

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

Caso CIADI No. ARB/10/23

TECO GUATEMALA HOLDINGS LLC

DEMANDANTE

C.

REPÚBLICA DE GUATEMALA

DEMANDADA

**MEMORIAL DE OBJECIONES DE JURISDICCIÓN Y
ADMISIBILIDAD Y DE CONTESTACIÓN DE DEMANDA**

24 DE ENERO DE 2012

CONTENIDOS

	Página
I. INTRODUCCIÓN	2
II. TGH NO PRESENTA UNA RECLAMACIÓN INTERNACIONAL VÁLIDA NI ADMISIBLE Y EL TRIBUNAL NO TIENE JURISDICCIÓN	18
A. TGH PLANTEA UN MERO DESACUERDO REGULATORIO QUE NO PUEDE DAR LUGAR A UNA RECLAMACIÓN INTERNACIONAL	18
1. TGH plantea un mero desacuerdo regulatorio	20
2. TGH no ha sometido una reclamación internacional válida.....	31
B. ESTE TRIBUNAL NO TIENE JURISDICCIÓN Y LA RECLAMACIÓN DE TGH ES INADMISIBLE	41
1. El Tribunal no tiene jurisdicción <i>ratione materiae</i>	42
2. El desacuerdo ha sido resuelto por los tribunales locales que no han denegado justicia a TGH, y en cualquier caso TGH no lo alega.....	47
C. CONCLUSIÓN: TGH NO PRESENTA UNA RECLAMACIÓN INTERNACIONAL VÁLIDA NI ADMISIBLE Y ESTE TRIBUNAL NO TIENE JURISDICCIÓN, POR LO QUE NO DEBE ENTRAR EN EL FONDO DE ESTE ASUNTO..	55
III. LOS HECHOS.....	56
A. LA REPÚBLICA DE GUATEMALA	56
B. LA PRIVATIZACIÓN DEL SECTOR ELÉCTRICO EN GUATEMALA.....	59
1. El origen del proyecto de privatización del sector eléctrico de Guatemala.....	59
2. La Ley General de Electricidad y su Reglamento	63
3. El concurso público para la venta de las acciones en EEGSA.....	90
C. EL PRIMER QUINQUENIO DE EEGSA	104
1. La reestructuración de las actividades de EEGSA.....	104
2. El desempeño económico de EEGSA en el primer quinquenio	106
D. LA REVISIÓN TARIFARIA 2003-2008	108
E. LAS MODIFICACIONES AL REGLAMENTO.....	112
1. La necesidad de reformar el Reglamento era previsible y fue aceptada por EEGSA	112
2. Génesis: La reforma al Artículo 99 del Reglamento en 2003	113
3. La modificación del Reglamento de 2007	116
F. LA REVISIÓN TARIFARIA DEL PERÍODO 2008-2013.....	124
1. La precalificación por la CNEE de empresas de consultoría para la realización de estudios tarifarios	124
2. La definición de la metodología: los Términos de Referencia Originales	125
3. La CNEE fortaleció las capacidades técnicas de la División de Tarifas	126
4. La determinación de los Términos de Referencia Finales	129
5. La contratación de los consultores técnicos precalificados por la CNEE y EEGSA	140
6. El estudio preparado por Bates White para EEGSA.....	143
7. El procedimiento ante la Comisión Pericial	155
8. El retraso de la Comisión Pericial en la entrega del pronunciamiento	174
9. El pronunciamiento de la Comisión Pericial confirmó que el estudio tarifario del 5 de mayo no era apto para la fijación de tarifas.....	175
10. La disolución de la Comisión Pericial.....	187
11. La fijación de tarifas por la CNEE en base al estudio de Sigla ante el pronunciamiento de la Comisión Pericial	189
12. Las cartas de los Lic. Giacchino y Bastos del 1 de agosto de 2008	193
13. El informe del 28 no incorporó la totalidad de los pronunciamientos de la Comisión Pericial	196
14. Las tarifas fijadas por la CNEE son razonables en tanto que reflejan el costo eficiente de la distribución de electricidad	200

15.	<i>Las tarifas aprobadas por la CNEE no privaron a Teco de su derecho a ganar un retorno razonable</i>	206
16.	<i>Las tarifas actuales atrajeron compradores para las acciones de EEGSA.....</i>	207
G.	EEGSA Y SUS ACCIONISTAS EJERCIERON PLENAMENTE SU DERECHO A IMPUGNAR LAS TARIFAS JUDICIALMENTE	209
H.	LOS INTENTOS DE TGH DE “POLITIZAR” LA PRESENTE DISPUTA A FIN DE ELEVARLA AL PLANO INTERNACIONAL	211
1.	<i>Las denuncias (privadas) contra directivos de EEGSA.....</i>	212
2.	<i>El robo del laptop del Lic. Calleja</i>	213
IV.	GUATEMALA NO HA VIOLADO EL ESTÁNDAR MÍNIMO INTERNACIONAL DE TRATO DEL ARTÍCULO 10.5 DEL TRATADO	214
A.	EL ESTÁNDAR MÍNIMO INTERNACIONAL NO CENSURA UNA CONDUCTA REGULATORIA SUPUESTAMENTE CONTRARIA AL DERECHO INTERNO, SALVO DENEGACIÓN DE JUSTICIA.....	214
1.	<i>El estándar mínimo internacional protege solo contra conductas muy graves, como las manifiestamente arbitrarias o que repudian flagrantemente un marco regulatorio.....</i>	214
2.	<i>El estándar mínimo internacional no se aplica a meras conductas supuestamente contrarias al derecho interno, sino que reconoce un amplio margen de apreciación al Estado, y dichas irregularidades internas son para los tribunales locales</i>	218
3.	<i>Cuando se alegan irregularidades internas, sólo puede plantearse una reclamación por el estándar mínimo internacional si los tribunales han denegado de justicia.....</i>	224
4.	<i>A estas mismas conclusiones han llegado tribunales que han interpretado el estándar de trato justo y equitativo como autónomo del derecho consuetudinario internacional.....</i>	226
B.	LA DEMANDA DE TGH, DE QUE LAS SUPUESTAS IRREGULARIDADES DE LA CNEE VIOLAN EL ESTÁNDAR MÍNIMO INTERNACIONAL, SIN ALEGAR DENEGACIÓN DE JUSTICIA, ES POR LO TANTO INFUNDADA	229
1.	<i>La queja relativa a la Comisión Pericial es una cuestión regulatoria y no da lugar a violación del estándar.....</i>	231
2.	<i>La queja relativa a que la CNEE considerase que estaba facultada para rechazar el estudio Bates White, y aprobar el estudio de Sigla, es también una cuestión regulatoria y tampoco da lugar a violación del estándar.....</i>	237
3.	<i>La queja sobre el cálculo del VAD es, igualmente, una cuestión regulatoria, que tampoco da lugar a violación del estándar</i>	242
4.	<i>Consciente de los defectos en su reclamación, TGH intenta etiquetar la conducta de la CNEE como de “arbitraria” sin definir dicho concepto y sin demostración alguna</i>	244
5.	<i>Las sentencias de la Corte de Constitucionalidad son correctas y TGH no alega denegación de justicia.....</i>	248
C.	TGH NO DEMUESTRA NINGUNA VIOLACIÓN DE EXPECTATIVAS LEGÍTIMAS POR DEROGACIONES FUNDAMENTALES DEL MARCO REGULATORIO	251
1.	<i>TGH se refiere a presuntas expectativas legítimas que habría adquirido en el momento de la privatización de EEGSA, cuando TGH ni siquiera existía</i>	251
2.	<i>En cualquier caso, el argumento de expectativas legítimas de TGH no tiene ningún soporte jurídico ni fáctico.....</i>	254
D.	CONCLUSIÓN: GUATEMALA NO HA VIOLADO EL ESTÁNDAR MÍNIMO INTERNACIONAL DE TRATO DEL ARTÍCULO 10.5 DEL TRATADO	272
V.	EL CÁLCULO DE LOS SUPUESTOS DAÑOS DE TGH	274
A.	LA METODOLOGÍA DE CÁLCULO UTILIZADA POR EL EXPERTO KACZMAREK.....	274
B.	LOS PRINCIPALES ERRORES EN LA VALUACIÓN REALIZADA POR EL EXPERTO KACZMAREK	276
1.	<i>Valuación por FFD (escenario contra-fáctico).....</i>	276
a.	<i>Costos operativos y de inversión proyectados por Kaczmarek</i>	276
b.	<i>Proyecciones de Kaczmarek en base al VAD del estudio de Bates White del 28 de julio en el escenario contra-fáctico</i>	277
2.	<i>Valuación por Comparables (escenario contra-fáctico y real).....</i>	280
3.	<i>La venta de DECA II refleja el valor correcto de EEGSA en el escenario real</i>	282
C.	VALUACIÓN CORREGIDA DEL PRESUNTO DAÑO DE TGH.....	284

D.	RAZONABILIDAD DE LA VALUACIÓN DE LOS EXPERTOS ABDALA Y SCHOETERS	286
E.	INTERESES PRE Y POST LAUDO	288
VI.	PETITORIO	290

La República de Guatemala (**Guatemala**) presenta su Memorial de Objeciones de Jurisdicción y Admisibilidad y de Contestación de Demanda (**Memorial de Objeciones y Contestación**) de acuerdo con el punto 13 de las Minutas de la Primera Sesión del Tribunal, y el acuerdo de las Partes confirmado por el Tribunal mediante correo electrónico de la Secretaria del Tribunal de 31 de octubre de 2011. Este Memorial de Objeciones y Contestación responde al Memorial de Demandante de TECO Guatemala Holdings, LLC (**TGH** o la **Demandante**) de 23 de septiembre 2011 (**Memorial de Demanda**).

Guatemala utiliza la sigla “TGH” para referirse a la Demandante, y no “TECO” como hizo la Demandante en su Memorial de Demanda¹, para evitar confusiones con otras compañías del grupo TECO que se encuentran, o se han encontrado en el pasado, en la estructura corporativa de esta inversión. Es curioso que TGH haya preferido utilizar la referencia “TECO” en su Memorial de Demanda cuando en su Notificación de Arbitraje optó por “TGH”. Este cambio genera una confusión de identidades entre las compañías del grupo, y de transferencia de presuntas expectativas legítimas generadas supuestamente en 1998 cuando se privatizó EEGSA, de las que TGH pretende beneficiarse aunque TGH fuera creada solo en el 2005, como se explica más adelante². Guatemala utiliza la acepción “Teco” para referirse a otras compañías del grupo distintas de TGH.

Guatemala acompaña junto con este Memorial de Objeciones y Contestación las declaraciones testimoniales de los Ings. Carlos Colom y Enrique Moller, y de los Sres. Alejandro Arnau, Mariana Álvarez Guerrero y Leandro Torres de Mercados Energéticos Consultores S.A. Asimismo, se acompañan los reportes de experto del Ing. Mario Damonte; de los Sres. Manuel Abdala y Marcelo Schoeters; y, del Dr. Juan Luis Aguilar Salguero. Finalmente, se adjuntan 9 apéndices, 162 anexos documentales numerados R-1 a R-162 y 17 anexos de doctrina y jurisprudencia numerados RL-1 a RL-17.

¹ Memorial de Demanda, párr. 1.

² Ver Sección IV.C abajo.

Este Memorial de Objeciones y Contestación ha sido redactado en castellano y traducido al inglés. Por lo tanto, en caso de contradicción o duda, Guatemala solicita que TGH y el Tribunal hagan referencia a la versión en castellano.

