministerio de Energía y Minas del 20 de agosto de 2008 (rechazando el recurso de Revocatoria contra la Resolución No. CNEE-145-2008) (**C-293**); Decisión No. 2558 del Ministerio de Energía y Minas del 20 de agosto de 2008 (rechazando el recurso de Revocatoria contra la Resolución No. CNEE-146-2008) (**C-294**); Decisión del Ministerio de Energía y Minas No. 2559 del 20 de agosto de 2008 (rechazando el recurso de Revocatoria contra la Resolución No. CNEE-144-2008) (**C-295**).

¹¹¹⁸ Alegría II, párrafo 87 (**CER-3**).

¹¹¹⁹ Memorial, párrafo 207; Alegría II, párrafo 86 (**CER-3**); Sentencia del Juzgado Segundo del Ramo Civil del 15 de mayo de 2009 admitiendo el Amparo C2-2008-7964, at 6-7 (**C-328**).

¹¹²⁰ Sentencia del Juzgado Segundo del Ramo Civil del 15 de mayo de 2009 admitiendo el Amparo C2-2008-7964, pág. 6 (**C-328**).

aprobando el estudio del VAD de Sigla¹¹²¹. Aparentemente conscientes de la fragilidad de su argumento, la CNEE ya no se amparó en el Artículo 99 del RLGE en su argumentación ante los tribunales de Guatemala.

215. Tal como se indicó *supra*, la Corte de Constitucionalidad revocó la decisión del Juzgado Segundo del Ramo Civil, y concluyó que nunca se habrían podido violar los derechos al debido proceso porque sólo la CNEE tenía la potestad de emitir los pliegos tarifarios¹¹²². El Profesor Alegría explica que “se trata del mismo error que vicia el razonamiento de Guatemala y su experto legal, el Sr. Aguilar”¹¹²³. El Profesor Alegría señala que “[e]l error fundamental de la decisión de la Corte, y de la postura de Guatemala en este arbitraje, consiste en la falta de reconocimiento de que la Comisión Pericial no dicta ni fija los pliegos tarifarios del distribuidor, sino que resuelve las discrepancias entre la CNEE y el distribuidor respecto del estudio del VAD sobre el cual deben basarse los pliegos tarifarios de este último”¹¹²⁴. En tal sentido, el Profesor Alegría explica que “cuando la CNEE fijó los nuevos pliegos de EEGSA en función del estudio del VAD de Sigla, violó los derechos del debido proceso de EEGSA, dado que no existían fundamentos para que la CNEE ignorara la decisión de la Comisión Pericial sobre las discrepancias o el estudio del VAD de Bates White, que había sido corregido a fin de reflejar el pronunciamiento de la referida Comisión”¹¹²⁵. La revocación de la Corte de Constitucionalidad del Juzgado Octavo del Ramo Civil presenta errores similares¹¹²⁶. El Profesor Alegría confirma que los Artículos 75 y 76 de la LGE establecen que las decisiones de la Comisión Pericial

¹¹²¹ Ver Alegría II, párrafo 86 (CER-3); Sentencia del Juzgado Segundo del Ramo Civil del 15 de mayo de 2009 admitiendo el Amparo C2-2008-7964, pág. 6 (C-328); Dictámenes CNEE Nos. GJ-DICTAMEN-1287 y GJ-DICTAMEN-1288, Pliego de Base de Tarifas Sociales de EEGSA y Pliego de Base de Tarifas NO Sociales de EEGSA del 29 de julio de 2008, págs. 4-5, 9-10 (C-503).

¹¹²² Alegría II, párrafo 87 (CER-3); Sentencia de la Corte de Constitucionalidad en el Amparo C2-2008-7964 del 18 de noviembre de 2009, at 15-20 (C-331).

¹¹²³ Alegría II, párrafo 87 (CER-3).

¹¹²⁴ *Íb.*

¹¹²⁵ *Íb.*

¹¹²⁶ Alegría I, párrafo 80 (CER-1); ver también Sentencia de la Corte Constitucional en el Amparo 37-2008 del 24 de febrero de 2010, págs. 15-17 (C-345).

respecto de las discrepancias son vinculantes para las partes, y que la CNEE debe utilizar el VAD resultante para fijar el nuevo pliego tarifario de la distribuidora¹¹²⁷.

216. Por último, el argumento de la Demandada de que “la CNEE no tiene ningún interés político u otro, para que las tarifas de distribución no se incrementen” y que “[s]u única obligación es asegurar el cumplimiento de la LGE”¹¹²⁸ es una falacia. Tal como se indica *supra*, las pruebas demuestran que la CNEE no sólo desarrolló la fórmula del FRC expresamente con el Sr. Riubrugent para obtener una reducción significativa del VAD de EEGSA, sino que la CNEE también intervino directamente en el proceso de la Comisión Pericial, brindándole a la CNEE los materiales para soportar la postura de la CNEE en la Comisión pericial y participó en discusiones *ex parte* con el Sr. Riubrugent en relación con el resultado de las deliberaciones de la Comisión Pericial, incluso antes de que la Comisión Pericial emitiera sus decisiones¹¹²⁹. Estos actos no son los actos de un cuerpo regulatorio desinteresado, sino de un ente regulado que, desde el inicio de la revisión tarifaria de EEGSA, siempre tuvo la intención de reducir las tarifas de electricidad de EEGSA a través del VAD de cualquier forma que fuera posible.

g. El VAD, injustificablemente bajo e ilegal, tuvo un efecto devastador desde el punto de vista económico para los inversores de EEGSA y produjo la venta de la inversión de TECO con una pérdida considerable

217. En su Memorial, la Demandante demuestra que si se hubieran respetado los pronunciamientos de la Comisión pericial y se hubiera utilizado el estudio del VAD revisado de Bates White para fijar las tarifas de EEGSA, el VAD de EEGSA habría tenido un incremento de alrededor de US\$ 178 millones por año en 2007 (sobre la base de un VNR de US\$ 583,69 millones) a aproximadamente US\$ 232 millones por año (sobre la base de un VNR de US\$ 1,053 millones)¹¹³⁰. Por el contrario, el VAD calculado por la firma Sigla – y que la CNEE utilizó para calcular las tarifas impuestas en forma ilegal – fue de USD 85 millones (basado en un VNR de

¹¹²⁷ Alegría II, párrafo 7 (CER-3).

¹¹²⁸ Memorial de Contestación, párrafo 452.

¹¹²⁹ *Ver supra*, párrafos 116, 138-140.

¹¹³⁰ *Ver* Memorial, párrafo 220; Giacchino I, párrafos 72-73 (CWS-4); Kaczmarek I, párrafos 102-103 (CER-2).

USD 465 millones)¹¹³¹. Como lo confirma el Sr. Gillette en su primera declaración testimonial, el VAD impuesto a EEGSA por la CNEE fue “aproximadamente un 45% menor que el VAD del período tarifario anterior”¹¹³²; como resultado, los ingresos de EEGSA cayeron en aproximadamente un 40 por ciento¹¹³³. Efectivamente, la Demandante señaló que la propia CNEE promueve el hecho de que el VAD impuesto a EEGSA era menor que el aplicado en el Primer Período Tarifario, cuando el VAD de EEGSA se confeccionó sobre la base de la información de El Salvador¹¹³⁴. Por consiguiente, EEGSA adoptó un “plan drástico de reducción de gastos e inversiones”¹¹³⁵. No obstante, la Sra. Callahan cuestiona si esto fue suficiente y, específicamente, si las reducciones de costos eran sostenibles en el largo plazo “ya que es imposible para cualquier sociedad, especialmente una que opera en la industria de servicios de distribución de energía eléctrica, postergar indefinidamente las inversiones de capital”¹¹³⁶. Tal como señala en su primera declaración testimonial, si bien las proyecciones que reflejaban las medidas de reducción de costos indicaban que EEGSA podría pagarles a sus acreedores, a

¹¹³¹ Ver Memorial, párrafo 220; Informe Etapa D de SIGLA, Anualidad de la Inversión, pág. 11 (Tabla intitulada “Resumen por nivel de potencia”) (C-267); Informe Etapa G de Sigla, Componentes de Costos del VAD, pág. 4 (C-267); Kaczmarek I, párrafos 114, 123 (que observa que, como resultado del proceder ilegítimo de la CNEE, el VAD de EEGSA “sufrió una fuerte caída en el Tercer Período Tarifario en comparación con el Segundo Período Tarifario”, *Íd.* at 123) (CER-2).

¹¹³² Gillette I, párrafo 22 (CWS-5) (citando TECO Guatemala, Inc. Resumen de las Operaciones para período terminado el 30 de septiembre, Libro de Actas de la Junta Directiva, octubre de 2008, págs. 4-23 (C-303)); ver también Memorial, párrafo 221; Formulario 10-K de TECO del 26 de febrero de 2009, pág. 49 (“El nuevo VAD inferior fijado por la CNEE estaba, en promedio, un 50% por debajo del nivel anterior, lo que puso en riesgo básicamente todas las ganancias de EEGSA, que se habían calculado anteriormente en un promedio de \$10 millones al año, mientras esa tarifa permanezca vigente.”) (C-324); Callahan I, párrafo 5 (citando el mismo informe) (CWS-2).

¹¹³³ Ver Memorial, párrafo 221; Gillette I, párrafo 24 (CWS-5) (que cita a TECO Guatemala, Inc. Resumen de las Operaciones para período terminado el 31 de marzo, Libro de Actas de la Junta Directiva de abril de 2009, págs. 4-17 (C-326)).

¹¹³⁴ Ver Memorial, párrafo 221; Carlos E. Colom Bickford, Presidente de la CNEE, *Evolución de la Metodología del Cálculo Tarifario en Guatemala*, de abril de 2010, pág. 5 (C-348); ver también Kaczmarek I, párrafos 123-124 (CER-2); *Íd.*, párrafo 96, Figure 10 (demostrando que el retorno del primer fue “siempre fue menor que el límite inferior del 7 por ciento establecido por el marco regulatorio”).

¹¹³⁵ Maté I, párrafo 57 (CWS-6); ver también Memorial, párrafo 222; Gillette I, párrafo 24 (CWS-5); Callahan I, párrafo 6 (CWS-2).

¹¹³⁶ Callahan I, párrafo 6 (CWS-2); ver también Memorial, párrafo 222.

EEGSA le inquietaba que “ello no bastara para absorber resultados operativos menos favorables que los pronosticados”¹¹³⁷.

218. La Demandante demuestra asimismo que ésta era también la inquietud de las principales clasificadoras de riesgo y, el 26 de agosto de 2008, cinco días después de que EEGSA comenzara a aplicar las nuevas tarifas, Standard & Poor’s Rating Services rebajó la calificación de EEGSA y la incluyó en su CreditWatch¹¹³⁸. La Demandante explica que con esta reducción de la clasificación, Standard & Poor’s lo atribuyó expresamente a las tarifas de EEGSA impuestas ilegalmente, y dijo que debía al anuncio por parte de la CNEE de las “tarifas aplicables para el quinquenio 2008-2013, estableciendo un Valor Agregado de Distribución (VAD – un componente de la tarifa que reembolsa a la empresa distribuidora por su inversión) que es de aproximadamente 55% menor que el de las tarifas EEGSA del período previo”, y que “[e]ste cambio resultará en una rentabilidad y medidas de flujo de caja deterioradas, y también en una liquidez limitada en la segunda mitad del 2008, y en adelante”¹¹³⁹. Standard & Poor’s señala asimismo que “[l]a clasificación de Empresa Eléctrica de Guatemala está constreñida por los retos inherentes asociados con el ambiente operativo en la República de Guatemala”, y que “afecta la flexibilidad financiera limitada de la empresa, por motivo de los mercados de capitales subdesarrollados de Guatemala, en comparación con empresas distribuidoras que operan en países con mercados financieros más desarrollados”¹¹⁴⁰.

219. La Demandante explicó que casi cuatro meses después, el 11 de diciembre de 2008, Moody’s una vez más redujo la calificación de EEGSA y también lo atribuyó al proceder de la CNEE en la revisión tarifaria de EEGSA 2008-2013¹¹⁴¹. Moody’s señala que “[l]a acción

¹¹³⁷ Callahan I, párrafo 6 (CWS-2); *ver también* Memorial, párrafo 222.

¹¹³⁸ *Ver* Memorial, párrafo 223; Gillette I, párrafo 24 (CWS-5); Standard & Poor’s, “La clasificación de la Empresa Eléctrica de Guatemala S.A. se Rebaja a BB- de BB y se coloca en Lista “CreditWatch” Negativa”, del 26 de agosto de 2008 (C-297).

¹¹³⁹ Standard & Poor’s, “La clasificación de la Empresa Eléctrica de Guatemala S.A. se Rebaja a BB- de BB y se coloca en Lista “CreditWatch” Negativa”, del 26 de agosto de 2008 (C-297); *ver también* Memorial, párrafo 223.

¹¹⁴⁰ Standard & Poor’s, “La clasificación de la Empresa Eléctrica de Guatemala S.A. se Rebaja a BB- de BB y se coloca en Lista “CreditWatch” Negativa”, del 26 de agosto de 2008 (C-297); *ver también* Memorial, párrafo 223; Gillette I, párrafo 24 (cita a dicho informe) (CWS-5).

¹¹⁴¹ *Ver* Memorial, párrafo 224; Gillette I, párrafo 25 (CWS-5); Moody's rebaja a EEGSA a Ba3 de Ba2; prospecto negativo”, 11 de diciembre de 2008 (C-305).

clasificadora es motivada por el deterioro material anticipado, a corto plazo, de la métrica crediticia de EEGSA como resultado de la decisión tarifaria de agosto de 2008 por la Comisión Nacional de Electricidad y Energía (“CNEE”) en cuanto a la reducción del cargo del Valor Agregado de Distribución (“Cargo VAD”) por 45% y las posteriores disputas entre CNEE y EEGSA”¹¹⁴². Moody’s también indicó que si bien “ha considerado el marco regulatorio guatemalteco como relativamente estable, pero sin ser puesto a prueba y en vías de desarrollo”, “la característica de falta de prueba ha sido puesta en relevancia por el resultado del proceso de revisión del VAD de 2008 por el cual ciertos mecanismos en la legislación se utilizaron por primera vez, resultando en disputas adicionales sin resolverse”¹¹⁴³. Moody’s señaló que “la revisión del VAD del 2008 plantea preocupaciones acerca de la previsibilidad y transparencia del proceso, y el sostén global del marco regulatorio”, y, “[c]on base en los resultados del proceso de revisión del VAD, el perfil financiero de EEGSA se deteriorará sustancialmente de sus resultados históricos debido a la debilitación material en su habilidad de recobrar costos operativos y generar una tasa de retorno suficiente”¹¹⁴⁴. La Demandante explica que una vez determinado que la Demandante había sufrido “pérdidas financieras considerables” como resultado de la conducta regulatoria arbitraria de Guatemala¹¹⁴⁵, la Demandante respondió positivamente cuando su socia en DECA II, Iberdrola, se le acercó para consultarle acerca de la posibilidad de que vendiera esta inversión conflictiva¹¹⁴⁶ y, tras semanas de negociaciones, finalmente accedió a venderle sus acciones en EEGSA a EPM por US\$ 181,5 millones¹¹⁴⁷.

220. En su Memorial de Contestación, la Demandada manifiesta que las tarifas de EEGSA correspondientes al período 2008-2013 no afectaron adversamente a EEGSA o a sus accionistas, porque la Demandante logró vender sus acciones en EEGSA a EPM después de

¹¹⁴² Moody’s Investors Service, “Moody’s rebaja a EEGSA a Ba3 de Ba2; prospecto negativo”, 11 de diciembre de 2008 (C-305).

¹¹⁴³ *Íb.*

¹¹⁴⁴ *Íb.*; Gillette I, párrafo 25 (en cita al mismo informe) (CWS-5).

¹¹⁴⁵ Callahan I, párrafo 5 (CWS-2); *ver también* Memorial, párrafo 225.

¹¹⁴⁶ Callahan I, párrafos 7-8 (CWS-2).

¹¹⁴⁷ *Íb.*, párrafo 11; Contrato de Compraventa de Acciones entre Iberdrola, TPS, EDP, y EPM del 21 de octubre de 2010 (C-356); *ver también* Acta de la Reunión de Directorio de TECO Energy, Inc. del 14 de octubre de 2010, pág. 2 (aprobando la venta) (C-354).

fijarse las nuevas tarifas¹¹⁴⁸. La Demandada afirma asimismo que si bien la Demandante alega que la venta de sus acciones a EEGSA obedeció al maltrato por parte de Guatemala, los comunicados de prensa de la Demandante no hacen referencia a ningún tipo de maltrato, y por el contrario manifiestan que la venta de sus acciones en EEGSA “se debió a su interés en concentrarse en sus activos de generación en Guatemala, destacando su ‘operación satisfactoria continua y sólidas ganancias y flujos de caja’”¹¹⁴⁹. La Demandada manifiesta asimismo que la Demandante adquirió recientemente el pliego de licitación de una inversión importante en el sector eléctrico de Guatemala, lo cual, en los ojos de la Demandada, “demuestra que [la] decisión [de la Demandante] en 2010 [de vender sus acciones en EEGSA] no decía relación con una discrepancia con el marco regulatorio o las autoridades de dicho sector”¹¹⁵⁰. Por último, la Demandada cita una declaración de Victor Urrutia of TECO Guatemala de julio de 2010 en el sentido de que “Teco Energy decidió ejercer la prórroga [del contrato] porque ‘seguimos creyendo que [Guatemala] es un mercado, donde las reglas son claras y que hay certeza’”¹¹⁵¹, lo cual sugiere que las declaraciones de la Demandante de que Guatemala se manejó en forma arbitraria y en violación del marco legal y regulatorio durante la revisión tarifaria 2008-2013 de EEGSA son infundadas. Las afirmaciones de la Demandada son erróneas.

221. Por último, en relación con el daño sufrido por la Demandante como resultado de las tarifas impuestas ilegalmente a EEGSA, la Sra. Callahan confirma en su segunda declaración testimonial que la Demandante no sólo ganó significativamente menos de lo que le correspondía conforme al marco regulatorio entre agosto de 2008 (cuando la CNEE impuso el VAD) y octubre de 2010 (cuando se vendió EEGSA a EPM), sino que “el hecho de que las calificadoras de riesgo independientes bajaran la calificación de EEGSA luego de que la CNEE anunciara las tarifas de la compañía para el período 2008-2013 muestra a las claras que EEGSA se vio perjudicada en términos financieros por la imposición de esas tarifas bajas”¹¹⁵². Tal como lo señala la Sra.

¹¹⁴⁸ Memorial de Contestación, párrafo 445.

¹¹⁴⁹ *Íb.*, párrafo 447.

¹¹⁵⁰ *Íb.*, párrafo 448.

¹¹⁵¹ *Íb.*, párrafo 44.

¹¹⁵² Callahan II, párrafo 3 (CWS-8); ver también Standard & Poor's, “La clasificación de la Empresa Eléctrica de Guatemala S.A. se Rebaja a BB- de BB y se coloca en Lista “CreditWatch” Negativa” del 26 de agosto de 2008 (C-

Callahan y como se indica *infra*, el argumento de la Demandada “tampoco reconoce que la Demandante vendió su tenencia indirecta en EEGSA por un valor muy inferior al que dicha participación habría tenido si Guatemala hubiera respetado la ley y obrado de conformidad con el marco regulatorio”¹¹⁵³. Efectivamente, la manifestación de la Demandada en el sentido de que el VAD de EEGSA podía reducirse aproximadamente un 45% sin que la empresa sufriera ningún daño financiero desafía cualquier posible lógica.

222. En segundo lugar, la Sra. Callahan confirma que la venta de las acciones de la Demandante en EEGSA fue un resultado directo de los actos ilegales y arbitrarios de la CNEE durante la revisión tarifaria 2008-2013 de EEGSA¹¹⁵⁴. La Sra. Callahan afirma: “luego de que la CNEE impusiera el VAD de EEGSA para el período 2008-2013 en contravención del marco legal en el que TECO había confiado al hacer su inversión, TECO llegó a la conclusión de que en Guatemala no había certeza jurídica con respecto a la distribución de electricidad y de que el riesgo al que la compañía se exponía de mantenerse la inversión en EEGSA era demasiado grande”¹¹⁵⁵. Ello se ve ratificado en el expediente. Surge del Acta de la Reunión del Consejo de Administración celebrada el 14 de octubre de 2010¹¹⁵⁶, en el cual se aprobó la venta de la participación indirecta en EEGSA, que la venta obedeció a los actos ilegales y arbitrarios cometidos en el marco de la revisión tarifaria 2008-2013 de EEGSA:

Razonamiento

297); Moody’s Investors Service, “Moody’s rebaja a EEGSA a Ba3 de Ba2; prospecto negativo” del 11 de diciembre de 2008 (**C-305**); *ver también* El Periódico, *La CC resolverá disputa entre la EEGSA y la CNEE* del 17 de junio de 2009 (donde señala que “[l]a reducción del VAD, así como una menor demanda de electricidad, ha mermado los ingresos de EEGSA” y que “EEGSA [...] durante el primer trimestre de 2008 reportó ventas por Q984 millones, una reducción del 21.8 por ciento respecto a los Q1,258.7 millones facturados en el primer trimestre de 2008, mientras que sus ganancias se redujeron un 97.4 por ciento, de Q86.5 millones en el primer trimestre de 2008 a unos Q2.2 millones en los 3 primeros meses de 2009”). (**C-545**).

¹¹⁵³ Callahan II, párrafo 3 (**CWS-8**).

¹¹⁵⁴ *Íd.*, párrafo 2.

¹¹⁵⁵ *Íd.*; Callahan I, párrafo 11, nota al pie 13 (**CWS-2**).

¹¹⁵⁶ *Ver* Acta de Asamblea del consejo de Administración de TECO Energy, Inc. del 14 de octubre de 2010 (**C-354**); Acta de Asamblea del consejo de Administración de TECO Energy, Inc. del 14 de octubre de 2010, Propuesta de venta de DECA II del 14 de octubre de 2010 (**C-353**).

La venta propuesta nos brinda una oportunidad de salirnos de una posición minoritaria en un negocio en el cual el riesgo, según lo percibimos, ha aumentado significativamente. Como tratado en sesiones de Junta Directiva previas, el regulador gubernamental guatemalteco, actuando fuera del proceso prescrito en la ley de electricidad de Guatemala, impuso una reducción significativa en la tarifa de distribución (VAD) a EEGSA en su revisión tarifaria en agosto de 2008, que es el motivo de la demanda de CAFTA puntualizada abajo. Consideramos que existe un riesgo de interferencia gubernamental continua en el negocio de EEGSA¹¹⁵⁷.

223. En tercer lugar, las afirmaciones de la Demandada en el sentido de que la Demandante adquirió el pliego de un proyecto en el sector eléctrico de Guatemala (para el cual, claramente, no presentó una oferta),¹¹⁵⁸ es irrelevante a los fines de la presente controversia. La Demandada omite mencionar que este proyecto era en el sector de generación, no en el sector de distribución, y que cualquier empresa con inversiones existentes en generación estaría interesada en adquirir el pliego—independientemente de su intención de presentar una oferta o no—para conocer mejor el entorno competitivo en el que opera y para tomar decisiones estratégicas en base a ello. Por ejemplo, el monto máximo de los pagos de capacidad establecido en el pliego tendrán un efecto sobre los precios a los que la planta vende electricidad, y, por consiguiente, pueden afectar las decisiones de otros generadores respecto de opciones y contratos. Asimismo, el sector de generación es diametralmente distinto del sector de distribución, porque en el primero los ingresos se definen en los PPA, que se negocian a muy largo plazo con las empresas, en tanto que en el sector de distribución los ingresos dependen de los resultados de las revisiones tarifarias, en las que participan los entes regulatorios. De lo anterior se desprende que en el sector de generación no existen las mismas preocupaciones que afectan las inversiones en la distribución, a pesar de que, como se explica *infra*, esto no ha protegido a las inversiones en generación de la interferencia ilegal por parte del Gobierno.

¹¹⁵⁷ Acta de Asamblea del consejo de Administración de TECO Energy, Inc. del 14 de octubre de 2010, Propuesta de venta de DECA II del 14 de octubre de 2010, pág. 1 (C-353).

¹¹⁵⁸ Memorial de Contestación, párrafo 448.

224. Por último, tal como explica el Sr. Gillette en su segunda declaración testimonial, la Demandada descontextualiza por completo¹¹⁵⁹ la declaración del Sr. Urrutia del 12 de julio de 2010 en el sentido de que “Teco Energy decidió ejercer la prórroga [del contrato] porque ‘seguimos creyendo que [Guatemala] es un mercado, donde las reglas son claras y que hay certeza’”¹¹⁶⁰ El Sr. Gillette explica que esta declaración se efectuó en relación con los esfuerzos de TECO Energy por salvar su inversión en la Planta Generadora Alborada, que había sido objeto de un trato injusto e injustificable por parte del Gobierno de Guatemala¹¹⁶¹. El Profesor Alegría explica que luego de la privatización de EEGSA en 1998 y la aplicación de los ajustes trimestrales establecidos en la LGE y en el RLGE, las tarifas de electricidad comenzaron a incrementarse en 1999 debido a la inflación, la devaluación de la moneda nacional y el aumento del precio del petróleo¹¹⁶². En una reunión convocada por el entonces Vicepresidente de Guatemala, Luis Flores, y el futuro Presidente de la CNEE, José Toledo, se les solicitó informalmente a las generadoras de electricidad, incluida la subsidiaria de TECO Energy, Tampa Centro Americana de Electricidad, Limitada (“TCAE”), a cargo de operar la Planta Generadora Alborada¹¹⁶³, que redujeran el precio del suministro a EEGSA, ya que el Gobierno deseaba evitar futuros incrementos tarifarios con miras a las elecciones que tendrían lugar en 1999¹¹⁶⁴. Las generadoras no accedieron al pedido, y el Gobierno entonces decidió implementar la reducción mediante un subsidio directo al INDE, que, en ese momento, era una de las proveedoras más importantes de energía¹¹⁶⁵. A solicitud del Gobierno, el INDE comenzó a

¹¹⁵⁹ Gillette II, párrafo 12 (CWS-11).

¹¹⁶⁰ *Íd.*, párrafo 44 (citando “Bajan el precio en contrato de Tampa”, *Prensa Libre* del 12 de julio de 2010 (R-125)).

¹¹⁶¹ *Íd.*, párrafos 12-20.

¹¹⁶² Alegría II, párrafo 44 (CER-3); Carla Pantanali & Juan Benavides, Banco Interamericano de Desarrollo, *Subsidios Eléctricos en América Latina y El Caribe: Análisis Comparativo y Recomendaciones de Política*, at 14 (2006) (C-474).

¹¹⁶³ Gillette II, párrafo 13 (CWS-11); Gillette I, párrafo 5 (CWS-5).

¹¹⁶⁴ Alegría II, párrafo 44 (CER-3).

¹¹⁶⁵ *Íd.*

aplicar un descuento al precio de la electricidad, que se trasladó a los clientes regulados de EEGSA mediante las tarifas¹¹⁶⁶.

225. El profesor Alegría explica que, en 2000 y 2001, el Gobierno una vez más entabló negociaciones con las generadoras con la intención de reducir el precio de la electricidad¹¹⁶⁷. A diferencia de la última vez, estas negociaciones dieron su fruto. Muchas generadoras accedieron a la reducción en el precio de la electricidad establecido en sus PPA a cambio de prórrogas del PPA de cinco años¹¹⁶⁸. En cuanto a TCAE, tal como lo confirma el Sr. Gillette, mediante un contrato de opción celebrado el 16 de agosto de 2001, TCAE pagó US\$ 2,92 millones al Gobierno para acceder a la prórroga quinquenal¹¹⁶⁹; monto éste que el Gobierno debía destinar a subsidiar el costo de la electricidad¹¹⁷⁰. Tal como lo explica el Sr. Gillette, “[d]e conformidad con sus términos, la extensión de cinco años del PPA de TCAE se haría efectiva a menos que TCAE, a su entera opción, ejerciera su derecho de renuncia a la opción”¹¹⁷¹. De no rescindirse, el contrato de opción establecía que TCAE y EEGSA debían formalizar la prórroga del PPA por escrito antes de abril de 2009¹¹⁷². El contrato fue ratificado formalmente por la CNEE mediante la Resolución No. CNEE-71-2001 del 24 de agosto de 2001, que establecía expresamente que el

¹¹⁶⁶ *Íd.* Tal como señala el Profesor Alegría, este beneficio fue reemplazado por la Tarifa Social aprobada por el Gobierno en 2001. *Ver Íd.*; Jorge Salvador Samayoa Mencos, *Efectos Económicos De La Tarifa Social al Consumo de Energía Eléctrica en el Instituto Nacional de Electrificación (INDE) y en el Mercado Eléctrico Nacional, Durante el Período 2001-2004*, Tesis de Grado, Escuela de Economía, Facultad de Ciencias Económicas, Universidad de San Carlos, at 29-30, Cuadro 7 (2007) (C-476).

¹¹⁶⁷ Alegría II, párrafo 45 (CER-3); Resolución No. CNEE-71-2001 del 24 de agosto de 2001 (C-438); Resolución No. CNEE-72-2001 del 24 de agosto de 2001 (C-437); Resolución No. CNEE-47-2001 del 30 de mayo de 2001 (C-433); Resolución No. CNEE-56-2001 del 2 de julio de 2001 (C-434); Resolución No. CNEE-66-2001 del 6 de agosto de 2001 (C-435); Resolución No. CNEE-78-2001 del 19 de septiembre de 2001 (C-439).

¹¹⁶⁸ Alegría II, párrafo 45 (CER-3); Resolución No. CNEE-71-2001 del 24 de agosto de 2001 (C-438); Resolución No. CNEE-72-2001 del 24 de agosto de 2001 (C-437); Resolución No. CNEE-47-2001 del 30 de mayo de 2001 (C-433); Resolución No. CNEE-56-2001 del 2 de julio de 2001 (C-434); Resolución No. CNEE-66-2001 del 6 de agosto de 2001 (C-435); Resolución No. CNEE-78-2001 del 19 de septiembre de 2001 (C-439).

¹¹⁶⁹ Gillette II, párrafo 15 (CWS-11); Contrato de Opción de Prórroga celebrado entre EEGSA y TCAE el 16 de agosto de 2001, Art. II.A (C-436).

¹¹⁷⁰ Resolución CNEE No. 71-2001 del 24 de agosto de 2001, págs. 2-3 (C-438).

¹¹⁷¹ Gillette II, párrafo 15 (CWS-11); *ver también* Contrato de Opción de Prórroga celebrado entre EEGSA y TCAE el 16 de agosto de 2001, Artículo II.B (C-436).

¹¹⁷² Gillette II, párrafo 15 (CWS-11); Contrato de Opción de Prórroga celebrado entre EEGSA y TCAE el 16 de agosto de 2001, Art. II.C (C-436).

contrato de opción “sin duda alguna redundará en beneficio para el usuario final del servicio de distribución de energía eléctrica”¹¹⁷³.

226. Tal como explica el Sr. Gillette, en marzo de 2007, el MEM emitió el Acuerdo Gubernativo No. 68-2007, mediante el cual se prohíbe a las distribuidoras celebrar contratos para prorrogar el plazo de los PPA¹¹⁷⁴. Señala asimismo que en TCAE se daba por sentado que este Acuerdo no se aplicaría retroactivamente para invalidar el contrato de opción de 2001, “dado que ya había abonado el precio de la opción de prórroga y el Gobierno la había aprobado por medio de una Resolución”¹¹⁷⁵. En 2009, cuando EEGSA solicitó autorización a la CNEE para aplicar la prórroga automática de cinco años del PPA¹¹⁷⁶, que TCAE había adquirido en 2001 conforme al contrato de opción citado, la CNEE rechazó la solicitud de EEGSA citando como fundamento el Acuerdo Gubernativo No. 68-2007 y advirtió que si EEGSA acordaba prorrogar el PPA con TCAE, el Gobierno no reconocería el derecho de EEGSA a trasladar el costo de la electricidad a los usuarios¹¹⁷⁷. Luego EEGSA presentó un recurso administrativo ante el MEM, solicitando que se revocara el rechazo de la CNEE de la solicitud de formalización de la prórroga y que se confirmara la ratificación original de la DNEE de la prórroga al PPA según la Resolución No. CNEE-71-2001¹¹⁷⁸. Tal como explica el Sr. Gillette, “TCAE dirigió sus esfuerzos a acordar

¹¹⁷³ Resolución CNEE No. 71-2001 del 24 de agosto de 2001, at 2 (C-438); *ver también* Gillette II, párrafo 16 (CWS-11).

¹¹⁷⁴ Gillette II, párrafo 17 (CWS-11); Acuerdo Gubernativo No. 68-2007 del 2 de marzo de 2007, Art. 28 (“Contratos existentes. Para efectos de traslado de costos a tarifas de los usuarios regulados, a partir del presente Acuerdo Gubernativo, los distribuidores no podrán prorrogar los plazos de los contratos existentes.”) (C-104).

¹¹⁷⁵ Gillette II, párrafo 17 (CWS-11).

¹¹⁷⁶ *Íd.*, párrafo 18; Nota No. GG-009-09 de EEGSA a la CNEE del 30 de marzo de 2009 (C-507).

¹¹⁷⁷ Gillette II, párrafo 18 (CWS-11); Nota No. CNEE-19344-2009 de la CNEE a EEGSA del 2 de abril de 2009 (C-508).

¹¹⁷⁸ Recurso administrativo de EEGSA contra la resolución establecida en la nota CNEE-19344-2009 del 14 de abril de 2009 (C-509). Surge del expediente que entre abril y diciembre de 2009, las partes presentaron varios recursos y el MEM emitió varias resoluciones, ninguna de las cuales resolvió la controversia. *Ver, por ejemplo*, Resolución MEM No. 1271 del 22 de abril de 2009 (C-510) (mediante la cual se rechaza el recurso de EEGSA con el fundamento de que la Resolución contenida en la Nota No. 19344-2009 de la CNEE no se refería al fondo de la cuestión, sino que simplemente tenía por fin informar a EEGSA que las distribuidoras no podían prorrogar los contratos existentes y, por consiguiente, no procedía el recurso contra ella); Recurso de Revocatoria de EEGSA del 23 de julio de 2009 (C-512) (solicitando que el MEM modificara el procedimiento y notificara a TCAE como parte afectada en el procedimiento); Resolución MEM No. 2562 del 17 de agosto de 2009 (C-514) (solicitando el procedimiento según lo solicitado y remitiéndole la cuestión a la CNEE para su consideración y resolución); Recurso de EEGSA del 3 de diciembre de 2009 (C-518) (solicitando la emisión de una nueva resolución de la

una solución a la disputa” y, “[p]ara ello, [se reunió] en varias oportunidades con la CNEE y el MEM, incluido el Ministro de Energía y Minas, el Sr. Meany”¹¹⁷⁹, y en última instancia logró un acuerdo extrajudicial mediante el cual se prorrogó el PPA por cinco años por un monto significativamente menor que el establecido en el contrato¹¹⁸⁰. El contrato de prórroga se firmó el 21 de julio de 2010¹¹⁸¹.

227. El Sr. Gillette confirma que la declaración del Sr. Urrutia respecto de la prórroga al PPA fue realizada el 12 de julio de 2010, poco antes de que se firmara el acuerdo de prórroga de PPA con Guatemala, el 21 de julio de 2010, y por consiguiente debe interpretarse en el contexto de los esfuerzos de TCAE por salvar su inversión en Alborada¹¹⁸². Surge del expediente que TCAE no “decidió optar por la prórroga” en 2010, sino 10 años antes, cuando pagó casi US\$ 3 millones por la opción de prorrogar el PPA¹¹⁸³. No obstante ello, en 2010, el Gobierno una vez más se negó a cumplir su compromiso. Contrariamente a las afirmaciones de la Demandada, las declaraciones del Sr. Urrutia no “[revelan] la falacia” de las afirmaciones de la Demandante en este arbitraje¹¹⁸⁴, sino que reflejan los esfuerzos de buena fe del TCAE por resolver su controversia con la CNEE en relación con la prórroga del PPA.

III. GUATEMALA VIOLÓ SU OBLIGACIÓN DE TRATO JUSTO Y EQUITATIVO PREVISTA EN EL ARTÍCULO 10.5 DEL THE RD-CAFTA

228. Como se demostró en el Memorial de la Demandante y en esta Réplica, la CNEE, por razones estrictamente políticas y en incumplimiento de sus obligaciones contempladas en la

CNEE autorizando la prórroga solicitada de cinco años del contrato con TCAE, de conformidad con la Resolución MEM No. 2562); Resolución MEM No. 3761 del 10 de diciembre de 2009 (C-519) (dejando sin efecto la Resolución No. 2562 y ratificando la Resolución No. 1271, mediante la cual se había rechazado el recurso administrativo de EEGSA).

¹¹⁷⁹ Gillette II, párrafo 19 (CWS-11).

¹¹⁸⁰ *Íd.*

¹¹⁸¹ *Íd.*; Contrato de Opción de Compraventa de Energía Eléctrica celebrado entre EEGSA y TCAE el 21 de julio de 2010 (C-522).

¹¹⁸² Gillette II, párrafo 20 (CWS-11).

¹¹⁸³ Contrato de Opción de Prórroga celebrado entre EEGSA y TCAE el 16 de agosto de 2001 (C-436); Resolución CNEE No. 71-2001 del 24 de agosto de 2001 (C-438).

¹¹⁸⁴ Memorial de Contestación, párrafo 44.

LGE y el RLGE, adoptó la decisión arbitraria de reducir considerablemente las tarifas de electricidad de EEGSA para el período tarifario 2008-2013, imponiéndole su propio VAD artificialmente bajo, con lo cual frustró las expectativas legítimas de TECO de que la CNEE desempeñaría sus funciones regulatorias de conformidad con la ley y en consonancia con las declaraciones que la Demandada había hecho con miras a inducir la inversión de la Demandante.¹¹⁸⁵ Asimismo, la Demandante ha podido demostrar que, durante la revisión tarifaria de EEGSA para 2008-2013, Guatemala tomó una serie de medidas ilegítimas y arbitrarias en contra de la inversión protegida de la Demandante, que culminaron en la imposición por parte de la CNEE de su propio VAD a EEGSA, en total repudio del marco legal y regulatorio que Guatemala había instaurado con el propósito de despolitizar el proceso de revisión tarifaria y estimular la inversión extranjera en el sector de la distribución eléctrica.¹¹⁸⁶ Los actos ilegales y arbitrarios de Guatemala violaron su obligación, conforme al RD-CAFTA, de brindar un trato justo y equitativo a la inversión de la Demandante.¹¹⁸⁷

229. En su Memorial de Contestación, la Demandada admite que el estándar de trato justo y equitativo “censura [...] derogaciones fundamentales del marco regulatorio en contra de expectativas legítimas”¹¹⁸⁸, aunque afirma que el reclamo de la Demandante al amparo del Artículo 10.5 del RD-CAFTA se refiere únicamente a una “divergencia de enfoque entre el inversor y el regulador sobre el alcance de la normativa aplicable”¹¹⁸⁹ y que “[u]na controversia de naturaleza regulatoria o contractual [como la que] plantea TGH no puede dar lugar nunca a una violación del estándar mínimo internacional.”¹¹⁹⁰ La Demandada alega además que a un tribunal internacional “no le corresponde decidir sobre la simple interpretación de normas regulatorias domésticas” y que, por ende, el reclamo de la Demandante “no es justiciable por este Tribunal”¹¹⁹¹. Según la Demandada, lo que la Demandante supuestamente persigue en este

¹¹⁸⁵ Ver Memorial, párrafos 228-244, 259-280; *supra* Sección II.E.5.

¹¹⁸⁶ Ver *íd.*, párrafos 245-280; *supra* Sección II.E.

¹¹⁸⁷ Ver *íd.*, párrafos 228-280.

¹¹⁸⁸ Memorial de Contestación, párrafo 567 (subtítulo b).

¹¹⁸⁹ *Íd.*, párrafo 479.

¹¹⁹⁰ *Íd.*, párrafo 480.

¹¹⁹¹ *Íd.* párrafo 7; ver también *íd.*, párrafos 4-6, 47-97, 468-479.

arbitraje es que el Tribunal determine el VAD apropiado en sustitución de la autoridad regulatoria de Guatemala y que opere como un tribunal de apelación a efectos de la revisión de la decisión de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala, materias que, en opinión de la Demandada, se encuentran exclusivamente reservadas a la CNEE y a la justicia guatemalteca, respectivamente.¹¹⁹² Las alegaciones de la Demandada no sólo distorsionan los argumentos de la Demandante sino que son esencialmente erróneas.

230. Como se expondrá más adelante, el reclamo de trato justo y equitativo planteado por la Demandante no surge de una mera diferencia de opinión con la CNEE en lo que respecta a la interpretación de la legislación guatemalteca, ni de simples “irregularidades regulatorias” en el “trato ordinario” de EEGSA con la CNEE. En realidad, el reclamo de la Demandante deriva del atropello calculado y deliberado de Guatemala de elementos fundamentales del marco legal y regulatorio—en los que se basó la inversión de la Demandante en EEGSA—con la finalidad de lograr una disminución sustancial de las tarifas eléctricas de EEGSA por medio del VAD. Son inútiles los claros intentos de la Demandada por caracterizar a esta controversia como una mera disputa regulatoria y así separar a este caso de otros numerosos casos en los que se resolvió que el incumplimiento manifiesto e injustificado por parte del Estado de su propio régimen regulatorio constituía una violación del estándar de trato justo y equitativo. De manera similar, es posible demostrar que los esfuerzos de la Demandada por fundir el estándar de trato justo y equitativo con la denegación de justicia, y sugerir que la Demandante no puede formular un reclamo con respecto al primero sin antes plantear un reclamo por la segunda, son desacertados. Por último, la confirmación en innumerables casos de la aplicabilidad de las garantías de trato justo y equitativo frente al trato arbitrario dispensado por un Estado a las inversiones, o ante su contravención del propio régimen legal y regulatorio, pone de manifiesto que la objeción jurisdiccional de la Demandada carece de todo fundamento.

¹¹⁹² *Íd.*, párrafos 499-524.

A. Guatemala incumplió su obligación prevista en el Tratado de otorgar un trato justo y equitativo a la inversión de TECO cuando arbitrariamente y en total desconocimiento de su marco legal ignoró el Informe de la Comisión Pericial e impuso a EEGSA su propio VAD artificialmente bajo

1. El estándar de trato justo y equitativo consagrado en el Artículo 10.5 del RD-CAFTA prohíbe al Estado frustrar las expectativas legítimas de un inversor o adoptar medidas arbitrarias en contra de una inversión protegida

231. En su Memorial, la Demandante demostró que el Artículo 10.5 del RD-CAFTA establece el “nivel mínimo de trato” que cada Estado Parte debe acordar a las inversiones alcanzadas, como EEGSA,¹¹⁹³ y que el Anexo 10-B confirma que el estándar mínimo de trato de los extranjeros contemplado en el derecho internacional consuetudinario, según el sentido otorgado a dicha frase en el Artículo 10.5, “se refiere a todos los principios del derecho internacional consuetudinario que protegen los derechos e intereses económicos de los extranjeros.”¹¹⁹⁴ Asimismo, la Demandante ha podido probar que, como lo han observado miembros del gobierno y autores de los Estados Unidos, dicho Artículo 10.5 del RD-CAFTA es, en esencia, idéntico al Artículo 1105 del TLCAN¹¹⁹⁵ y que las decisiones de los tribunales intervinientes en casos sustanciados en virtud del TLCAN y en otros casos relevantes disponen que un Estado habrá violado su obligación de brindar a un inversor extranjero un trato mínimo conforme al estándar cuando vulnere una expectativa legítima en la que el inversor hubiera confiado a la hora de realizar su inversión, u omita actuar de buena fe o adopte una conducta

¹¹⁹³ Ver Memorial, párrafo 229; Tratado de Libre Comercio entre República Dominicana, Centroamérica y Estados Unidos de América del 5 de agosto de 2004 (“RD-CAFTA”), Capítulo Diez, Art. 10.5 (CL-1).

¹¹⁹⁴ Ver Memorial, párrafo 229; RD-CAFTA, Anexo 10-B (“Derecho Internacional Consuetudinario”) (CL-1).

¹¹⁹⁵ Ver Memorial, párrafo 230; Representante Comercial de los Estados Unidos, Tratado de Libre Comercio entre República Dominicana, Centroamérica y Estados Unidos de América: Resumen del Acuerdo, Capítulo Diez, *disponible en* http://www.ustr.gov/archive/assets/Trade_Agreements/Regional/CAFTA/Briefing_Book/asset_upload_file74_7284.pdf (donde se observa que las disposiciones del RD-CAFTA “reflejan los estándares tradicionales incorporados en anteriores acuerdos de inversión de los EE.UU. (incluidos los del Tratado de Libre Comercio de América del Norte y los tratados bilaterales de inversión de los EE.UU.) y en el derecho internacional consuetudinario”) (CL-1); David A. Gantz, *Settlement of Disputes Under the Central America-Dominican Republic-United States Free Trade Agreement*, 30 B.C. Int’l & Comp. L. Rev. 331, 356-357 (2007) (CL-50); ver también Interpretación de la Comisión de Libre Comercio de ciertas disposiciones del Capítulo 11, 31 de julio de 2001, *disponible en* <http://www.state.gov/documents/organization/38790.pdf> (CL-55).

arbitraria.¹¹⁹⁶ Incluso más, la Demandante pudo comprobar que el estándar mínimo de trato del derecho internacional consuetudinario ha evolucionado y que, en el contexto de las inversiones extranjeras, ha coincidido sustancialmente con el estándar de trato justo y equitativo.¹¹⁹⁷ Como lo explicó la Demandante, ahora resulta axiomático que un Estado receptor tenga, de acuerdo con el nivel mínimo de trato – y, por tanto, de conformidad con el Artículo 10.5 del RD-CAFTA – la obligación de actuar de buena fe, de abstenerse de ejercer sus facultades regulatorias de forma arbitraria, de proporcionar un entorno jurídico y económico estable y seguro, y de satisfacer las expectativas legítimas que resulten de las condiciones ofrecidas para incentivar al inversor a que invierta.¹¹⁹⁸

232. En su Memorial de Contestación, la Demandada sostiene que el argumento de la Demandante “carece [...] de toda base jurídica” puesto que “se limita a citar algunos casos” y no presenta pruebas de la práctica de los Estados en relación con el estándar enunciado en el derecho internacional consuetudinario.¹¹⁹⁹ Sin embargo, existe consenso, incluso entre los antecedentes jurídicos invocados por la propia Demandada, respecto de que los laudos arbitrales funcionan como indicadores del derecho internacional consuetudinario. En el caso *Glamis Gold c. Estados Unidos*, por ejemplo, el tribunal observó que los laudos arbitrales pueden “servir para ilustrar el derecho internacional consuetudinario si indagan en él, en contraposición a una interpretación basada en un tratado o autónoma.”¹²⁰⁰ En *ADF c. Estados Unidos*, de manera similar, el tribunal señaló que “todo requisito general de otorgar un ‘trato justo y equitativo’ y ‘protección y seguridad plenas’ debe ser un requisito riguroso basado en la práctica de los Estados y la jurisprudencia judicial o arbitral, o en otras fuentes del derecho internacional

¹¹⁹⁶ *Ver id.*, párrafos 229-244.

¹¹⁹⁷ *Ver id.*, párrafo 244.

¹¹⁹⁸ *Ver id.*, párrafos 231-244.

¹¹⁹⁹ Memorial de Contestación, párrafo 463; *ver también* RD-CAFTA, Anexo 10-B (en el que se confirma el común entendimiento de que el derecho internacional consuetudinario “resulta de una práctica general y consistente de los Estados, seguida por ellos en el sentido de una obligación legal”) (CL-1).

¹²⁰⁰ *Glamis Gold, Ltd. c. Estados Unidos de América*, TLCAN Capítulo Once, CNUDMI, Laudo del 8 de junio de 2009 (“*Glamis Gold c. Estados Unidos*”), párrafo 605 (CL-23).

general o consuetudinario.”¹²⁰¹ De igual modo, en respuesta a un argumento parecido esgrimido por Guatemala en el caso *Railroad Development Corporation c. Guatemala*, que también se suscitó en los términos del RD-CAFTA, el Profesor Michael Reisman confirmó en su informe pericial en derecho que “[e]n cualquier análisis de la práctica de los estados, dichos laudos arbitrales son, precisamente en virtud de su juicio de legalidad, un indicador confiable de la práctica estatal en cuestión.”¹²⁰² De hecho, la Demandada tampoco vacila a la hora de invocar jurisprudencia arbitral para formular su propia interpretación más restrictiva del estándar mínimo.¹²⁰³

233. Por otra parte, la Demandada sugiere que el análisis pormenorizado de la Demandante del estándar mínimo internacional en su Memorial¹²⁰⁴ está incompleto y aduce que la Demandante “omite las declaraciones de los tribunales [internacionales] que han confirmado que la conducta del Estado debe ser particularmente grave [...] para constituir una violación del estándar mínimo internacional [...] [del derecho internacional consuetudinario].”¹²⁰⁵ En sustento de dicho argumento, la Demandada cita el caso *Cargill c. México*, en el que el tribunal indicó que “todo tribunal debe examinar cuidadosamente si las medidas sujetas a reclamación fueron manifiestamente injustas, ilícitas o idiosincrásicas” o “arbitrarias más allá de una simple aplicación contradictoria o cuestionable de la política o los procedimientos administrativos o jurídicos al punto de que el acto constituye una repudiación imprevista y chocante de los propios

¹²⁰¹ *ADF Group Inc. c. Estados Unidos de América*, TLCAN Capítulo Once, Caso CIADI N.º ARB(AF)/00/1, Laudo del 9 de enero de 2003 (“*ADF c. Estados Unidos*”), párrafo 184 (CL-4).

¹²⁰² Segunda Opinión de W. Michael Reisman sobre Cuestiones Jurídicas planteadas por la Demandada en su Memorial de Constitución, *Railroad Development Corp. c. Guatemala*, RD-CAFTA, Caso CIADI N.º ARB/07/23 del 11 de marzo de 2011, párrafo 52 (CL-68); ver también *id.* párrafo 54 (“A la luz de reconocidos estándares del derecho internacional, la Demandante no necesita llevar a cabo una investigación exhaustiva de la práctica de los estados ni una *opinion juris*, como alega la Demandada, para confirmar el surgimiento de una nueva norma de derecho internacional consuetudinario. Conforme al Artículo 38(1)(d) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, la Demandante tiene derecho a basarse en la evidencia de normas de derecho internacional consuetudinario que ofrecen las decisiones relevantes de los tribunales y las doctrinas de los publicistas más idóneos.”); Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, Art. 38(1)(d) (en el que se dispone que, al resolver controversias conforme al derecho internacional, la Corte “deberá aplicar . . . las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho”) (CL-72).

¹²⁰³ Ver, por ejemplo, Memorial de Contestación, párrafos 464-479.

¹²⁰⁴ Memorial, párrafos 229-244.

¹²⁰⁵ Memorial de Contestación, párrafo 464.

finés y objetivos de una política, o de otro modo subvierte gravemente una ley o política nacional por un motivo oculto.”¹²⁰⁶ Contrariamente a lo afirmado por la Demandada, la Demandante citó y se fundó en el caso *Cargill* en su Memorial.¹²⁰⁷ De cualquier forma, es la Demandada quien desestima la evolución del estándar mínimo internacional al argüir que sólo puede verse quebrantado si la conducta de un Estado es “particularmente grave.”¹²⁰⁸

234. Como lo demostró la Demandante en su Memorial, la noción de que “tanto el derecho internacional consuetudinario como el estándar mínimo de tratamiento de extranjeros que incorpora están en constante proceso de desarrollo” y “no está[n] congelado[s] en el tiempo”¹²⁰⁹ goza de amplia aceptación. Tal como lo subrayó el tribunal establecido en virtud del TLCAN en el caso *Merrill & Ring c. Canadá*, existe una “tendencia hacia la liberalización del estándar aplicable al trato de los negocios, el comercio y las inversiones” que “continuó invencible durante varias décadas y aún no se ha detenido”¹²¹⁰. Haciendo hincapié en que tribunales constituidos conforme al TLCAN han resuelto que una “conducta que es injusta, arbitraria, desleal, discriminatoria o que viola el debido proceso” constituye una “violaci[ón] del trato justo y equitativo, incluso en ausencia de mala fe o intención maliciosa por parte del Estado”¹²¹¹, el tribunal de *Merrill & Ring* sostuvo que “[e]l requisito de que los extranjeros deben ser tratados justa y equitativamente en relación con los negocios, el comercio y las inversiones es el resultado de su realidad cambiante y, en cuanto tal, se ha convertido suficientemente en parte de la práctica extendida y consistente de manera de demostrar que es

¹²⁰⁶ *Cargill, Inc. c. Estados Unidos Mexicanos*, TLCAN Capítulo Once, Caso CIADI N.º ARB(AF)/05/2, Laudo del 18 de septiembre de 2009 (“*Cargill c. México*”), párrafo 296 (CL-12).

¹²⁰⁷ Memorial, párrafos 240, 280.

¹²⁰⁸ Memorial de Contestación, párrafo 464; ver también *id.* párrafo 534 (en el que se argumenta, en referencia a la decisión del caso *Glamis Gold c. Estados Unidos*, que la conducta violatoria del estándar debe ser “particularmente manifiesta y chocante”).

¹²⁰⁹ *ADF c. Estados Unidos*, párrafo 179 (CL-4); ver también, por ejemplo, *Merrill & Ring Forestry L.P. c. Gobierno de Canadá*, TLCAN Capítulo Once, CNUDMI, Laudo del 31 de marzo de 2010 (“*Merrill & Ring c. Canadá*”), párrafo 193 (en el que se destaca “la “visión compartida de que el derecho internacional [consuetudinario] no ha sido congelado en el tiempo y que continúa evolucionando según las realidades de la comunidad internacional”) (CL-29).

¹²¹⁰ *Merrill & Ring c. Canadá*, párrafos 207, 210 (CL-29).

¹²¹¹ *Id.*, párrafo 208.

reflejado en la actualidad en el derecho internacional consuetudinario como *opinio juris*.”¹²¹² El tribunal confirmó que “el estándar ofrece protección frente a todos esos actos o comportamientos que podrían infringir un sentido de justicia, equidad y sensatez.”¹²¹³

235. En la misma línea, prestigiosos autores han manifestado que “la práctica arbitral nos señala una evidente progresión en el tiempo hacia estándares [de trato justo y equitativo] más exigentes para los estados receptores.”¹²¹⁴ Esta progresión se evidencia asimismo en la práctica de los Estados, amén del reconocimiento por parte de los tribunales de que “la gran cantidad de tratados de inversión regionales y bilaterales (más de 2000) contemplan casi uniformemente un trato justo y equitativo para las inversiones extranjeras” y de que “dicho conjunto de prácticas concordantes seguramente debe haber influido el contenido de las reglas que rigen el trato de la inversión extranjera en el derecho internacional actual.”¹²¹⁵

236. Al tiempo que omite reflejar la evolución de la aplicación del estándar mínimo internacional, la Demandada invoca el caso *Glamis Gold* en reiteradas oportunidades con la finalidad de alegar que no “cualquier arbitrariedad”¹²¹⁶ constituye una violación del estándar, sino que es menester que un acto alcance un nivel “sorprendente, chocante o que evidencie una falta palmaria de fundamentos” o sea “lo suficientemente atroz y vergonzoso - una denegación evidente de justicia, arbitrariedad manifiesta, flagrante injusticia, ausencia total del debido proceso, discriminación evidente o falta manifiesta de motivos.”¹²¹⁷ No obstante, haciendo

¹²¹² *Íd.*, párrafo 210.

¹²¹³ *Íd.*

¹²¹⁴ R. Dolzer y C. Schreuer, *Principles of International Investment Law* (2008), p. 128 (CL-71); ver también Andrew Newcombe & Lluís Paradel, *Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment* 276 (2009) (“El de trato justo y equitativo es un estándar legal abarcativo y, si bien no confiere a los tribunales un mandato abierto para cuestionar las decisiones de un gobierno, sí les permite evaluar si la conducta de un estado fue evidentemente irrazonable.”) (CL-77).

¹²¹⁵ *Mondev International Ltd. c. Estados Unidos de América*, TLCAN Capítulo Once, Caso CIADI N.º ARB(AF)/99/2, Laudo del 11 de octubre de 2002 (“*Mondev c. Estados Unidos*”), párrafo 117 (CL-31); ver también *Chemtura Corporation c. Gobierno de Canadá*, TLCAN Capítulo Once, CNUDMI, Laudo del 2 de agosto de 2010 (“*Chemtura c. Canadá*”), párrafo 121 (en el que se observa que no se puede “pasar por alto la evolución del derecho internacional consuetudinario ni los efectos de [los Tratados Bilaterales de Inversión] en tal evolución”) (CL-14).

¹²¹⁶ Memorial de Contestación, párrafo 534.

¹²¹⁷ *Íd.*, párrafos 465, 534 (donde se cita el caso *Glamis Gold c. Estados Unidos*, párrafos 616-617 (CL-23)).

efectiva una interpretación aparentemente más restringida del estándar mínimo internacional, el tribunal de *Glamis Gold* reconoció expresamente estar “apartándose de las principales tendencias seguidas en decisiones anteriores” y adhiriendo a un “nivel de escrutinio [que] es el mismo” que el aplicado hace casi cien años.¹²¹⁸ Incluso a la luz de lo expresado en el caso *Glamis Gold* debería rechazarse el intento de la Demandada de minimizar la importancia de la arbitrariedad como uno de los elementos del estándar del derecho internacional consuetudinario. En palabras del Profesor Reisman:

Es cuanto menos llamativo argumentar que el derecho internacional permite que los estados actúen de manera arbitraria. . . . En *Glamis Gold* se determinó que una conducta ‘manifiestamente arbitraria’ o ‘discriminatoria’ viola el estándar de trato justo y equitativo en los términos del derecho internacional consuetudinario. . . Mantengo mi convicción de que los estándares de no arbitrariedad y no discriminación continúan vigentes en el derecho internacional consuetudinario.¹²¹⁹

237. En busca de una definición de arbitrariedad, la misma Demandada invoca el caso *ELSI*.¹²²⁰ En la decisión comúnmente citada de ese caso—calificada como la “más autorizada como interpretación” de arbitrariedad en el derecho internacional¹²²¹—la CIJ declaró que “[l]a arbitrariedad es algo más opuesto al estado de derecho que a una norma de derecho. . . . Se trata de una omisión dolosa del debido proceso, un acto que violenta o al menos sorprende a todo

¹²¹⁸ *Glamis Gold c. Estados Unidos*, párrafos 8, 616 (CL-23).

¹²¹⁹ Segunda Opinión de W. Michael Reisman sobre Cuestiones Jurídicas planteadas por la Demandada en su Memorial de Constitución, *Railroad Development Corp. c. Guatemala*, RD-CAFTA, Caso CIADI N.º ARB/07/23 del 11 de marzo de 2011, párrafo 55 (CL-68).

¹²²⁰ Memorial de Contestación, párrafo 528 (en el que se cita el caso *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI) (Estados Unidos de América c. Italia)*, Decisión del 20 de julio de 1989, reimpresso en 1989 I.C.J. REP. 15 (“*ELSI*”), párrafo 128 (RL-1)).

¹²²¹ *Siemens A.G. c. República Argentina*, Caso CIADI N.º ARB/02/8, Laudo del 6 de febrero de 2007 (“*Siemens c. Argentina*”), párrafo 318 (CL-44); ver también, por ejemplo, *Cargill c. México*, párrafo 291 (“Con respecto a la arbitrariedad, el Tribunal coincide con la opinión expresada por una Cámara de la Corte Internacional de Justicia en el caso *ELSI* . . .”) (CL-12); *id.* (donde se destaca que al menos dos Estados Parte del TLCAN aceptaron la definición establecida en el caso *ELSI* como la “mejor definición” de arbitrariedad); *Duke Energy Electroquil Partners y Electroquil S.A. c. República del Ecuador*, Caso CIADI N.º ARB/04/19, Laudo del 18 de agosto de 2008 (“*Duke c. Ecuador*”), párrafo 378 (“A los efectos de su decisión, el Tribunal se basará en la definición de arbitrariedad dada por la Corte Internacional de Justicia en el caso *ELSI* . . .”) (CL-19).

sentido de corrección jurídica”¹²²². Así, si bien la formulación del caso *ELSI* hace alusión a una conducta “que violenta”, también se refiere a una conducta que “al menos sorprende”. Por otra parte, los tribunales que han aplicado lo dispuesto en el caso *ELSI* y constatado la existencia de conductas arbitrarias que violaban obligaciones de trato justo y equitativo han puesto el énfasis en la inobservancia deliberada del elemento referido al derecho de la definición enunciada en dicho caso.¹²²³ En consecuencia, la atención de la Demandada dirigida a una conducta “particularmente grave”¹²²⁴ resulta desacertada y, en todo caso, dicha conducta se encuentra verificada en este caso. Como se describe a continuación, la conducta ilícita y arbitraria de la Demandada, por la que le cabe responsabilidad en este caso, comprende el repudio y la violación deliberados de aspectos esenciales de sus propias leyes y reglamentaciones.

2. El estándar de trato justo y equitativo resguarda a una inversión protegida del repudio o la violación deliberados por parte del Estado de elementos esenciales de su propio marco legal o regulatorio interno

a. Numerosos tribunales han declarado responsable a un Estado por haber repudiado o violado deliberadamente elementos esenciales de su marco legal o regulatorio interno, como ocurrió en este caso

238. Según lo demostrado por la Demandante en su Memorial, y lo resuelto por varios tribunales de inversión internacionales, el estándar de trato justo y equitativo resguarda a los inversores protegidos contra el repudio o la violación deliberados por parte del Estado del marco legal o regulatorio nacional en el que el inversor confió al hacer su inversión.¹²²⁵ Así, como la misma Demandada lo reconoce¹²²⁶, los tribunales concluyeron que el estándar de trato justo y

¹²²² *ELSI*, párrafo 128 (RL-1).