I. INTRODUCCIÓN

1. La reclamación de TGH es una mera reclamación regulatoria de derecho guatemalteco, disfrazada de reclamación bajo el CAFTA-RD (el Tratado). Pero ese disfraz no es convincente.
2. La queja de TGH es que, al fijar las tarifas de distribución de electricidad para el período 2008-2013 para la Empresa Eléctrica de Guatemala S.A. (**EEGSA**), el regulador eléctrico de Guatemala (la Comisión Nacional de Energía Eléctrica o **CNEE**) no aplicó correctamente el marco regulatorio guatemalteco. Dado que ese marco regulatorio constituía la base de su inversión original, TGH alega que su supuesta defectuosa aplicación por parte del regulador frustró sus expectativas como accionista de EEGSA. Esta es la reclamación de TGH.
3. Como se afirmó en el caso *Azinian c. México* “labelling is no substitute for analysis”³. Un sencillo análisis de los hechos presentados muestra que lo que TGH ha puesto ante este Tribunal es una simple disputa de carácter regulatorio que versa sobre interpretaciones distintas de cuestiones puntuales del procedimiento para la revisión de tarifas establecido por la Ley General de Electricidad (la **LGE**) y el Reglamento de la Ley General de Electricidad (el **Reglamento**)⁴.
4. TGH quiere que este Tribunal se expida sobre cuál es la interpretación correcta de la regulación, si la suya y de EEGSA por un lado o la de la CNEE por el otro. Ello

³ *Robert Azinian y otros c. Estados Unidos Mexicanos* (Caso CIADI No. ARB(AF)/97/2), Laudo, 1º de noviembre de 1999 (**Anexo RL-2**) (versión en inglés), párr. 90.

⁴ Ley General de Electricidad, Decreto No. 93-96 del Congreso de la República, 16 de octubre de 1996 (**LGE**), **Anexo R-8**; Reglamento de la Ley General de Electricidad de 21 de marzo de 1997 y sus modificaciones (**Reglamento**) **Anexo R-36**.

queda evidenciado en el título de la sección del Memorial de Demanda donde TGH explica como, supuestamente, Guatemala habría violado el nivel mínimo de trato del artículo 10.5 del Tratado. Dice allí TGH:

Guatemala incumplió la obligación contemplada en el Tratado de brindar a la inversión de TECO un trato justo y equitativo al ignorar el informe de la Comisión Pericial y fijar tarifas en base a sus propios estudios, de manera arbitraria y haciendo caso omiso al marco legal correspondiente⁵.

5. Es decir, TGH pretende simple y llanamente que un Tribunal del CIADI, constituido sobre la base de un tratado internacional y que debe juzgar la responsabilidad internacional de la República de Guatemala, resuelva sobre si se ha seguido correctamente un procedimiento de revisión tarifaria, que es una cuestión eminentemente regulatoria y de derecho interno guatemalteco. Una cuestión que, además, ya ha sido planteada por EEGSA ante el ente regulador competente (la CNEE), y ante los tribunales guatemaltecos hasta su última instancia – la Corte de Constitucionalidad.
6. No obstante la confirmación por los tribunales guatemaltecos de que la CNEE sí aplicó correctamente el marco regulatorio guatemalteco, TGH pide a este Tribunal que ignore las conclusiones del regulador y los tribunales locales. Pide entre otras cosas que este Tribunal rehaga toda la revisión tarifaria, quejándose que Guatemala habría violado el Tratado al aprobar para EEGSA en 2008 un Valor Agregado de Distribución (**VAD**), el componente de la tarifa de distribución eléctrica que debe remunerar al distribuidor por sus costos, “injustificablemente bajo e ilegal”⁶.
7. Nada de esto es tarea para un tribunal internacional, que juzga la responsabilidad internacional de un estado, pero al que no le corresponde decidir sobre la simple

⁵ Memorial de Demanda, título de la Sección III.C.

⁶ *Ibid.*, título de la Sección II.F.7.

interpretación de normas regulatorias domésticas. Mucho menos se puede pedir a dicho tribunal que establezca cuál debe ser el VAD o la tarifa adecuada para EEGSA. Estas cuestiones son en primer lugar para el regulador, la CNEE, y en segundo lugar para el control de los tribunales guatemaltecos. Por lo tanto, la reclamación de TGH no es justiciable por este Tribunal.

8. Es un principio básico del derecho internacional que un desacuerdo sobre la interpretación y aplicación del derecho nacional no se convierte automáticamente en una controversia internacional. Como ha dicho la Corte Internacional de Justicia en la sentencia en el asunto *Case Concerning Ahmadou Sadio Diallo*:

The Court recalls that it is for each State, in the first instance, to interpret its own domestic law. The Court does not, in principle, have the power to substitute its own interpretation for that of the national authorities, especially when that interpretation is given by the highest national courts.⁷

9. Este razonamiento se aplica igualmente a controversias relativas a tratados de inversión. En el caso *Encana c. Ecuador* el tribunal dijo:

[...] No obstante, existe una diferencia entre una actitud cuestionable adoptada por el Ejecutivo en relación a un asunto regido por la legislación local, y una determinación definitiva contraria a derecho. En lo que respecta al [tratado], el Ejecutivo está facultado para adoptar una posición en relación a las reclamaciones presentadas por los individuos, incluso si dicha posición resulta ilícita, siempre y cuando lo haga de buena fe y esté dispuesto a defender su posición ante los tribunales. Al igual que las partes privadas, los Gobiernos no repudian sus obligaciones meramente impugnando su existencia. [...] ⁸.

⁷ *Case Concerning Ahmadou Sadio Diallo (República de Guinea c. República Democrática del Congo)* Sentencia, 10 de noviembre de 2010, **Anexo RDJ-46**, párr. 70. La Corte continua: “Exceptionally, where a State puts forward a manifestly incorrect interpretation of its domestic law, particularly for the purpose of gaining an advantage in a pending case, it is for the Court to adopt what it finds to be the proper interpretation”.

⁸ *EnCana Corporation c. República del Ecuador* (Caso LCIA No UN3481, Reglas CNUDMI) Laudo, 3 de febrero de 2006, **Anexo RDJ-12**, párr. 194. (Énfasis añadido).

10. Asimismo, el tribunal en *SD Myers c. Canadá* estableció las reglas básicas en relación al estándar mínimo de trato:

[The] tribunal does not have an open-ended mandate to second-guess government decision-making. Governments [...] may appear to have made mistakes, to have misjudged the facts, [...] The ordinary remedy, if there were one, for errors in modern governments is through internal political and legal processes, [...]. The Tribunal considers that a breach of Article 1105 [minimum standard of treatment] occurs only when it is shown that an investor has been treated in such an unjust or arbitrary manner that the treatment rises to the level that is unacceptable from the international perspective. That determination must be made in the light of the high measure of deference that international law generally extends to the right of domestic authorities to regulate matters within their own borders. [...]⁹.

11. Estas reglas fueron aplicadas directamente por el tribunal en *Saluka c. República Checa*:

The Treaty cannot be interpreted so as to penalise each and every breach by the Government of the rules or regulations to which it is subject and for which the investor may normally seek redress before the courts of the host State”¹⁰.

12. De la misma manera resolvió el tribunal en el caso de *Glamis Gold c. Estados Unidos*:

[T]he Tribunal first notes that it is not for an international tribunal to delve into the details of and justifications for domestic law. [...] the proper venue for its challenge was domestic court. [...] It is not the role of this Tribunal, or any international tribunal, to supplant its own judgment of

⁹ *SD Myers Inc c. Canadá* (Caso CNUDMI) Primer laudo parcial, 13 de noviembre del 2000, **Anexo DDJ-44**, párrs. 261 y 263 (Énfasis añadido).

¹⁰ *Saluka Investments B.V. c. República Checa* (Caso CNUDMI) Laudo parcial, 17 de marzo de 2006, **Anexo RDJ-13**, párr. 442.

underlying factual material and support for that of a qualified domestic agency¹¹.

13. En el procedimiento de revisión tarifaria de EEGSA de 2008, la CNEE ha aplicado los mismos principios fundamentales previstos en la LGE y su Reglamento bajo los cuales TGH efectuó su inversión. Naturalmente, la CNEE, como regulador que es, ha aplicado este procedimiento en base a su interpretación de estas reglas, como es de su competencia. TGH puede estar en desacuerdo y disentir con dicha interpretación. Es frecuente que una empresa regulada esté en desacuerdo con las decisiones del regulador. Estos desacuerdos se ventilan ante los tribunales locales. La mera interpretación de un marco regulatorio es una cuestión de derecho interno.
14. De hecho, así lo entendieron claramente EEGSA y TGH cuando recurrieron judicialmente en Guatemala las mismas decisiones regulatorias de la CNEE de las que TGH se queja en este arbitraje. En dicha ocasión, EEGSA y TGH llevaron su reclamo hasta la Corte de Constitucionalidad, el más alto tribunal de Guatemala y el ente guardián de la interpretación de la Constitución y las leyes.
15. La Corte de Constitucionalidad decidió los puntos controvertidos del procedimiento tarifario y dio la razón a la CNEE. Habiendo recibido las sentencias fundadas de la Corte de Constitucionalidad rechazando sus reclamos, ahora TGH, bajo el disfraz de una reclamación en base al Tratado, quiere que este Tribunal se erija en corte de *última instancia* en la materia. No es esta la función de este Tribunal. Como observó el Tribunal en *Azinian c. México*:

La posibilidad de considerar a un Estado internacionalmente responsable [...] no otorga, sin embargo, al demandante el derecho a solicitar una revisión internacional de las decisiones judiciales

¹¹ *Glamis Gold Ltd. c. Estados Unidos de América* (Caso CNUDMI) Laudo, 8 de junio de 2009, **Anexo RDJ-31**, párrs. 762, 779.

nacionales como si el tribunal internacional que conoce del caso tuviera plena competencia de apelación¹².

16. Ello fue confirmado por el tribunal en *Generation Ukraine c. Ucrania* en referencia a la aplicación de normas regulatorias de derecho ucraniano, en cuestiones altamente técnicas, por parte de las autoridades locales:

[...] This Tribunal does not exercise the function of an administrative review body to ensure that municipal agencies perform their tasks diligently, conscientiously or efficiently. That function is within the proper domain of domestic courts and tribunals that are cognisant of the minutiae of the applicable regulatory regime. [...] the only possibility in this case for the series of complaints relating to highly technical matters of Ukrainian planning law to be transformed into a BIT violation would have been for the Claimant to be denied justice before the Ukrainian courts in a *bona fide* attempt to resolve these technical matters¹³.

17. Solo si la justicia guatemalteca hubiera denegado justicia a EEGSA/TGH podría llegar a existir una reclamación internacional válida¹⁴. Pero TGH no alega denegación de justicia. Y correctamente, puesto que en ningún momento existió denegación de justicia ante los tribunales guatemaltecos.
18. TGH naturalmente intenta subir el tono de su reclamación, consciente que los hechos no justifican su demanda bajo el Tratado. Pretende que la posición que un regulador doméstico toma en el ámbito de sus competencias sea una “alter[ación] del entorno jurídico y comercial”¹⁵, simplemente porque el regulado disiente de la posición del regulador. Pero como ya se indicó, se trata de una proposición inverosímil. Si se aceptara esta tesis, se obligaría a cualquier país, que haya

¹² *Robert Azinian y otros c. Estados Unidos Mexicanos* (Caso CIADI No. ARB(AF)/97/2) Laudo, 1 de noviembre de 1999, **Anexo RL-2**, párr. 99.

¹³ *Generation Ukraine, Inc. c. Ucrania* (Caso CIADI No ARB/00/9) Laudo, 15 de septiembre de 2003, **Anexo RDJ-5**, párrs. 20.33.

¹⁴ E.g., *Robert Azinian y otros. c. Estados Unidos Mexicanos* (Caso CIADI No. ARB(AF)/97/2) Laudo, 1 de noviembre de 1999, **Anexo RL-2**, párrs. 82-84, 87, 96-97, 100.

¹⁵ E.g., Memorial de Demanda, párr. 270.

atraído inversores extranjeros a sus sectores estratégicos regulados, a defenderse en un arbitraje de inversión cada vez que los inversionistas estuvieran en desacuerdo con cualquier decisión regulatoria, o con las decisiones de sus cortes nacionales sobre la correcta interpretación de la regulación. Afortunadamente, esta Caja de Pandora no se ha abierto. La jurisprudencia internacional ha consistentemente rechazado este tipo de alegaciones¹⁶.