¹²²³ Ver, por ejemplo, *Azurix Corp. c. República Argentina*, Caso CIADI N.º ARB/01/12, Laudo del 14 de julio de 2006 (“*Azurix c. Argentina*”), párrafo 392 (“El Tribunal considera que la definición suministrada en el caso *ELSI* se asemeja al significado corriente de arbitrario, dado que subraya el elemento de descuido intencionado de la ley”) (CL-8); *Siemens c. Argentina*, párrafo 318 (“[l]a definición en el caso *ELSI* es la más autorizada como interpretación del derecho internacional y se aproxima a la acepción corriente del término, pues en ella se hace hincapié en la inobservancia deliberada del derecho. El elemento de mala fe agregado por la decisión del caso *Genin* [c. *Estonia*] no parece encontrar respaldo en el concepto ordinario de arbitrario ni en la definición de la CIJ en el caso *ELSI*.”) (CL-44).

¹²²⁴ Ver Memorial de Contestación, párrafo 464.

¹²²⁵ Memorial, párrafos 228-258.

¹²²⁶ Ver Memorial de Contestación, párrafos 507-508, 568-575.

equitativo se había incumplido en los casos enumerados a continuación (entre otros), en los que el Estado menoscabó o alteró de forma sustancial aspectos fundamentales de su propio sistema jurídico, ya sea por actos de índole legislativa, regulatoria, administrativa o de otra naturaleza:

- *CMS c. Argentina*: transformación del régimen tarifario de una empresa de servicios públicos que había sido implementado para atraer la inversión extranjera.¹²²⁷
- *LG&E c. Argentina*: transformación del régimen tarifario de una empresa de servicios públicos que había sido implementado para atraer la inversión extranjera.¹²²⁸
- *BG Group c. Argentina*: transformación del régimen tarifario de una empresa de servicios públicos que había sido implementado para atraer la inversión extranjera.¹²²⁹
- *CME c. República Checa*: presión ejercida por un ente regulador de medios, motivado por intereses políticos, con el fin de suprimir las garantías contractuales ofrecidas al momento de la inversión.¹²³⁰
- *PSEG c. Turquía*: incoherencias administrativas, intentos por replantear cuestiones ya acordadas y reformas legislativas que modificaron el entorno legal y empresarial preexistente.¹²³¹
- *Biwater Gauff c. Tanzania*: omisión en la designación de un ente regulatorio independiente, cuya existencia había sido un factor clave en la decisión de invertir.¹²³²

¹²²⁷ *CMS Gas Transmission Co. c. República Argentina*, Caso CIADI N.º ARB/01/8, Laudo del 12 de mayo de 2005 (“*CMS c. Argentina*”) (CL-17).

¹²²⁸ *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., y LG&E Int’l Inc. c. República Argentina*, Caso CIADI N.º ARB/02/1, Decisión sobre Responsabilidad del 3 de octubre de 2006 (“*LG&E c. Argentina*”) (CL-27).

¹²²⁹ *BG Group Plc. c. República Argentina*, CNUDMI, Laudo del 24 de diciembre de 2007 (“*BG Group c. Argentina*”) (CL-9).

¹²³⁰ *CME Czech Republic B.V. c. República Checa*, CNUDMI, Laudo Parcial del 13 de septiembre de 2001 (“*CME c. República Checa*”) (CL-16).

¹²³¹ *PSEG Global Inc. y Konya Ilgin Elektrik Üretim ve Ticaret Limited Şirketi c. República de Turquía*, Caso CIADI N.º ARB/02/5, Laudo del 19 de enero de 2007 (“*PSEG c. Turquía*”) (CL-37).

¹²³² *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. c. República Unida de Tanzania*, Caso CIADI N.º ARB/05/22, Laudo del 24 de julio de 2008 (“*Biwater Gauff c. Tanzania*”) (CL-10).

- *ADC c. Hungría*: derogación de derechos contractuales en los que se había basado la inversión, por medio de un decreto ejecutivo que prohibía la participación de entidades no estatales.¹²³³

239. En cada uno de estos casos, el tribunal analizó el marco legal y/o regulatorio de cada país y comprobó que el Estado había violado el estándar de trato justo y equitativo al aniquilar o desconocer las bases legales en las que el inversor precisamente había confiado al realizar su inversión.¹²³⁴ Como lo expresó el tribunal del caso *ADC c. Hungría*, “si bien un Estado soberano posee el derecho inherente de regular sus asuntos internos, el ejercicio de dicha prerrogativa no es absoluto y debe tener sus límites”¹²³⁵ y “es el estado de derecho, que comprende a las obligaciones previstas en los tratados, el que proporciona esos límites”¹²³⁶. Como también lo señaló dicho tribunal, “cuando un Estado suscribe un tratado bilateral de inversión como el suscripto en este caso, queda sometido a él y las obligaciones de protección de las inversiones que hubiera asumido en virtud del tratado deben cumplirse en lugar de ser ignoradas con la invocación posterior del derecho de regular que asiste al Estado”¹²³⁷.

240. En su Memorial de Contestación, la Demandada no cuestiona ninguno de estos principios, pero alega que “son solo alteraciones fundamentales del marco jurídico las que son censuradas por la regla de trato justo y equitativo” y que no puede configurarse una violación cuando únicamente se produce “un incumplimiento de la regulación” o “cuando a lo sumo haya habido reformas parciales del marco regulatorio que no hayan derogado o abolido las premisas básicas de la regulación.”¹²³⁸ De este modo, la Demandada pretende separar los casos citados en el Memorial de la Demandante, y en particular los surgidos a raíz del colapso económico de Argentina en 2001, de sus propios actos, con el argumento de que en dichos casos se registró una total “destrucción fundamental del marco regulatorio y contractual” mediante la sanción de

¹²³³ *ADC Affiliate Ltd. y ADC & ADMC Mgmt. Ltd c. República de Hungría*, Caso CIADI N.º ARB/03/16, Laudo del 2 de octubre de 2006 (“*ADC c. Hungría*”) (CL-3).

¹²³⁴ Ver Memorial, párrafos 245-258.

¹²³⁵ *ADC c. Hungría*, párrafo 423 (CL-3).

¹²³⁶ *Íd.*

¹²³⁷ *Íd.*

¹²³⁸ Memorial de Contestación, párrafo 575.

legislación de emergencia, en lo que presuntamente fue un “escenario mucho más grave.”¹²³⁹ Según la Demandada, a diferencia de las demandantes en los casos contra Argentina, TECO supuestamente “no puede alegar derogaciones fundamentales del marco regulatorio” puesto que “es la forma en la que la CNEE interpretó y aplicó el marco regulatorio [...] lo que determina la frustración de las expectativas legítimas [de TECO], no la abolición o alteración fundamental de dicho marco regulatorio.”¹²⁴⁰ Con sus afirmaciones, la Demandada, una vez más, describe erróneamente el reclamo de la Demandante y, por otra parte, fracasa en su intento de apartarse de los casos invocados por la Demandante en su Memorial.

241. Como lo corroboran numerosos casos, incluso los iniciados contra Argentina, no es necesario el desmantelamiento íntegro de un marco legal o regulatorio, por medidas legislativas o por cualquier otro medio, para que se produzca una violación del estándar de trato justo y equitativo. Por ejemplo, en *Total c. Argentina*, el tribunal, entre otras cosas, sostuvo que la alteración de un mecanismo establecido para la fijación de los precios de los servicios públicos como consecuencia de la adopción de medidas puramente administrativas—al tiempo que el marco legal se mantuvo intacto—constituyó un incumplimiento del estándar de trato justo y equitativo. En particular, el tribunal concluyó que por una serie de resoluciones dictadas por la Secretaría de Energía de Argentina se implementó un sistema de fijación de precios alternativo que resultaba incompatible con la ley de energía eléctrica en la que el inversor había confiado.¹²⁴¹ En efecto, el tribunal enfatizó que su determinación de que se había verificado una violación del estándar de trato justo y equitativo hallaba aun más sustento en el hecho de que Argentina había alterado unilateralmente el marco legal por medios no legislativos, manteniendo en pie el régimen legal preestablecido:

La inobservancia de los principios básicos de la Ley de Energía Eléctrica es relevante, independientemente de si los cambios fueron introducidos en violación al sistema legal interno, cuestión ésta que el Tribunal no necesita resolver. *La conclusión de que*

¹²³⁹ *Íd.*, párrafo 569.

¹²⁴⁰ *Íd.*, párrafo 576.

¹²⁴¹ *Total S.A. c. República Argentina*, Caso CIADI N.º ARB/04/1, Decisión sobre Responsabilidad del 27 de diciembre de 2010 (“*Total c. Argentina*”), párrafos 288, 325-335 (CL-70).

*existió una situación de injusticia se ve reforzada por el hecho de que la renovación integral del régimen de electricidad, fijado por la Ley de Energía Eléctrica, la cual siguió sin aplicarse en la práctica, se implementó por medio de acciones de las autoridades administrativas. La seguridad ofrecida por un régimen establecido por ley a inversores que necesariamente planifican a largo plazo se vio gravemente menoscabada.*¹²⁴²

Además, utilizando palabras que evocaban al caso *ADC c. Hungría*, el tribunal de *Total* rechazó las alegaciones de Argentina de que contaba con “amplias facultades para regular las actividades de generación por motivos de interés general” y trazó una distinción entre el incumplimiento indebido de Argentina del marco regulatorio y los riesgos “normales” que un inversor puede llegar a asumir con arreglo al derecho interno: “[e]sta evolución va más allá del normal riesgo regulatorio que puede anticiparse a la luz de la Ley de Energía Eléctrica.”¹²⁴³

242. Como se recalcó en *Total*, la Demandada se equivoca al sugerir que debe mediar la completa desarticulación de un marco regulatorio o un conjunto de medidas legislativas de amplio alcance para que se vulnere el trato justo y equitativo.¹²⁴⁴ Otras decisiones abonan la teoría de que ciertas medidas más restringidas, que tienen el efecto de alterar un componente central de un régimen de inversión y de frustrar las expectativas legítimas de un inversor con respecto a él, pueden quebrantar el estándar de trato justo y equitativo. A modo de ejemplo, en *Biwater Gauff*, como se indicó en el Memorial de la Demandante y en la presente, el tribunal manifestó que el incumplimiento por parte del Estado del compromiso asumido de designar a una autoridad regulatoria independiente podía contravenir el estándar de trato justo y equitativo:

[C]omo principio, la omisión de establecer un ente regulador independiente e imparcial, aislado de toda influencia política, configura un incumplimiento del estándar de trato justo y equitativo por cuanto representa una desviación de la expectativa legítima [de la Demandante] de que se crearía un ente regulador

¹²⁴² *Íd.*, párrafos 331-332 (énfasis añadido).

¹²⁴³ *Íd.*, párrafo 332.

¹²⁴⁴ En efecto, el tribunal de *Total* determinó que ciertos cambios de carácter general que se habían implementado por medio de la ley de emergencia *no* violaban el estándar de trato justo y equitativo. *Íd.*, párrafo 165 (en el que se resolvió que la eliminación por ley de la denominación en dólares de las tarifas de gas no contravenía el estándar de trato justo y equitativo).

imparcial a los efectos de supervisar la relación entre City Water y DAWASA.¹²⁴⁵

De hecho, la misma Demandada se refiere a la omisión del Estado en el caso *Bewater Gauff* de nombrar a un ente regulador independiente, conforme lo exigido por el derecho local, como un “cambio radical en el marco regulatorio.”¹²⁴⁶

243. De manera similar, en *ATA Construction c. Jordania*, el tribunal dictaminó que el derecho contractual de un inversor de someter controversias a arbitraje en una jurisdicción neutral, de modo que el Estado parte del contrato de inversión no fuera “simultáneamente litigante y juez”, era una “parte integral” de dicho contrato.¹²⁴⁷ En consecuencia, el tribunal resolvió que la extinción del derecho del inversor al arbitraje a raíz de la aplicación retroactiva por parte del Estado de una nueva ley de arbitraje había violado el estándar de trato justo y equitativo.¹²⁴⁸ En su decisión, el tribunal “recordó la regla general según la cual un Estado no puede ampararse en su derecho interno para eludir obligaciones impuestas por un determinado tratado o por el derecho público internacional en forma general.”¹²⁴⁹ De este modo, aun sin haber desmantelado íntegramente el marco legal en el que el inversor había fundado su inversión, Jordania fue declarada responsable por la modificación fundamental de un aspecto clave del régimen legal que revestía particular importancia para el inversor, esto es, la disponibilidad de un mecanismo de resolución de controversias neutral y ajeno a la influencia política del Estado.

244. Las circunstancias de este caso ofrecen motivos similares para determinar que la Demandada violó su obligación de conceder un trato justo y equitativo. Como en los casos *Total*, *Bewater Gauff* y *ATA Construction*, los actos ilícitos y arbitrarios de Guatemala en este caso condujeron a la plena derogación de las premisas básicas del marco legal y regulatorio en función del cual la Demandante realizó su inversión en EEGSA. Como se demostró en el

¹²⁴⁵ *Bewater Gauff c. Tanzania*, párrafo 615 (CL-10).

¹²⁴⁶ Memorial de Contestación, párrafo 575, nota al pie 807.

¹²⁴⁷ *ATA Construction, Industrial and Trading Company c. Reino Hashemita de Jordania*, Caso CIADI N.º ARB/08/2, Laudo del 18 de mayo de 2010 (“*ATA Construction c. Jordania*”), párrafos 121-128 (CL-58).

¹²⁴⁸ *Íd.*, párrafos 121, 125, 133.

¹²⁴⁹ *Íd.*, párrafo 122.

Memorial y en esta Réplica, la Demandante efectuó su inversión en EEGSA confiando en el marco legal y regulatorio establecido por la LGE y el RLGE, que ofrecía la garantía de un proceso de revisión tarifaria despolitizado y retornos justos, para lo cual limitaba el rol del regulador en lo atinente al cálculo del componente del VAD de las tarifas del distribuidor y adoptaba el enfoque de empresa eficiente modelo al utilizar el valor nuevo de reemplazo de los activos para el cálculo del VAD del distribuidor.¹²⁵⁰ Conforme surge de las pruebas, Guatemala hizo hincapié en estos factores al momento de promocionar la privatización de EEGSA ante el grupo de compañías TECO, ocasión en la cual, en su Memorandum de Venta, declaró inequívocamente que “[l]os VAD *deben* ser calculados por los distribuidores mediante un estudio encargado a una empresa de ingeniería” y que 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 diferencias.*”¹²⁵¹ Guatemala proclamó además que, si bien “[h]istóricamente las tarifas han sido bajas, lo cual ha colocado severas restricciones sobre el potencial de ganancias de los distribuidores”, la LGE “aborda este problema directamente, otorgando a las compañías (INDE y EEGSA) la capacidad de fijar las tarifas según los precios del mercado.”¹²⁵²

245. Como se desprende de la evidencia, desde el comienzo de la revisión tarifaria de EEGSA para el período 2008-2013, la CNEE se empeñó en evitar un aumento del VAD de la compañía por todos los medios posibles, e incluso llegó a actuar de manera arbitraria, en contra de elementos cruciales del marco legal y regulatorio que Guatemala había establecido con miras a incentivar la inversión extranjera en su sector eléctrico, y a contradecir las declaraciones expresas de Guatemala durante el proceso de privatización de EEGSA:

- El MEM primero modificó el Artículo 98 del RLGE a fin de permitir que, en determinadas circunstancias, la CNEE se basara en su propio

¹²⁵⁰ *Ver supra* Sección II.B; Memorial, párrafos 27-35.

¹²⁵¹ Empresa Eléctrica de Guatemala S.A., Memorandum de Venta preparado por Salomon Smith Barney de mayo de 1998 (“Memorandum de Venta”), p. 49 (énfasis añadido) (C-29); *ver también supra*, párrafos 58-61; Memorial, párrafos 52-55; Empresa Eléctrica de Guatemala, S.A., Memorandum Informativo Preliminar elaborado por Salomon Smith Barney de abril de 1998, p. 3 (C-27); Presentación del Roadshow de Empresa Eléctrica de Guatemala, S.A., de mayo de 1998, pp. 16-19 (C-28).

¹²⁵² Memorandum de Venta de mayo de 1998, pp. 49 (C-29).

estudio del VAD a los efectos de la fijación de los nuevos pliegos tarifarios del distribuidor, una posibilidad que la LGE no contemplaba; y en forma deliberada omitió dicha modificación en los borradores circulados al sector eléctrico.¹²⁵³

- Por medio de los TdR, la CNEE se arrogó la discreción ilimitada de detener el avance del estudio del VAD del consultor y declararlo “no recibido” en virtud del modificado Artículo 98 del RLGE, de modo que, si la CNEE no estaba conforme con los resultados de dicho estudio del VAD del consultor, podía valerse de su propio estudio independiente del VAD para fijar los nuevos pliegos tarifarios de EEGSA, en incumplimiento del procedimiento estipulado en los Artículos 74-76 de la LGE.¹²⁵⁴
- La CNEE luego trabajó directamente con el Sr. Riubrugent en la definición de un cálculo del FRC, a ser incluido en los TdR, que garantizaría una reducción significativa del VAD de EEGSA e impediría que la compañía obtuviese la tasa de retorno prevista por la LGE, mediante el cálculo de dicho retorno sobre una base de capital depreciada en un 50 por ciento, en contra de lo dispuesto en los Artículos 67 y 73 de la LGE.¹²⁵⁵
- Tras acordar la modificación de ciertas disposiciones de los TdR ante las impugnaciones legales interpuestas por EEGSA y consentir la inclusión del Artículo 1.10, en virtud del cual el consultor de EEGSA podría apartarse de los TdR cuando hubiese una justificación para hacerlo, la CNEE se negó a mantener cualquier tipo de negociación de peso con EEGSA en lo referido a su estudio del VAD, a pesar de los reiterados pedidos de EEGSA en tal sentido.¹²⁵⁶
- Consciente de que las partes no lograrían llegar a un acuerdo y de que la CNEE debería por ley designar a una Comisión Pericial, el MEM modificó el RLGE con la intención de otorgar al Gobierno la facultad de nombrar a dos de los tres miembros de la Comisión Pericial en

¹²⁵³ *Ver supra* Sección II.E.1; Memorial, párrafos 84-93; Maté II, párrafo 6 (CWS-12); Maté I, párrafo 6 (CWS-6); Calleja II, párrafo 9 (CWS-9); Calleja I, párrafo 12 (CWS-3); *ver también* Acta de la Reunión con los Distribuidores del 15 de febrero de 2007 (C-479).

¹²⁵⁴ *Ver supra* Sección II.E.2; Memorial, párrafos 94-107; Alegría I, párrafos 41-43 (CER-1); Calleja II, párrafos 14-15 (CWS-9); Calleja I, párrafos 16-17 (CWS-3); Maté II, párrafo 10 (CWS-12); Maté I, párrafo 8 (CWS-6).

¹²⁵⁵ *Ver supra*, párrafo 116; Intercambio por correo electrónico entre J. Riubrugent y M. Peláez del 13 de diciembre de 2007 (C-490); Intercambio por correo electrónico entre J. Riubrugent y M. Peláez del 19 de diciembre de 2007 (C-491); Intercambio por correo electrónico entre M. Peláez y J. Riubrugent del 9 de enero de 2008 (C-567).

¹²⁵⁶ *Ver supra* Sección II.E.3; Memorial, párrafos 108-122; Calleja II, párrafo 21 (CWS-9); Giacchino II, párrafo 14 (CWS-10); Maté II, párrafo 16 (CWS-12).

virtud del Artículo 98 *bis* del RLGE, garantizándole así la mayoría en dicha Comisión.¹²⁵⁷

- Luego de que la amenaza de impugnación legal de EEGSA evitara que la CNEE aplicara retroactivamente el Artículo 98 *bis* del RLGE a la revisión tarifaria de EEGSA, la CNEE se abocó a influenciar las discusiones de la Comisión Pericial por medio del Sr. Riubrugent, para lo cual le enviaba material e información en sustento de la postura de la CNEE en la Comisión Pericial y le solicitaba expresamente que no diera a conocer el origen de esa información a los otros dos miembros de la Comisión Pericial.¹²⁵⁸
- Al enterarse por intermedio del Sr. Riubrugent de que los dos miembros restantes de la Comisión Pericial no se pronunciarían a su favor respecto de muchas discrepancias esenciales, incluido su cálculo del FRC, la CNEE sentó las bases para desestimar el Informe de la Comisión Pericial al anunciar públicamente que tal decisión no le sería vinculante.¹²⁵⁹
- Luego de analizar el Informe de la Comisión Pericial y concluir que su pronunciamiento sobre el cálculo del FRC por sí solo aumentaría el VAD en aproximadamente un 25 por ciento¹²⁶⁰, la CNEE ignoró dicho Informe y el estudio del VAD corregido por Bates White y procedió a aprobar su propio estudio independiente del VAD, que había sido elaborado por Sigla sin ningún aporte de EEGSA ni su consultor independiente, y en el que se utilizaba el cálculo del FRC de la CNEE que la Comisión Pericial había rechazado.¹²⁶¹
- La CNEE luego fijó los nuevos pliegos tarifarios de EEGSA en función del estudio del VAD de Sigla, por el que el VAD de EEGSA se redujo en un 45 por ciento aproximadamente. Así, la CNEE logró su

¹²⁵⁷ *Ver supra* Sección II.E.4; Memorial, párrafos 133-135; Alegría II, párrafo 64 (CER-3); Alegría I, párrafo 53 (CER-1).

¹²⁵⁸ *Ver supra* párrafos 139-140; Cadena de correos electrónicos entre M. Peláez y J. Riubrugent del 13 de junio de 2008 (C-496); Cadena de correos electrónicos entre M. Peláez y J. Riubrugent del 18 de junio de 2008 (C-498); Correo electrónico de J. Riubrugent a M. Quijivix del 11 de julio de 2008 (C-501).

¹²⁵⁹ *Ver supra* II.E.5; Memorial, párrafos 151-154; Eduardo Smith, “Aún no se determina tasa de distribución”, *Prensa Libre*, 23 de julio de 2008 (C-242); Fernando Quiñónez, “La CNEE deberá recibir el informe de peritos hoy mismo”, *Siglo 21*, 24 de julio de 2008 (C-243).

¹²⁶⁰ Análisis Dictamen Comisión Pericial (sin fecha), p. 8 (C-547).

¹²⁶¹ *Ver supra* Sección II.E.5.d; Memorial, párrafos 189-199; Análisis Dictamen Comisión Pericial (sin fecha), p. 8 (C-547).

cometido de disminuir las tarifas de electricidad de EEGSA de manera considerable.¹²⁶²

246. Como bien lo demuestran las pruebas presentadas, tanto el proceso como el resultado de la revisión tarifaria de EEGSA para el período 2008-2013 fueron ilegales y arbitrarios; y contradijeron no solo las leyes que Guatemala había sancionado con el propósito específico de atraer la inversión extranjera en EEGSA, sino también las declaraciones expresas de Guatemala durante la privatización.¹²⁶³ Como en el caso *CMS c. Argentina*, en el que el tribunal concluyó que Argentina había trastocado la esencia del entorno jurídico y empresarial al derogar garantías que “revistieron crucial importancia para adoptar la decisión de invertir”¹²⁶⁴, en este caso, la CNEE desconoció abiertamente aspectos críticos del marco legal y regulatorio en virtud del cual la Demandante realizó su inversión; primero, al abolir las premisas básicas de la LGE y el RLGE en lo referido al cálculo del VAD del distribuidor y al procedimiento establecido para la resolución de controversias en torno a dicho VAD, y luego, al imponer de manera unilateral un VAD artificialmente bajo que privaba a los inversores de EEGSA de una tasa de retorno dentro del rango previsto por la LGE.¹²⁶⁵ Así, la CNEE no solo omitió cumplir con las disposiciones de la LGE y el RLGE, sino que derogó las principales premisas y garantías legales, sometiendo a la inversión protegida de la Demandante en EEGSA al tipo de conducta ilícita y arbitraria de un Estado contra la cual se dirige la obligación de trato justo y equitativo. Incluso a la luz de la formulación del estándar de trato justo y equitativo de la Demandada, dicho grado de conducta indebida del Estado constituye un incumplimiento.¹²⁶⁶

¹²⁶² *Ver supra* Sección II.E.5.d; Memorial, párrafos 189-199.

¹²⁶³ *Ver* Memorial, párrafos 84-199.

¹²⁶⁴ *CMS c. Argentina*, párrafo 275 (CL-17).

¹²⁶⁵ *Ver supra* Sección II.E.5; Memorial, párrafos 189-199.

¹²⁶⁶ *Ver* Memorial de Contestación, párrafos 477, 479 (donde se alega que, para constituir una violación es necesario que “la conducta sea una violación deliberada de las obligaciones de la autoridad, o que haya habido acciones gubernamentales ampliamente insuficientes respecto de los estándares internacionales” y que “[las acciones] revelen clara y manifiestamente la repudiación [...] de la normativa [interna] aplicable”).

b. Esta controversia no se refiere a una mera interpretación o aplicación incorrecta del marco legal y regulatorio de Guatemala

247. En consideración de las pruebas presentadas y de los casos discutidos anteriormente, resulta a todas luces claro que la Demandante no plantea meramente “una disputa sobre la interpretación y aplicación de un marco regulatorio”¹²⁶⁷, como alega la Demandada. Por el contrario, los actos inapropiados de la Demandada en este caso reflejan una intencional indiferencia y un manifiesto desprecio ante aspectos fundamentales del marco legal y regulatorio en el que se basó la inversión de la Demandante. Los esfuerzos infundados de la Demandada por retratar a este caso como una mera controversia regulatoria fracasan aun más al analizar los casos invocados por ella, que no guardan ningún tipo de relación con los hechos de este caso y que, en la medida de su relevancia, favorecen la postura de la Demandante. Por ejemplo:

- *SD Myers c. Canadá*:¹²⁶⁸ a pesar de afirmar que no podía cuestionar los errores de juicio u otros errores del gobierno, palabras de las que la Demandada se hizo eco, el tribunal en última instancia decidió que la imposición de restricciones al transporte de sustancias peligrosas, que alteró la esencia del marco legal aplicable e impidió que la demandante administrara su inversión, constituyó un incumplimiento de la obligación de brindar trato justo y equitativo.¹²⁶⁹
- *Cargill c. México*:¹²⁷⁰ como lo indicó la Demandada, el tribunal hizo la insignificante declaración de que “la falta de cumplimiento de los requisitos de las leyes nacionales no es necesariamente una violación del derecho internacional.”¹²⁷¹ No obstante, el tribunal finalmente dispuso que México había violado sus deberes de trato justo y equitativo al adoptar medidas en virtud de su legislación interna, dado

¹²⁶⁷ *Íd.*, párrafo 468; *ver también id.*, párrafo 479 (“[Q]ue un órgano de un Estado pueda haber cometido equivocaciones, tomado decisiones controvertidas, realizado errores de juicio, o adoptando medidas mal informadas o desencaminadas, no configura una violación del estándar mínimo internacional.”).

¹²⁶⁸ *Ver*, por ejemplo, *id.*, párrafo 469 (donde se aplica el caso *S.D. Myers, Inc. c. Gobierno de Canadá*, TLCAN Capítulo Once, CNUDMI, Laudo Parcial del 13 de noviembre de 2000 (“*S.D. Myers c. Canadá*”) (CL-41)).

¹²⁶⁹ *Ver S.D. Myers c. Canadá*, párrafo 268 (CL-41). El tribunal concluyó que el incumplimiento del estándar de trato nacional se equiparó *ipso facto* a una violación del estándar de trato justo y equitativo, una conclusión que más tarde fue desestimada por la Interpretación de la Comisión de Libre Comercio del TLCAN, pero que no guarda relación con las circunstancias de este caso. *Ver id.*, párrafo 266.

¹²⁷⁰ *Ver*, por ejemplo, Memorial de Contestación, párrafo 474.

¹²⁷¹ *Cargill c. México*, párrafo 287 (CL-12).

que, entre otras iniciativas, había implementado un permiso de importación de azúcar de mala fe y con la finalidad específica de perjudicar a productores y proveedores estadounidenses.¹²⁷²

- *GAMI c. México*:¹²⁷³ como lo señala la Demandada, el tribunal sostuvo que la demandante “ha dado claros ejemplos de incumplimiento en la aplicación de importantes elementos de las reglamentaciones mexicanas.”¹²⁷⁴ No obstante, el tribunal rechazó el reclamo de trato justo y equitativo con el argumento de que no había evidencia de una “repudiación directa e injustificada” del marco regulatorio porque, entre otras cosas, no existía “ninguna prueba de que México se haya opuesto deliberadamente a su aplicación”¹²⁷⁵, aclaración que la Demandada omite mencionar. En realidad, el sistema regulatorio exigía expresamente la intervención del sector privado y el tribunal no pudo determinar que las falencias del programa regulatorio hubieran sido atribuibles al gobierno o la causa directa de los daños alegados por el inversor.¹²⁷⁶
- *Thunderbird c. México*:¹²⁷⁷ el tribunal rechazó el reclamo de trato justo y equitativo debido a que el inversor no tenía expectativas legítimas al invertir en instalaciones de juegos de azar prohibidos por el derecho mexicano; además, el inversor había descrito incorrectamente la naturaleza de sus máquinas de juego frente al gobierno y no hubo pruebas suficientes de que el procedimiento para el cierre de sus recintos hubiera sido arbitrario o injusto.¹²⁷⁸
- *Glamis Gold c. Estados Unidos*:¹²⁷⁹ el tribunal rechazó un reclamo de trato justo y equitativo con el argumento, entre otros, de que un proceso de revisión administrativa sustentado en pruebas razonables y la promulgación transparente de legislación y reglamentación de

¹²⁷² *Íd.*, párrafos 298-299, 305.

¹²⁷³ *Ver*, por ejemplo, Memorial de Contestación, párrafos 471-473 (donde se aplica el caso *GAMI Investments, Inc. c. Estados Unidos Mexicanos*, TLCAN Capítulo Once, CNUDMI, Laudo del 15 de noviembre de 2004 (“*GAMI c. México*”) (**RL-7**)).

¹²⁷⁴ *GAMI c. México*, párrafo 103 (**RL-7**).

¹²⁷⁵ *Íd.*, párrafo 104.

¹²⁷⁶ *Íd.*, párrafo 110.

¹²⁷⁷ *Ver*, por ejemplo, Memorial de Contestación, párrafo 470 (donde se aplica el caso *International Thunderbird Gaming Corp. c. Estados Unidos Mexicanos*, TLCAN Capítulo Once, CNUDMI, Laudo del 26 de enero de 2006 (“*Thunderbird c. México*”) (**CL-25**)).

¹²⁷⁸ *Thunderbird c. México*, párrafos 151-155, 164-166, 197-200 (**CL-25**).