19. TGH también intenta sugerir que la reforma de una disposición del Reglamento, el artículo 98, puede haber constituido una alteración fundamental del marco jurídico. TGH pretende equiparar esta modificación reglamentaria (totalmente legítima, por lo demás) a lo sucedido en los casos relativos a la legislación de emergencia argentina, donde se abolieron totalmente los regímenes tarifarios de los servicios públicos y se obligó a la renegociación de las concesiones y licencias. Lo absurdo de esta comparación refleja por sí solo lo lejos que se encuentra este asunto respecto de los llamados *casos argentinos*.
20. Aquí el régimen tarifario no ha sido abolido legislativamente o alterado en tal modo que los derechos de EEGSA sobre la fijación de las tarifas hayan quedado derogados o suprimidos. Nada de ello ha sucedido. De hecho, la reforma del artículo 98, que tanto parece agraviar a TGH, ocurrió en 2007 (aunque tuvo su antecedente directo en 2003) y pasó aparentemente desapercibida por EEGSA (y TGH) hasta el inicio de este arbitraje. No existió ningún cuestionamiento, formal o informal, a dicha norma reglamentaria, prueba clara del criterio oportunista de la queja que ahora presenta TGH.
21. Aunque, por las razones indicadas anteriormente, no corresponde a este Tribunal entrar a examinar el proceso de revisión de tarifas para el periodo 2008-2013, existen en este arbitraje algunos puntos fácticos que merecen especial consideración. Uno de ellos es revelador de la forma en que EEGSA trató de

¹⁶ Ver Secciones II.A.2 y IV.A abajo.

imponer su voluntad a la CNEE durante el proceso de revisión tarifaria objeto de este arbitraje.

22. El 22 de abril de 2008, en pleno proceso de revisión, el Directorio de la CNEE recibió la visita del Sr. Gonzalo Pérez, Presidente de EEGSA residente en México y quien hasta entonces no había tenido ninguna intervención directa en el proceso de revisión tarifaria. La solicitud de reunión del Sr. Pérez había llamado la atención del Directorio de la CNEE. En dicha reunión, el Sr. Pérez repartió a los Directores de la CNEE una presentación. En la presentación, EEGSA proponía reemplazar los aumentos del VAD del 100 por ciento ó más pedidos en los estudios tarifarios de su propio consultor en el proceso que se encontraba en trámite, por un incremento de solamente un 10 por ciento.
23. TGH busca pintar esta “oferta”, hecha en persona por el Presidente de EEGSA, el Sr. Gonzalo Pérez, como una posibilidad legítima y transparente. Tan transparente que la oferta fue hecha en una reunión sin ninguna agenda preestablecida, en persona, a través de un documento en un solo ejemplar, sin ningún correo electrónico de introducción ni de seguimiento, sin membrete en el papel y sin mencionar los nombres reales de las personas y las compañías involucradas.
24. TGH se anticipa a este hecho (como ya sabía que había sido discutido en el arbitraje paralelo iniciado por su co-accionista, Iberdrola) y discute cuestiones secundarias en su intento por justificar la legalidad de esta propuesta. Sin embargo, TGH evita explicar la cuestión realmente relevante en torno a ella: ¿Por qué EEGSA habría hecho una oferta de esta magnitud si realmente creía que el estudio que había preparado su consultor cumplía con el marco regulatorio? EEGSA no es una entidad de beneficencia y si el estudio tarifario de su consultor hubiera sido creíble no había ninguna razón (ni justificación ante sus propios accionistas) para ofrecer un descuento en las tarifas a regir por los próximos cinco años del ¡90 por ciento! tal como hizo el Sr. Pérez.

25. El Sr. Pérez se marchó con las manos vacías de la reunión. Ello fue porque la CNEE insistió en los principios del estado de derecho y en la adecuada y legítima aplicación técnica del marco regulatorio. Curiosamente, el Sr. Pérez no ha sido llamado por TGH a testificar en este arbitraje ni fue llamado a testificar en el arbitraje iniciado por Iberdrola.
26. Esta es la historia de este proceso de revisión tarifaria: EEGSA buscó manipular el marco regulatorio a su favor de todas las maneras posibles y la CNEE tuvo que hacer frente a estos intentos de manipulación haciendo prevalecer el marco regulatorio.
27. Así, por ejemplo, EEGSA se rehusó a hacer sus informes verificables y a entregar información para fundamentar los costos por ella invocados, intentando impedir de esa manera a la CNEE ejercer su rol de supervisor y garante del cumplimiento de la LGE.
28. Igualmente, EEGSA pretendió requerir una remuneración sobre el valor bruto de sus bienes: EEGSA alegó que el proceso para establecer el VNR de EEGSA requería asumir que cada activo de su red no había sufrido depreciación alguna, a pesar de que ello violaba no solo la LGE y la fórmula establecida en los Términos de Referencia, sino principios básicos de economía regulatoria que determinan que el retorno siempre se calcula sobre el valor de la inversión neta de depreciaciones acumuladas.
29. En un exceso de prudencia, Guatemala ha hecho un gran esfuerzo para refutar todas y cada una de las falaces cuestiones técnicas y factuales sobre las cuales TGH se basa. Lo hace con el propósito de demostrar que ha actuado con un criterio técnico y de buena fe a lo largo de todo el proceso de revisión tarifaria. Lo hace también para demostrar que la CNEE se negó a ser intimidada a aceptar un estudio tarifario que no estaba en condiciones de verificar según sus obligaciones regulatorias.

30. Sin embargo, para usar las palabras empleadas en *Glamis*, no le corresponde a este Tribunal internacional ahondar en los detalles y razones de derecho nacional. Tampoco le corresponde sustituir el juicio de la agencia nacional cualificada (la CNEE) sobre un extenso expediente técnico, por el suyo propio. Menos aún cuando la validez de la decisión de dicha agencia ha sido confirmada por el tribunal más importante del país, la Corte de Constitucionalidad.
31. Finalmente, es necesario hacer referencia a la estratagema sensacionalista de TGH, de acusar que el actuar de la CNEE y de la Corte de Constitucionalidad durante la revisión tarifaria de EEGSA ha sido guiado por influencias políticas¹⁷. La gravedad de estas afirmaciones sugeriría la aportación de alguna prueba o fundamento. Pues bien, TGH no presenta ninguna prueba; pretende simplemente que el Tribunal de por buenas sus meras especulaciones. Además, como no alega denegación de justicia, no está claro donde quiere llegar con dichas aseveraciones.
32. Si a alguien se le ocurrió intentar influenciar “políticamente” a la Corte de Constitucionalidad, fue a los propios accionistas extranjeros de EEGSA, incluida TGH. Consideraron, a principios de 2010, la posibilidad de presionar a la Corte de Constitucionalidad en relación con un posible recurso sobre el alcance del artículo 98 del Reglamento:

Hemos concluido que si es factible el planteamiento.
Ya estamos trabajando en argumentos, sugerimos la intervención de 3 abogados con peso político para lograr fallo favorable¹⁸.

33. La realidad es que ni la CNEE ni la Corte de Constitucionalidad actúan bajo influencias políticas. Guatemala no puede ser puesta en el imposible lógico de probar un hecho negativo en base a meras teorías conspirativas.

¹⁷ E.g., Memorial de Demanda, párrs. 228, 259, 212, 277, 280.

¹⁸ Presentación de la Administración de DECA II 2009, **Anexo R-107**, pág. 17 del PDF.

34. Baste con decir que las alegaciones de TGH son totalmente inconsistentes con el nivel de atracción de inversión extranjera que ha registrado el sector eléctrico de Guatemala en los últimos años. Igualmente injustas son sus críticas a la Corte de Constitucionalidad, un organismo que ha fallado en contra del Gobierno Nacional en reiteradas ocasiones, y que ha decidido aumentos favorables a EEGSA incluso después de aprobado el pliego tarifario objeto del presente arbitraje.
35. La sinrazón y carácter abusivo de la reclamación de TGH es manifiesta también si se considera la venta millonaria de su participación en EEGSA el 21 de octubre de 2010, tan solo un día después de empezar este arbitraje. En su Notificación de Arbitraje de 21 de octubre 2010, TGH decía que estaba en “peligro la sostenibilidad a largo plazo” de EEGSA, y que su “viabilidad operativa” se encontraba “minad[a] severamente”¹⁹. También en su Notificación de Intención de recurrir al arbitraje contra Guatemala de fecha 9 de enero de 2009, TGH alegaba que su inversión en Guatemala estaba en “grave peligro”²⁰. Sin embargo, el día después de empezar este arbitraje, TGH recibió un monto cercano a los US\$ 121.5 millones por su participación en EEGSA, de acuerdo a la valuación preparada por el propio consejero económico de TGH para la venta dichas acciones, Citibank²¹.
36. Además, en Septiembre de 2010, durante en el proceso de venta, los accionistas extranjeros de EEGSA presentaban esta compañía al comprador como sigue:

EEGSA, una de las mejores y más sólidas empresas del país²².

37. EEGSA por lo tanto no era ni inviable ni se encontraba severamente minada, ni corría grave peligro, ni, como cuenta TGH a este Tribunal en el Memorial de

¹⁹ Notificación de Arbitraje, párr. 69.

²⁰ Notificación de Intención, Anexo 3 de la Notificación de Arbitraje, párr. 28.

²¹ Carta de Citibank al Directorio de Tecu Energy, Inc., 14 de octubre de 2010, **Anexo R-128**, pág. 7 (C-1-01) hojas 7 y 8.

²² Deca II - Presentación Gerencia, septiembre de 2010, **Anexo R-127**, pág. 22.

Demanda, el VAD aprobado por la CNEE en el 2008 “tuvo un efecto devastador desde el punto de vista económico” para EEGSA²³. Muy al contrario, en las propias palabras de TGH (a través de su casa matriz): EEGSA era una de las mejores y más sólidas empresas de Guatemala.

38. La realidad es que TGH inició este arbitraje una vez ya sabía que iba a recibir decenas de millones de dólares por su participación en EEGSA, para obtener el beneficio de doble indemnización (*double recovery*). Es claro de su decisión de esperar más de dos años desde los supuestos actos ilegales ocurridos y casi 22 meses desde su Notificación de Intención. Nada explicaría este retraso si no fuera que es consciente del carácter meramente oportunista y especulativo de su demanda. Con la venta, TGH sabía que perdía su condición de inversor bajo el Tratado, y entonces presumiblemente decidió que no tenía mucho que perder por intentar obtener una doble compensación demandando a Guatemala en este arbitraje.
39. Para ello TGH debe decir que su venta fue motivada por las presuntas medidas adversas de la CNEE. Sin embargo, su motivo declarado fue el enfoque de estrategia comercial del grupo Teco de centrarse en sus activos de generación en Guatemala, según informó al mercado tras la venta:

Hemos sido muy claros con nuestros inversionistas de que la estrategia principal de TECO es el negocio de servicios públicos, con nuestros negocios no regulados brindando un buen valor. Esta transacción es consistente con ese enfoque estratégico [...] ²⁴

La venta de nuestra participación en DECA II la semana pasada provee efectivo que podemos utilizar para liquidar la deuda de TECO Energy y para invertir en nuestras operaciones de servicios públicos. Anticipamos la continuación de las buenas operaciones

²³ Memorial de Demanda, título de la Sección II.F.7.

²⁴ Comunicado de Prensa de Teco, “Teco Guatemala Holdings LLC sells its interest in Guatemalan electric distribution company”, **Anexo R-162**.

y fuertes ganancias, y del flujo de efectivo de nuestras plantas de energía en Guatemala²⁵.

40. Con estos antecedentes, la falta de credibilidad de la demanda de TGH es manifiesta.
41. Respecto de la CNEE, la mejor prueba de la confiabilidad de este organismo, a pesar de las críticas oportunistas de TGH, está dada por el hecho de que en los últimos tres años se han definido inversiones récord en el sector eléctrico por encima de los US\$ 2.500 millones²⁶. A modo de ejemplo:
- (a) Dos experimentados inversores extranjeros (la compañía colombiana Empresas Públicas de Medellín (*EPM*)²⁷ y el grupo inversor británico Actis²⁸) invirtieron en 2010 en conjunto unos US\$ 1.100 millones en la compra de las acciones de las tres distribuidoras eléctricas más grandes del país, EEGSA, Distribuidora de Electricidad de Oriente, S.A. (*Deorsa*) y Distribuidora de Electricidad de Occidente, S.A. (*Deocsa*). –todas sujetas a regulación por la CNEE- y que en conjunto reúnen el 93 por ciento del mercado de distribución eléctrica en el país²⁹. Las tres compañías tendrán en 2012 y 2013 sus procesos de revisión de tarifas;

²⁵ Comunicado de Prensa de Teco: “TECO Energy reports third quarter results”, 28 de octubre de 2010, **Anexo R-134**, pág. 1.

²⁶ “Sector de Energía atrae inversiones”, *Prensa Libre*, 2 de julio de 2010, **Anexo R-102**.

²⁷ Nota explicativa sobre la venta de las inversiones de Iberdrola en Guatemala, 12 de noviembre de 2010, **Anexo R-135**, párr. 12.

²⁸ Comunicado de Prensa de Actis, “Actis acquires majority stake in Guatemala’s largest electricity network from Gas Natural Fenosa”, 20 de mayo de 2011, **Anexo R-138**.

²⁹ Declaración de Testigo Carlos Eduardo Colom Bickford, Presidente de la Comisión Nacional de Energía Eléctrica de Guatemala, 24 de enero de 2012 (en adelante *Colom*), **Apéndice RWS-1**, párr. 31.

- (b) Un consorcio americano integrado por la compañía Ashmore Energy International, invertirá unos 700 millones de dólares en el proyecto de generación de electricidad más grande de Centroamérica³⁰; y
- (c) Un consorcio liderado por la compañía colombiana Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá, invertirá más de 400 millones de dólares para la expansión del sistema de transmisión³¹.
42. Los propios inversores han destacado la seguridad jurídica y la oportunidad de inversión que hoy representa Guatemala:
- El Presidente de Ashmore Energy declaró:

Esta inversión en infraestructura energética resalta el compromiso de AEI con Guatemala [...] y la región centroamericana y demuestra la confianza de la empresa en el marco legal y regulatorio del sector eléctrico [de Guatemala].³²
 - El Gerente General de EPM en 2010 al invertir en EEGSA dijo lo siguiente:

Es motivo de mucha satisfacción el poder estar participando en este negocio de energía eléctrica en Guatemala, pues lo veníamos buscando desde hace algún tiempo.

Guatemala es un país con [...] una fortaleza institucional muy grande.³³
 - Michael Till, codirector de Infraestructura del Grupo Actis:

Esta inversión refleja la confianza en este país, que tiene puntos claves para la inversión, como la seguridad

³⁰ *Ibid.*, párr. 173.

³¹ *Ibid.*

³² “Inicia construcción de planta de carbón por US\$700 millones en Guatemala”, *Revista Summa*, [http://www.revistasumma.com/negocios/3271-inicia-construccion-de-planta-de-carbon-por-us\\$700-millones-en-guatemala.html](http://www.revistasumma.com/negocios/3271-inicia-construccion-de-planta-de-carbon-por-us$700-millones-en-guatemala.html), 14 de mayo de 2010, **Anexo R-119**.

³³ “No llevamos bandera, respetamos el arraigo”, *Prensa Libre*, 23 de octubre de 2010, **Anexo R-192**.

jurídica. Es un mercado con un crecimiento importante³⁴

43. Ante todo esto, solo hay dos posibilidades: o los inversores están siendo abiertamente negligentes al invertir en un sector cuyo marco regulatorio es manipulado políticamente por la CNEE, y con una Corte Constitucionalidad también influenciada políticamente, como lo alega TGH, o lo que la Demandante dice respecto de esta supuesta manipulación es totalmente falso.
44. No quedan dudas. Guatemala no es un país hostil a las inversiones extranjeras. Mucho menos lo es el regulador del sector eléctrico, la CNEE. Tal vez la declaración más reveladora de la falacia que la Demandante intenta presentar a este Tribunal venga de la propia TGH. El Sr. Víctor Urrutia, Gerente de Teco Guatemala, consultado en julio de 2010 respecto de una reciente extensión de sus contratos en el sector de generación indicó:

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’³⁵.

45. El marco regulatorio eléctrico en Guatemala da certeza y seguridad jurídica y el regulador lo aplica en modo correcto. Por motivos de estrategia procesal, TGH ahora elige decir lo contrario.
46. La estructura de este Memorial de Objeciones y Contestación es como sigue:
- (a) En la Sección II abajo se examina como TGH no ha presentado una reclamación internacional válida ni admisible y el tribunal no tiene jurisdicción;

³⁴ “Británica Actis adquiere por US\$449 millones a Deorsa y Deocsa de Guatemala”, *Revista Summa*, [http://www.revistasumma.com/negocios/12242-britanica-actis-adquiere-por-us\\$449-millones-a-deorsa-y-deocsa-de-guatemala.html](http://www.revistasumma.com/negocios/12242-britanica-actis-adquiere-por-us$449-millones-a-deorsa-y-deocsa-de-guatemala.html), 20 de mayo de 2011, **Anexo R-139**.

³⁵ “Bajan el precio en contrato de Tampa”, *Prensa Libre*, 12 de julio de 2010, **Anexo R- 105**.

- (b) En la Sección III se analizan los hechos y se corrigen las abundantes imprecisiones e incorrecciones del relato fáctico de TGH;
- (c) En la Sección IV se demuestra como la alegación de TGH de que Guatemala ha violado el estándar mínimo internacional de trato del Tratado carece de fundamento;
- (d) En la Sección V se indica como, aún si Guatemala hubiera violado el Tratado, lo cual no hizo, TGH no ha sufrido ningún daño económico.

II. TGH NO PRESENTA UNA RECLAMACIÓN INTERNACIONAL VÁLIDA NI ADMISIBLE Y EL TRIBUNAL NO TIENE JURISDICCIÓN

A. TGH PLANTEA UN MERO DESACUERDO REGULATORIO QUE NO PUEDE DAR LUGAR A UNA RECLAMACIÓN INTERNACIONAL

47. Antes de analizar en detalle la argumentación fáctica y jurídica de TGH, es conveniente abordar una cuestión preliminar que evidencia de inmediato la defectuosa fundamentación de la demanda de TGH y deslegitima su pretensión. La queja de TGH es que no está de acuerdo con el modo en que el regulador del sector eléctrico guatemalteco, la CNEE, interpretó y aplicó el marco regulatorio en el proceso de revisión quinquenal de las tarifas de EEGSA para el periodo 2008-2013. No se queja de que haya habido un cambio legislativo que haya alterado las reglas fundamentales de la LGE, más allá de la reforma menor del artículo 98 del Reglamento, que ni siquiera objetó en su momento. Tampoco dice que la conducta de la justicia de Guatemala haya, de por sí, infringido el Tratado, aunque TGH discrepe de las decisiones de la Corte de Constitucionalidad. La disputa sometida por TGH a este Tribunal es pues, esencialmente, un desacuerdo de naturaleza puramente regulatoria y de derecho guatemalteco, relativo a como debía interpretarse y aplicarse el marco regulatorio local, un tema ya resuelto por la justicia guatemalteca dando la razón a la CNEE.
48. La jurisprudencia internacional ha rechazado, en casos en que se han presentado demandas similares, que controversias de esta naturaleza pudieran dar lugar a una violación de tratados de protección de inversiones. Un órgano regulador de un servicio público, como la CNEE, tiene el derecho y la obligación de tomar una posición sobre las cuestiones que son de su competencia, sujeto a la revisión de los tribunales locales, que tienen la última palabra sobre las cuestiones de interpretación del marco regulatorio. Aun si la posición de la CNEE pudiera ser cuestionable, o incluso errónea o desacertada según el marco regulatorio (que no lo es en este caso), ello de ningún modo puede automáticamente constituir una

- violación del derecho internacional que comprometa la responsabilidad del estado internacionalmente. Lo contrario implicaría aceptar que cualquier divergencia regulatoria que involucra a un inversionista extranjero puede ser objeto de reclamación ante un tribunal internacional.
49. El desacuerdo del inversor con la manera en que se le ha aplicado una norma de derecho doméstico no puede dar base para una demanda por violación de los estándares internacionales de protección de inversiones. A lo sumo da lugar a una controversia regulatoria y contractual a la que le es aplicable el derecho interno y respecto a la cual son los tribunales nacionales competentes los órganos naturales para remediar cualquier posible irregularidad, aplicando la legislación doméstica. Por tanto, es a los tribunales nacionales a los que debe referirse una cuestión de esta naturaleza, como así lo entendieron TGH y EEGSA al recurrir a la justicia guatemalteca que ya ha fallado sobre las cuestiones que plantea aquí TGH.
50. Este Tribunal CIADI no puede jugar el papel de una corte de apelación de tercera o cuarta instancia en materias regulatorias de Guatemala. Existiría una reclamación válida solo si los tribunales guatemaltecos no hubieran estado disponibles, o si estos hubieran actuado en forma tan deficiente que hubieran denegado justicia a EEGSA y TGH. Nada de esto ha ocurrido, y TGH ni siquiera lo alega: no reclama por denegación de justicia.
51. Por lo tanto, TGH no ha sometido una reclamación internacional válida. Esto tiene consecuencias tanto de jurisdicción y admisibilidad, como de fondo. Las cuestiones de jurisdicción y de admisibilidad se examinan en la Sección II.B, mientras que las de fondo se analizan en la Sección IV más abajo. Antes, sin embargo, se examina más en detalle la naturaleza de la reclamación de TGH.

1. TGH plantea un mero desacuerdo regulatorio

a. *La sustancia de la reclamación de TGH es la interpretación de la CNEE en relación al rol de la Comisión Pericial y las facultades de la CNEE en materia de aprobación de estudios tarifarios*

52. La sustancia de la demanda de TGH se encuentra resumida en la Sección III.C de su Memorial de Demanda, donde TGH pretende explicar como Guatemala habría violado el estándar de trato mínimo internacional. El título de dicha sección es indicativo. Dice así:

Guatemala incumplió la obligación contemplada en el Tratado de brindar a la inversión de TECO un trato justo y equitativo al ignorar el informe de la Comisión Pericial y fijar tarifas en base a sus propios estudios, de manera arbitraria y haciendo caso omiso al marco legal correspondiente³⁶.

53. TGH se equivoca: Guatemala, a través de la CNEE que es el órgano regulador en materia de tarifas eléctricas, no actuó ni arbitrariamente ni en violación del marco regulatorio. Pero lo importante aquí es identificar la verdadera naturaleza de la demanda de TGH. A este respecto, de las propias palabras de TGH emerge que su queja es el desacuerdo con el actuar de la CNEE en el proceso de revisión de la tarifa de EEGSA y, específicamente, de la interpretación que hizo la CNEE del papel de la Comisión Pericial, prevista en el artículo 75 de la LGE, y de las atribuciones de la CNEE en materia de aprobación de estudios tarifarios para la fijación de las tarifas quinquenales.
54. Esto se ve aun con más claridad en el párrafo primero de la Sección III.C citada, donde TGH resume su queja, diciendo que: “la CNEE impuso su propio VAD de manera arbitraria e ilegítima, en lugar del VAD que debía aplicar conforme a derecho”; que “[a]l hacerlo, la CNEE ignoró deliberadamente tanto el Informe de la Comisión Pericial como el estudio tarifario corregido de Bates White LLC (*Bates White*) y se basó en su propio estudio”; “[e]llo dio como resultado un

³⁶ Memorial de Demanda, título de la Sección III.C.

VAD que no brindó a los inversores extranjeros de EEGSA una tasa de retorno que se encontrara dentro del rango garantizado por la LGE”. Luego concluye que: “[t]anto el proceso como el resultado de la revisión tarifaria fueron ilícitos y arbitrarios, y contrarios a las expectativas legítimas de TECO”³⁷.

55. Es decir, la disputa es el desacuerdo de TGH (y EEGSA) con la CNEE respecto a:
- (a) Las facultades de la CNEE, de acuerdo con el marco regulatorio, de aprobar un estudio tarifario elaborado por uno de los consultores precalificados contratado por la propia CNEE, distinto del elaborado por el consultor del distribuidor;
 - (b) El papel de la Comisión Pericial y el carácter vinculante o no de su pronunciamiento, así como el alcance de sus facultades en relación a la aprobación del estudio tarifario; y
 - (c) El cálculo del VAD y de la tasa de retorno, y si la tarifa adoptada por la CNEE reconocía una ganancia suficiente a EEGSA y TGH.
56. Todas estas cuestiones versan sobre como debía de interpretarse y aplicarse el marco regulatorio en la revisión tarifaria de EEGSA del 2008 y en particular respecto del cálculo del VAD. Es importante destacar aquí que es la CNEE la responsable de cumplir y hacer cumplir el marco regulatorio, como disponen la LGE y su Reglamento:

Artículo 4 (LGE)

Se crea la [CNEE] La Comisión tendrá independencia funcional para el ejercicio de sus atribuciones y de las siguientes funciones:

- a) Cumplir y hacer cumplir la presente ley y sus reglamentos [...] ³⁸

³⁷ *Ibid.*, párr. 259.