¹²⁷⁹ *Ver*, por ejemplo, Memorial de Contestación, párrafo 478 (donde se cita el caso *Glamis Gold c. Estados Unidos* (**CL-23**)).

aplicación general que alcanzaba a los requisitos de operación minera estaban racionalmente relacionados con la finalidad declarada y enunciados en términos razonables, por lo que no eran arbitrarios ni contrarios a las obligaciones legales internacionales del Estado.¹²⁸⁰

- *EnCana c. Ecuador*:¹²⁸¹ el tribunal declaró que la denegación de un reembolso fiscal como consecuencia de la aplicación de una medida impositiva general no configuraba un incumplimiento de una obligación internacional puesto que “la fiscalidad se encuentra en una categoría especial” y “[e]n ausencia de un compromiso específico del Estado anfitrión, el inversor extranjero no tiene ningún derecho ni expectativa legítima de que el régimen fiscal no cambie, quizá para su desventaja.”¹²⁸² El tribunal expresó además que, a pesar de la existencia de la medida impositiva cuestionada, los inversores “pudieron [...] continuar funcionando rentablemente y dedicarse a sus actividades normales” y, por ende, no sufrieron ningún perjuicio que pudiera dar lugar a un reclamo.¹²⁸³
- *ADF c. Estados Unidos*:¹²⁸⁴ el tribunal rechazó el reclamo de trato justo y equitativo debido a que los requisitos del derecho interno, presuntamente injustos, eran habituales en muchos Estados y habían sido objeto de una interpretación y una aplicación uniforme y adecuada por parte del Estado; y el inversor ni siquiera había podido probar *prima facie* que el ente regulador hubiera actuado por fuera de los límites de su autoridad en virtud de la ley en cuestión.¹²⁸⁵
- *Genin c. Estonia*:¹²⁸⁶ el tribunal rechazó el reclamo de trato justo y equitativo toda vez que la revocación de la licencia bancaria del inversor estuvo “justificada”, entre otras cosas, porque el Banco de Estonia había actuado en ejercicio de su autoridad legal en respuesta a “dudas serias y completamente razonables en cuanto a la gestión, las operaciones, las inversiones y, en definitiva, la solidez de EIB como

¹²⁸⁰ *Glamis Gold c. Estados Unidos*, párrafos 778-818 (CL-23).

¹²⁸¹ Ver, por ejemplo, Memorial de Contestación, párrafo 86 (donde se cita el caso *EnCana Corporation c. República del Ecuador*, Caso CAIL N.º UN3481, Laudo del 3 de febrero de 2006 (“*EnCana c. Ecuador*”) (RL-9)).

¹²⁸² *EnCana c. Ecuador*, párrafos 173, 177 (RL-9).

¹²⁸³ *Íd.*, párrafo 174.

¹²⁸⁴ Ver, por ejemplo, Memorial de Contestación, párrafo 475 (donde se aplica el caso *ADF c. Estados Unidos* (CL-4)).

¹²⁸⁵ *ADF c. Estados Unidos*, párrafos 187-192 (CL-4).

¹²⁸⁶ Ver, por ejemplo, Memorial de Contestación, párrafo 476 (en el que se aplica el caso *Alex Genin y otras c. República de Estonia*, Caso CIADI N.º ARB/99/2, Laudo del 25 de junio de 2001 (“*Genin c. Estonia*”) (RL-3)).

institución financiera.”¹²⁸⁷ No hubo una aplicación incorrecta y mucho menos un incumplimiento del derecho en cuestión.

A pesar de las citas selectivas que la Demandada hace a lo largo de su Memorial de Contestación de las distintas decisiones mencionadas, en las que en general incluye comentarios no resolutivos, incluso un análisis de los casos tan superficial como el que antecede demuestra o que apoyan la conclusión de que en este caso se cometió una violación del estándar de trato justo y equitativo, o que se refieren a hechos tan disímiles que no tienen ningún tipo de relevancia para este caso.

248. A diferencia de los casos en los que los tribunales se rehusaron a declarar que se había producido una violación a raíz de la aplicación o la interpretación errónea del derecho interno, el reclamo formulado por la Demandante en este caso surge a partir de los actos deliberados y orientados a un resultado que la CNEE ejecutó al intentar manipular y controlar el proceso de revisión tarifaria de EEGSA y, más tarde, imponerle de forma unilateral su propio VAD artificialmente bajo, a pesar de lo decidido por la Comisión Pericial. Mediante tales acciones, la CNEE no se limitó a aplicar o interpretar la ley de manera equivocada sino que de forma intencionada e injustificada violó la ley en su afán por lograr una reducción sustancial de las tarifas eléctricas de EEGSA. Al igual que los actos del Consejo de Medios en el caso *CME c. República Checa*, los actos de la CNEE durante la revisión tarifaria de EEGSA para el período tarifario 2008-2013 no pueden equipararse al “comportamiento [...] normal de un ente regulador [...] en cumplimiento y aplicación de la ley.”¹²⁸⁸ Por el contrario, la CNEE abolió aspectos críticos de la LGE y el RLGE con la finalidad de alcanzar el resultado que deseaba, es decir, una reducción apreciable del VAD de EEGSA. Por lo tanto, el hecho de que el marco regulatorio presuntamente “continúa vigente y sin alteraciones fundamentales”¹²⁸⁹ es irrelevante; en este caso, como ocurrió en *Total* y en *ATA Construction*, los incumplimientos deliberados de la LGE y el RLGE por parte de la CNEE constituyeron un desconocimiento total e injustificado de

¹²⁸⁷ *Genin c. Estonia*, párrafo 361 (RL-3).

¹²⁸⁸ *CME c. República Checa*, párrafo 603 (CL-16).

¹²⁸⁹ Memorial de Contestación, párrafo 509.

aspectos esenciales del marco legal y regulatorio en el que la Demandante se basó a la hora de efectuar su inversión en EEGSA.

249. Asimismo, las alegaciones de la Demandante no se “basan en hechos que no ocurrieron”, como aduce la Demandada¹²⁹⁰, sino que se fundan en una serie de actos ilícitos y arbitrarios adoptados por Guatemala para manipular y controlar el proceso de revisión tarifaria de EEGSA, que culminó con la imposición unilateral por parte de la CNEE de su propio VAD reducido a dicha empresa. Así, si bien la CNEE en última instancia reconoció que los informes de etapa de Bates White habían sido “recibidos”, cuando en un primer momento había invocado arbitrariamente una reglamentación recién modificada en un intento por ignorarlos íntegramente, y accedió a no aplicar el Artículo 98 *bis* a la revisión tarifaria de EEGSA, y ésta finalmente aceptó someter a la decisión de la Comisión Pericial las discrepancias adicionales que la CNEE incluyó de manera indebida en la Resolución N.º CNEE-96-2008, los actos aludidos reflejan el patrón de comportamiento ilegal y arbitrario adoptado por la CNEE y el MEM en ocasión de la revisión tarifaria de EEGSA de 2008-2013. Por otra parte, como se expuso en el Memorial de la Demandante y en esta Réplica, si bien no se lo aplicó a la revisión tarifaria de EEGSA del período 2008-2013, el Artículo 98 *bis* constituyó un cambio fundamental del marco regulatorio instaurado por la LGE y el RLGE, toda vez que suprimió el requisito del Artículo 75 de la LGE de que el tercer miembro de la Comisión Pericial fuera designado por las partes de “común acuerdo” y le confirió al Gobierno el poder de asegurarse una mayoría en detrimento de la naturaleza imparcial de la Comisión Pericial¹²⁹¹.

250. Lo mismo puede decirse con respecto al Acuerdo Gubernativo N.º 68-2007, en virtud del cual se modificó el Artículo 98 del RLGE a fin de facultar a la CNEE a basarse en su propio estudio independiente del VAD para fijar las tarifas del distribuidor en determinadas circunstancias.¹²⁹² Contrariamente a lo alegado por la Demandada,¹²⁹³ el Acuerdo Gubernativo

¹²⁹⁰ *Íd.*, párrafo 499.

¹²⁹¹ *Ver supra* Sección II.E.4; Memorial, párrafos 133-135; Alegría II, párrafo 64 (**CER-3**); Alegría I, párrafo 53 (**CER-1**); Acuerdo Gubernativo N.º 145-2008 del 19 de mayo de 2008, publicado el 26 de mayo de 2008, p. 2 (**C-212**).

¹²⁹² Acuerdo Gubernativo N.º 68-2007 del 2 de marzo de 2007, Art. 21 (por el que se modifica el Artículo 98 del RLGE) (**C-104**).

N.º 68-2007 también significó una modificación esencial del marco regulatorio establecido por la LGE y el RLGE dado que anuló el requisito previsto en el Artículo 74 de la LGE de que el distribuidor calculara el VAD por medio de un consultor independiente precalificado por la CNEE, e introdujo la posibilidad, por primera vez, de que la CNEE fijara los pliegos tarifarios del distribuidor en función de su propio estudio del VAD.¹²⁹⁴ En consecuencia, si bien las pruebas contemporáneas demuestran que la CNEE no invocó dicha modificación como supuesto fundamento de sus acciones en ese momento,¹²⁹⁵ esa reforma alteró de manera fundamental el equilibrio entre el ente regulador y el distribuidor logrado por la LGE y el RLGE con respecto al cálculo del VAD (y la Demandada ahora se vale de ella como justificación de sus actos en este arbitraje).¹²⁹⁶ Además, la modificación aludida contradujo la declaración expresa de Guatemala durante la privatización de EEGSA de que “cada distribuidor deberá calcular los [...] VAD mediante un estudio encargado a una firma de ingeniería”¹²⁹⁷.

251. De manera similar, y contrariamente a lo afirmado por la Demandada, este caso no se suscitó por causa de una mera disputa referida a la correcta interpretación del derecho guatemalteco.¹²⁹⁸ Por el contrario, como ya se señaló, este caso surge a partir de la negativa injustificada y arbitraria de la CNEE a aceptar el resultado del proceso de la Comisión Pericial, que no derivó en una disminución del VAD de EEGSA. En efecto, como se demostró, en contraposición a su interpretación actual del Artículo 75 de la LGE, en 2003 la CNEE afirmó en sus escritos ante los tribunales de Guatemala que el rol de la Comisión Pericial era *resolver* las

¹²⁹³ Ver, por ejemplo, Memorial de Contestación, párrafo 510.

¹²⁹⁴ Ver *supra* Sección II.E.1; Memorial, párrafos 84-93; Alegría II, párrafo 49 (CER-3); Alegría I, párrafos 36-40 (CER-1).

¹²⁹⁵ Ver *supra*, párrafo 188; Dictámenes de la Gerencia Jurídica de la CNEE N.º GJ-DICTAMEN-1287 y N.º GJ-DICTAMEN-1288, Pliego base de la Tarifa Social de EEGSA y Pliego base de la Tarifa No Social de EEGSA de fecha 29 de julio de 2008, pp. 5, 9-10 (C-503).

¹²⁹⁶ Ver *supra* Sección II.E.1; Memorial, párrafos 84-93; Alegría II, párrafo 49 (CER-3); Alegría I, párrafos 36-40 (CER-1).

¹²⁹⁷ Ver *supra*, párrafo 60; Memorándum de Venta de mayo de 1998, p. 49 (C-29).

¹²⁹⁸ Ver Memorial de Contestación, párrafo 500.

discrepancias entre las partes.¹²⁹⁹ Ello también se refleja en el Informe de Soporte de Sigla elaborado para el miembro de la Comisión Pericial designado por la CNEE, en el que se dispone expresamente que la CNEE había ordenado “la formación de la Comisión Pericial a que hace referencia el artículo 75 de la LGE y que tendrá a su cargo dirimir los desacuerdos entre EEGSA y la CNEE.”¹³⁰⁰

252. Como ya se mencionó, el fundamento invocado para la sanción del Artículo 98 *bis* del RLGE—“una laguna en el RLGE que hacía que si las partes no acordaban sobre el tercer miembro de la Comisión Pericial, el procedimiento quedaba bloqueado indefinidamente”¹³⁰¹— también es absolutamente incompatible con la noción de que las decisiones de la Comisión Pericial son únicamente opiniones consultivas que no obligan a la CNEE en forma alguna.¹³⁰² De modo similar, las conversaciones que la CNEE mantuvo individualmente con el Sr. Riubrugent demuestran que la CNEE no podía haber interpretado al “[informe de la] Comisión Pericial como una opinión técnica pero que no le vinculaba”¹³⁰³. Como se expresó, el hecho de que la Sra. Paláez obtuviera información con respecto a EEGSA por “medios alternos” y le solicitara al Sr. Riubrugent que usara esa información en la Comisión Pericial sin revelar la fuente es totalmente contrario a la afirmación de que las decisiones de la Comisión Pericial eran consultivas.¹³⁰⁴ La respuesta del Sr. Riubrugent a la Sra. Paláez en el sentido de que usaría la información “si conviene a nuestra posición” es igualmente irreconciliable con dicha noción.¹³⁰⁵

¹²⁹⁹ *Ver supra*, párrafo 49; Respuesta de la CNEE a la Inconstitucionalidad General Total 1782-2003 del 10 de noviembre de 2003, pp. 5-6; *ver también id.* (Original en español) p. 7 (“*De existir discrepancia, según artículo 98 del Reglamento de la Ley y 75 de la Ley, debe formarse una Comisión Pericial, que resolverá en un plazo de 60 días . . .*”) (énfasis añadido) (C-81); Alegría II, párrafo 40 (CER-3); Alegría I, párrafo 31 (CER-1).

¹³⁰⁰ Informe de Soporte para el Representante de la CNEE ante la Comisión Pericial de Sigla del 27 de mayo de 2008, p. 1 (C-494); *ver también supra*, párrafo 50.

¹³⁰¹ Memorial de Contestación, párrafo 354.

¹³⁰² *Ver supra*, párrafo 143.

¹³⁰³ Memorial de Contestación, párrafo 500.

¹³⁰⁴ *Ver supra*, párrafos 139-140; Cadena de correos electrónicos entre M. Paláez y J. Riubrugent del 13 de junio de 2008 (C-496).

¹³⁰⁵ *Ver supra*, párrafos 139-140; Cadena de correos electrónicos entre M. Paláez y J. Riubrugent del 13 de junio de 2008 (C-496).

253. Por consiguiente, el argumento de la Demandada de que este “caso [...] concierne un desacuerdo en la interpretación y aplicación del marco regulatorio por parte del regulador, en particular respecto del papel de la Comisión Pericial”¹³⁰⁶ carece de todo sustento. Como lo hemos demostrado en la presente, este caso gira en torno a la renuencia injustificada y arbitraria de la CNEE a aceptar un incremento del VAD de EEGSA y a su imposición, ante los pronunciamientos adversos de la Comisión Pericial, de su propio VAD reducido a EEGSA, en flagrante incumplimiento del mismo marco legal y regulatorio que Guatemala había implementado con miras a alentar la inversión extranjera en su sector eléctrico.

3. La Demandada violó las expectativas legítimas de la Demandante, que son una parte integral del estándar de trato justo y equitativo del RD-CAFTA

a. Numerosos tribunales han declarado culpable al Estado cuando, como en este caso, tomó medidas en flagrante violación de las expectativas legítimas del inversor

254. En su Memorial, la Demandante pudo probar que los tribunales acostumbran a declarar culpable a los Estados por no respetar las expectativas legítimas del inversor¹³⁰⁷ y que los inversores pueden confiar “en ‘una evaluación del estado del derecho y del conjunto del entorno empresarial al momento de hacerse efectiva la inversión’”¹³⁰⁸. Así, como lo observó el tribunal de *ADC c. Hungría*, si bien un inversor debe cumplir con las leyes y reglamentaciones internas, no debe necesariamente aceptar “todo lo que el Estado decida hacerle.”¹³⁰⁹ Asimismo, como se desprende claramente de lo analizado anteriormente, la desarticulación o el desprecio de componentes elementales del régimen regulatorio de un Estado, sancionados a efectos de atraer inversiones, vulneran las expectativas legítimas de un inversor y violan la obligación del Estado de conferir trato justo y equitativo. La Demandada también concuerda con este principio

¹³⁰⁶ Memorial de Contestación, párrafo 509.

¹³⁰⁷ Memorial, párrafos 245-258.

¹³⁰⁸ *PSEG c. Turquía*, párrafo 255 (donde se cita el caso *Saluka Investments BV (Países Bajos) c. República Checa*, CNUDMI, Laudo Parcial del 17 de marzo de 2006 (“*Saluka c. República Checa*”), párrafo 301 (CL-16) (CL-37)).

¹³⁰⁹ *ADC c. Hungría*, párrafo 424 (CL-3).

indiscutible.¹³¹⁰ Sin embargo, a pesar de coincidir, la Demandada pretende minimizar la importancia de las expectativas legítimas en este caso, alegando que la Demandante “no cita ni un solo asunto relativo a la aplicación del estándar mínimo internacional en el que se haya considerado efectivamente violado dicho estándar por violación de expectativas legítimas”¹³¹¹, y que, en todo caso, es necesario que medien compromisos específicos de un Estado para que se generen expectativas legítimas, compromisos que no existieron en el caso que nos ocupa.¹³¹² La Demandada se equivoca en ambos sentidos.

255. Primero, tal como lo demostró la Demandante en su Memorial, la protección de las expectativas legítimas de un inversor es fundamental en relación con la obligación de brindar un trato justo y equitativo que condiga con el mínimo estándar del derecho internacional consuetudinario.¹³¹³ La decisión del tribunal del caso *BG Group c. Argentina* es esclarecedora. En dicho caso, el tribunal interpretó que el estándar de trato justo y equitativo aplicable era parte del estándar mínimo internacional, y determinó que había sido violado como consecuencia de la transformación por parte de Argentina del régimen tarifario de un servicio público en el que el inversor había confiado razonablemente:

En resumen . . . Argentina modificó fundamentalmente el Marco Regulatorio de inversiones, que, como se indicó con anterioridad, establecía compromisos específicos de aplicación precisamente en una situación de devaluación de la moneda y variaciones en los costos. Por lo tanto, Argentina revirtió compromisos hacia BG, cuando BG confiaba más en sus expectativas legítimas y

¹³¹⁰ Ver Memorial de Contestación, párrafo 567 (“[L]a frustración de estas expectativas [legítimas] exige que el marco jurídico haya sido derogado en lo fundamental. Deben haber existido medidas legislativas o reglamentarias que hayan desmantelado las premisas sobre las que se hizo la inversión, de modo que se pueda hablar de que se ha roto la estabilidad del sistema jurídico, garantizada por dichos compromisos”).

¹³¹¹ *Íd.*, párrafo 550.

¹³¹² *Íd.*, párrafos 552-566.

¹³¹³ Memorial, párrafos 233-244; ver también Stephan W. Schill, *Fair and Equitable Treatment, The Rule of Law, and Comparative Public Law*, en *International Investment Law and Comparative Public Law* (Stephan W. Schill ed., 2010) 164 (“[E]l concepto de expectativas legítimas es otro sub-elemento primordial del trato justo y equitativo . . . Su principal finalidad es proteger la confianza frente a conductas administrativas y legislativas.”) (CL-78).

razonables de operar en un ambiente de inversión legal y de negocios estable y predecible.¹³¹⁴

Para llegar a tal conclusión, el tribunal de *BG Group* se refirió específicamente a la “declaración inequívoca” en *Waste Management II* (un caso sustanciado en virtud del Capítulo Once del TLCAN) de que los compromisos asumidos por un Estado frente al inversor, y la confianza del inversor en dichos compromisos, son “relevantes a la aplicación del estándar mínimo internacional de trato bajo el derecho internacional.”¹³¹⁵ En efecto, en el caso *Waste Management II*, el tribunal sostuvo que “[a] aplicar el criterio [mínimo] es pertinente que el trato sea contrario y violatorio de las declaraciones hechas por el Estado receptor sobre las que la demandante se basó en forma razonable.”¹³¹⁶ Además, en alusión al caso *Generation Ukraine*, el tribunal de *BG Group* manifestó que “la protección [de las expectativas legítimas] es una de las consideraciones primordiales de los estándares mínimos de trato incluidos en los tratados bilaterales de inversión.”¹³¹⁷

256. Otros casos invocados previamente por la Demandante refuerzan el principio de que el estándar mínimo internacional protege las expectativas legítimas de un inversor. En *Duke c. Ecuador*, por ejemplo, el tribunal dispuso que la “estabilidad del entorno jurídico y económico está directamente vinculada a las expectativas justificadas del inversionista” y que la obligación de otorgar un trato justo y equitativo, entendida a la luz del estándar mínimo internacional, había sido incumplida en ese caso a raíz del desconocimiento por parte de la demandada de las expectativas del inversor.¹³¹⁸ En *Rumeli c. Kazajistán*, el tribunal también concluyó que se había quebrantado una obligación de trato justo y equitativo que “no es materialmente diferente del estándar de trato mínimo en el derecho internacional consuetudinario”, al tiempo que afirmó que

¹³¹⁴ *BG Group c. Argentina*, párrafo 310 (CL-9); ver también *id.*, párrafo 298 (“Los deberes del Estado anfitrión deben ser examinados a la luz del marco legal y comercial presentado al inversor al momento en que decide invertir”).

¹³¹⁵ *Id.* párrafo 294.

¹³¹⁶ *Waste Management, Inc. c. Estados Unidos Mexicanos*, TLCAN, Capítulo Once, Caso CIADI N.º ARB(AF)/00/3, Laudo del 30 de abril de 2004 (“*Waste Management II*”), párrafo 98 (CL-46).

¹³¹⁷ *BG Group c. Argentina*, párrafo 295 (donde se cita el caso *Generation Ukraine, Inc. c. Ucrania*, Caso CIADI N.º ARB/00/9, Laudo del 16 de septiembre de 2003 (“*Generation Ukraine c. Ucrania*”), párrafos 20. 37 (RL-6)) (CL-9).

¹³¹⁸ *Duke c. Ecuador*, párrafos 337, 340 (CL-19).

“el Estado debe respetar las expectativas razonables y legítimas del inversor”¹³¹⁹. De modo similar, en *Biwater Gauff c. Tanzania*, el tribunal resolvió que “el contenido real del estándar de tratamiento justo y equitativo del tratado no difiere sustancialmente del contenido del estándar mínimo de tratamiento en el derecho internacional consuetudinario” y que los “[c]omponentes específicos del estándar” comprenden la “[p]rotección de expectativas legítimas.”¹³²⁰

257. La decisión del tribunal en *Thunderbird c. México* (otro caso ventilado en los términos del Capítulo Once del TLCAN), citada incluso por la Demandada, también pone de manifiesto que las expectativas legítimas son parte integral del estándar de trato justo y equitativo del derecho internacional consuetudinario. En palabras del tribunal de *Thunderbird*:

A la luz de la jurisprudencia reciente sobre inversiones y del principio de buena fe del derecho internacional consuetudinario, el concepto de ‘expectativas legítimas’ guarda relación, en el contexto del TLCAN, con una situación en la que la conducta de la Parte Contratante crea expectativas razonables y justificables para que un inversionista (o una inversión) actúe basándose en esa conducta, de modo que la omisión de la Parte del TLCAN en el respeto de dichas expectativas podría perjudicar al inversor (o a su inversión).¹³²¹

La relevancia de las expectativas legítimas y, de hecho, su fundamental importancia respecto del estándar mínimo internacional de trato no puede ser cuestionada en términos razonables.

258. La Demandada también se equivoca al argüir que, a fin de que las expectativas legítimas puedan ser consideradas, como deben serlo, conforme al estándar de trato justo y equitativo “el inversor debe haber recibido garantías o compromisos específicos por parte del Estado respecto al mantenimiento del marco jurídico”, como ocurre en el “clásico ejemplo” de la cláusula de estabilidad.¹³²² Dicha afirmación confunde las obligaciones de trato justo y equitativo

¹³¹⁹ *Rumeli Telekom A.S. y Telsim Mobil Telekomikasyon Hizmetleri A.S. c. República de Kazajistán*, Caso CIADI N.º ARB/05/16, Laudo del 29 de julio de 2008 (“*Rumeli c. Kazajistán*”), párrafos 609, 611 (CL-39).

¹³²⁰ *Biwater Gauff c. Tanzania*, párrafos 592, 602 (CL-10); ver también *Siemens c. Argentina*, párrafo 299 (en el que se determinó que “el estándar [internacional] actual incluye la frustración de las expectativas que el inversor pueda haber tenido en cuenta legítimamente cuando realizó la inversión”). (CL-44).

¹³²¹ *Thunderbird c. México*, párrafo 147 (CL-25).

¹³²² Memorial de Contestación, párrafo 558.

en virtud de un tratado con los compromisos de estabilidad previstos en un contrato. Contrariamente a lo sugerido por la Demandada, no es necesaria ninguna garantía específica para que se configure una violación del estándar de trato justo y equitativo. De hecho, según lo indicado por la Secretaria-General del CIADI, Meg Kinnear, “[I]a mayor parte de los antecedentes señala que no es necesario que un compromiso o una promesa estén específicamente dirigidos al inversor y que la confianza en declaraciones públicas o condiciones de mercado ampliamente conocidas es suficiente motivo para la generación de expectativas en el inversor.”¹³²³

259. De igual modo, muchos tribunales han determinado que el derecho y la reglamentación internos pueden, por sí mismos, constituir la base de las expectativas legítimas del inversor y que ello ocurre particularmente cuando el marco legal se adoptó con el objetivo específico de atraer la inversión extranjera, y en los casos de controversias referidas a los servicios públicos (como en los casos contra Argentina mencionados anteriormente), en los que el marco regulatorio del Estado receptor es considerado un compromiso “específico” frente a los inversores. Al respecto, en otro caso sobre servicios públicos, *Suez c. Argentina*, el tribunal expresó lo siguiente:

[E]ste Tribunal concluye que no se prestado demasiada atención a un elemento importante de esos casos [en los que se abordan las expectativas legítimas]: el hecho de que los inversores, derivando sus expectativas de las leyes y los reglamentos adoptados por el país receptor, actuaron confiando en esas leyes y reglamentos y modificaron en consecuencia su posición económica. Por lo tanto, no fueron exclusivamente las expectativas legítimas del inversor las que llevaron a los tribunales a declarar la existencia de una denegación de tratamiento justo y equitativo. *Fue la existencia de*

¹³²³ M. Kinnear, “The Continuous Development of the Fair and Equitable Treatment Standard,” en A. Bjorklund, I. Laird, S. Ripinsky (eds.), *INVESTMENT TREATY LAW, CURRENT ISSUES III* (2009), p. 228 (CL-73); ver también Stephan W. Schill, *Fair and Equitable Treatment, The Rule of Law, and Comparative Public Law*, en *International Investment Law and Comparative Public Law* (Stephan W. Schill ed., 2010) 165 (“Sin embargo, no es necesario que las expectativas hayan sido inducidas por una conducta dirigida de forma individual hacia un inversionista extranjero. Las expectativas legítimas también pueden provenir de las disposiciones del marco reglamentario general que un estado anfitrión ha puesto en marcha, siempre y cuando la confianza que el marco hubiera generado sea lo suficientemente específica. En este contexto, el concepto de expectativas legítimas como elemento del estado de derecho incluso puede restringir la capacidad del legislador nacional de realizar cambios en el marco reglamentario existente.”) (CL-78).

*esas expectativas creadas por la legislación del Estado receptor aunada al acto del inversor de invertir su capital confiando en ellas, y la súbita modificación ulterior de esas leyes, lo que llevó a la conclusión de que el Estado receptor no había tratado a los inversores en forma justa y equitativa.*¹³²⁴

Al referirse a los hechos del caso en cuestión, el tribunal de *Suez* señaló:

[C]orresponde hacer hincapié en que las expectativas de las Demandantes con respecto a su inversión... no surgieron en su mente tal como Atenea emergió de la cabeza de Zeus. *Argentina, a través de sus leyes, de los tratados que suscribió, de las declaraciones de su Gobierno, y especialmente del elaborado marco jurídico que [la Provincia] diseñó y sancionó, procuró deliberada y activamente crear esas expectativas en las Demandantes y en otros potenciales inversores para obtener el capital y la tecnología que necesitaba para revitalizar y ampliar el sistema de agua y desagües cloacales de [la Provincia]. . . . Al igual que todo inversor racional, las Demandantes concedieron gran importancia al régimen de tarifas. . . y [...] el marco regulatorio. De hecho, su capacidad de obtener ganancias dependía en forma decisiva de ello.*¹³²⁵

En consideración del “papel cardinal” del marco legal, y “el cuidado y la atención que [la Provincia] dedicó a la creación de ese marco”, el tribunal concluyó que las expectativas de las demandantes de que el marco se respetaría eran “legítimas, razonables y justificadas” y que el incumplimiento de dicho marco legal violó la obligación del Estado receptor de brindar un trato justo y equitativo a la inversión.¹³²⁶

260. De manera similar, en *Total c. Argentina*, refiriéndose también al régimen regulatorio de los servicios públicos de Argentina, el tribunal razonó:

[U]n reclamo de estabilidad puede basarse en la naturaleza inherentemente potencial de una regulación que busca proveer un marco definido para futuras operaciones. Este es el caso de los

¹³²⁴ *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. e InterAgua Servicios Integrales del Agua S.A. c. República Argentina*, Caso CIADI N.º ARB/03/17, Decisión sobre Responsabilidad del 30 de julio de 2010 (“*Suez c. Argentina*”), párrafo 207 (énfasis añadido) (**RL-17**).

¹³²⁵ *Íd.*, párrafos 208, 212 (énfasis añadido).

¹³²⁶ *Íd.*, párrafo 212.

regímenes aplicables a las inversiones y operaciones a largo plazo. . . . En estos casos, la referencia a los principios financieros y económicos comúnmente reconocidos y aplicados en la operación regular de inversiones de este tipo (sean locales o extranjeras) puede brindar un patrón. Este es el caso de las inversiones de gran capital y de largo plazo para la operación de servicios públicos bajo licencia, la explotación y exploración de recursos naturales, el financiamiento de proyectos o los esquemas de construcción, operación y transferencia de proyectos. Los conceptos de ‘equidad regulatoria’ o ‘certeza regulatoria’ han sido utilizados en este sentido.¹³²⁷

Aplicando estos principios a la alteración por parte de Argentina de los mecanismos para la fijación de los precios de la electricidad por medio de una serie de decretos administrativos al tiempo que mantenía vigente la ley de energía eléctrica existente, el tribunal arribó a la conclusión de que Argentina había “objetivamente quebrantado” el estándar de trato justo y equitativo.¹³²⁸ En particular, el tribunal dictaminó que “[u]n inversor extranjero tiene derecho a esperar que el estado anfitrión se regirá por estos principios básicos (que ha consagrado voluntariamente en la legislación) en la administración del sector público que ha sido abierto a inversiones extranjeras de largo plazo” y que “[l]as expectativas basadas en dichos principios son razonables y, en consecuencia, legítimas, *incluso ante la falta de promesas específicas del gobierno*”¹³²⁹. Por ende, en contra de lo afirmado por la Demandada, las expectativas legítimas del inversor son una parte integral del estándar mínimo internacional, aun en ausencia del tipo de compromisos específicos incluidos en una cláusula contractual de estabilidad.

b. La repudiación deliberada por parte de la Demandada de su Marco Legal y Regulatorio violó las expectativas legítimas de la Demandante

261. Tal como fue señalado precedentemente y en el Memorial de la Demandante, un elemento crítico en la decisión de la Demandante de invertir en Guatemala fue la existencia de un proceso de revisión de tarifas estable y despolitizado en el que el VAD de EEGSA sería calculado por un consultor independiente retenido por el distribuidor sobre la base del valor

¹³²⁷ *Total c. Argentina*, párrafo 122 (CL-70).