³⁸ LGE, **Anexo R-8**, art. 4(a).

Artículo 3.- Responsables de su Aplicación (Reglamento)

El Ministerio de Energía y Minas es el órgano del Estado responsable de aplicar la Ley General de Electricidad y el presente Reglamento, a través [...] de la [CNEE] [...] ³⁹

57. Esto incluye naturalmente la responsabilidad de “definir las tarifas de transmisión y distribución [...] así como la metodología para el cálculo de las mismas”⁴⁰, y de conducir el proceso de revisión tarifaria incluyendo respecto del cálculo del VAD⁴¹.
58. Por lo tanto, es la CNEE como órgano regulador la que debía interpretar y aplicar el marco regulatorio según su mejor saber y entender, en todas las cuestiones sobre las que se queja TGH, como así hizo. Luego son los tribunales guatemaltecos los que debían juzgar si la CNEE se equivocó o no, como también hicieron dando la razón a la CNEE. Lo que plantea aquí TGH es pues su desacuerdo sobre el quehacer de la CNEE en el ejercicio de sus funciones de regulador, sobre lo que además ya ha resuelto la justicia guatemalteca.
59. TGH introduce en su argumentación referencias a la reforma del artículo 98 del Reglamento en 2007, pero en realidad no se queja de la reforma en sí, sino de cómo la CNEE interpretó y aplicó el Reglamento. Respecto de la reforma del 2008, que introdujo el artículo 98 Bis del Reglamento, TGH admite que no se le aplicó, por lo que no le pudo causar agravio. Sobre las sentencias de la Corte de Constitucionalidad, TGH disiente de ellas y opina que fueron influenciadas políticamente. Se trata, sin embargo, de la mera apreciación del experto jurídico de TGH, el profesor Alegría, que no aporta ninguna prueba o fundamento. Conviene analizar brevemente estos puntos y los demás que alega TGH.

³⁹ Reglamento, **Anexo R-36**, art. 3.

⁴⁰ LGE, **Anexo R-8**, art. 4(c).

⁴¹ E.g., LGE, **Anexo R-8**, arts. 61, 71.

b. Términos de Referencia

60. La emisión de los términos de referencia por parte de la CNEE es el primer paso para la revisión quinquenal de tarifas de distribución eléctrica en Guatemala⁴². TGH se queja de que la CNEE “emitió Términos de Referencia que resultaban contrarios a la Ley”⁴³. Cabe señalar que la responsabilidad de la CNEE para formular los términos de referencia es incuestionable:
- (a) Artículo 4(c) de la LGE: es función de la CNEE “definir las tarifas de transmisión y distribución, sujetas a la regulación de acuerdo a la presente ley, así como la metodología para el cálculo de las mismas”;
 - (b) Artículo 74 de la LGE: “Los términos de referencia del o de los estudios del VAD serán elaborados por la Comisión”;
 - (c) Artículo 77 de la LGE: “La metodología para la determinación de tarifas será revisada por la Comisión cada [...] (5) años [...]”⁴⁴;
 - (d) Artículo 98 del Reglamento: “Cada cinco años, [...] la Comisión entregará a los Distribuidores los términos de referencia de los estudios”⁴⁵.
61. TGH disiente del modo en que la CNEE interpretó y aplicó la regulación a este respecto, y en concreto sobre el alcance que pueden tener los términos de referencia de una revisión tarifaria. Sin perjuicio de que TGH no tiene razón en sus alegaciones de que los términos de referencia adoptados por la CNEE para el 2008 (*Términos de Referencia*) fueran irregulares, este tipo de desacuerdo es una cuestión regulatoria y de derecho guatemalteco. Así lo entendieron la propia EEGSA y TGH al recurrir los Términos de Referencia ante los tribunales

⁴² Ver Sección III.B.2.

⁴³ Memorial de Demanda, título de la Sección II.F.2.

⁴⁴ LGE, **Anexo R-8**, arts. 4(c), 74, 77.

⁴⁵ Reglamento, **Anexo R-36**, art. 98.

guatemaltecos, obteniendo un amparo provisional⁴⁶. Luego EEGSA y la CNEE llegaron a un acuerdo sobre el contenido de los Términos de Referencia⁴⁷. Sin embargo, TGH sigue quejándose de esta cuestión incluso en su argumentación jurídica⁴⁸. En cualquier caso, se trata de un mero desacuerdo sobre la interpretación y aplicación del marco regulatorio, cuestión en la que la CNEE tiene no solo la facultad sino el deber y la responsabilidad de tomar la decisión que estime correcta, sea ésta del agrado o no de un distribuidor como EEGSA.

c. Proceso de supervisión del estudio Bates White

62. El proceso de revisión tarifaria continua con la elaboración, por parte del consultor contratado por el distribuidor de entre los precalificados por la CNEE, de un estudio tarifario para el cálculo el VAD, cuyo avance la CNEE supervisa y que la misma declara procedente o no⁴⁹. TGH se queja de que, según ella, la CNEE “no colaboró constructivamente con EEGSA” durante este proceso⁵⁰. La realidad es que fueron EEGSA y su consultor Bates White quienes hicieron todo lo posible para que la CNEE no pudiera ejercitar correctamente sus funciones de supervisión, como se explicará más adelante⁵¹.
63. Lo que interesa aquí es que TGH plantea un desacuerdo en como la CNEE interpretó y ejerció sus funciones bajo la regulación, incluyendo el “derecho a supervisar el avance de” el estudio Bates White, su responsabilidad de revisar “los estudios efectuados y [...] formular observaciones a los mismos”, y resolver “sobre la procedencia o improcedencia de los estudios efectuados”⁵². La CNEE, como órgano regulador, tenía el deber de conducir el proceso de supervisión del

⁴⁶ Memorial de Demanda, párrs. 103-104.

⁴⁷ *Ibid.*, párrs. 106-107.

⁴⁸ *Ibid.*, párr. 266.

⁴⁹ LGE, **Anexo R-8**, art. 74.

⁵⁰ Memorial de Demanda, título de la Sección II.F.3.

⁵¹ Ver Sección III.F.6 abajo.

⁵² LGE, **Anexo R-8**, arts. 74 y 75; Reglamento, **Anexo R-36**, art. 98.

avance del estudio Bates White como mejor creía según la regulación, y de tomar las decisiones correspondientes, por ejemplo, sobre la improcedencia de dicho estudio. La cuestión de si la CNEE interpretó y aplicó correctamente sus facultades en este proceso es una cuestión puramente regulatoria de derecho guatemalteco sujeto al control de los tribunales locales.

d. *Papel de la Comisión Pericial*

64. Una vez presentado el estudio de la consultora del distribuidor a la CNEE, la regulación contempla que una Comisión Pericial se pronuncie sobre las divergencias que existan entre la CNEE y el distribuidor. El núcleo de la reclamación de TGH se refiere al papel que tiene esta Comisión Pericial de acuerdo a la regulación. TGH se queja de que la CNEE considerara el informe de la Comisión Pericial como una opinión técnica pero que no le vinculaba a tener que aceptar el estudio Bates White corregido según dicho informe, y que considerara que las funciones de la Comisión Pericial no se extendían a la aprobación final de dicho estudio⁵³. La queja de TGH no tiene fundamento alguno como se explica más adelante en este documento⁵⁴. La CNEE, como regulador responsable de hacer cumplir y aplicar la ley, es quien tiene la potestad de aprobar las tarifas, y por lo tanto quien debe asegurarse que las tarifas y el VAD que se aprueben cumplan con los preceptos legales⁵⁵. La LGE no confiere esta competencia a la Comisión Pericial.
65. En cualquier caso, una vez más, lo que plantea TGH concierne la interpretación y aplicación de la regulación, cuestión sobre la que la CNEE es el órgano responsable. El desacuerdo de TGH sobre el modo en que la CNEE desempeñó esta tarea configura únicamente una controversia regulatoria a ser resuelta bajo el derecho guatemalteco por parte de los tribunales de Guatemala. Esto es

⁵³ Memorial de Demanda, Sección II.F.5.

⁵⁴ Ver párrs. III.B.2.e y IV.B abajo.

⁵⁵ LGE, **Anexo R-8**, arts. 61 y 71; Reglamento, **Anexo R-36**, arts. 3, 82 y 99.

precisamente lo que ya ocurrió con las sentencias de la Corte de Constitucionalidad que fallaron a favor de la CNEE.

e. El VAD aprobado por la CNEE

66. TGH se queja también del resultado de la revisión tarifaria, es decir del VAD aprobado por la CNEE, que según ella sería “injustificablemente bajo e ilegal”⁵⁶. Esto es incorrecto. Como se desarrolla mas adelante⁵⁷, el VAD y las tarifas fueron establecidas por la CNEE con un criterio técnico, sobre la base de un estudio tarifario de un consultor independiente precalificado, respetando el procedimiento y principios de la LGE y el Reglamento, y en base a los Términos de Referencia.
67. En cualquier caso, es evidente que lo que pide TGH es que este Tribunal rehaga la revisión tarifaria del 2008 y calcule el VAD que correspondía a EEGSA en el 2008, para que diga si fue efectivamente demasiado bajo e incumplía la regulación. Este no puede ser el papel de este Tribunal. El desacuerdo entre la CNEE y EEGSA/TGH es de naturaleza regulatoria, versa sobre si la regulación fue bien o mal aplicada, y es a lo sumo materia para la justicia guatemalteca. EEGSA siempre tuvo y sigue teniendo el derecho a una tarifa justa y adecuada de acuerdo al marco regulatorio, como reafirmó categóricamente la Corte de Constitucionalidad en su sentencia de 18 de noviembre de 2009:

Esa competencia de la Comisión Nacional de Energía Eléctrica de establecer los pliegos tarifarios, es una legítima potestad atribuida por la Ley General de Electricidad, con lo que realiza una función del Estado, y que, para su ejercicio, tiene el referente que le indican los artículos 60, 61, 71 y 73 de la citada ley, que debe moderar cualquier extralimitación discrecional, puesto que aluden a conceptos verificables de que tales tarifas "corresponden a costos estándares de distribución de empresas eficientes", que se estructuren "de modo que promuevan la igualdad de tratamiento a los

⁵⁶ Memorial de Demanda, título de la Sección II.F.7.

⁵⁷ Ver Sección III.F.14.

consumidores y la eficiencia económica del sector", que "el Valor Agregado de Distribución corresponde al costo medio de capital de operación de la red de distribución de referencia". Se estima que la fijación de tarifas, cuando el informe de la Comisión Pericial no ha sido aceptado como válido para orientar esa política, no puede ser, dentro de su discrecionalidad, ruinosa ni irracionalmente arbitraria, habiendo los referentes o indicadores de operadores eficientes, como el que condicionó en el artículo 2 transitorio de la Ley respectiva, que hizo alusión a "valores usados en otros países que apliquen similar metodología".⁵⁸

68. La cuestión de si el VAD y la tarifa de EEGSA es la adecuada en el periodo tarifario 2008-2013, o en cualquier otro momento, es responsabilidad del regulador, la CNEE, cuya tarea regulatoria, en su caso, debe ser revisada por los tribunales competentes de Guatemala, no por este Tribunal.

f. La reforma del artículo 98 del Reglamento

69. El artículo 98 del Reglamento fue reformado en 2007. Hasta entonces, el artículo establecía que si el distribuidor no enviaba los estudios tarifarios para el cálculo del VAD, o no los corregía como requerido por la CNEE, "no podrá modificar sus tarifas y continuará aplicando las tarifas vigentes al momento de terminación del período de vigencia de dichas tarifas"⁵⁹. Esto podía generar para el distribuidor un perverso incentivo a no colaborar en el proceso de revisión tarifaria, para así continuar con tarifas que pudieran ser más favorables que las resultantes de una eventual revisión. En el 2007, la norma fue cambiada pasando a establecer que en dicho escenario "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 el

⁵⁸ Sentencia de la Corte de Constitucionalidad, Expedientes Acumulados Nos. 1836-1846-2009, 18 de noviembre de 2009, **Anexo R-105**, págs. 32-33 (Énfasis añadido).