¹³²⁸ *Íd.*, párrafo 333.

¹³²⁹ *Íd.* (énfasis añadido).

nuevo de reemplazo de la red de una empresa modelo eficiente y en el que cualquier discrepancia sobre el estudio del VAD del distribuidor sería resuelta por una Comisión Pericial independiente designada por las partes¹³³⁰. Tal como confirmó el Sr. Gillette en su primera declaración de testigo, “[l]as leyes que habían sido promulgadas por Guatemala para reformar la industria eléctrica desempeñaron un papel fundamental en [la] decisión de participar en la subasta para privatizar EEGSA. Estas leyes establecían un marco regulatorio estable y predecible para fijar las tarifas de EEGSA”¹³³¹. El Sr. Gillette confirma en su segunda declaración de testigo que las reformas introducidas por Guatemala en el sector eléctrico habían creado “un marco estable y previsible para la fijación de tarifas de EEGSA, y ello fue una consideración elemental al analizar la inversión”¹³³². De hecho, el propio testigo de la Demandada, el Sr. Moller, reconoció en el testimonio brindado en el arbitraje *Iberdrola* que tanto las tarifas como la metodología para fijarlas eran importantes para las decisiones de los inversores de realizar la inversión y que, al momento de la privatización, la metodología para establecer el marco regulatorio de Guatemala estaba “bien desarrollada” y que afectaba los precios que los inversores estaban dispuestos a pagar¹³³³.

262. Si bien la Demandante no objeta el hecho de que los Estados mantienen su capacidad de regulación y que, en ausencia de un acuerdo de estabilidad, sus leyes no están congeladas, ello no significa que el Estado tiene vía libre para dismantelar el propio régimen que estableció para atraer inversiones a través de modificaciones o actos administrativos o regulatorios que son claramente contrarios a la ley y las manifestaciones previas del Estado. Por consiguiente, si bien EEGSA estaba obligada en virtud del Contrato de Autorización de 1998 “a cumplir con todas las disposiciones previstas en la Ley General de Electricidad y su Reglamento

¹³³⁰ *Ver supra* Sección II.B; Memorial, párrafos 56-64.

¹³³¹ *Ver*, por ejemplo, Gillette I, párrafo 11 (CWS-5).

¹³³² Gillette II, párrafo 2 (CWS-11).

¹³³³ *Iberdrola Energía, S.A. c. República de Guatemala*, Caso CIADI N° ARB/09/5, Testimonio de E. Moller en la Audiencia de fecha 27 de julio de 2011, 712:14-22, 702:12-14 (“Había preguntas sobre la metodología para aplicar el Pliego tarifario. Era una pregunta que se -- y la explicación que se daba siempre es que la metodología para fijar el Pliego tarifario estaba bien desarrollada en la ley, que esa había sido la recomendación de los consultores, que quedara muy bien establecida en la ley para que hubiera certeza jurídica”). (C-539).

o modificaciones que estos sufran”¹³³⁴, ello no implica, como parece sugerir la Demandada, que la CNEE estaba autorizada a destruir las protecciones y las garantías establecidas en la ley correspondientes a los distribuidores de electricidad. En efecto, tal como ya fue señalado, ha quedado demostrado que la implementación de un marco de inversión puede, en sí mismo y por sí mismo, generar expectativas legítimas en el inversor —particularmente cuando, como ocurre en el presente caso, las proyecciones de estabilidad son esenciales para la decisión de invertir en compañías de servicios públicos.

263. Así, como fue mencionado, el tribunal en el caso *Suez c. Argentina* hizo especial hincapié en el hecho de que la demandada “a través de sus leyes, de los tratados que suscribió, de las declaraciones de su Gobierno, y especialmente del elaborado marco jurídico que este diseñó y sancionó, procuró deliberada y activamente crear [...] expectativas [legítimas] en las Demandantes y en otros potenciales inversores para obtener el capital y la tecnología que necesitaba”¹³³⁵. En igual sentido, en el caso *Total c. Argentina*, el tribunal reconoció, en el contexto de la inversión en servicios públicos a largo plazo, que “[l]as expectativas basadas en dichos principios [de racionalidad económica, razonabilidad y proporcionalidad] son razonables y, por lo tanto, legítimas, aun ante la ausencia de promesas específicas por parte del gobierno”¹³³⁶. En palabras del tribunal en el caso *Suez*, la Demandante “concedi[ó] gran importancia al régimen de tarifas [de Guatemala] ... y [al] marco regulatorio. De hecho, su capacidad de obtener ganancias dependía en forma decisiva de ello”¹³³⁷.

264. Tal como las pruebas lo demuestran, la Demandada buscó activamente generar expectativas legítimas mediante su marco regulatorio recientemente establecido—y tuvo éxito. Así, incluso si, tal como sugiere la Demandada, la existencia de compromisos explícitos en cuanto al marco regulatorio fuera necesaria (aunque no lo es) para demostrar que existen

¹³³⁴ Memorial de Contestación, párrafo 560 (donde se citan los Contratos de Autorización para los Departamentos de Guatemala, Sacatepéquez y Escuintla, suscripto entre EEGSA y el Ministerio de Energía y Minas de fecha 15 de mayo de 1998, Cláusula 20 (C-31)).

¹³³⁵ *Suez c. Argentina*, párrafo 208 (RL-17).

¹³³⁶ *Total c. Argentina*, párrafo 333 (CL-70).

¹³³⁷ *Suez c. Argentina*, párrafo 212 (RL-17).

expectativas legítimas, la Demandada realizó, de hecho, diversas declaraciones específicas acerca de su marco regulatorio a los inversores potenciales de EEGSA, incluido el grupo de compañías de TECO. Tal como fue señalado en el Memorial de la Demandante y también precedentemente¹³³⁸, la Demandada realizó las siguientes declaraciones:

- *Memorandum Informativo Preliminar*: describía, entre otras cuestiones, el método a ser implementado para calcular las tarifas y señalaba que “[e]l mercado eléctrico de Guatemala ofrece a los inversionistas no sólo un alto potencial de crecimiento sino también un marco regulatorio diseñado para estimular el desarrollo del sector a través de la libre competencia”¹³³⁹.
- *Memorandum de Venta*: analizaba, entre otros, el régimen de cálculo de tarifas y el rol de la Comisión Pericial y señalaba que “los VAD deben ser calculados por los distribuidores mediante un estudio encargado a una empresa de ingeniería”, pero 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 diferencias”¹³⁴⁰.
- *Presentación del Roadshow*: discutía en profundidad los detalles del régimen tarifario y reafirmaba que la inversión en EEGSA representaba una “oportunidad inigualable de inversión” que ofrecía acceso a “una economía creciente en un marco político estable”¹³⁴¹.

265. Numerosos tribunales han considerado la confianza depositada por un inversor en los memorándums de venta y documentos similares al evaluar las expectativas legítimas del inversor¹³⁴². El intento por parte de la Demandada de minimizar sus propias declaraciones específicas en cuanto al marco regulatorio con el argumento de que “se trata de documentos

¹³³⁸ Ver, por ejemplo, *supra* Sección II.B; Memorial, párrafos 49-55.

¹³³⁹ Memorandum Informativo Preliminar de abril de 1998, p. 13 (C-27); ver también *id.* pp. 9-10.

¹³⁴⁰ Memorandum de Venta de mayo de 1998, p. 49 (C-29); ver también *id.* pp. 42-49.

¹³⁴¹ Presentación del *Roadshow* de mayo de 1998, p. 39 (C-28); ver también *id.* pp. 15-20.

¹³⁴² Ver, por ejemplo, *National Grid P.L.C. c. República Argentina*, CNUDMI, Laudo de fecha 3 de noviembre de 2008 (“*National Grid c. Argentina*”), párrafo 177 (donde se analiza el prospecto) (CL-33); *CMS c. Argentina*, párrafos 133-134 (donde se analiza el memorándum informativo) (CL-17); *Enron Corp. y Ponderosa Assets, L.P. c. República Argentina*, Caso CIADI N° ARB/01/3, Laudo de fecha 22 de mayo de 2007 (“*Enron c. Argentina*”), párrafo 103 (igual) (CL-21); *Sempra Energy Int’l c. República Argentina*, Caso CIADI N° ARB/02/16, Laudo de fecha 28 de septiembre de 2007 (“*Sempra c. Argentina*”), párrafo 113 (igual) (CL-43); *BG Group c. Argentina*, párrafos 171-72 (igual) (CL-9).

todos ellos no vinculantes” (haciendo referencia a una disposición contenida en el Memorandum de Venta únicamente)¹³⁴³ es inútil. En efecto, argumentos similares a éste han sido rechazados en otros casos. En el caso *CMS c. Argentina*, por ejemplo, el tribunal determinó que un memorándum de información, “aun no siendo jurídicamente vinculante, refleja[ba] con precisión las opiniones e intenciones del Gobierno”¹³⁴⁴. De igual modo, en el caso *National Grid c. Argentina*, el tribunal sostuvo que “la Demandada buscó las inversiones en el sector eléctrico a nivel internacional. Es poco honesto que ahora la Demandada se base en las cláusulas de exención de responsabilidad contenidas en el prospecto para distanciarse de la información allí brindada”¹³⁴⁵.

266. El interrogante relevante en cuestión no es si el material de promoción de la Demandada la vincula como cuestión de derecho contractual local (el foco de la disposición del Memorandum de Venta que cita la Demandada) sino si las declaraciones contribuyeron a generar las expectativas legítimas de la Demandante como cuestión de derecho internacional en virtud del RD-CAFTA. Tal como estos documentos reflejan, estaban dirigidos a inversores potenciales de EEGSA y contienen manifestaciones específicas sobre la estabilidad y la operación del marco regulatorio (incluido el rol de la Comisión Pericial y la metodología de cálculo de las tarifas), cuyo objetivo era atraer inversión extranjera¹³⁴⁶. Asimismo, y esto es tan importante como lo anterior, estos documentos muestran la propia interpretación de la Demandada del marco regulatorio en el momento de la privatización de EEGSA—interpretación que es absolutamente contraria a la manera en que la Demandada lo aplicó posteriormente con respecto a la revisión tarifaria de EEGSA correspondiente a 2008-2013. De hecho, las declaraciones contenidas en este material promocional resaltan la naturaleza infundada y falsa de las afirmaciones de la Demandada de que la Demandante ahora interpreta en forma supuestamente errónea el régimen legal—y también dejan en claro que la presente controversia no involucra simplemente la interpretación adecuada del derecho guatemalteco sino también la obligación internacional de la

¹³⁴³ Memorial de Contestación, párrafo 562 y nota al pie 797.

¹³⁴⁴ *CMS c. Argentina*, párrafos 134 (CL-17).

¹³⁴⁵ *National Grid c. Argentina*, párrafo 177 (CL-33).

¹³⁴⁶ Memorandum Informativo Preliminar de abril de 1998, pp. 9-13 (C-27); Presentación del *Roadshow* de mayo de 1998, p. 39 (C-28); Memorandum de Venta de mayo de 1998, pp. 42-49 (C-29).

Demandada de actuar de manera coherente con sus manifestaciones anteriores destinadas a inducir la inversión extranjera en su sector eléctrico. En palabras del tribunal del caso *National Grid*, sería “poco honesto” que la Demandada intentara ahora “distanciarse” de las declaraciones específicas que realizó en su propio material promocional. Si a ello se suman los compromisos asumidos por la Demandada respecto de la estabilidad como se refleja en el Tratado¹³⁴⁷, no cabe duda de que la Demandada generó expectativas legítimas con respecto a su marco legal y regulatorio que se encuentran protegidas por el estándar de trato justo y equitativo.

267. La afirmación de la Demandada de que “TGH no presenta ni demuestra la existencia de ninguna expectativa legítima propia en este caso”¹³⁴⁸ también debe ser rechazada. La Demandante indudablemente tenía expectativas respecto de su inversión en EEGSA y, tal como fue demostrado precedentemente, estas expectativas eran legítimas. El argumento de la Demandada en este aspecto se basa en el hecho de que la Demandante se creó en 2005. Tal como refleja el expediente, desde 1998 cuando se privatizó EEGSA, los cambios corporativos en la cadena de compañías que eran titulares de la participación indirecta de TECO Energy en EEGSA fueron sólo: (i) dos compañías en el grupo de compañías de TECO que cambiaron sus denominaciones sociales¹³⁴⁹; y (ii) dos nuevas compañías *holding* estadounidenses, TWG Non-Merchant y la Demandante, que se agregaron a la cadena corporativa entre TECO Energy y EEGSA¹³⁵⁰. Tal como fue señalado precedentemente, estos cambios en la cadena de titularidad no modificaron el hecho de que, desde septiembre de 1998 hasta octubre de 2010, TECO Energy

¹³⁴⁷ *Ver, en general*, RD-CAFTA, Preámbulo (donde se establece que todos los Estados Parte “decid[en]... asegurar un marco comercial previsible para la planificación de las actividades de negocios y de inversión”) (CL-1).

¹³⁴⁸ Memorial de Contestación, párrafo 549.

¹³⁴⁹ *Ver* Modificación del Acta Constitutiva de TECO Power Services Corporation de fecha 23 de diciembre de 2003 (C-459) (en la que se certifica el cambio de denominación social a TECO Wholesale Generation, Inc.); Modificación del Acta Constitutiva de TWG Non-Merchant, Inc. de fecha 7 de abril de 2005 (C-460) (en la que se certifica el cambio de denominación social a TECO Guatemala, Inc.); *ver también* Gillette II, párrafo 10 (CWS-11).

¹³⁵⁰ Acta Constitutiva de TWG Non-Merchant, Inc. de fecha 4 de mayo de 2004 (C-461); Instrumento Constitutivo de TECO Guatemala Holdings, LLC de fecha 26 de abril de 2005 (C-468); *ver también* Gillette II, párrafo 10 (CWS-11).

fue titular de su participación indirecta en EEGSA a través de DECA (posteriormente, DECA II) y diversas subsidiarias en el grupo de compañías de TECO¹³⁵¹.

268. Contrariamente a las afirmaciones de la Demandada, esta reestructuración no implica que la Demandante “no puede tener ninguna expectativa . . . que surja en el momento de privatización de EEGSA”¹³⁵². Tampoco requiere de una teoría legal novedosa o “inédita” de expectativas transferidas, tal como afirma la Demandada¹³⁵³, para determinar que las expectativas de la Demandante incluían las expectativas continuas del grupo de compañías de TECO desde su inversión inicial en EEGSA en 1998 hasta que se creó la Demandante y fue incorporada a la cadena de titularidad en 2005¹³⁵⁴. Tal como reconoce la propia Demandada, las expectativas legítimas protegidas “son las de cada inversor en el momento en que se realizó la inversión inicial”¹³⁵⁵. La Demandante necesariamente tenía expectativas en el momento de realizar su inversión, que derivaban del marco legal y regulatorio que la Demandada había implementado en 1996 y 1997; de las declaraciones específicas que Guatemala había realizado al grupo de compañías de TECO durante el proceso de privatización de EEGSA en 1998; y de la manera en que la Demandada respetó dicho marco frente a EEGSA desde 1998 hasta 2005.

269. En efecto, no cabe duda en el presente caso de que la Demandante habría compartido las mismas expectativas que los restantes miembros del grupo de compañías de TECO. Cuando la Demandante adquirió su participación indirecta en EEGSA, la transferencia

¹³⁵¹ *Ver supra*, párrafos 67-68; Gillette II, párrafo 10 y nota al pie 15 (donde se detalla la cadena de titularidad y la documentación corporativa que la sustenta) (CWS-11).

¹³⁵² Memorial de Contestación, párrafo 546.

¹³⁵³ *Íd.*, párrafo 548.

¹³⁵⁴ Sin ningún motivo, Guatemala ataca a la Demandante por utilizar TGH y TECO en forma intercambiable en su Memorial y, en consecuencia, indicar erróneamente que la Demandante existía en 1998; sin embargo, Guatemala comete el mismo error al afirmar en repetidas ocasiones que la Demandante presentó reclamos ante los tribunales locales guatemaltecos. Tal como reflejan claramente los documentos, la Demandante no era parte en ninguno de esos procedimientos—todos los procedimientos fueron iniciados por EEGSA, compañía en la que la Demandante era titular de una participación indirecta minoritaria. *Ver*, por ejemplo, Memorial de Contestación, párrafo 14 (“así lo entendieron claramente EEGSA y TGH cuando recurrieron judicialmente en Guatemala las mismas decisiones regulatorias de la CNEE de la que TGH se queja en este arbitraje”). (énfasis añadido); *íd.* (“EEGSA y TGH llevaron su reclamo hasta la Corte de Constitucionalidad . . .”). (énfasis añadido); *íd.*, párrafo 15 (“Habiendo recibido las sentencias fundadas de la Corte de Constitucionalidad rechazando sus reclamos, ahora TGH... quiere que este Tribunal se erija en corte de última instancia...”) (énfasis añadido).

¹³⁵⁵ Memorial de Contestación, párrafo 548.

de las acciones no fue implementada a través de compraventas de acciones sino mediante transferencias corporativas internas entre los miembros del mismo grupo de compañías¹³⁵⁶. Asimismo, el Sr. Gillette observa que “[a]l momento de la incorporación de la Demandante en 2005, la Demandante y TECO Guatemala, Inc. compartían todos sus funcionarios y directores”¹³⁵⁷, y que “todos ellos, a excepción de una sola persona, desempeñaban esas mismas funciones en TECO Wholesale Generation, Inc., que es la compañía por medio de la cual se relacionan las dos empresas mencionadas y TECO Energy”¹³⁵⁸, lo que refleja también el hecho de que estas compañías operaban y continuaban operando como un único grupo de compañías con una compañía controlante común, TECO Energy. En consecuencia, la Demandante, como miembro del grupo de compañías de TECO, compartía exactamente las mismas expectativas en cuanto a la inversión en EEGSA que los restantes miembros de dicho grupo.

270. De hecho, es habitual en el arbitraje relativo a tratados de inversión que un inversor posterior tenga expectativas legítimas basadas en las garantías brindadas por un Estado respecto de su régimen legal a un inversor anterior—aun cuando los inversores no están vinculados de manera cercana. En el caso *Sempra c. Argentina*, por ejemplo, el marco regulatorio que regía la privatización de la industria gasífera había sido implementado a comienzos de 1989 y la Ley del Gas y el Decreto del Gas que la regulaban fueron sancionados en 1992. Sin embargo, Sempra realizó su inversión en el sector gasífero recién en 1996. A pesar de que Sempra no había invertido al momento de implementarse el marco regulatorio por primera vez—y, de hecho, pese a que adquirió su participación de un inversor anterior, con el que no

¹³⁵⁶ *Ver supra*, párrafo 68; Gillette II, párrafo 11 (CWS-11).

¹³⁵⁷ Gillette II, párrafo 11 (CWS-11); *ver también* TECO Guatemala, Inc., Resolución por Consentimiento en Sustitución de la Reunión del Directorio de fecha 27 de abril de 2005 (en la que se indica que los directores de TECO Guatemala, Inc. en 2005 eran G.L. Gillette, S.M. Payne y J.B. Ramil, mientras que sus funcionarios eran G.L. Gillette (Presidente y Tesorero), S.M. Payne (Vicepresidente y Síndico, Secretario Adjunto y Funcionario Fiscal), D.E. Schwartz (Secretario) y S.W. Callahan (Secretario Adjunto)) (C-469); Contrato de Sociedad de Responsabilidad Limitada de TECO Guatemala Holdings LLC de fecha 4 de mayo de 2005, Arts. 3.2 & 3.9 (en el que se indica lo mismo con respecto a TECO Guatemala Holdings, LLC) (C-472).

¹³⁵⁸ Gillette II, párrafo 11 (CWS-11); *ver también* Resolución por Consentimiento en Sustitución de la Reunión del Directorio de TECO Wholesale Generation, Inc., de fecha 27 de abril de 2005 (en la que se indica que los directores de TECO Wholesale Generation, Inc. en 2005 eran C.R. Black, G.L. Gillette y J.B. Ramil, mientras que sus funcionarios eran C.R. Black (Presidente), S.M. Payne (Vicepresidente y Síndico, Secretario Adjunto y Funcionario Fiscal), D.E. Schwartz (Secretario), G.L. Gillette (Tesorero) y S.W. Callahan (Secretario Adjunto)) (C-470).

tenía vinculación alguna—el tribunal de todos modos determinó que Sempra podía confiar de manera legítima en el marco legal que se encontraba vigente al momento de realizar su inversión: “[l]as medidas consideradas en este caso fuera de toda duda han modificado sustancialmente el marco jurídico y empresarial en relación al cual se decidió y se llevó a cabo la inversión. Donde había certidumbre y estabilidad empresarial, ahora rige la situación contraria”¹³⁵⁹. En igual sentido, en el caso *LG&E c. Argentina*, la demandante no realizó su inversión en el sector gasífero sino hasta 1997—al igual que en el caso anterior, adquirió la inversión de otro inversor con quien no tenía vinculación que había invertido cuando se privatizó el sector gasífero y se implementó el marco regulatorio por primera vez. No obstante el hecho de que LG&E asumió la titularidad años después, el tribunal no dudó en sostener que “las Demandantes confiaron en garantías claves que ofrecían la Ley del Gas y su Reglamento.... La derogatoria de estas garantías específicas viola la estabilidad y previsibilidad que yace en el estándar de trato justo y equitativo”¹³⁶⁰.

271. De igual modo, el hecho de que la Demandante no existiera cuando la Demandada implementó el nuevo marco legal y regulatorio por primera vez y de que la Demandada se dirigía al grupo de compañías de TECO para la privatización de EEGSA no hace que el régimen regulatorio (todavía vigente en 2005) sea menos relevante o que las expectativas de la Demandante con respecto a ese régimen (en 2005) sean menos legítimas. De hecho, cuando la Demandante adquirió su participación en EEGSA en 2005, tenía razones de más para confiar razonablemente en el marco regulatorio que la Demandada había implementado para despolitizar el proceso de revisión tarifaria y garantizar retornos justos, dado que el proceso de revisión tarifaria para el segundo período tarifario (2003-2008) había funcionado de la manera designada y había permitido al grupo de compañías de TECO obtener un retorno congruente con sus expectativas en virtud de la LGE y el RLGE¹³⁶¹. Asimismo, y a diferencia de lo que ocurría en los casos *Sempra* y *LG&E*, donde se consideró que las demandantes tenían expectativas que surgían del marco legal y las operaciones regulatorias que habían estado vigentes cuando una

¹³⁵⁹ *Sempra c. Argentina*, párrafo 303 (CL-43).

¹³⁶⁰ *LG&E c. Argentina*, párrafo 133 (CL-27).

¹³⁶¹ *Ver supra* Secciones II.C-D.

entidad totalmente desvinculada realizó la inversión por primera vez, en el caso que nos ocupa, las expectativas legítimas de la Demandante surgieron no sólo del marco legal y regulatorio vigente al momento de su inversión, sino también de las declaraciones expresas que habían sido realizadas por Guatemala hacia el grupo de compañías de TECO, del que la Demandante es parte, y de la manera en que Guatemala había implementado las disposiciones de la LGE y del RLGE desde 1998 hasta 2005.

4. No es necesario demostrar que hubo denegación de justicia para sustentar un reclamo de trato justo y equitativo

272. La Demandada combina de manera inadecuada los reclamos de trato justo y equitativo y denegación de justicia al argumentar que “[s]olo si la justicia guatemalteca hubiera denegado justicia a EEGSA/TGH podría llegar a existir una reclamación internacional válida”¹³⁶². La denegación de justicia no es más que una subcategoría del estándar internacional mínimo y una forma en la que un Estado puede violar su obligación de conferir un trato justo y equitativo a una inversión. Tal como explica Fitzmaurice, “cada daño que involucra la responsabilidad del estado causado por un tribunal o un juez actuando de forma oficial, o en forma alternativa, cada daño causado por un órgano de gobierno en función de su capacidad oficial respecto de la administración de justicia, constituye y puede calificarse apropiadamente como una denegación de justicia, ya sea que se trate de la falta de resarcir un ilícito previo o de un ilícito original cometido por el propio tribunal u otro órgano”¹³⁶³. Tal como señalan claramente los comentaristas jurídicos McLachlan, Shore y Weiniger:

Los casos que versan sobre el trato justo y equitativo se clasifican en dos grandes categorías. El primer grupo de casos involucra el trato conferido a los inversores por parte de los tribunales del Estado receptor. El segundo grupo de casos, y el más numeroso, versa directamente sobre el proceso de toma de decisiones administrativo¹³⁶⁴.

¹³⁶² Memorial de Contestación, párrafo 17; *ver también*, por ejemplo, *id.*, párrafos 480-486, 587.

¹³⁶³ Jan Paulsson, *Denial of Justice in International Law*, p. 64 (2005) (donde se cita a G. Fitzmaurice, “*The Meaning of the Term ‘Denial of Justice’*”, 13 BYIL 93, 107-09 (1932)) (CL-75).

¹³⁶⁴ Campbell McLachlan, Laurence Shore, Matthew Weiniger, *International Investment Arbitration – Substantive Principles*, p. 226 (Oxford UP 2007) (CL-74); *ver también* R. Dolzer y C. Schreuer, *Principles of International*

El presente caso está dentro del “grupo de casos más numeroso” que impugna la acción administrativa y regulatoria.

273. Tal como fue señalado precedentemente, un Estado viola su obligación de otorgar un trato justo y equitativo cuando actúa en forma arbitraria, cuando viola las expectativas legítimas de un inversor o cuando modifica sustancialmente el marco regulatorio en el que confió el inversor, independientemente de si ha existido una denegación de justicia por parte de los tribunales del Estado receptor. Así, los tribunales han rechazado acertadamente la línea argumental que la Demandada presenta en el caso que nos ocupa. En el caso *Vivendi II*, por ejemplo, el Tribunal sostuvo que:

En la medida en que la Demandada sostiene que la obligación del trato justo y equitativo rige para la conducta del gobierno sólo en caso de que los tribunales del Estado no puedan impartir justicia, esto al parecer es una fusión de los conceptos jurídicos de trato justo y equitativo por un lado y, por el otro, de la denegación de justicia. Sin embargo, si este Tribunal fuera a restringir las reclamaciones por trato injusto e inequitativo a las circunstancias en que las Demandantes también han establecido la existencia de denegación de justicia, se destruiría la norma del trato justo y equitativo¹³⁶⁵.

En igual sentido, en el caso *Consortium R.F.C.C. c. Reino de Marruecos*, el tribunal observó que un Estado receptor puede tener un comportamiento injusto e inequitativo aun en ausencia de una denegación de justicia o de un derecho sin motivo aparente¹³⁶⁶.

274. En consecuencia, la jurisprudencia relativa a tratados de inversión está repleta de casos en los que los tribunales determinaron la existencia de una violación del estándar de trato

Investment Law (2008), pp. 142-144 (donde se analiza la cuestión de la propiedad procesal y el debido proceso como una categoría de reclamo, entre otros, que involucran el estándar de trato justo y equitativo) (CL-71).

¹³⁶⁵ *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal c. República Argentina*, Caso CIADI N° ARB/97/3, Laudo de fecha 20 de agosto de 2007 (“*Vivendi II*”), párrafos 7.4.10-7.4.11 (CL-18).

¹³⁶⁶ *Consortium R.F.C.C. c. Reino de Marruecos*, Caso CIADI N° ARB/00/6, Laudo de fecha 22 de diciembre 2003, párrafo 51 (“Un tribunal peut donc décider que l’Etat d’accueil a fait preuve d’un comportement injuste et inéquitable même en l’absence de déni de justice ou de négation sans motif d’un droit évident.”) (Traducción informal del asesor: “Un tribunal puede decidir que el Estado receptor ha tenido una conducta injusta e inequitativa incluso ante la ausencia de una denegación de justicia o de un derecho sin una razón aparente”) (CL-60).

justo y equitativo ante acciones legislativas o regulatorias por parte de un Estado en las que no se determinó la existencia de denegación de justicia por parte de los tribunales de dicho Estado—o, incluso, donde ni siquiera se cuestiona la acción judicial del Estado. Entre los casos analizados precedentemente, por ejemplo, el tribunal en el caso *CME c. República Checa* sostuvo que la presión ejercida por un regulador de medios de comunicación estatal para que se eliminen disposiciones contractuales violaba el estándar de trato justo y equitativo¹³⁶⁷. La equidad del poder judicial local nunca fue cuestionada: la demandante no había intentado la reparación ante los tribunales estatales ni había alegado la existencia de una denegación de justicia y el tribunal no hizo referencia alguna a la denegación de justicia al determinar que se había violado el estándar de trato justo y equitativo¹³⁶⁸. En igual sentido, en el caso *Biwater Gauff c. Tanzania*, el tribunal sostuvo que los actos regulatorios del Estado, incluida la repudiación anunciada públicamente de un contrato de inversión, el retiro de exenciones de pago del IVA y la falta de designación de un regulador independiente, constituyeron violaciones del estándar de trato justo y equitativo¹³⁶⁹. Nuevamente, no existían procesos judiciales pendientes. La demandante *Biwater* no había presentado ninguna acción de reparación ante los tribunales de Tanzania sino que argumentó con respecto al requisito de una vía de reparación local en virtud del TBI que se le habría denegado justicia *si* se le hubiera exigido que recurriera a las vías de reparación locales¹³⁷⁰.

275. Aun en aquellos casos en que el poder judicial del Estado está involucrado, los tribunales de inversión han reconocido que puede ocurrir una violación del estándar de trato justo y equitativo en forma separada y aislada de cualquier trato conferido por los tribunales locales. En el caso *ATA c. Jordania*, por ejemplo, la demandante había argumentado que “la denegación de justicia es de vital importancia en el presente caso” porque supuestamente la demandante había sido maltratada por el sistema judicial de Jordania¹³⁷¹. Sin embargo, el tribunal determinó

¹³⁶⁷ *CME c. República Checa*, párrafos 603, 611, 614 (CL-16).

¹³⁶⁸ *Ver id.*

¹³⁶⁹ *Biwater Gauff c. Tanzania*, párrafos 497, 501, 503, 511, 605, 615 (CL-10).

¹³⁷⁰ *Íb.*, párrafo 264(e) (CL-10).

¹³⁷¹ *ATA Construction c. Jordania*, párrafo 73 (CL-58).

que carecía de competencia respecto de los reclamos por denegación de justicia y que, en cualquier caso, los tribunales locales no le habían denegado justicia:

Desde el comienzo, las partes se centraron en la conducta de los tribunales jordanos al señalar las razones de anulación del Laudo Definitivo. *No es posible sostener que sus actos constituyeron una conducta abusiva, mala fe o una denegación de justicia.* Sin perjuicio de su determinación de falta de competencia temporal, el Tribunal observa que no fue persuadido de que, incluso si hubiera tenido competencia, se podría haber sustanciado un reclamo por denegación de justicia, ya sea sustantiva o procesal¹³⁷².

Si bien descartó la posibilidad de que hubiera existido una denegación de justicia, el tribunal determinó que Jordania *había* violado su obligación de conferir un trato justo y equitativo mediante la aplicación con efecto retroactivo de una ley nueva que extinguía el derecho del inversor a recurrir al arbitraje—un requisito para la resolución neutral de diferencias que el tribunal consideró “parte integrante” del contrato de inversión¹³⁷³. En igual sentido, en el caso *PSEG c. Turquía*, la corte constitucional del Estado no efectuó una denegación de justicia y, de hecho, había ratificado los derechos contractuales del inversor¹³⁷⁴. Sin embargo, este fallo en favor del inversor no fue considerado por otros órganos estatales al adoptar posiciones administrativas y cambios legislativos incongruentes—es decir, aquellos actos estatales que, en opinión del tribunal, habían violado las obligaciones de trato justo y equitativo asumidas por el Estado¹³⁷⁵.

276. Tal como estos casos demuestran, la ausencia de una determinación de denegación de justicia (o de un reclamo de denegación de justicia) no cambia el hecho de que las modificaciones fundamentales del marco legal y regulatorio en el que confía un inversor sí violan las obligaciones de trato justo y equitativo. Los argumentos de la Demandada en contrario se basan en casos inapropiados que involucran diferencias relativas a incumplimientos contractuales o a cuestiones locales en virtud del derecho local que no constituyen una violación

¹³⁷² *Íb.*, párrafo 123 (énfasis añadido).

¹³⁷³ *Íb.*, párrafo 125; *ver también id.*, párrafos 121-128.

¹³⁷⁴ *PSEG c. Turquía*, párrafo 249 (CL-37).

¹³⁷⁵ *Íb.*

internacional, donde los tribunales determinaron que solo podría determinarse que existió una violación del tratado si se le hubiera negado al inversor la posibilidad de obtener un resarcimiento ante los tribunales locales o si éstos le hubieran denegado justicia¹³⁷⁶. Así, la denegación de justicia era un paso adicional necesario que elevaba o transformaba la diferencia de una puramente local a una de derecho internacional.

277. Los casos en los que se basa la Demandada que involucran reclamos por incumplimiento contractual son irrelevantes por el motivo adicional de que la Demandante no ha alegado la existencia de un incumplimiento contractual. Además, es ampliamente reconocido que un incumplimiento contractual por sí mismo no es ilícito a nivel internacional¹³⁷⁷. Así, cuando el eje del reclamo es un incumplimiento contractual, sólo puede existir una violación del derecho consuetudinario internacional cuando los tribunales locales le deniegan justicia a la parte extranjera y, por lo tanto, ésta no puede obtener una compensación por el incumplimiento contractual. Ello resulta claro en los casos por incumplimiento contractual en los que se basa la Demandada y que, como resulta evidente, no se aplican en forma alguna a las circunstancias del presente caso:

- *Waste Management II*: donde el tribunal sostuvo que “[e]l incumplimiento por parte de un gobierno con obligaciones contractuales” no constituía expropiación y que para demostrar la existencia de una violación a un tratado “es necesario demostrar la

¹³⁷⁶ Ver, por ejemplo, Memorial de Contestación, párrafos 87-96 (donde se analiza el caso *Generation Ukraine c. Ucrania* (RL-6); *Waste Management II* (CL-46); *Azinian c. México* (RL-2); *Feldman c. México* (RL-5); y *Parkerings c. Lituania* (RL-10)).

¹³⁷⁷ Ver, por ejemplo, Informe de la Comisión de Derecho Internacional, *Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad de los Estados por Hechos Internacionalmente Ilícitos, con comentarios*, Art. 4, n. 6 (2001) (“Naturalmente, el incumplimiento de un contrato por un Estado no entraña de por sí un quebrantamiento del derecho internacional. Se requiere algo más para que el derecho internacional se aplique, como por ejemplo, la denegación de justicia por los tribunales del Estado en una acción entablada por la otra parte contratante”). (CL-79); *Restatement (Third) of Foreign Relations Law*, párrafo 712, comentario h (1987) (“Un estado parte en un contrato celebrado con un nacional extranjero es responsable de la repudiación o el incumplimiento de dicho contrato en virtud del derecho nacional aplicable, pero no toda repudiación o incumplimiento por parte de un estado de un contrato celebrado con un nacional extranjero constituye una violación del derecho internacional. De conformidad con el apartado (2), un estado es responsable de tal repudiación o incumplimiento solo si es discriminatorio ... o si es equivalente a una expropiación en el sentido de que el contrato se repudia o se incumple por motivos gubernamentales más que comerciales y el estado no está preparado para pagar una compensación”) (CL-80).

privación efectiva de un derecho, privación no reparada por ningún recurso a disposición de la Demandante”¹³⁷⁸.

- *Azinian c. México*: donde el tribunal sostuvo que “la reclamación fundamental de los demandantes es la de que fueron víctimas de un incumplimiento del Contrato de Concesión” y, por lo tanto, “[l]o que debe demostrarse es que la propia decisión judicial constituye una infracción del tratado”¹³⁷⁹.
- *Parkerings c. Lituania*: donde el tribunal sostuvo que un incumplimiento contractual no constituía una violación de un tratado sino que “si se le deniega acceso a los tribunales locales a la parte contratante y, en consecuencia, se le niega la oportunidad de obtener un resarcimiento por el daño causado y de denunciar tales incumplimientos contractuales, entonces sí un tribunal arbitral está en posición de decidir, sobre la base del TBI, si esta falta de vías de reparación tuvo consecuencias sobre la inversión y, por lo tanto, si existió una violación del derecho internacional”¹³⁸⁰.

278. Los dos casos que no versan sobre incumplimientos contractuales en los que se basa la Demandada para respaldar su argumento sobre la denegación de justicia también son muy diferentes porque cada uno de ellos involucraba actos administrativos o regulatorios del Estado que no alcanzaban la categoría de violación internacional. En *Feldman c. México*, por ejemplo, el tribunal determinó que el reclamo por expropiación indirecta presentado por un inversor “depend[ía] [...] en gran medida” de una disposición de la legislación tributaria de aplicación general que exigía a las compañías que presentaran determinadas facturas para poder ser acreedoras de una devolución de impuestos¹³⁸¹. El tribunal concluyó que era “importante observar que el requisito relativo a las facturas de la Ley [impositiva] no era nuevo [al momento de la inversión] ni había sido modificado por los funcionarios mexicanos (salvo en cuanto al alcance o no alcance de su aplicación) en perjuicio del Demandante”¹³⁸². Si bien los funcionarios mexicanos supuestamente habían accedido informalmente a no aplicar el requisito relativo a las facturas a la demandante en determinados momentos, la “Ley [...] en todo momento pertinente,

¹³⁷⁸ *Waste Management II*, párrafo 175 (CL-46).

¹³⁷⁹ *Azinian c. México*, párrafos 87, 99 (RL-2).

¹³⁸⁰ *Parkerings c. Lituania*, párrafo 317 (RL-10).

¹³⁸¹ *Feldman c. México*, párrafo 128 (RL-5).

¹³⁸² *Íb.*, párrafo 119.

contenía el requisito relativo a las facturas”, que el tribunal consideró “un requisito [...] razonable” que reflejaba “una política fiscal [...] racional”— y que la demandante no había cumplido¹³⁸³. En consecuencia, el tribunal sostuvo que la aplicación de la ley por parte de la autoridad tributaria para retener los beneficios de la devolución de impuestos no constituía una violación del tratado; se necesitaba de algo más para que surgiera la responsabilidad internacional¹³⁸⁴. El caso *Feldman* se diferencia claramente del presente caso ya que involucraba la aplicación directa de un marco legal local que no había sido modificado, reinterpretado o repudiado en forma alguna—y, de hecho, había permanecido inalterado desde antes del momento en que se realizó la inversión. El tribunal concluyó, además, que “no parec[ía] haber existido denegación del debido proceso ni denegación de justicia que pudiera llegar en este caso al nivel de una violación del derecho internacional”¹³⁸⁵ y, por lo tanto, carece de importancia en el presente caso.

279. En el caso *Generation Ukraine c. Ucrania*, la demandante impugnaba varios actos y omisiones menores del gobierno de una ciudad local que impidieron la finalización de un proyecto de construcción—que incluían, por ejemplo, la falta por parte del gobierno de obtener permiso para el uso temporal de una propiedad adyacente como área de almacenamiento de construcción y elaborar formularios de modificación de dos páginas para un contrato de arrendamiento¹³⁸⁶. El tribunal sostuvo que la conducta del gobierno de la ciudad no estaba “ni cerca” de ser una violación al tratado y que, de hecho, “[n]ingún acto u omisión... ya sea en forma acumulativa o aislada, trasciende el umbral de una expropiación indirecta”¹³⁸⁷. El tribunal observó, además, que “no cumple el rol de organismo de revisión administrativa para asegurar que los órganos municipales realicen su trabajo de manera diligente, eficiente o a conciencia”, rol que, en realidad, le correspondía a los tribunales locales “conocedores de los detalles del

¹³⁸³ *Íb.*, párrafos 119, 129.

¹³⁸⁴ *Íb.*, párrafos 117-134.

¹³⁸⁵ *Íb.*, párrafo 140.

¹³⁸⁶ *Ver*, por ejemplo, *Generation Ukraine c. Ucrania*, párrafos 20.14-20.15 (**RL-6**).

¹³⁸⁷ *Íb.*, párrafos 20.32-20.33.

régimen regulatorio aplicable”¹³⁸⁸. Ante la ausencia de algún fundamento para realizar un reclamo en virtud del tratado, el tribunal agregó que “la única posibilidad en el presente caso para que la serie de denuncias relativas a las cuestiones extremadamente técnicas de la ley de planificación ucraniana se transformen en una violación del TBI habría sido que se le denegara justicia a la Demandante ante los tribunales ucranianos”¹³⁸⁹.

280. Dado que los actos administrativos subyacentes a los reclamos del inversor eran menores, el caso *Generation Ukraine* también es manifiestamente diferenciable en cuanto a los hechos. No obstante, la decisión ha sido criticada porque parece introducir un requisito de agotar las vías locales al reclamo por violación del tratado. En el procedimiento de anulación en el caso *Helnan International Hotels c. Egipto*, por ejemplo, el Comité *ad hoc* observó lo siguiente:

En numerosos casos del CIADI, los tribunales han emitido laudos en favor de las demandantes como consecuencia de decisiones administrativas, en los que no se había presentado ningún reclamo ante los tribunales locales. . . En vista de estos precedentes y consideraciones, el Laudo en el caso *Generation Ukraine*. . . se ubica de algún modo por fuera de la *jurisprudence constante* en virtud del Convenio del CIADI en la revisión del proceso de toma de decisiones administrativas por falta de trato justo y equitativo . . . Establecer un requisito que exija agotar las vías locales habría tenido el efecto de privar a la demandante del derecho de plantear su reclamo directo en virtud del tratado porque el Ejecutivo no le confirió un trato justo y equitativo, aun cuando la decisión haya sido tomada en el nivel más alto del gobierno dentro del Estado receptor. Ello dejaría al inversor solo con un reclamo de trato injusto basado en una denegación de justicia en el caso de que el proceso de revisión judicial de la decisión ministerial fuera en sí mismo injusto¹³⁹⁰.

El caso *Generation Ukraine* también ha recibido críticas por parte de los comentaristas más reconocidos por razones similares¹³⁹¹. Además de ser claramente distinto al presente caso, el

¹³⁸⁸ *Íb.*, párrafo 20.33.

¹³⁸⁹ *Íb.*, párrafo 20.33.

¹³⁹⁰ *Helnan Int'l Hotels A/S c. República Árabe de Egipto*, Caso CIADI N° ARB/05/19, Decisión del Comité *ad hoc* de fecha 14 de junio de 2010 (“*Helnan Int'l c. Egipto*”), párrafos 48-49, 53 (CL-62).

¹³⁹¹ Ver, por ejemplo, Christoph Schreuer, *Calvo's Grandchildren: The Return of Local Remedies in Investment Arbitration*, 4 L. & Pract. Of Int'l Cts & Tribunals 1, 15 (2005) (donde el autor analiza el caso *Generation Ukraine*,

fundamento que busca la Demandada en el caso *Generation Ukraine* también es incorrecto por esta razón.

281. En contraposición a los casos claramente diferenciables que cita la Demandada, y tal como fue demostrado precedentemente, cuando un Estado actúa en forma arbitraria, en violación de las expectativas legítimas del inversor y dejando de lado por completo su marco legal y regulatorio, el incumplimiento con la obligación de trato justo y equitativo ocurre independientemente de que se recurra a los tribunales locales. No se requiere de ninguna acción o inacción judicial separada para que un reclamo se eleve en este contexto desde el nivel del derecho local al nivel de un tratado; el acto regulatorio o administrativo por sí solo es suficiente. De hecho, el argumento de la Demandada equivale a incorporar un requisito de agotamiento de las vías de reparación locales al Tratado ya que, según su teoría, ningún reclamo por trato justo y equitativo basado en un acto regulatorio o administrativo podría ser exitoso a menos que un inversor agote las vías de reparación ante los tribunales locales infructuosamente. El RD-CAFTA rechaza esto expresamente y, por el contrario, requiere que una demandante *renuncie* a su derecho de iniciar o continuar procesos ante los tribunales locales como condición previa para someter un reclamo a arbitraje¹³⁹².

282. Los esfuerzos realizados por la Demandada para interponer la denegación de justicia como un requisito previo a la responsabilidad internacional deben ser rechazados. No puede permitirse que un Estado utilice su propio sistema judicial local para justificar la violación a una obligación del derecho internacional y para aislarse de ella. Tal como observó el tribunal en el caso *Azinian c. México*, “un tribunal internacional a quien se solicite una decisión sobre el

entre otros, y concluye que “no resulta difícil ver que la fundamentación en estos casos puede desarrollarse a fin de reintroducir las vías de reparación locales por la puerta de atrás. Una vez que se acepta que el inversor debería intentar utilizar las vías de reparación locales, se está a tan solo un paso de exigir que el intento no debería detenerse al nivel del tribunal inferior. Una vez que exijamos que deben realizarse apelaciones razonables, estamos a un paso de demandar que estas apelaciones sean agotadas”.) (CL-76).

¹³⁹² RD-CAFTA, Art. 10.18(2) (“Ninguna reclamación podrá someterse a arbitraje conforme a esta Sección a menos que. . . (b) la notificación de arbitraje se acompañe (i) de la renuncia por escrito del demandante a las reclamaciones sometidas a arbitraje en virtud del Artículo 10.16.1(a), de las renunciaciones por escrito del demandante . . . de cualquier derecho a iniciar o continuar ante cualquier tribunal judicial o administrativo conforme a la ley de cualquiera de las Partes u otros procedimientos de solución de controversias, cualquier actuación respecto de cualquier medida que se alegue ha constituido una violación a las que se refiere el Artículo 10.16.”).

cumplimiento de un tratado internacional por parte de un gobierno no queda paralizado por el hecho de que los tribunales nacionales hayan aprobado los actos en cuestión de las autoridades públicas”¹³⁹³. La caracterización errónea que realiza la Demandada de la denegación de justicia como requisito para la existencia de una violación del trato justo y equitativo, en palabras del tribunal en el caso *Vivendi II*, “destruiría la norma del trato justo y equitativo”¹³⁹⁴. No es necesario que exista un reclamo de denegación de justicia, o la determinación de que tal denegación ocurrió, para que pueda sustanciarse una violación del trato justo y equitativo cuando un Estado ha alterado sustancialmente o ha ignorado por completo el marco regulatorio y legal en el que se basó el inversor.

B. El Tribunal tiene jurisdicción para resolver el reclamo interpuesto por la Demandante con motivo del incumplimiento del Artículo 10.5 del RD-CAFTA por parte de la Demandada

283. El argumento de la Demandada de que el tribunal carece de jurisdicción *ratione materiae* para entender en la presente diferencia en razón de que el reclamo de la Demandante supuestamente no constituye un “reclamo internacional válido”¹³⁹⁵ debe rechazarse. Tal como se señaló anteriormente, el intento de la Demandada de reformular el presente caso sobre la base de que se trata de una simple diferencia de opinión sobre la interpretación de las leyes y reglamentos que rigen en Guatemala carece de todo fundamento. La violación deliberada y premeditada por parte de la Demandada de los elementos críticos del marco legal y regulatorio que sirvieron de base a las inversiones de la Demandante configura una violación al Artículo 10.5 del RD-CAFTA. Ello queda puesto de relieve por la vasta jurisprudencia mencionada anteriormente, en la que los Estados fueron declarados responsables en circunstancias similares

¹³⁹³ *Azinian c. México*, párrafo 98 (RL-2); ver también *ATA Construction c. Jordania*, párrafo 122 (“[E]l Tribunal recuerda la norma general según la cual un Estado no puede invocar sus leyes internas para evadir las obligaciones impuestas por un tratado determinado o, en general, por el derecho internacional público”) (CL-7); *Feldman c. México*, párrafo 140 (“Tal como reconoce el Demandado, este Tribunal podría determinar que hubo una violación del [Tratado] incluso si los tribunales mexicanos respaldaran el derecho mexicano [...]; este Tribunal no está obligado por decisiones de un tribunal local si tales decisiones infringen el derecho internacional”) (RL-5).

¹³⁹⁴ *Vivendi II*, párrafo 7.4.11 (CL-18).

¹³⁹⁵ Ver, por ejemplo, Memorial de contestación párrafos 79 (subencabezado 2), 98 (donde se sostiene que la “consecuencia” de la supuesta invalidez de un reclamo internacional es que “El Tribunal no tiene jurisdicción *ratione materiae*”).

en las que se verificaron actos arbitrarios y la transformación fundamental o el desconocimiento de plano del marco regulatorio en el que los inversionistas se habían apoyado legítimamente. Es evidente que, para responsabilizar a los Estados demandados por el incumplimiento de sus obligaciones de otorgar un trato justo y equitativo, los tribunales en esos casos necesariamente debieron resolver que tenían jurisdicción. En efecto, la Demandante no cita una sola instancia donde un tribunal se haya declarado incompetente en tales circunstancias.

284. La supuesta excepción “de jurisdicción” planteada por la Demandada, asimismo, malinterpreta la naturaleza de las investigaciones llevadas a cabo por el Tribunal a nivel jurisdiccional. En efecto, independientemente de los fundamentos del reclamo de la Demandante —esto es, si el reclamo es “válido” en el marco del RD-CAFTA— ha quedado claramente establecido que el Tribunal tiene jurisdicción y debe proceder a analizar el fondo de la cuestión, si “los hechos *aducidos por la Demandante* [...] de quedar establecidos, son *susceptibles* de quedar alcanzados por las disposiciones [del Tratado] que se invocan”.¹³⁹⁶ En otras palabras, a los efectos de la atribución de jurisdicción, “el Tribunal no está obligado a considerar si las reclamaciones en virtud del Tratado (...) son correctas”, sino que “sólo necesita estar convencido de que, si se prueba que las alegaciones de la Demandante son correctas, tiene jurisdicción para considerarlas”.¹³⁹⁷ Este método encuentra sustento en innumerables decisiones arbitrales en materia de inversiones —que han guardado coherencia entre sí—¹³⁹⁸ y ha sido ratificado por la misma autoridad a la que recurre la Demandante.

¹³⁹⁶ *Impregilo S.p.A. c. la República Islámica de Pakistán*, Caso CIADI N° ARB/03/3, Decisión sobre jurisdicción del 22 de abril de 2005 (“*Impregilo S.p.A. c. Pakistán*”) párrafo 254 (énfasis añadido) (CL-63).

¹³⁹⁷ *Siemens c. Argentina* párrafo 180 (CL-44).

¹³⁹⁸ *Ver, por ejemplo, SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. la República de Filipinas*, Caso CIADI N° ARB/02/6, Decisión sobre jurisdicción del 29 de enero de 2004 párrafo 157 (CL-69); *Methanex Corp. c. los Estados Unidos de América*, NAFTA Capítulo Once, CNUDMI, Primer laudo parcial del 7 de agosto de 2002 párrafos 116-21 (CL-64); *Plama Consortium Ltd. c. Bulgaria*, Caso CIADI N° ARB/03/24, Decisión sobre jurisdicción del 8 de febrero de 2005 párrafos 118-19 (CL-66); *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. c. la República Islámica de Pakistán*, Caso CIADI N° ARB/03/29, Laudo del 27 de agosto de 2009 párrafos 193-97 (CL-59); *Jan de Nul N.V. & Dredging International N.V. c. la República Árabe de Egipto*, Caso CIADI N° ARB/07/21, Laudo del 6 de noviembre de 2008 párrafos 69-71 (RL-11); *Salini Costruttori S.p.A. e Italstrade S.p.A. c. Reino Hachemita de Jordania*, Caso CIADI N° ARB/02/13, Laudo del 31 de enero de 2006 párrafos 137-151 (CL-67); *Noble Energy Inc. y MachalaPower Cía. Ltd. c. la República del Ecuador y Consejo Nacional de Electricidad*, Caso CIADI N° ARB/05/12, Decisión sobre jurisdicción del 5 de marzo de 2008 párrafos 150-153 (CL-65); *Desert Line Projects*

285. Citando *UPS c. Canadá* en forma pormenorizada, la Demandada sostiene que la Demandante sólo se ha limitado a “caracterizar” su reclamo como un reclamo surgido de un tratado y que el Tribunal debe resolver sobre su propia competencia, independientemente de cómo la Demandante haya caracterizado su reclamo.¹³⁹⁹ La proposición, a todas luces obvia, de que le corresponde al Tribunal resolver sobre las cuestiones de jurisdicción planteadas respecto de un reclamo es enteramente coherente con el principio generalmente aceptado articulado anteriormente; pero, aun así, contrariamente a lo que podría insinuar la Demandada, no requiere ni merece una investigación respecto de la validez del reclamo de la Demandante. De hecho, en *UPS c. Canadá*, el tribunal puso de relieve que ambas partes habían aceptado, a efectos de la atribución de jurisdicción, que el tribunal “debe llevar a cabo un análisis *prima facie* de las obligaciones emanadas del NAFTA —que UPS pretende invocar— y determinar si los hechos articulados son susceptibles de constituir un incumplimiento de dichas obligaciones.”¹⁴⁰⁰ El tribunal reconoció que su “tarea es develar el significado y particularmente el alcance de las disposiciones que, según UPS, le confieren jurisdicción. Los interrogantes a responder en este caso son si los hechos aducidos por UPS están alcanzados por esas disposiciones y si estos hechos, una vez probados, pueden llegar a constituir un incumplimiento de las obligaciones a las que aluden”.¹⁴⁰¹ La evaluación pormenorizada de la Demandante expuesta anteriormente confirma que el interrogante ha sido respondido en forma afirmativa, no sólo sobre la base de los hechos tal cual han sido articulados, sino también sobre la base de abundantes pruebas documentales y testimoniales.

286. El intento de la Demandada, carente de todo fundamento, de forzar una investigación sobre la validez internacional del reclamo dentro del análisis de atribución de jurisdicción ha sido puesto de relieve, una vez más, por la propia doctrina. *Ni uno solo* de los diez casos que la Demandada cita en su debate sobre “validez de los reclamos” y las supuestas

LLC c. la República de Yemen, Caso CIADI N° ARB/05/17, Laudo del 6 de febrero de 2008 párrafos 129-32 (CL-61).

¹³⁹⁹ Memorial de contestación, párrafos 100-104.

¹⁴⁰⁰ *United Parcel Service of America, Inc. c. Canadá*, CNUDMI, Decisión sobre jurisdicción del 22 de noviembre de 2002 (“*UPS c. Canadá*”) párrafo 33 (RL-4).

¹⁴⁰¹ *Id.* párrafo 37.

implicancias en materia jurisdiccional fue desestimado por razones de jurisdicción.¹⁴⁰² En efecto, dado que todos ellos se resolvieron sobre el fondo, estas decisiones establecen positivamente que, ya sea que el reclamo de la Demandante se fundamente en una simple diferencia de opinión sobre la interpretación de normas regulatorias o en la alteración fundamental o el desconocimiento de plano de aspectos críticos del marco regulatorio, se trata de un asunto que corresponde resolver conjuntamente con la cuestión de fondo y no un fundamento para desestimar por razones de jurisdicción.¹⁴⁰³

287. La excepción de incompetencia planteada por la Demandada, por lo tanto, carece de fundamento. En efecto, el reconocimiento por parte de la Demandada de que la obligación de otorgar un trato justo y equitativo emanada del RD-CAFTA “censura sólo derogaciones

¹⁴⁰² Ver Memorial de contestación párrafos 79-112.

¹⁴⁰³ Ver *ADF c. los Estados Unidos* párrafo 126 (en donde se advierte que dos cuestiones no relacionadas con el reclamo en materia de trato justo y equitativo “tienen que ver con la competencia de este Tribunal o con la procedencia de ciertos reclamos [...] en tanto que las restantes cuestiones se ocupan del fondo de los reclamos de la Demandante acerca de la coherencia o incoherencia de las medidas adoptadas por los Estados Unidos en el marco de ciertas disposiciones del NAFTA”) (CL-4); *Azinian c. México* párrafo 79 (en donde se advierte que “esta es la primera controversia sometida por un inversionista en virtud del TLCAN, que será resuelta con un laudo arbitral”) (RL-2); *Waste Management II* párrafos 138-139 (en donde se desestima el reclamo como cuestión de fondo (y no por falta de competencia) luego de resolverse que una decisión injustificable y deliberada del gobierno para frustrar el objeto de un acuerdo de inversión incumpliría la obligación de conceder un trato justo y equitativo porque dicha obligación requiere de buena fe y “no se puede, en forma deliberada, destruir o frustrar la inversión por medios impropios”. Además, los reclamos de la demandante eran de naturaleza contractual y no habían probado que se hubiera denegado justicia) (CL-46); *Sahuka c. República Checa* párrafo 243 (en donde se resolvió que el tribunal tenía “competencia para entender en los reclamos interpuestos por la Demandante en el marco del procedimiento arbitral contemplado en el Artículo 8 del Tratado”.) (CL-42); *EnCana c. Ecuador* párrafo 168 (en donde se sostiene que “finalment [incluso] la Demandada aceptó que [el reclamo sobre expropiación] entraba dentro de la competencia del Tribunal”) (RL-9); *Generation Ukraine c. Ucrania* párrafo 17.3 (en donde se resolvió que existen reclamos concretos que “aducen actos expropiatorios atribuidos a Ucrania y por ello se encuentran dentro de la competencia *ratione materiae* del Tribunal, habida cuenta de que han dado lugar a una diferencia con respecto a un derecho emanado del TBI”) (RL-6); *Feldman c. México* párrafos 49-88 (en donde se observó que las mayoría de las cuestiones en materia de competencia habían sido resueltas por medio de resoluciones interlocutorias y se procedió a resolver otras cuestiones en materia de competencia antes de procederse al análisis del fondo de la cuestión) (RL-5); *Parkerings c. Lituania* párrafos 256-266 (En donde se concluye que el tribunal es competente y se pone de relieve que “la justificación sustantiva de los reclamos de la Demandante no es una cuestión que tenga que ver con la competencia del tribunal, sino que tiene que ver con el fondo de la cuestión. Este asunto se desarrolla a continuación [al analizarse el fondo de la cuestión].” (RL-10); *Pantechnicki S.A. Contractors & Engineers (Grecia) c. la República de Albania*, Caso CIADI N° ARB/07/21, Laudo del 30 de Julio de 2009 párrafos 48-49, 67-68 (en donde se rechaza la excepción de incompetencia opuesta al reclamo surgido de un tratado, a la vez que se hace lugar a las excepciones planteadas con respecto a las medidas basadas en el contrato que la demandante ya ha impugnado ante los tribunales locales) (RL-12); *UPS c. Canadá* párrafos 21-38 (en donde el tribunal, luego de decidir sobre cuestiones preliminares sobre competencia, resolvió otras excepciones de competencia planteadas conjuntamente con la cuestión de fondo antes de proceder a analizar esta última) (RL-4).

fundamentales del marco regulatorio en contra de expectativas legítimas expectativas”¹⁴⁰⁴ debe también constituir un reconocimiento de que este Tribunal tiene jurisdicción para entender en cualquier diferencia que aduzca tales modificaciones prohibidas. Tal como se explicó, la presente constituye una esas controversias. La Demandante no se ha dedicado a “caracterizar” los reclamos surgidos de un tratado, sino que lo que pretende es responsabilizar a la Demandada por su conducta, que ha dado lugar a la responsabilidad internacional en el marco del Artículo 10.5 del RD-CAFTA, y el Tribunal tiene jurisdicción para así hacerlo.

IV. DAÑOS

288. En su primer informe pericial, Brent Kaczmarek, de Navigant Consulting, calculó que los daños causados a la Demandante ascendían a USD 237,1 millones, que representaban la participación de TECO sobre el flujo de fondos perdido por EEGSA durante el periodo comprendido entre el 1° de agosto de 2008 y el 21 de octubre de 2010, periodo en el que la empresa operó en el marco de las tarifas impuestas ilegítimamente, como así también la participación de TECO sobre la pérdida del valor de las acciones de EEGSA como consecuencia de la venta de DECA II en octubre de 2010.¹⁴⁰⁵ Posteriormente, Navigant realiza ciertos ajustes menores al modelo presentado en su segundo informe pericial, que calcula los daños totales que le corresponderían a TECO en la suma de USD 243,6 millones.¹⁴⁰⁶

289. En su memorial de contestación, la Demandada coincide con la Demandante en que los daños comprenden el flujo de fondos perdido durante el periodo en el que EEGSA operaba bajo la tarifa de Sigla y la pérdida del valor de las acciones como consecuencia de la

¹⁴⁰⁴ Ver Memorial de contestación, párrafos 567 (subtítulo *b*).

¹⁴⁰⁵ Kaczmarek I párrafo 18, Tabla 2 (**CER-2**).