⁵⁹ Reglamento de la Ley de Electricidad, 21 de marzo de 1997, (Extractos) (en adelante **Reglamento (extractos)**), **Anexo R-12**, art. 98.

- distribuidor”⁶⁰. Esta reforma era más acorde con las facultades regulatorias de la CNEE de determinar y fijar las tarifas y el principio de la LGE de que las tarifas reflejen siempre los costos eficientes de los distribuidores, y armonizaba el artículo 98 con el artículo 99 del Reglamento reformado en el 2003⁶¹.
70. En efecto, en el 2003 el artículo 99 había sido modificado en el mismo sentido, disponiendo que cuando “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”⁶². Esta facultad de la CNEE de adoptar unilateralmente un pliego tarifario nunca fue contestado por EEGSA ni por cualquier otro distribuidor en el 2003 o en un momento posterior.
71. TGH menciona la reforma del artículo 98 del Reglamento de 2007 como si le hubiera causado agravio⁶³. Sin embargo, después aclara que se queja en realidad de que, según TGH, “la CNEE hizo una interpretación errada de la enmienda del Artículo 98 del RLGE”⁶⁴. Así pues, TGH no reclama contra la reforma en sí del artículo 98: siguiendo el razonamiento de TGH, si la CNEE hubiera aplicado correctamente el artículo 98 no se habría causado un perjuicio a EEGSA y TGH. La cuestión pues es cómo debía interpretarse y aplicarse el artículo 98, cuestión sobre la cual la CNEE estaba legitimada a tomar una posición, como regulador y órgano encargado de hacer cumplir el marco regulatorio. Se trata pues de una controversia meramente regulatoria de derecho guatemalteco, ya abordada por la justicia guatemalteca resultando en decisiones de la Corte de Constitucionalidad favorables a la CNEE.

⁶⁰ Acuerdo Gubernativo 68-2007, 2 de marzo de 2007, publicado en el Diario de Centro América el 5 de marzo de 2007, **Anexo R-35**, art. 21.

⁶¹ Ver Sección III.E.

⁶² Acuerdo Gubernativo No. 787-2003, 5 de diciembre de 2003, publicado en el Diario de Centro América el 16 de enero de 2004, **Anexo R-30**.

⁶³ Memorial de Demanda, párrs. 84-93.

⁶⁴ *Ibid.*, párr. 192. Ver también párrs. 93, 272.

72. En cualquier caso, la reforma del artículo 98 del Reglamento en 2007 no pudo causar agravio a TGH. Fue, por definición, una reforma del Reglamento, que no pudo suponer ningún cambio de los principios del marco regulatorio que se encuentran en la LGE. TGH dice que la reforma es inconstitucional, puesto que contradice la LGE⁶⁵. Este argumento, aunque incorrecto, demuestra precisamente que la reforma no alteró las normas de la LGE: éstas siguen vigentes, y por el principio de jerarquía normativa prevalecen sobre el Reglamento. De ser necesario, son los tribunales guatemaltecos, pero no este tribunal internacional, los que deben garantizar que los principios vigentes de la LGE prevalezcan sobre cualquier norma del Reglamento que contradiga, o que la CNEE interprete en modo contrario a, la LGE. Nótese que no hubo ningún recurso de inconstitucionalidad contra la norma, ni de EEGSA ni de ningún otro distribuidor.
73. En síntesis, la reforma del artículo 98 en el 2007 es una mejora del Reglamento para dejar claro que el principio de la LGE de que, en última instancia, la CNEE debe asegurarse de que las tarifas de distribución sean siempre las apropiadas bajo la regulación. EEGSA aceptó que se le aplicarían este tipo de reformas de la regulación. Los contratos de autorización mediante los que EEGSA opera y presta su servicio de distribución eléctrica establecen en su cláusula 20 que EEGSA:

[S]e obliga a cumplir con todas las disposiciones previstas en la Ley General de Electricidad y su Reglamento o modificaciones que estos sufran y demás reglamentos y normas que sean de aplicación general. [...]⁶⁶.

74. En el 2008, el Reglamento fue de nuevo modificado añadiéndose un nuevo artículo 98 Bis⁶⁷. Este artículo colmaba una laguna de la regulación disponiendo

⁶⁵ *Ibid.*, párrs. 90-92, 192, 264.

⁶⁶ Contrato de Autorización para los Departamentos de Guatemala, Sacatepéquez y Escuintla, suscrito entre EEGSA y el Ministerio de Energía y Minas, 15 de mayo de 1998, **Anexo R-17**, cláusula vigesima; Contrato de Autorización Definitiva de Distribución de Energía Eléctrica para los Departamentos de Chimaltenango, Santa Rosa y Jalapa, 2 de febrero de 1999, **Anexo R-20**, cláusula vigesima.

⁶⁷ Acuerdo Gubernativo del MEM 145-2008, 19 de mayo de 2008, **Anexo R-72**.

el modo de nombramiento del tercer integrante de la Comisión Pericial en caso de que las partes, la CNEE y el distribuidor, no llegaran a un acuerdo sobre tal nombramiento. Se disponía que sería el Ministerio de Energía y Minas el que realizara el nombramiento de entre las personas indicadas por las partes, y que reunieran ciertos requisitos de independencia respecto a las partes. Esta disposición no fue aplicada a EEGSA en el caso presente, como reconoce TGH⁶⁸, por lo que no pudo causarle agravio.

g. Actuación de los tribunales guatemaltecos

75. EEGSA sometió las controversias regulatorias indicadas arriba a la apreciación de los tribunales guatemaltecos. Los procedimientos iniciados por EEGSA dieron lugar, en última instancia, a dos decisiones de la Corte de Constitucionalidad, de 18 de noviembre de 2009 y 24 de febrero de 2010⁶⁹.
76. TGH se queja de estas decisiones diciendo que son erróneas, y que parecen haber sido influenciadas políticamente⁷⁰. No obstante la gravedad de dicha aseveración, no aporta ninguna evidencia de tal posible influencia política, y se limita a citar la opinión, también infundada, de su perito jurídico, el profesor Alegría⁷¹.
77. La única queja real de TGH es que la Corte de Constitucionalidad se equivocó. No hay alegación de denegación de justicia. Se pide a este Tribunal que corrija los supuestos errores de la Corte de Constitucionalidad, erigiéndose en una corte de apelación de tercera o cuarta instancia en materia de derecho guatemalteco. Ésta no puede ser la función de este Tribunal.

⁶⁸ Memorial de Demanda, párr. 135.

⁶⁹ Sentencia de la Corte de Constitucionalidad, Expedientes Acumulados Nos. 1836-1846-2009, 18 de noviembre de 2009, **Anexo R-105**; Sentencia de la Corte de Constitucionalidad, Expediente No. 4255-2009, 25 de febrero de 2010, **Anexo R-111**.

⁷⁰ Memorial de Demanda, párrs. 212-218, 275-277.

⁷¹ *Ibid.*, párrs. 212, 275, 277.

h. Conclusión: TGH plantea un mero desacuerdo regulatorio ya resuelto por la justicia guatemalteca

78. En síntesis, TGH presenta un desacuerdo sobre el modo en que la CNEE desempeñó su labor como regulador, interpretando y aplicando la regulación respecto del proceso de revisión de la tarifa de EEGSA de 2008. Fundamentalmente la cuestión es el rol de la Comisión Pericial y las responsabilidades de la CNEE, de acuerdo a la regulación, sobre la aprobación del VAD y de las tarifas. Esta cuestión, puramente de derecho guatemalteco, ya ha sido decidida por la justicia de Guatemala, mediante decisiones de su más alta instancia, la Corte de Constitucionalidad, y TGH no alega denegación de justicia. Añade TGH que este Tribunal debe prácticamente rehacer la revisión tarifaria y determinar el VAD de EEGSA que debió aprobarse en tal revisión. Como veremos a continuación, una demanda como la que plantea TGH no es una reclamación válida bajo un tratado de protección de inversiones.

2. TGH no ha sometido una reclamación internacional válida

a. Este Tribunal no puede actuar como corte de apelación o de amparo en cuestiones de derecho guatemalteco

79. Como surge de lo que antecede, TGH quiere que este Tribunal se erija en corte de apelación de tercera o cuarta instancia en materias regulatorias de derecho guatemalteco. Pero este no es el papel que puede y debe jugar este Tribunal.
80. Como dijo el tribunal en *ADF c. Estados Unidos*, donde la cuestión era si una autoridad pública había correctamente aplicado la regulación de los Estados Unidos a un proyecto de construcción de una carretera:

[...] More important for present purposes, however, is that even had the Investor made out a *prima facie* basis for its claim, the Tribunal has no authority to review the legal validity and standing of the U.S. measures here in question under *U.S. internal administrative law*. We do

not sit as a court with appellate jurisdiction with respect to the U.S. measures⁷².

81. En un modo similar se falló el tribunal en *Azinian c. México*:

La posibilidad de considerar a un Estado internacionalmente responsable [...] no otorga, sin embargo, al demandante el derecho a solicitar una revisión internacional de las decisiones judiciales nacionales como si el tribunal internacional que conoce del caso tuviera plena competencia de apelación⁷³.

82. Igualmente el tribunal en *Waste Management c. México* rechazó que pudiera actuar como corte de apelación o amparo:

[T]he Tribunal would observe that it is not a further court of appeal, nor is Chapter 11 of NAFTA a novel form of *amparo* in respect of the decisions of the federal courts of NAFTA parties⁷⁴.

83. Cuando una parte demandante plantea una demanda internacional sobre la cuestión de la legalidad de ciertas medidas bajo el derecho local, lo que se está pidiendo es que el tribunal internacional actúe como una corte local de apelación, lo que no es ni su rol ni competencia.

b. La jurisprudencia ha rechazado siempre que este tipo de controversias pudieran dar lugar a una violación de tratados de protección de inversiones

84. La jurisprudencia es unánime en el desestimar que controversias meramente regulatorias (o contractuales) puedan dar lugar a violaciones de tratados de protección de inversiones.

⁷² *ADF Group Inc. c. Estados Unidos de América* (Caso CIADI No. ARB(AF)/00/1) Laudo, 9 de enero de 2003, **Anexo CL-4**, párr. 190.

⁷³ *Robert Azinian y otros c. Estados Unidos Mexicanos* (Caso CIADI No. ARB(AF)/97/2) Laudo, 1 de noviembre de 1999, **Anexo RL-2**, párr. 99.

⁷⁴ *Waste Management Inc. c. Estados Unidos Mexicanos* (Caso CIADI No. ARB(AF)/00/3) Laudo, 30 de abril de 2004, **Anexo CL-46**, párr. 129.

85. Así concluyó el tribunal en *Saluka c. República Checa*, asunto relativo a medidas regulatorias tomadas por el regulador del sector de servicios financieros de la República Checa, rechazando la alegación de tratamiento injusto e inequitativo:

[...] The Treaty cannot be interpreted so as to penalise each and every breach by the Government of the rules or regulations to which it is subject and for which the investor may normally seek redress before the courts of the host State.

As the tribunal in *ADF Group Inc.* has stated with regard to the “fair and equitable treatment” standard contained in Article 1105(1) NAFTA:

something more than simple illegality or lack of authority under the domestic law of a State is necessary to render an act or measure inconsistent with the customary international law requirements....

Quite similarly, the *Loewen* tribunal stated in the same legal context that

whether the conduct [of the host State] amounted to a breach of municipal law as well as international law is not for us to determine. A NAFTA claim cannot be converted into an appeal against decisions of [the host State]⁷⁵.