¹⁴⁰⁶ Kaczmarek I párrafo 14, Tabla 3 (**CER-5**). Estos comprenden (i) la actualización de la implementación del VNR originalmente asociado a activos dados en carácter de donación; (ii) la modificación de los ajustes del capital de trabajo practicados sobre el VNR; (iii) el ajuste a los precios de la energía proyectados por Bates White, a los efectos de considerar los precios actuales de la energía observados hasta la fecha de valuación; (iv) un ajuste positivo de los gastos de capital proyectados de EEGSA para un escenario contrafáctico, según se indica a continuación; y (v) un factor de inflación corregido. *Ver* Kaczmarek II párrafos 136, 141 y Apéndice 2 (**CER-5**).

venta de EEGSA.¹⁴⁰⁷ No obstante, la conclusión de la Demandada de que la Demandante obtuvo una *ganancia* financiera neta como resultado de las medidas ilegítimas impuestas por Guatemala o, en la alternativa, que sufrió daños en el orden de los USD 5,3 millones es errónea desde todo punto de vista. Los argumentos de la Demandada carecen de toda lógica y son intrínsecamente incoherentes. En particular, el argumento carece de toda lógica al concluir, como lo hace la Demandada, que la Demandante no sufrió daño alguno —y que, de hecho, obtuvo una ganancia de USD 10,2 millones¹⁴⁰⁸— como resultado del VAD impuesto a EEGSA en forma ilegítima, cuando este era aproximadamente un 45% más bajo que el VAD vigente y, como consecuencia de ello, los ingresos de EEGSA disminuyeron aproximadamente en un 40%.¹⁴⁰⁹ Curiosamente, la Demandada en ningún momento intenta explicar las razones por las que las dos calificadoras de riesgo independientes más importantes, Standard & Poors y Moody's, le habrían bajado la calificación a EEGSA, tras citar como causa específica el VAD de Sigla impuesto por la Demandada,¹⁴¹⁰ si EEGSA no hubiera sufrido perjuicio económico alguno como resultado de la imposición de ese VAD. La valuación calculada por la Demandada, que demuestra que los flujos de fondo de EEGSA correspondientes al periodo comprendido entre el 1° de agosto de 2008 y el 21 de octubre de 2010 eran *superiores a* los que hubiera obtenido si estas medidas no hubieran

¹⁴⁰⁷ Compass Lexecon párrafo 25 (“La diferencia entre ambos (*i.e., contra-fáctico* menos *real*) representa el presunto daño económico sufrido por TGH. La metodología para calcular daños por diferencia diferencia entre estos dos escenarios es estándar y apropiada para este caso [...].”) (**RER-1**).

¹⁴⁰⁸ Compass Lexecon, Tabla 1 (**RER-1**).

¹⁴⁰⁹ TECO Guatemala, Inc. Resumen operativo correspondiente a los periodos finalizados el 30 de septiembre, Informe del Directorio de octubre de 2008, en 4-23 (**C-303**); TECO Guatemala, Inc. Resumen operativo correspondiente a los periodos finalizados el 31 de marzo, Informe del Directorio de abril de 2009, en 4-17 (**C-326**); Gillette I párrafos 22, 24 (**CWS-5**).

¹⁴¹⁰ Standard & Poor's, “Empresa Eléctrica de Guatemala S.A. La calificación riesgo cae de ‘BB’ a ‘BB-’ / en CreditWatch Neg” del 26 de agosto de 2008, en 2 (donde se observa que el VAD de EEGSA correspondiente al periodo tarifario 2008-2013 “es aproximadamente 55% menor que el de las tarifas de EEGSA del periodo previo” y se concluye que “este cambio Este cambio resultará en una rentabilidad y medidas de flujo de caja deterioradas, y también en una liquidez limitada en la segunda mitad del 2008, y en ”. Asimismo, se hace especial mención de “los retos inherentes asociados con el ambiente operativo de la República de Guatemala”) (**C-297**); Moody's Investors Service, “Moody's baja la calificación de riesgo de EEGSA de Ba2 a Ba3; perspectivas negativas” del 11 de diciembre de 2008 (donde se afirma que la baja en la calificación “es motivada por el deterioro material anticipado, a corto plazo, de la métrica crediticia de EEGSA como resultado de la decisión tarifaria de agosto de 2008 por la Comisión Nacional de Electricidad y Energía (“CNEE”) en cuanto a la reducción del cargo del Valor Agregado de Distribución (“Cargo VAD”) por 45%” y que “la revisión del VAD del 2008 plantea preocupaciones acerca de la previsibilidad y transparencia del proceso, y el sostén global del marco regulatorio”). (**C-305**).

tenido lugar,¹⁴¹¹ es a todas luces errónea. La conclusión de la Demandada de que el flujo de fondos de EEGSA resultó mayor como resultado de la aplicación de dichas medidas no guarda coherencia, asimismo, con su conclusión de que el valor de las acciones de EEGSA (esto es, la diferencia entre los valores reales y los valores contra-fácticos de EEGSA al momento de la venta a EPM) disminuyeron como resultado de la aplicación de las medidas.¹⁴¹² La Demandada no hace el más mínimo intento de reconciliar estos resultados, claramente contradictorios, lo que no es de sorprender, en razón de que son irreconciliables.

290. Como se demuestra a continuación, la Demandada no plantea crítica legítima alguna con respecto a los cálculos de valuación o de daños realizados por Kaczmarek. En lugar de ello, ha preferido confundir las cuestiones mediante la creación de un modelo alternativo que no guarda relación alguna con los argumentos planteados por la Demandante. Así, mientras sus peritos declaran que se les ha requerido calcular los daños sufridos por la Demandante, si los hubiera, mediante la determinación de la diferencia entre el valor real de EEGSA y lo que habría valido la empresa si Guatemala hubiese actuado conforme sus obligaciones en el marco del tratado al fijar las tarifas sobre la base de “una implementación completa de las recomendaciones de la Comisión Pericial”,¹⁴¹³ los peritos por la parte demandada no han hecho tal cosa. En lugar de basarse en el estudio de Bates White de fecha 28 de julio para calcular el valor de EEGSA en el escenario contra-fáctico, Compass Lexecon se vale del modelo del Sr. Damonte.¹⁴¹⁴ Según él mismo lo reconoce, el Sr. Damonte ha seleccionado cuáles de los pronunciamientos de la Comisión Pericial incorporar a su modelo y ha decidido deliberadamente ignorar aquellos con los que la Demandada no concuerda.¹⁴¹⁵ El ejercicio planteado por la Demandada y su cálculo de

¹⁴¹¹ Compass Lexecon, Tabla 1 (**RER-1**).

¹⁴¹² *Id.*; ver también Kaczmarek II párrafo 12 (“Compass Lexecon extrañamente concluye que las Medidas han tenido un efecto bastante positivo en los flujos de fondos de EEGSA hasta el 21 de octubre de 2010 (cuando los inversores extranjeros vendieron EEGSA a EPM), pero han tenido un modesto impacto negativo en el valor justo de mercado del capital accionario de EEGSA. Estas dos conclusiones son claramente contradictorias.”) (**CER-5**).

¹⁴¹³ Compass Lexecon párrafo 1 (**RER-1**).

¹⁴¹⁴ Compass Lexecon párrafo 4.b, pestaña Compass Lexecon “Control Panel” (**RER-1**).

¹⁴¹⁵ Damonte párrafo 163 (**RER-2**); Compass Lexecon párrafo 50 (en donde se menciona que el Sr. Damonte analizó el modelo de Bates White del 5 de mayo de 2008 a los efectos de incorporar “la mayoría de los pronunciamientos faltantes y/o mal implementados” dictados por la Comisión Pericial (énfasis añadido) (**RER-1**); *id.* párrafo 71 (en donde se señala que el Sr. Damonte “considera que la fórmula propuesta por la CP [para calcular el FRC] es

daños resultantes carece, pues, de todo sentido; el modelo del Sr. Damonte no se habría aplicado para fijar las tarifas de EEGSA en el escenario contra-fáctico, ya que ese modelo era entonces inexistente y, lo más importante aún, los argumentos de la Demandante presuponen que, de haber actuado Guatemala de acuerdo con sus obligaciones, habría respetado *todas* las decisiones de la Comisión Pericial. La insistencia por parte de la Demandada de que el valor de EEGSA, si no se hubieran aplicado las medidas, se habría basado en una tarifa que se fijó sobre la base de un estudio que no incorporó la totalidad de las decisiones de la Comisión Pericial hace que el cálculo de daños llevado a cabo por su perito carezca de relevancia alguna.

A. La valuación de EEGSA calculada por la Demandante en el escenario contrafáctico es correcta

1. A efectos del cálculo de la valuación contrafáctica, Navigant utilizó el método de flujo de efectivo descontado (FFD), el método de empresas abiertas comparables y el método de operaciones comparables.

291. Tal como se explicó en el memorial de contestación de la Demandante y en el primer informe pericial del Sr. Kaczmarek, Navigant calculó el valor de EEGSA tanto en un escenario contrafáctico como en un escenario real mediante el método FFD, el método de empresas abiertas comparables y el método de operaciones comparables.¹⁴¹⁶ Las valuaciones obtenidas a partir de cada uno de estos métodos estuvieron comprendidas dentro de un rango aceptable de valores unas de otras, lo que reafirma la razonabilidad de la valuación final calculada por esta firma.¹⁴¹⁷ Siguiendo la práctica habitual, Navigant ponderó cada uno de estos métodos en función del grado de confianza que tenía con respecto a los datos disponibles para cada uno de ellos y calculó un promedio ponderado para llegar al valor de EEGSA.¹⁴¹⁸

292. La Demandada no objeta el hecho de que los tres métodos de valuación son ampliamente utilizados y que es práctica habitual utilizar más de un método al valorar una

técnicamente incorrecta y por lo tanto inaplicable”, motivo por el cual se abstuvo de utilizarla en su modelo); Memorial de contestación párrafo 603 (“Remarcamos que [el VNR calculado por el Sr. Damonte] solo refleja los cambios ‘posibles’ [de la Comisión Pericial]”).

¹⁴¹⁶ Kaczmarek I párrafo 17 (CER-2).

¹⁴¹⁷ *Id.* párrafo 19.

¹⁴¹⁸ Kaczmarek I párrafo 17 (CER-2).

empresa. No obstante, la Demandada sostiene que, en este caso, a efectos del cálculo del valor contra-fáctico de EEGSA, únicamente debería utilizarse el método FFD en razón de que no existen empresas abiertas comparables ni tampoco operaciones comparables. Al respecto, la Demandada objeta que el tamaño de la muestra seleccionada por Navigant es demasiado pequeña, que las empresas y operaciones de las que se vale son datos comparables “lejanos” y que la ponderación que les fue asignada a estos datos comparables y, en última instancia, a las valuaciones en sí fue arbitraria y su propósito era lograr un aumento artificial de la valuación de EEGSA.¹⁴¹⁹ Estas afirmaciones son incorrectas.

293. En primer lugar, Compass Lexecon desestima equivocadamente el tamaño de las muestras de operaciones y empresas comparables de las que se vale Navigant, al sostener que ambas son demasiado pequeñas y que los valores comparables son en extremo disímiles.¹⁴²⁰ Como lo explica en su primer informe pericial, el Sr. Kaczmarek identificó 70 empresas cotizantes en bolsa y 67 operaciones potencialmente comparables. Tras aplicar una serie de filtros, redujo estos guarismos a 12 y 9 respectivamente.¹⁴²¹ El tamaño de esta muestra no es en absoluto pequeño. A efectos de establecer una comparación, Citigroup llevó a cabo un análisis de valores comparativos para elaborar su Opinión de Equidad y para ello utilizó 6 empresas cotizantes en bolsa y 8 operaciones.¹⁴²² Tampoco en este caso eran demasiado “lejanos” las empresas y operaciones que se pretendía utilizar.¹⁴²³ todas ellas se dedicaban principalmente a la distribución de energía eléctrica y estaban afectadas por los mismos factores económicos.¹⁴²⁴ En cualquier caso, tal como observa el Sr. Kaczmarek, los profesionales de mayor reconocimiento en materia de valuación no suelen descartar el método de empresas abiertas comparables ni el método de operaciones comparables en razón del número de empresas que intervienen en el análisis. Muy por el contrario, según afirman estos profesionales, un análisis basado en un

¹⁴¹⁹ Compass Lexecon párrafos 72-76 (**RER-1**); Memorial de contestación párrafos 609-610.

¹⁴²⁰ Compass Lexecon párrafo 73 (**RER-1**).

¹⁴²¹ Kaczmarek II párrafo 108 (**CER-5**); Kaczmarek I párrafos 199-200, 212-213 (**CER-2**).

¹⁴²² Citigroup Global Markets, Inc., Project Primavera, Fairness Opinion (“Citigroup Fairness Opinion”) del 14 de octubre de 2010, en 8-9, 27, 29, 31 (**C-531**); Kaczmarek II párrafo 130 (**CER-5**).

¹⁴²³ Kaczmarek II párrafos 119-121 (**CER-5**).

¹⁴²⁴ *Id.* párrafo 122.

número de empresas comparables que oscile entre 4 y 7 puede brindar un alto grado de confianza, de manera tal que es posible valerse “exclusivamente” de este método de valuación.¹⁴²⁵ Asimismo, no puede decirse que las empresas seleccionadas por el Sr. Kaczmarek como valores comparables sean demasiado “lejanos” de EEGSA. Los profesionales de mayor renombre en esta materia suelen utilizar un test de “similitud razonable y justificable” que pone énfasis en la identificación de empresas con “economías subyacentes” similares al momento de llevar a cabo la selección de empresas comparables.¹⁴²⁶ A los efectos de un análisis comparable, la revisión y selección final llevada a cabo por el Sr. Kaczmarek de un subconjunto de distribuidoras de energía eléctrica latinoamericanas de características similares satisface estos dos principios. Al respecto, cabe destacar que, al momento de valorar EEGSA con motivo de su venta, tanto el Citigroup como EPM aplicaron el método de empresas abiertas comparables y el método de operaciones comparables, como así también el método FFD.¹⁴²⁷ El rechazo de plano por parte de la Demandada de estos métodos de valuación generalmente aceptados es injustificable y va en contra de las prácticas de valuación generalmente aceptadas.

294. En segundo lugar, el Sr. Kaczmarek explicó en su segundo informe pericial el procedimiento seguido por Navigant para asignar ponderaciones relativas a cada empresa o transacción. Dicho procedimiento se basa en una serie de criterios objetivos que consideran, entre otros, el grado de similitud entre regímenes regulatorios, la dimensión y la densidad de las

¹⁴²⁵ *Id.* párrafo 109.

¹⁴²⁶ *Id.* párrafos 119-121.

¹⁴²⁷ *Citigroup Fairness Opinion*, pág. 5 (**C-531**); Nota de oferta no vinculante enviada por Empresas Públicas de Medellín a P. Azagra, con fecha 26 de julio de 2010 párrafo 1.ii (**C-557**); Kaczmarek II párrafos 128-130 (**CER-5**). La Demandada comete un error al afirmar que la declaración de TECO Energy incluida en su Memoria correspondiente al ejercicio 2009 sirve de sustento a su conclusión de que no existen empresas ni operaciones comparables que puedan utilizarse para valorar EEGSA. *Ver* Memorial de contestación párrafo 609(b) nota al pie 844. Tal como explica la Sra. Callahan en su segunda declaración testimonial, el análisis de deterioro, que es lo que estaba descrito en la Memoria, debe llevarse a cabo en forma anual por motivos contables y “TECO Energy carece de la experiencia o los recursos internos necesarios para llevar a cabo en forma anual un análisis de compañías comparables o transacciones comparables para una empresa latinoamericana diversificada”. Por ello, de conformidad con la práctica contable, se vale de un análisis FFD. Callahan II párrafo 5 (**CWS-8**). Asimismo, el análisis de deterioro fue llevado a cabo para DECA II y es “mucho más simple identificar compañías comparables a EEGSA, una empresa de distribución, que hacerlo con respecto a DECA II, que poseía participaciones en varias empresas de diversa naturaleza”. *Id.*; *ver también* Kaczmarek II párrafo 128 (**CER-5**).

redes y carteras de clientes.¹⁴²⁸ Compass Lexecon no está en desacuerdo en que estos factores son válidos para el análisis ni tampoco sostiene que Navigant haya aplicado estos filtros en forma incorrecta. Debido a que el Sr. Kaczmarek tenía motivos legítimos para asignar ponderaciones de mayor peso a aquellas empresas u operaciones cuya similitud con EEGSA era mayor en lo que a estos aspectos se refiere, su análisis no es arbitrario ni está orientado a resultados. Si bien este ejercicio requiere cierto grado de subjetividad, tal como observa el Sr. Kaczmarek, debido a que los métodos de valuación que utilizan datos comparables se basan en una variable objetiva clave, concretamente el precio pagado por la empresa comparable, “intrínsecamente hay mucho menos subjetividad introducida en los métodos de valuación por comparables que en el método FFD”.¹⁴²⁹ Y lo que es más importante aún, las valuaciones obtenidas por el Sr. Kaczmarek a partir de los métodos basados en datos comparables eran similares entre sí y similares a la valuación alcanzada a partir del método FFD, lo que brinda mayor sustento aún a la confiabilidad de la valuación obtenida.¹⁴³⁰

2. Las críticas que la Demandada plantea contra las proyecciones de gastos de capital elaboradas por la Demandante faltan a la verdad.

295. La Demandada afirma que, al calcular la valuación contra-fáctica obtenida mediante el método FFD, Navigant subestima los gastos de capital proyectados de EEGSA, lo que aumenta artificialmente el valor de esta última y, consecuentemente, los daños reclamados por la Demandante.¹⁴³¹ A efectos del cálculo de los futuros gastos reales de capital de EEGSA, el Sr. Kaczmarek se basó en una proyección de gastos de capital contemporánea, elaborada internamente para DECA II en el año 2007, y realizó los correspondientes ajustes por inflación.¹⁴³² Esto dio como resultado un gasto de capital estimado de aproximadamente USD 30 millones anuales (como explica el Sr. Kaczmarek en su segundo informe pericial, esta cifra fue

¹⁴²⁸ Kaczmarek II párrafo 108 (CER-5); Kaczmarek I párrafos 203, 214, Tablas 11 y 15 (CER-2).

¹⁴²⁹ Kaczmarek II párrafo 118 (CER-5).

¹⁴³⁰ *Id.* párrafo 123.

¹⁴³¹ Compass Lexecon párrafo 41 (RER-1).

¹⁴³² Kaczmarek II párrafo 35 (CER-5); Kaczmarek I párrafo 180 (CER-2).

posteriormente revisada y elevada a aproximadamente USD 46 millones anuales).¹⁴³³ Compass Lexecon sostiene que, en lugar de ello, Navigant debería haber tomado como base las proyecciones incluidas en el estudio del VAD del 28 de julio de 2008 elaborado por Bates White, las que, según señala, ascendían a aproximadamente USD 82 millones anuales.¹⁴³⁴ La Demandada sostiene que, al practicarse este ajuste, los daños reclamados por la Demandante se reducen en USD 100 millones.¹⁴³⁵ Los argumentos de la Demandada claramente carecen de todo fundamento.

296. En primer lugar, la Demandada se equivoca al insistir que debería tomarse el estudio del VAD de Bates White como base para el cálculo de los gastos reales de capital de EEGSA en el escenario contra-fáctico. Tal como lo reconoce la propia Demandada, el estudio del VAD se realiza sobre la base de una empresa eficiente tomada como modelo y, como resultado de ello, se incorporan los costos de una empresa modelo y no los de una empresa real: “la empresa real ‘compite’ con la empresa modelo diseñada, teniendo claros incentivos a mantener sus costos dentro de los valores reconocidos para la empresa modelo, para así lograr la rentabilidad esperada, o incluso superarla”.¹⁴³⁶ Al calcular el valor que le hubiera correspondido a EEGSA de no haber existido las medidas ilegítimas adoptadas por Guatemala, Navigant correctamente proyectó los gastos reales de capital de EEGSA valiéndose de datos de la empresa, en lugar de calcular proyecciones de gastos de capital para una empresa modelo

¹⁴³³ Tal como lo señala el Sr. Kaczmarek en su segundo informe experto, esta cifra fue revisada en vista de que las proyecciones para DECA II de 2007 “pueden ser consideradas obsoletas para una valuación al 21 de octubre de 2010”, en razón de que “el VNR y VAD hubieran incrementado en relación a los valores establecidos durante el Segundo Periodo Tarifario —cuando las proyecciones de DECA II estaban siendo elaboradas”, y sería razonable suponer que con un VNR y un VAD más elevados EEGSA habría aumentado sus gastos de capital. Kaczmarek II párrafo 46 (**CER-5**). Navigant también ajustó el VNR y los gastos de capital asociados por el Índice de Precios al Productor de los EE. UU., y no por el Índice de Precios al Consumidor, según lo recomendado por la Demandada. *Id.* párrafo 47.

¹⁴³⁴ Compass Lexecon párrafos 42, 45 (**RER-1**).

¹⁴³⁵ Compass Lexecon párrafo 46 (**RER-1**). La conclusión de Compass Lexecon de que los daños se reducirían en USD 100 millones únicamente toma en cuenta la valuación basada en FFD calculada por la Demandante. Si los tres métodos de valuación se aplican y ponderan de acuerdo con el modelo del Sr. Kaczmarek, entonces el ajuste a los gastos de capital propuesto por Compass Lexecon reduce el monto de daños en USD 52 millones. *Ver* Kaczmarek II párrafo 38 (**CER-5**).

¹⁴³⁶ Compass Lexecon, Apéndice B párrafo 116 (**RER-1**).

eficiente, que es justamente lo que representan las cifras de gastos de capital consignadas en el estudio del VAD de Bates White.¹⁴³⁷

297. En segundo lugar, Compass Lexecon equivoca el cálculo del monto de gastos de capital consignado en el estudio de Bates White. Para llegar a los USD 82 millones, Compass Lexecon suma los gastos de capital y la porción de “retorno del” capital del VAD. Tal como lo señala el Sr. Kaczmarek, esto es un error porque la “porción de retorno de capital del VAD es justamente lo opuesto de un gasto de capital. El retorno de capital es una recuperación de una inversión mientras que un gasto de capital es una inversión”.¹⁴³⁸ Tal como lo observa el Sr. Kaczmarek, Compass Lexecon debería haber reconocido su error al comparar los USD 82 millones que había calculado en concepto de gastos de capital con los gastos reales de capital de EEGSA, que en promedio ascendían a USD 20 millones anuales, esto es, su estimación era cuatro veces el monto desembolsado históricamente por EEGSA.¹⁴³⁹ Navigant demuestra, asimismo, que la proyección de gastos de capital que Compass Lexecon calculó para EEGSA no guarda relación alguna con los montos de gastos de capital de otras empresas de distribución de América latina.¹⁴⁴⁰

298. Por último, queda claro que ni siquiera la propia Demandada cree realmente que los gastos de capital de EEGSA en el escenario contra-fáctico deberían siquiera acercarse a los USD 82 millones, en razón de que Compass Lexecon incorpora a su modelo gastos de capital por un valor aproximado de USD 45 millones y no por USD 82 millones.¹⁴⁴¹ Si Compass Lexecon hubiese incorporado a su modelo los USD 82 millones proyectados en concepto de gastos de capital, su cálculo de “daños” habría sido mucho más negativo, lo que hubiese puesto aún más de relieve la nula confianza que merece su valuación. Así, la Demandada prefirió denostar la valuación calculada por la Demandante, mientras ocultaba el hecho de que no compartía la posición por la que abogaba. En todo caso, esto sigue siendo un tema discutible, dado que

¹⁴³⁷ Kaczmarek II párrafo 43 (**CER-5**).

¹⁴³⁸ *Id.* párrafo 39.

¹⁴³⁹ *Id.* párrafo 40; Kaczmarek I, Figura 9 (que muestra los gastos reales de capital de EEGSA) (**CER-2**).

¹⁴⁴⁰ Kaczmarek II párrafo 41, Figure 2 (**CER-5**)

¹⁴⁴¹ Compass Lexecon Model, pestaña “Control Panel” (**RER-1**); Kaczmarek II párrafo 42 (**CER-5**).

Navigant ha introducido ciertos ajustes a su proyección de gastos de capital, los que, tal como se señaló anteriormente, elevan ese monto a aproximadamente USD 46 millones anuales. Así, los gastos de capital proyectados por la Demandante son levemente superiores a los USD 45 millones anuales proyectados por la Demandada. Dado que al incorporar la proyección de gastos de capital de la Demandante al modelo contra-fáctico se obtiene un monto de daños menor que al incorporar la cifra levemente mayor de la Demandada, esta cuestión ya no guarda relación alguna con la diferencia suscitada entre las partes.

3. Es ilógico utilizar el modelo de Damonte para el cálculo de la valuación contra-fáctica

299. Las otras dos críticas planteadas por la Demandada, que forman parte de los “tres errores fundamentales”, que, según alega, vician la valuación contra-fáctica de la Demandante, no son “errores” en lo absoluto, sino que constituyen un reflejo de la falta de voluntad por parte de la Demandada de discutir el cálculo de daños. La Demandada reconoce que el escenario contra-fáctico de la Demandante “supone que la CNEE utilizó el estudio de Bates White de 28 de julio de 2008 para determinar las tarifas 2008-2013”.¹⁴⁴² Así, a Compass Lexecon se le solicitó “calcular los presuntos daños a [la Demandante] asumiendo que la CNEE hubiese fijado tarifas para la empresa de distribución eléctrica guatemalteca EEGSA para el quinquenio 2008-2013 en función de una implementación completa de las recomendaciones de la Comisión Pericial (...) en lugar de la decisión tarifaria que tomó la CNEE”.¹⁴⁴³ Sin perjuicio de ello, Compass Lexecon no utiliza el estudio de Bates White del 28 de julio de 2008 ni ningún otro modelo que incorpore la totalidad de los pronunciamientos de la Comisión Pericial para calcular el valor contra-fáctico de EEGSA. En lugar de ello, Compass Lexecon se basa en el modelo del Sr. Damonte que, según él mismo lo reconoce, *no* incorpora todos los pronunciamientos de la Comisión Pericial¹⁴⁴⁴ y, al

¹⁴⁴² Memorial de contestación párrafo 594; *id.* párrafo 596 (“El daño futuro (llamado por el experto “pérdida de valor”) es la pretendida diferencia en valor de la tenencia accionaria de TGH en EEGSA al 21 de octubre de 2010, considerando la situación de EEGSA desde dicha fecha en adelante en: (i) el escenario contra-fáctico (si se hubieran aprobado las tarifas sobre la base del estudio Bates White de 28 de julio de 2008); y (ii) el escenario real (con las tarifas aprobadas por la CNEE sobre la base del estudio Sigla)”).

¹⁴⁴³ Compass Lexecon párrafo 1 (**RER-1**).

¹⁴⁴⁴ Memorial de contestación párrafo 603 (donde se explica que el Sr. Damonte incorporó a su modelo únicamente los pronunciamientos “posibles” dictados por Comisión Pericial); *id.* párrafos 606-607 (donde se explica que el Sr. Damonte incorporó a su modelo su propia formula FRC, en razón de que la Demandada determinó que el

mismo tiempo, critica a Navigant por utilizar el modelo de Bates White del 28 de julio de 2008 como base para su valuación contra-fáctica.

300. En particular, como se señaló anteriormente, el Sr. Damonte se abstuvo de incorporar a su modelo la decisión de la Comisión Pericial sobre el FRC.¹⁴⁴⁵ En lugar de ello, creó su propia fórmula.¹⁴⁴⁶ Mientras la fórmula de la CNEE consignada en los Términos de Referencia habría proporcionado un retorno sobre una base de capital depreciada en un 50%, la fórmula de Bates White habría proporcionado un retorno sobre el 100% del VNR; por su parte, la decisión de la Comisión Pericial le permitió a EEGSA obtener un retorno sobre aproximadamente el 91% del VNR y la fórmula del Sr. Damonte deprecia la base de capital en un 30%.¹⁴⁴⁷ No existe justificación alguna para utilizar el FRC del Sr. Damonte en el modelo contra-fáctico, dado que bajo ninguna circunstancia se habría calculado el VAD de EEGSA sobre la base de dicho FRC si Guatemala no hubiese adoptado las medidas referidas. De igual modo, en lo que respecta al análisis de daños de la Demandante, de nada sirven los “ajustes” introducidos por el Sr. Damonte al VNR consignado en el estudio de Bates White del 28 de julio de 2008. El Sr. Damonte reconoce haber ignorado algunas de las decisiones de la Comisión Pericial al corregir el VNR indicado en el estudio anterior de Bates White.¹⁴⁴⁸ Una vez más, si se hubiesen respetado las decisiones de la Comisión Pericial, como la Demandante sostiene que se debería haber hecho, en ningún caso podría haberse calculado el VNR sobre la base de algunos en lugar de todos los pronunciamientos de la Comisión. Por lo tanto, no tiene ningún sentido que, para calcular el valor de EEGSA en el escenario contra-fáctico, Compass Lexecon se haya basado en el modelo del Sr. Damonte, que no acepta las decisiones de la Comisión Pericial.

pronunciamiento dictado por la Comisión Pericial sobre la materia “contiene graves errores técnicos y sobre-remunera al inversor”).

¹⁴⁴⁵ Memorial de contestación párrafos 606-607; Damonte párrafo 190 (**RER-2**); Compass Lexecon párrafo 71 (**RER-1**); Kaczmarek II párrafo 19 (**CER-5**). Compass Lexecon afirma equivocadamente que el Sr. Damonte incluyó en su modelo “todas las recomendaciones de la CP posibles de implementar”. Compass Lexecon párrafo 4(b) (**RER-1**). Esto claramente no es verdad; nada impedía aplicar la decisión de la Comisión Pericial sobre el FRC.

¹⁴⁴⁶ Damonte párrafo 191 (**RER-2**); Compass Lexecon párrafo 71 (**RER-1**).

¹⁴⁴⁷ Kaczmarek II párrafo 82 (**CER-5**).

¹⁴⁴⁸ Damonte párrafo 163 (**RER-2**); Compass Lexecon párrafos 43, 50, 71 (**RER-1**); Memorial de contestación párrafo 603.

301. Tal como observa el Sr. Kaczmarek, “Compass Lexecon ha efectuado un cálculo que no es ni consistente con su mandato indicado ni tampoco con el caso legal del Demandante, que dice que EEGSA tenía derecho a una completa implementación de las decisiones de la Comisión Pericial”.¹⁴⁴⁹ Por lo tanto, las “críticas fundamentales” que la Demandada plantea con respecto a la valuación contra-fáctica de EEGSA calculada por Navigant carecen de todo sustento.

B. El cálculo del valor real de EEGSA por parte de la Demandante es correcto

302. En su primer informe pericial, el Sr. Kaczmarek calculó el valor de EEGSA en el escenario real, como es debido, valiéndose de los tres métodos de valuación y de la venta de EMP como control de razonabilidad.¹⁴⁵⁰ La postura de la Demandada de que únicamente debería haberse utilizado la venta de DECA II a EPM como base para el cálculo del valor de EEGSA en el escenario real es equivocada.¹⁴⁵¹ La Demandante coincide en que una operación correspondiente a la empresa objeto de valuación es la prueba más confiable de su valor real. Sin embargo, en este caso, la venta en cuestión comprendía a DECA II y no a EEGSA.¹⁴⁵² Tal como lo explica el Sr. Kaczmarek, “el precio pagado por EPM por DECA II no da un precio directamente observable de EEGSA”.¹⁴⁵³ Por este motivo, es más apropiado utilizar la venta de EPM como control de razonabilidad de una valuación llevada a cabo mediante métodos tradicionales, que es la manera en que Navigant utilizó dicha evidencia.¹⁴⁵⁴ La afirmación de la Demandada de que el Sr. Kaczmarek “descarta [el precio pagado por EPM] en su cálculo del presunto daño, sin justificación alguna”¹⁴⁵⁵ es, por lo tanto, manifiestamente falsa.

303. Mediante la utilización de la venta de EPM, [los analistas de] Compass Lexecon “solo pudieron concluir que el precio que EMP pagó por EEGSA es de entre US\$ 518.2 millones

¹⁴⁴⁹ Kaczmarek II párrafo 19 (CER-5).

¹⁴⁵⁰ Kaczmarek I párrafo 241 (CER-2).

¹⁴⁵¹ Compass Lexecon párrafos 80 (RER-1); Memorial de contestación párrafos 611-612.

¹⁴⁵² Kaczmarek II párrafos 132-134 (CER-5).

¹⁴⁵³ *Id.* párrafo 134; *ver también* Kaczmarek I párrafo 239 (CER-2).

¹⁴⁵⁴ Kaczmarek II párrafo 132 (CER-5); Kaczmarek I párrafo 239 (CER-2).

¹⁴⁵⁵ Counter-Memorial párrafo 613 nota al pie 847.

y US\$ 582.2 millones”.¹⁴⁵⁶ En su primer informe pericial, el Sr. Kaczmarek, utilizando los tres métodos de valuación, llegó a un valor real de EEGSA de USD 524,3 millones,¹⁴⁵⁷ cifra que se ubica dentro del rango calculado por Compass Lexecon. Tras efectuarse un ajuste de conformidad con la observación de la Demandada de que correspondía utilizar el IPC y no el IPP para actualizar el VNR desde 2006 hasta 2008, el valor real de EEGSA calculado por Navigant se elevó a USD 562,4 millones,¹⁴⁵⁸ cifra que aún se ubica dentro del rango reafirmado por Compass Lexecon.

C. Los controles de razonabilidad confirman la exactitud del cálculo de daños de la Demandante

1. Tasa interna de retorno

304. En su primer informe, el Sr. Kaczmarek calculó que la tasa interna de retorno (TIR) de la Demandante sobre su inversión en EEGSA era del 3,2% en términos nominales, esto es, sin ajustes por inflación.¹⁴⁵⁹ Posteriormente, Navigant calculó la TIR de la Demandante en el supuesto de que el Tribunal otorgase daños por la suma reclamada y demostró que aquella ascendería al 10,47% en términos nominales.¹⁴⁶⁰ Ambas cifras son sustancialmente inferiores al costo del capital accionario de la Demandante, que en 2007 era del 13,97% en términos nominales, según cálculos realizados por la CNEE en 2008, y a sus retornos esperados, que ascendían al 15,15% según lo calculado por Dresdner Kleinwort al momento de la privatización de EEGSA.¹⁴⁶¹ Ello demuestra, en primer lugar, que la Demandante debe haber sufrido daños como consecuencia de las medidas adoptadas por Guatemala; de lo contrario, tal como lo señala el Sr. Kaczmarek, “esta muy baja TIR solamente podría ser explicada por una gestión

¹⁴⁵⁶ Kaczmarek II párrafo 134 (CER-5).

¹⁴⁵⁷ Kaczmarek I párrafo 218 (CER-2).

¹⁴⁵⁸ Kaczmarek II párrafo 135 (CER-5).

¹⁴⁵⁹ Kaczmarek II, Tabla 4, Tabla 15 y párrafo 146 (CER-5); Kaczmarek I párrafo 230 (CER-2). Corresponde a un 0,6% real. *Íd.*

¹⁴⁶⁰ Kaczmarek II, Tabla 4, Tabla 15 y párrafo 146 (CER-5); Kaczmarek I párrafo 233 (CER-2). Corresponde a un 7,99% real. *Íd.*

¹⁴⁶¹ Kaczmarek I párrafo 231 (CER-2); Resolución 04-2008 de la CNEE del 17 de febrero de 2008, en 5 (C-152); *Dresdner Kleinwort EEGSA Base Case Scenario*, junio de 1998, pág. 1 (C-418); *ver también* Kaczmarek II párrafo 146, Tabla 15 (CER-5).

administrativa y operativa excepcionalmente pobre. Sin embargo, esto no es lo alegado en este caso”.¹⁴⁶² En segundo lugar, el análisis de TIR realizado por el Sr. Kaczmarek confirma la razonabilidad y la naturaleza conservadora de su valuación y estimación de daños, dado que, aunque a la Demandante le otorgasen la suma reclamada en concepto de daños, no recuperaría ni el costo de su inversión ni una tasa de retorno razonable (esto es, el costo del capital).¹⁴⁶³

305. Como respuesta, la Demandada sostiene que la LGE no garantiza determinadas tasas de retorno,¹⁴⁶⁴ con lo que sugiere que el análisis de TIR realizado por la Demandante no es pertinente. Esto es equivocado. Navigant no calculó los daños de la Demandante mediante un análisis de TIR; simplemente ratificó la razonabilidad de su cálculo de daños comparando los retornos que la Demandante efectivamente recibió con los que recibiría si se otorgasen daños con los retornos de referencia estipulados en la LGE. Y, en efecto, los daños calculados por el Sr. Kaczmarek no le permitirían a la Demandante siquiera obtener los valores mínimos de las tasas de referencia estipulados en la LGE. Si bien la LGE no garantiza una determinada tasa de retorno, es razonable que los inversores esperen recibir, como mínimo, el costo del capital accionario, tal como lo dispone la LGE, siempre que no lleven a cabo una mala administración de la inversión.¹⁴⁶⁵ Tal como se señaló, no existen imputaciones sobre fallas graves de administración, ineficiencia ni mala calidad de servicio que debieran haber obstado a que la Demandante obtuviera, cuanto menos, el valor mínimo de la tasa de retorno estipulada en la LGE.¹⁴⁶⁶ Al contrario, tal como se detalló anteriormente, la evidencia demuestra que se redujeron sustancialmente las pérdidas de energía eléctrica luego de la privatización¹⁴⁶⁷ y que EEGSA introdujo mejoras significativas en la calidad y eficiencia del servicio eléctrico, por ejemplo, aumentando la cantidad de sitios de pago de facturas, reduciendo el porcentaje de medidores no leídos y los errores de facturación, procesando más llamadas telefónicas, reduciendo

¹⁴⁶² Kaczmarek II párrafo 22 (**CER-5**).

¹⁴⁶³ *Id.* párrafos 145-146; Kaczmarek I párrafo 233 (**CER-2**).

¹⁴⁶⁴ Compass Lexecon párrafos 7, 87(a) (**RER-1**).

¹⁴⁶⁵ Kaczmarek II párrafos 150-154 (**CER-5**).

¹⁴⁶⁶ *Ver id.* párrafo 153.

¹⁴⁶⁷ Kaczmarek I, Figura 23 (**CER-2**).

sustancialmente los tiempos medios de respuesta a los reclamos y disminuyendo el tiempo medio de espera para la instalación del servicio y, de manera apreciable, la frecuencia y duración de los cortes de energía.¹⁴⁶⁸ De hecho, el perito de la Demandada ha abogado por el uso del análisis de TIR para calcular los daños que le corresponden a una demandante en una diferencia relativa a inversiones: “El concepto subyacente es que los inversores tienen derecho a recuperar los aportes de capital que hayan realizado en la empresa, lo que genera un retorno igual al costo de oportunidad del capital.”¹⁴⁶⁹

306. Curiosamente, la Demandada también critica el análisis de TIR efectuado por la Demandante por incluir los retornos de otras subsidiarias no distribuidoras que fueron parte de EEGSA desde 1998 hasta 2004.¹⁴⁷⁰ Navigant efectivamente incluyó estos retornos en su análisis;¹⁴⁷¹ sin embargo, su inclusión beneficia a la Demandada al *incrementar* artificialmente la TIR real de la Demandante y, de esa manera, no proporciona fundamento alguno para poner en tela de juicio las conclusiones a las que llega el Sr. Kaczmarek a partir de su análisis de TIR.

307. En síntesis, el propio perito de la Demandada ha reconocido la utilidad de un análisis de TIR a efectos de la estimación de daños y permanece incontestable la conclusión de

¹⁴⁶⁸ Ver Banco Interamericano de Desarrollo, *Keeping the Lights On: Power Sector Reform in Latin America* de 2003, pág. 256 (C-61); Memorial párrafo 64. De igual manera, el argumento conexo que plantea la Demandada de que el sistema regulatorio de Guatemala no fija tarifas sobre la base del precio que se abonó por EEGSA denota la falta de comprensión de la cuestión. Ver Memorial de contestación párrafo 240. Como se explicó anteriormente, el precio de la privatización de EEGSA refleja los flujos de fondos esperados, que necesariamente fueron calculados sobre la base del marco regulatorio establecido para la fijación de tarifas, en especial mediante el uso del método VNR. Si Guatemala hubiese adoptado un esquema regulatorio basado en el costo del servicio, la Demandante ha demostrado que el precio de privatización habría sido una simple fracción de lo que realmente fue. Ver Sección II.B *supra* (donde se citan los informes periciales de Kaczmarek y Barrera); ver también Sección II.A.1.a. *supra*. Era razonable que la Demandante pretendiera recuperar la presente inversión a través de las tarifas, tal como lo reconoce el perito por la parte demandada. Ver Manuel A. Abdala y Pablo T. Spiller, *Valuación de daños en la expropiación indirecta de servicios públicos*, 9 de septiembre de 2003, págs. 13-14 (C-555).

¹⁴⁶⁹ Manuel A. Abdala y Pablo T. Spiller, *Valuación de daños en la expropiación indirecta de servicios públicos*, 9 de septiembre de 2003, págs. 13-14 (C-555); ver también *id.* (“Para calcular los valores de indemnización, se asume que las inversiones realizadas por los accionistas generarán una rentabilidad igual a su retorno esperado, ajustada según el riesgo comercial y neta del pago de dividendos, intereses u otros aportes de capital y de deuda que los accionistas hubieran llevado a cabo con anterioridad a la expropiación. . . Una de las características de este método es que calcula un retorno ‘teórico’ sobre los aportes de capital que, en términos generales, no deben diferir significativamente del retorno histórico ‘real’”).

¹⁴⁷⁰ Memorial de contestación párrafo 248; Compass Lexecon párrafo 87(c) (RER-1).

¹⁴⁷¹ Kaczmarek II párrafo 159 (CER-5).

Kaczmarek de que la Demandante no recuperó su costo de capital y de que no podría recuperarlo aun cuando le fuesen otorgados los daños que reclama.

2. VNR

308. En su primer informe pericial, el Sr. Kaczmarek explicó, asimismo, que su valuación de EEGSA podía cotejarse con su VNR, que debería aproximarse al valor justo de mercado de la empresa.¹⁴⁷² El Sr. Kaczmarek demostró que su valuación de EEGSA en el escenario contra-fáctico se ubicaba dentro del 6% del VNR calculado por Bates White.¹⁴⁷³ También demostró que su valuación de EEGSA en el escenario real era inferior al VNR determinado por Sigla, lo cual era esperable dado que Sigla utilizó la formula de FRC de la CNEE, que reducía el retorno sobre el capital de EEGSA.¹⁴⁷⁴

309. Compass Lexecon no concuerda con este control de razonabilidad, ya que afirma que, aunque el valor justo de mercado de una empresa puede asemejarse a su base tarifaria, esta “nunca es igual al VNR ya que las empresas operan con activos depreciados, no con activos nuevos”.¹⁴⁷⁵ En esencia, la Demandada sostiene así que el valor justo de mercado de EEGSA no debería ser igual a su VNR ya que la empresa no recibe un retorno sobre el VNR, sino a través del FRC. Una vez más, el argumento de la Demandada se basa en su idea equivocada de que EEGSA no tenía derecho a recibir un retorno sobre el VNR, sino que en lugar de ello tenía derecho a recibir, a través del FRC, un retorno sobre una base de capital depreciada en un 50%. Así, la Demandada sostiene que ni los flujos de fondos ni el valor de EEGSA deberían determinarse tomando estrictamente como referencia el VNR. La Demandada se equivoca. Tal como se demostró anteriormente, de acuerdo a la LGE, la base tarifaria de la distribuidora se calcula a partir del VNR y el FRC le otorga a la distribuidora un retorno del capital y un retorno sobre el capital calculados sobre el VNR.¹⁴⁷⁶ Las tarifas de EEGSA iban a fijarse sobre la base del VNR y no sobre la base de capital depreciada. Por consiguiente, los inversores de EEGSA

¹⁴⁷² Kaczmarek I párrafos 234-235 (**CER-2**); Memorial párrafo 302.

¹⁴⁷³ Kaczmarek I párrafo 236 (**CER-2**); Memorial párrafo 303.

¹⁴⁷⁴ Kaczmarek I párrafo 237 (**CER-2**); Memorial párrafo 304.

¹⁴⁷⁵ Compass Lexecon párrafo 8 (**RER-1**).

¹⁴⁷⁶ *Ver* Sección II.A.2 *supra*.

pagaron por esta última un precio de compra que suponía un valor de USD 724 millones por el 100 por ciento de la empresa en 1998. Dicho precio de compra se basó en el VNR y en las tarifas asociadas a este y no en el valor contable de la base de activos depreciados de EEGSA, que al momento de la privatización era de USD 78,3 millones.¹⁴⁷⁷

D. Los controles de razonabilidad de la Demandada adolecen de vicios fundamentales

1. Esquema regulatorio alternativo

310. Compass Lexecon intenta demostrar la razonabilidad de su valuación contrafáctica de EEGSA mediante el cálculo de las tarifas que EEGSA habría recibido si Guatemala hubiese operado bajo un régimen regulatorio completamente distinto, similar a uno basado en el costo del servicio.¹⁴⁷⁸ Por consiguiente, pretende estimar el valor contable de los activos depreciados de EEGSA como base del cálculo del VAD que se obtendría si Guatemala hubiese adoptado este régimen alternativo.¹⁴⁷⁹ Luego utiliza esta base tarifaria regulatoria como valor contrafáctico de EEGSA para su cálculo de daños, los que, según estima, oscilarían entre USD 0 y USD 11,7 millones.¹⁴⁸⁰ Debido a que este rango de valores se acerca al monto de daños estimado por la Demandada, concluye que el cálculo es razonable. Sin embargo, el “control de razonabilidad” de la Demandada adolece de serios vicios y no ofrece garantía alguna con respecto a la validez de su cálculo de daños. Más bien, por el contrario, como señala el Sr. Kaczmarek, “el hecho de que su prueba de razonabilidad simula un régimen regulatorio

¹⁴⁷⁷ Ver Sección II.B *supra*; Kaczmarek I párrafo 62 (CER-2); PriceWaterhouseCoopers, “*Limited Scope Analysis to Estimate the Fair Market Value of Certain Intangible Assets, as of September 10, 1998*,” 13 de abril de 1999, Anexo I (C-43).

¹⁴⁷⁸ Compass Lexecon párrafo 10(a) (“Nos preguntamos cuál sería el nivel del VAD (y de daños correspondientes) si la CNEE hubiese utilizado en el 2008 una base tarifaria aplicando el enfoque conocido como “base tarifaria regulatoria” (o “RAB”, por sus siglas en inglés). (RER-1); *íd.* párrafo 97(a) (donde se afirma que utilizaron un análisis que “si bien no es consistente con la legislación de Guatemala, es considerado como un estándar universal en la regulación de empresas de servicios públicos y por ende pudo haber sido utilizado por la CNEE. . . .”); *íd.* párrafo 99 (“Si bien sabemos que la LGE establece que las revisiones tarifarias deben basarse en el VNR, este escenario alternativo constituye un buen punto de referencia para entender cuál sería el resultado de la revisión tarifaria del quinquenio 2008-2013, si se hubiese seguido este método regulatorio alternativo ampliamente en servicios públicos en numerosos países, incluido América Latina, para determinar la base de capital.”)

¹⁴⁷⁹ Compass Lexecon párrafo 10(a) (RER-1).

¹⁴⁸⁰ *Íd.*, Tabla VI.

alternativo, más parecido a un modelo de costo-de-servicio, y resulta en los mismo daños que ellos determinan en su escenario primario no es notable ya que ambas metodologías de daños y las pruebas de razonabilidad utilizan activos depreciados como la base de activos regulatoria.”¹⁴⁸¹

311. El VNR de EEGSA no habría sido equivalente a su base de activos regulatoria si Guatemala hubiese adoptado un régimen basado en el costo de servicio. En este último caso, la base de activos regulatoria reflejaría el valor real de los activos depreciados de la red. En cambio, al aplicar un método basado en el VNR, este último valor representa el valor nuevo de reemplazo de los activos de una empresa modelo eficiente. Por ende, es claramente erróneo calcular el VAD de EEGSA bajo este esquema regulatorio alternativo y utilizar el VAD para determinar la valuación contrafáctica de EEGSA. También es cuestionable la manera en que Compass Lexecon calculó el valor de la base de activos regulatoria sobre la que se calculan las tarifas. Por ejemplo, al momento de calcular la base tarifaria de EEGSA bajo este régimen alternativo, omitió considerar los efectos de la inflación o el aumento en los costos de construcción de la red.¹⁴⁸² Asimismo, también incluyó en este cálculo la porción amortizada del crédito mercantil remanente al momento de la privatización de EEGSA.¹⁴⁸³ Dicho crédito mercantil —que representa la diferencia, por cierto considerable, entre el precio de compra y el valor contable de los activos de EEGSA— existió precisamente porque el régimen regulatorio vigente era el método basado en el VNR. Si el esquema regulatorio “alternativo” considerado por Compass Lexecon hubiera estado vigente en lugar de aquél, el crédito mercantil de EEGSA con toda seguridad no habría existido. En efecto, esto demuestra que, en el caso de EEGSA, el método basado en el VNR da como resultado una tarifa más alta que el método basado en el costo de servicio y pone de relieve la naturaleza arbitraria del ejercicio de validación que plantea Compass Lexecon.

¹⁴⁸¹ Kaczmarek II párrafo 170 (**CER-5**).

¹⁴⁸² *Id.* párrafos 196-197.

¹⁴⁸³ Compass Lexecon párrafo 102 y Tabla VI (**RER-1**); *ver también* Kaczmarek II párrafo 171 (**CER-5**).

2. Evolución de las tarifas

312. Por último, a modo de control final, la Demandada adopta el VNR calculado a partir del modelo del Sr. Damonte —que incorporó de manera selectiva las decisiones de la Comisión Pericial con las que la Demandada concordaba— y afirma que las tarifas que habrían resultado de dicho VNR son coherentes con la tendencia histórica de EEGSA y también con las tarifas de CAESS, empresa de distribución de energía eléctrica de El Salvador. De esta manera, la Demandada concluye que su cálculo de daños, elaborado a partir del modelo del Sr. Damonte en el escenario contrafáctico, ha quedado validado. Sin embargo, su análisis adolece de vicios fundamentales.

313. Tal como se señaló anteriormente, las tarifas obtenidas a partir del modelo del Sr. Damonte son irrelevantes a los efectos del cálculo del valor de EEGSA en el escenario contrafáctico, en razón de que esta empresa nunca habría tenido oportunidad alguna de operar en el marco de esas tarifas. Dicho modelo fue elaborado a los efectos del presente arbitraje y no incorpora los pronunciamientos de la Comisión Pericial. Asimismo, el argumento de Compass Lexecon de que las tarifas del Sr. Damonte guardan mayor relación con la tendencia histórica de EEGSA que con las tarifas resultantes del estudio de Bates White del 28 de julio de 2008 ignora todos los motivos por los cuales el VNR de EEGSA en el tercer periodo tarifario debería haber experimentado un incremento superior al de la tasa de inflación. Estos factores comprenden, entre otros, el aumento de la demanda, la suba en los precios del combustible y el marcado incremento en los precios de las materias primas, en especial el cobre y el aluminio —de uso intensivo en la distribución de energía eléctrica—, que superó a la tasa de inflación.¹⁴⁸⁴

314. Por último, carece de todo fundamento la idea de que las tarifas de EEGSA deberían ser equivalentes a las de CAESS y que estas últimas pueden utilizarse para validar el cálculo de daños de la Demandada. La observación de Compass Lexecon de que se tomó a El Salvador como referencia para el estudio de Synex —sobre el que se basaron las tarifas de transición para el primer periodo tarifario— en nada altera esta conclusión, ya que fue ese país, y

¹⁴⁸⁴ Giacchino I párrafos 75, 77, 80 (CWS-4); Kaczmarek II párrafos 195-197 (CER-5); Kaczmarek I párrafos 14, 104-112 (CER-2); Barrera párrafos 54-56, 263, 265 (CER-4).

no una empresa en particular, el que se utilizó como referencia. Por otra parte, las tarifas de El Salvador se ajustaron para reflejar la “realidad económica y eléctrica de Guatemala,”¹⁴⁸⁵ lo que implicaba reconocer que las tarifas de El Salvador no podían trasladarse directamente a Guatemala. Por último, cabe mencionar que las tarifas implementadas por la CNEE en el primer periodo tarifario no respondían bajo ningún aspecto a aquellas propuestas por Synex.¹⁴⁸⁶

E. La Demandante calculó los intereses en forma correcta

315. En su Primer Informe Pericial, Navigant explicó los motivos por los que una tasa de interés de entre 5,7% y 7%, capitalizada en forma anual sobre la suma otorgada a TECO sería razonable desde un punto de vista comercial y estaría de acuerdo con la práctica arbitral vigente.¹⁴⁸⁷ Esta tasa, basada en el rendimiento de los bonos soberanos de Guatemala, tiene en cuenta el riesgo asumido por la Demandante en su carácter de prestamista involuntaria de Guatemala.¹⁴⁸⁸ Como alternativa, Navigant propuso otras dos tasas, concretamente, la tasa de interés preferencial de los EE. UU. más 2% o la tasa LIBOR más 4%. Ambas reflejan la tasa activa que los bancos comerciales suelen aplicarle a sus clientes más solventes.¹⁴⁸⁹

316. Como respuesta, Compass Lexecon sostiene que debería aplicarse una tasa libre de riesgo similar a la que se aplica a los bonos soberanos estadounidenses.¹⁴⁹⁰ La sugerencia de la Demandada es contraria a la jurisprudencia arbitral y a las declaraciones y dictámenes periciales previos emitidos por sus propios peritos.

317. A efectos de indemnizar a la Demandante por el valor tiempo del dinero, deben otorgarse intereses a una tasa razonable desde el punto de vista comercial. La tasa libre de riesgo a la que los Estados Unidos puede endeudarse no constituye una tasa razonable desde el punto de vista comercial, ya que los agentes del sector comercial no pueden acceder a ella. Por otra parte,

¹⁴⁸⁵ Informe de Synex, Cap. 3, punto 3.2, pág. 2 (C-20).

¹⁴⁸⁶ Barrera párrafo 36, nota al pie 13 (CER-4); Giacchino II párrafos 3-4 (CER-10).

¹⁴⁸⁷ Kaczmarek I párrafos 220-224 (CER-2).

¹⁴⁸⁸ *Íd.* párrafo 221; Memorial párrafo 310; Kaczmarek II párrafo 174 (CER-5).

¹⁴⁸⁹ Kaczmarek I párrafos 222-223 (CER-2).

¹⁴⁹⁰ Compass Lexecon párrafos 108-111 (RER-1). Según la Demandada, esta tasa fue del 3,3% entre agosto de 2008 y octubre de 2010, y del 2,8% entre octubre de 2010 y diciembre de 2011. *Íd.* párrafo 111.

tal como observa el Sr. Kaczmarek, “[o]torgar una tasa de interés menor que el costo de endeudamiento del Estado crearía un incentivo a Estados para esencialmente “refinanciar” sus obligaciones fiscales reteniendo dinero del sector privado.”¹⁴⁹¹

318. Ello ha sido reconocido por los tribunales que suelen resolver diferencias nacidas de tratados de inversión. En efecto, la Demandada no cita un solo caso en el que un tribunal haya ordenado el pago de intereses capitalizados a la tasa libre de riesgo. De hecho, Compass Lexecon sostiene que, para el periodo que se extiende hasta octubre de 2010, es decir, cuando se vendió EEGSA, la tasa que correspondería aplicar “desde un punto de vista conceptual” sería la equivalente al costo de capital de EEGSA, o WACC [por sus siglas en inglés].¹⁴⁹² Ello es coherente con la postura que los peritos por la parte demandada han adoptado en otros casos. Así, por ejemplo, en un caso contra Bolivia, donde la demandante reclamaba se la indemnizara por la expropiación de su inversión, Compass Lexecon sostuvo que “aplicar una tasa de interés equivalente al WACC garantiza la reparación total por parte de Bolivia. Aplicar una tasa de interés libre de riesgo implicaría asumir que [las demandantes] habrían invertido sus recursos en instrumentos libres de riesgo, tales como bonos del gobierno de los Estados Unidos. Esto no refleja la realidad comercial.”¹⁴⁹³ En aquel caso, el WACC de la demandante era 10,63%.¹⁴⁹⁴ En este caso, las partes coinciden en que el WACC de EEGSA era 8,80%.¹⁴⁹⁵ y la Demandante concuerda en que el WACC constituye una tasa de interés apropiada.

¹⁴⁹¹ Kaczmarek II párrafo 176 (**CER-5**).

¹⁴⁹² Compass Lexecon párrafo 109 (**RER-1**).

¹⁴⁹³ Guaracachi America, Inc. y Rurelec PLC c. Estado Plurinacional de Bolivia, Demanda de fecha 1° de marzo de 2012 párrafo 240 (**C-556**); ver también Alpha Projekholding GmbH c. Ucrania, Caso CIADI N° ARB/07/16, Laudo de fecha 8 de noviembre de 2010 (“Alpha c. Ucrania”) párrafo 514 (donde se sostiene que la “la tasa libre de riesgo más la prima de riesgo de mercado, que (...) asciende a un total de 9,11% (...) [y que] refleja el costo de oportunidad asociado a las pérdidas sufridas por la Demandante, ajustado por los riesgos de invertir en Ucrania”) (**CL-57**). Cabe destacar que el Sr. Schoeters, quien conjuntamente con el Sr. Abdala oficiaron de peritos evaluadores de daños por la parte demandada, ofició de perito evaluador de daños por la parte demandante en el caso Alpha. Alpha c. Ucrania párrafo 476 (**CL-57**).

¹⁴⁹⁴ Guaracachi America, Inc. y Rurelec PLC c. Estado Plurinacional de Bolivia, Demanda del 1° de marzo de 2012, párrafo 243 (**C-556**).

¹⁴⁹⁵ Compass Lexecon párrafo 109 (**RER-1**).

319. Pese a coincidir ambas partes en este punto, en este caso la Demandada rechaza el uso del WACC por el solo hecho de que su cálculo de daños arroja una suma negativa.¹⁴⁹⁶ La Demandada señala luego que, por este motivo, “cuanta más alta la tasa de actualización utilizada, más bajos resultan los daños. Es por esto que (...) hemos utilizado una tasa de interés libre de riesgo.”¹⁴⁹⁷ Esto es absurdo. El Tribunal únicamente tratará la cuestión referida a la tasa de interés que corresponde aplicar si resuelve que hubo responsabilidad y determina que la Demandante sufrió daños. En ese momento, *ipso facto*, los daños reclamados por la Demandante serán *positivos* (es decir, nunca se aplicará una tasa de interés a un número negativo) y, además, debe aplicarse a esos daños una tasa de interés que resulte razonable desde el punto de vista comercial, a los efectos de indemnizar en forma adecuada a la Demandante.

320. Por último, el argumento de la Demandada de que los intereses devengados luego de la venta de EEGSA, ocurrida en octubre de 2010, hasta la fecha deberían computarse a la tasa libre de riesgo, en razón de que desde aquel momento la Demandante “no estuvo más expuest[a] al riesgo de operar dicha Compañía”, es igualmente carente de fundamento.¹⁴⁹⁸ El hecho de que EEGSA se haya vendido es indistinto, ya que valorar una empresa en el contexto de un arbitraje internacional es semejante a simular la venta de esa empresa en una fecha determinada. A los efectos del presente arbitraje, la valuación de EEGSA se calculó descontando los flujos de fondos futuros proyectados de esta empresa a su costo de capital. En forma análoga, también los precios de venta de EEGSA se basaron en los flujos de fondos futuros descontados al costo de capital de la empresa.¹⁴⁹⁹ Tal como observa el Sr. Kaczmarek, “[d]escontar esos flujos futuros de efectivo usando una tasa más alta y de ahí aplicar una tasa de interés libre de riesgo resulta exactamente en la misma sub-compensación de la cual el Dr. Abdala escribe (...)”.¹⁵⁰⁰ El perito por la parte demandante, el Dr. Abdala, ha sostenido esta postura sistemáticamente. Así, por ejemplo, en el citado caso contra Bolivia, donde la inversión de la demandante había sido

¹⁴⁹⁶ *Íd.*

¹⁴⁹⁷ *Íd.*

¹⁴⁹⁸ *Id.* párrafo 110.

¹⁴⁹⁹ *Ver* Kaczmarek II párrafo 182 (CER-5).

¹⁵⁰⁰ *Id.* (donde se cita Manuel A. Abdala, *Invalid Round Trips in Setting Pre-Judgment Interest in International Arbitration*, World Arbitration & Mediation Review, Vol. 5, No. 1, pág. 9 (2011) (C-551)).

nacionalizada y aquella ya no ejercía el control sobre las operaciones de dicha inversión, Compass Lexecon reclamó intereses a una tasa igual al WACC de la inversión, computable desde la fecha de nacionalización hasta la fecha del laudo.¹⁵⁰¹ Asimismo, si bien la Demandada omite referirse a este punto, los intereses devengados hasta la fecha del laudo deben otorgarse a la misma tasa razonable —desde el punto de vista comercial— que aquellos devengados desde la fecha del laudo hasta la fecha de cancelación efectiva de las obligaciones impuestas por aquél.¹⁵⁰²

* * *

¹⁵⁰¹ Guaracachi America, Inc. y Rurelec PLC c. Estado Plurinacional de Bolivia, Demanda del 1° de marzo de 2012, párrafo 239 (**C-556**).

¹⁵⁰² *Id.* párrafo 245 (donde se sostiene que los intereses compuestos devengados desde la fecha del laudo hasta la fecha de cancelación efectiva de las obligaciones impuestas por él deberían otorgarse a una tasa equivalente al WACC de la empresa); Kaczmarek II párrafo 179 (**CER-5**).

V. CONCLUSIÓN

321. Por las razones antes expuestas, la Demandante solicita respetuosamente que el Tribunal:

1. Declare que la Demandada ha incumplido sus obligaciones en virtud del Artículo 10.5 del RD-CAFTA;
2. Condene a la Demandada a pagar la suma de USD 243,6 millones a la Demandante en concepto de daños;
3. Condene a la Demandada a pagar intereses sobre la suma citada precedentemente a una tasa razonable desde el punto de vista comercial, capitalizable desde el 1º de agosto de 2008 hasta que dicha suma haya sido abonada en su totalidad;
4. Condene a la Demandada al pago de costas y honorarios profesionales en que hubiese sido necesario incurrir en virtud de las presentes actuaciones.

Será Justicia

[f]

WHITE & CASE LLP

Andrea J. Menaker

Jaime M. Crowe

Jonathan C. Ulrich

Petr Polášek

Kristen M. Young

701 Thirteenth Street, N.W.

Washington, D.C. 20005 U.S.A.

*Letrados patrocinantes por la parte
demandante*

24 de mayo de 2012