86. En el mismo modo lo estableció el tribunal en *EnCana c. Ecuador* donde el demandante argumentaba que había sido expropiado como resultado de resoluciones de las autoridades fiscales de Ecuador rechazando ciertos reintegros fiscales. El tribunal asumió que la posición del demandante fuera correcta respecto a su derecho a los reintegros fiscales, pero dijo:

[...] No obstante, existe una diferencia entre una actitud cuestionable adoptada por el Ejecutivo en relación a un asunto regido por la legislación local, y una determinación definitiva contraria a derecho. En lo que respecta al [tratado], el Ejecutivo está facultado para

⁷⁵ *Saluka Investments B.V. c. República Checa* (Caso CNUDMI) Laudo Parcial, 17 de marzo de 2006, **Anexo CL-42**, párrs. 442-443.

adoptar una posición en relación a las reclamaciones presentadas por los individuos, incluso si dicha posición resulta ilícita, siempre y cuando lo haga de buena fe y esté dispuesto a defender su posición ante los tribunales. Al igual que las partes privadas, los Gobiernos no repudian sus obligaciones meramente impugnando su existencia⁷⁶.

87. En forma parecida lo expresó el tribunal en *Generation Ukraine c. Ucrania*, donde se planteaba una reclamación por expropiación bajo un tratado de protección de inversiones en relación con varios actos regulatorios de la municipalidad de Kiev:

[...] This Tribunal does not exercise the function of an administrative review body to ensure that municipal agencies perform their tasks diligently, conscientiously or efficiently. That function is within the proper domain of domestic courts and tribunals that are cognisant of the minutiae of the applicable regulatory regime. [...] the only possibility in this case for the series of complaints relating to highly technical matters of Ukrainian planning law to be transformed into a BIT violation would have been for the Claimant to be denied justice before the Ukrainian courts in a *bona fide* attempt to resolve these technical matters⁷⁷.

88. Como dijo el tribunal en *Waste Management* en el contexto de una concesión de servicios de tratamiento de residuos:

[...] In the present case the Claimant did not lose its contractual rights, which it was free to pursue before the contractually chosen forum. The law of breach of contract is not secreted in the interstices of Article 1110 of NAFTA. Rather it is necessary to show an effective repudiation of the right, unredressed by any remedies available to the Claimant, which has the effect of

⁷⁶ *EnCana Corporation c. República del Ecuador* (Caso LCIA No. UN3481, Reglas CNUDMI) Laudo, 3 de febrero de 2006, **Anexo RL-9**, párr. 194 (Énfasis añadido).

⁷⁷ *Generation Ukraine, Inc. c. Ucrania* (Caso CIADI No. ARB/00/9) Laudo, 15 de septiembre de 2003, **Anexo RL-6**, párr. 20.33.

preventing its exercise entirely or to a substantial extent⁷⁸.

89. Ante una situación de supuestos incumplimientos regulatorios (o contractuales), el inversor no ha perdido sus derechos, o los derechos que dice tener. No ha intervenido un cambio legislativo o regulatorio que los haya modificado sustancialmente, suprimido, abolido o repudiado.
90. Un órgano regulador, como la CNEE, no solo tiene el derecho sino incluso la obligación de tomar una posición sobre cuestiones controvertidas de derecho local relativas al ejercicio de sus funciones, incluyendo los derechos del regulado. Esto puede dar lugar a una controversia con el regulado respecto al alcance de dichos derechos. En estas circunstancias, el comportamiento del estado que podría dar lugar a una reclamación bajo el Tratado no es la simple conducta supuestamente irregular del regulador, sino el tratamiento que se le haya dispensado en la justicia local a la persona que se sienta agraviada por tal conducta (denegación de justicia).
91. Por ejemplo, en *Azinian* los demandantes se quejaban de la actuación del Ayuntamiento de Naucalpan de Juárez en México en un procedimiento administrativo de revisión del cumplimiento de una concesión relativa a la recolección y eliminación de basura, que terminó con la anulación de la concesión. Se alegaba que estas medidas constituían una violación de las protecciones a la inversión del Capítulo 11 del TLCAN. El tribunal dijo:

La jurisdicción arbitral conforme a la Sección B está limitada no sólo en cuanto a las personas que pueden invocarla (han de ser nacionales de un Estado signatario del TLCAN), sino también en cuanto a las materias objeto de la reclamación: Sólo pueden someterse reclamaciones al arbitraje inversionista-Estado con base en el Capítulo Once cuando están fundadas en la

⁷⁸ *Waste Management Inc. c. Estados Unidos Mexicanos* (Caso CIADI No. ARB(AF)/00/3) Laudo, 30 de abril de 2004, **Anexo CL-46**, párr. 175.

violación de una obligación establecida en la Sección A.

Dicho de otro modo, un inversionista extranjero — en principio con derecho a protección bajo el TLCAN — puede establecer relaciones contractuales con una autoridad pública, y luego sufrir un incumplimiento por parte de esa autoridad y *aún en esa situación no estar en posibilidad de formular una reclamación al amparo del TLCAN*. Es una circunstancia ordinaria de la vida en todo lugar que las personas puedan decepcionarse en sus tratos con las autoridades públicas, y que esta decepción se repita cuando los tribunales nacionales rechazan sus reclamaciones. Podemos tener la certeza de que existen muchas empresas *mexicanas* que han tenido relaciones comerciales con entidades gubernamentales las cuales no han concluido a su satisfacción; México probablemente no sea distinto de otros países en este sentido. El TLCAN no tiene por objeto proporcionar a los inversionistas extranjeros una protección irrestricta frente a este tipo de desengaños, y ninguna de sus disposiciones permite entenderlo de otro modo.

Por tanto, no sería suficiente que los demandantes convencieran a este Tribunal Arbitral de que los actos o las motivaciones del Ayuntamiento de Naucalpan han de ser desaprobados, o que las razones expuestas por los tribunales mexicanos en sus tres sentencias no son persuasivas. Estas consideraciones son inútiles mientras los demandantes no estén en posibilidad de señalar un incumplimiento de una obligación establecida en la Sección A del Capítulo Once imputable al Gobierno de México.

[...]

El problema es que la reclamación fundamental de los demandantes es la de que fueron víctimas de un incumplimiento del Contrato de concesión. El TLCAN, sin embargo, no permite a los inversionistas recurrir al arbitraje internacional por simples incumplimientos contractuales. En efecto, no puede considerarse en modo alguno que el TLCAN establezca un régimen de este tipo, de lo contrario se hubiera elevado una multitud de transacciones ordinarias con las autoridades

públicas a la categoría de controversias internacionales.
Los demandantes no pueden hacer valer su punto de vista convenciendo simplemente al Tribunal Arbitral de que el Ayuntamiento de Naucalpan incumplió el Contrato de concesión.

[...]

Desde este punto de vista, el problema puede plantearse en términos bastante sencillos. El Ayuntamiento consideraba que tenía motivos fundados para considerar nulo el Contrato de concesión con arreglo a la legislación mexicana reguladora de las concesiones de servicios públicos. A iniciativa de DESONA, estos fundamentos fueron revisados por tres niveles de tribunales mexicanos, y en cada caso los consideraron correctos. ¿Cómo puede afirmarse que México incumplió el TLCAN cuando el Ayuntamiento de Naucalpan declaró la nulidad de un Contrato de concesión que, según sus términos, estaba sujeto a la ley mexicana y a la jurisdicción de los tribunales mexicanos, y éstos ratificaron la decisión del Ayuntamiento? [...]

Enmarcada así la cuestión, resulta evidente que para dar la razón a los demandantes no basta con que el Tribunal Arbitral esté en desacuerdo con la resolución del Ayuntamiento. Una autoridad pública no puede ser inculpada por realizar un acto respaldado por sus tribunales *a menos que los propios tribunales sean desautorizados en el plano internacional*. Por cuanto los tribunales mexicanos consideraron que la decisión del Ayuntamiento de anular el Contrato de concesión era acorde a la ley mexicana reguladora de las concesiones de servicios públicos, la cuestión es si las decisiones mismas de los tribunales mexicanos infringen las obligaciones de México con arreglo al Capítulo Once.

[...]

Los demandantes, sin embargo, no han objetado la actuación de los tribunales mexicanos; no han alegado denegación de justicia. Sin excepción, han dirigido sus múltiples quejas contra el Ayuntamiento de Naucalpan.

El Tribunal Arbitral considera que esta circunstancia es fatal para la reclamación [...] ⁷⁹.

92. Es decir, si lo que plantea el inversor es meramente que en el trato ordinario entre regulado y regulador, este último puede haber cometido algunas irregularidades, tal como dijo el Tribunal en *Azinian*, esto no da de por sí la posibilidad de formular una reclamación al amparo del tratado. Debe alegarse que los tribunales que han conocido del tema han denegado justicia.
93. En el mismo modo se puede citar el asunto *Feldman c. México* donde se planteaba si ciertas diferencias regulatorias surgidas entre las autoridades fiscales mexicanas y un inversor en relación a un negocio de venta de cigarrillos constituían una expropiación⁸⁰. El tribunal observó que el “Demandante, por los actos del Demandado, ya no puede dedicarse al negocio de compra y exportación de cigarros mexicanos” ⁸¹, y que:

[E]s innegable que el Demandante ha experimentado grandes dificultades en su relación con funcionarios de la SHCP y, en ciertos aspectos, ha sido tratado de una forma menos que razonable, pero el trato dispensado de acuerdo con las circunstancias de este caso no llega a constituir una violación del derecho internacional conforme al Artículo 1110⁸².

94. Por lo tanto, a pesar de las dificultades y la actuación poco razonable de las autoridades fiscales mexicanas, la controversia no llegaba a constituir una violación del tratado puesto que era una cuestión de derecho interno en la que eran competentes y habían estado disponibles los tribunales locales:

⁷⁹ *Robert Azinian y otros. c. Estados Unidos Mexicanos* (Caso CIADI No. ARB(AF)/97/2) Laudo, 1 de noviembre de 1999, **Anexo RL-2**, párrs. 82-84, 87, 96-97, 100 (Énfasis en cursiva en el original; énfasis subrayado añadido).

⁸⁰ *Marvin Feldman c. México* (Caso CIADI No. ARB(AF)/99/1) Laudo Final, 16 de diciembre de 2002, **Anexo RL-5**.

⁸¹ *Ibid*, párr. 109.

⁸² *Ibid*, párr. 113.

La posibilidad de recurrir a los tribunales y de iniciar procedimientos administrativos formales, según lo que consta en autos, siempre estuvieron a su alcance y no han sido impugnados en el presente procedimiento por ser inconsistentes con las obligaciones de México conforme al derecho internacional.

[...]

Teniendo en cuenta, según lo señalado previamente, que el Demandante tuvo acceso irrestricto, en todos los momentos pertinentes, a los tribunales mexicanos y a los procedimientos administrativos, [...] no parece haber existido denegación del debido proceso ni denegación de justicia que pudiera llegar en este caso al nivel de una violación del derecho internacional⁸³.

95. También es relevante *Parkerings c. Lituania*, donde el demandante reclamaba que una municipalidad se había comportado irregularmente en relación a la verificación del cumplimiento y posterior terminación de un contrato administrativo. El tribunal rechazó que ello constituía violación del estándar de tratamiento justo y equitativo:

Fair and equitable treatment is denied when the investor is treated in such an unjust or arbitrary manner that the treatment is unacceptable from an international law point of view. Indeed, many tribunals have stated that not every breach of an agreement or of domestic law amounts to a violation of a treaty. For instance, in the *Saluka v. Poland* case, the Tribunal stated:

The Treaty cannot be interpreted so as to penalise each and every breach by the Government of the rules or regulations to which it is subject and for which the investor may normally seek redress before the courts of the host State. [...] something more than simple illegality or lack of authority under the domestic law of a State is necessary to render an act or measure inconsistent with the customary international law requirements [...].

⁸³ *Ibid*, párrs. 134, 140.

Under certain limited circumstances, a substantial breach of a contract could constitute a violation of a treaty. So far, case law has offered very few illustrations of such a situation. In most cases, a preliminary determination by a competent court as to whether the contract was breached under municipal law is necessary. This preliminary determination is even more necessary if the parties to the contract have agreed on a specific forum for all disputes arising out of the contract. For the avoidance of doubt, the requirement is not dependent upon the parties to the contract being the same as the parties to the arbitration.

However, if the contracting-party is denied access to domestic courts, and thus denied opportunity to obtain redress of the injury and to complain about those contractual breaches, then an arbitral tribunal is in position, on the basis of the BIT, to decide whether this lack of remedies had consequences on the investment and thus whether a violation of international law occurred. In other words, as a general rule, a tribunal whose jurisdiction is based solely on a BIT will decide over the “treatment” that the alleged breach of contract has received in the domestic context, rather than over the existence of a breach as such.

In the case at hand, there is no doubt that BP had access to the Lithuanian Courts. [...]

[E]ven supposing that the Agreement has been wrongfully terminated, the Claimant failed to show that the right of BP to complain of the breach of the Agreement has been denied by the Republic of Lithuania and thus that its own investment was actually not accorded, by the Respondent, an equitable and reasonable treatment in such circumstances.

Given the above circumstances, the Arbitral Tribunal cannot reach the conclusion that Article III of the BIT was breached.

[...]

[...] The acts and omissions of the Municipality of Vilnius, in particular any failure to advise or warn the claimant of likely or possible changes to Lithuanian

law, may be breaches of the Agreement but that does not mean they are inconsistent with the Treaty⁸⁴.

96. En este caso, TGH no se queja en su fundamentación jurídica de que el trato dispensado por la justicia guatemalteca, en sí mismo, viole el Tratado, como ya ha sido evidenciado anteriormente⁸⁵, sino esencialmente del comportamiento de la CNEE. Como se dijo en *Parkerings*, esto es insuficiente para dar lugar a una violación del Tratado.
97. Cuando un ente regulador toma una posición distinta a la de un regulado, no queda por ese solo motivo demostrado que el estado ha tratado al inversor en forma contraria al derecho internacional. Según TGH, cualquier diferencia que pudiera tener la CNEE y los tribunales nacionales con su propia interpretación unilateral del marco regulatorio constituye una violación del Tratado. Es una posición extrema. Si fuera verdad, cualquier país que hubiera recibido inversionistas extranjeros en sus sectores regulados se expondría a un reclamo bajo un tratado de protección de inversiones cada vez que el inversionista estuviera en desacuerdo con la posición del regulador.

B. ESTE TRIBUNAL NO TIENE JURISDICCIÓN Y LA RECLAMACIÓN DE TGH ES INADMISIBLE

98. La consecuencia inmediata de lo que se ha expuesto en la Sección A precedente es que este Tribunal no tiene jurisdicción y la reclamación tal como ha sido planteada es inadmisibile:
- (a) El Tribunal no tiene jurisdicción *ratione materiae*. TGH, no plantea una controversia respecto a cuestiones reguladas por el Tratado, como establece el artículo 10.16.1 del Tratado, sino una disputa meramente regulatoria; y

⁸⁴ *Parkerings-Compagniet AS c. Lituania* (Caso CIADI No. ARB/05/8) Laudo, 11 de septiembre de 2007, **Anexo RL-10**, párrs. 315-320, 345 (Énfasis en cursiva en el original; énfasis subrayado añadido).

⁸⁵ Ver Sección II.A.1.g arriba.

- (b) TGH no reclama por denegación de justicia, única reclamación de la que este Tribunal podría conocer.

1. El Tribunal no tiene jurisdicción *ratione materiae*

99. De acuerdo con el artículo 10.16.1(a)(i)(A) del Tratado, Guatemala ha consentido en someter a arbitraje la reclamación de un inversor estadounidense “en la que se alegue [...] que el demandado ha violado: [...] una obligación de conformidad con la Sección A” del Tratado. Esta es la disposición que TGH invoca para someter la presente controversia a este Tribunal⁸⁶. De acuerdo con esta disposición, el consentimiento de Guatemala no se refiere a cualquier tipo de reclamación, sino solo aquella reclamación que verse sobre la violación por parte del Estado guatemalteco de una de las protecciones a la inversión establecidas por el Tratado.
100. A este respecto, es bien sabido que los tribunales internacionales deben examinar la base esencial de las reclamaciones presentadas por los demandantes bajo tratados de protección de inversiones para identificar si efectivamente la controversia presentada califica como reclamación internacional. La caracterización jurídica formal que le quiera dar el demandante no es suficiente.
101. Como dijo el tribunal en *Azinian*, negándose a aceptar sin más que el demandante calificara ciertos actos como de “expropiación” o “destrucción de los derechos”: “Las frases hechas, no obstante, no pueden substituir el análisis”⁸⁷.
102. Lo mismo ha sostenido el tribunal en *Pantechniki c. Albania*, refiriéndose a algunos precedentes relevantes:

This is a matter of capital importance. It is common ground that the relevant test is the one expressed by the America-Venezuela Mixed Commission in the

⁸⁶ Notificación de Arbitraje, párr. 27.

⁸⁷ *Robert Azinian y otros c. Estados Unidos Mexicanos* (Caso CIADI No. ARB(AF)/97/2) Laudo, 1 de noviembre de 1999, **Anexo RL-2**, párr. 90.

Woodruff case (1903): whether or not “the fundamental basis of a claim” sought to be brought before the international forum is autonomous of claims to be heard elsewhere. This test was revitalised by the ICSID *Vivendi* annulment decision in 2002. It has been confirmed and applied in many subsequent cases⁸⁸.

103. Como también afirmó correctamente el tribunal en *UPS c. Canadá*:

[A] claimant’s party mere assertion that a dispute is within the Tribunal’s jurisdiction is not conclusive. It is the Tribunal that must decide. The formulation also importantly recognizes that the Tribunal must address itself to the particular jurisdictional provisions invoked. There is a contrast, for instance, between a relatively general grant of jurisdiction over “investment disputes” and the more particularised grant in article 1116 which is to be read with the provisions to which it refers and which are invoked by UPS. [...]

The International Court of Justice in the *Case concerning Oil Platforms* (Islamic Republic of Iran v United States of America) 1996 ICJ Reports 803, para 16 puts the test in this way:

[The Court] must ascertain whether the violations of the Treaty... pleaded by Iran do or do not fall within the provisions of the Treaty and whether, as a consequence, the dispute is one which the Court has jurisdiction *ratione materiae* to entertain, pursuant to Article XXI, paragraph 2.

That paragraph gave the Court jurisdiction over any dispute between the Parties about “the interpretation or application” of the Treaty.

[...]

Accordingly, the Tribunal’s task is to discover the meaning and particularly the scope of the provisions

⁸⁸ *Pantechniki S.A. Contractors & Engineers c. República de Albania* (Caso CIADI No. ARB/07/21) Laudo, 30 de julio de 2009, **Anexo RL-12**, párr. 61.

which UPS invokes as conferring jurisdiction. Do the facts alleged by UPS fall within those provisions; are the facts capable, once proved, of constitution breaches of the obligations they state?⁸⁹.

104. Por tanto, la mera aseveración de TGH de que su demanda recae bajo la jurisdicción de este Tribunal no es suficiente. Se debe analizar la base esencial o fundamental de la demanda, que no es otra que la disputa con la CNEE sobre el modo como debe de aplicarse el procedimiento de revisión tarifaria, para determinar si esto da lugar a una reclamación bajo el Tratado.
105. TGH en su demanda se abona al método de “etiquetar” sus reclamaciones como basadas en el Tratado, y recurrir a frases hechas sobre las pretendidas medidas “arbitrarias,” “ilegítimas,” “abusivas,” y adoptadas por “motivos políticos” por la CNEE, como si esto bastara para dar un fundamento válido en el Tratado a su reclamación⁹⁰. Pero TGH no puede pretender que el utilizar estos términos le baste para camuflar su demanda como reclamación bajo el Tratado.
106. Como sostiene la jurisprudencia, se debe examinar la base fundamental de la reclamación presentada. Si se hace esto en el caso presente, como hemos expuesto en la sección que antecede⁹¹, se evidencia que los hechos que relata TGH en realidad denotan simplemente un desacuerdo entre regulador y regulado y no una controversia bajo el Tratado.
107. Esto es lo que hizo por ejemplo el tribunal en el caso *Azinian* al que ya nos hemos referido arriba. El análisis relevante de dicho tribunal se encuentra contenido en una sección titulada “[v]alidez de la reclamación con arreglo al TLCAN”⁹², donde

⁸⁹ *United Parcel Service of America, Inc. c. Canadá* (Caso CNUDMI), Decisión sobre Jurisdicción, 22 de noviembre de 2002, **Anexo RL-4**, párrs. 34, 35, 37.

⁹⁰ Ver, por ejemplo, Memorial de Demanda, párrs. 228, 259, 263, 272 y título de la Sección III.C.

⁹¹ Ver Sección II.A.1 arriba.

⁹² *Robert Azinian y otros c. Estados Unidos Mexicanos* (Caso CIADI No. ARB(AF)/97/2) Laudo, 1 de noviembre de 1999, **Anexo RL-2**, título de la Sección VI.

el tribunal examina si la reclamación cumple con el requisito del artículo 1116 del TLCAN que establece:

[E]l inversionista de una Parte podrá someter a arbitraje una reclamación en el sentido de que otra Parte ha violado una obligación establecida en [...] la Sección A [sobre las protecciones sustantivas a la inversión].

108. Es decir, el tribunal en *Azinian* analiza el requisito de que “[s]ólo pueden someterse reclamaciones al arbitraje inversionista-Estado con base en el Capítulo Once cuando están fundadas en la violación de una obligación establecida en la Sección A”⁹³, esto es, reclamaciones basadas en las protecciones sustantivas a la inversión que establece el TLCAN.
109. La disposición relevante del Tratado en el caso presente (artículo 10.16.1(a)(i)(A) del Tratado) es idéntica a la del TLCAN examinada por el Tribunal en *Azinian*. Por lo tanto, el presente Tribunal, retomando el lenguaje de *Azinian*, debe examinar como cuestión jurisdiccional la “validez de la reclamación con arreglo al” Tratado, porque “[s]ólo pueden someterse reclamaciones al arbitraje inversionista-Estado con base” al Capítulo 10 del Tratado “cuando est[é]n fundadas en la violación de una obligación establecida en la Sección A” Capítulo 10 del Tratado.
110. En este contexto la pregunta es ¿Puede TGH presentar una reclamación bajo el Tratado simplemente alegando que la CNEE habría supuestamente interpretado y aplicado erróneamente el proceso de revisión quinquenal de las tarifas de EEGSA, cuando además la Corte de Constitucionalidad de Guatemala ha dado la razón a la CNEE? La respuesta es no. La jurisprudencia que hemos detallado arriba lo ha establecido claramente en casos similares⁹⁴ Debe de alegarse y probarse denegación de justicia.

⁹³ *Ibid.*, párr. 82, refiriéndose al artículo 1116 del TLCAN.

⁹⁴ Ver secciones II.A.2 arriba.

111. Así lo dijo claramente, por ejemplo, el tribunal en *Azinian* que ya ha sido citado arriba, pero vale la pena reiterar:

[...] Es una circunstancia ordinaria de la vida en todo lugar que las personas puedan decepcionarse en sus tratos con las autoridades públicas, y que esta decepción se repita cuando los tribunales nacionales rechazan sus reclamaciones. Podemos tener la certeza de que existen muchas empresas *mexicanas* que han tenido relaciones comerciales con entidades gubernamentales las cuales no han concluido a su satisfacción; México probablemente no sea distinto de otros países en este sentido. El TLCAN no tiene por objeto proporcionar a los inversionistas extranjeros una protección irrestricta frente a este tipo de desengaños, y ninguna de sus disposiciones permite entenderlo de otro modo.

[...]

Una autoridad pública no puede ser inculpada por realizar un acto respaldado por sus tribunales *a menos que los propios tribunales sean desautorizados en el plano internacional*⁹⁵.

112. Así pues, a un ente regulador que toma una decisión en el ejercicio de sus competencias, por más equivocado que esté, no se le puede imputar una violación de un tratado de protección de inversiones. Esto es así, en particular, cuando se han manifestado los propios tribunales, que son los órganos llamados a resolver sobre dichas supuestas irregularidades. En este escenario, una imputación de responsabilidad internacional del Estado debe centrarse en dichas decisiones judiciales, y alegar denegación de justicia, que TGH no alega tal como veremos en la sección siguiente.

⁹⁵ *Robert Azinian y otros. c. Estados Unidos Mexicanos* (Caso CIADI No. ARB(AF)/97/2) Laudo, 1 de noviembre de 1999, **Anexo RL-2**, párrs 83, 97 (Énfasis en cursiva en el original, énfasis subrayado añadido).

2. El desacuerdo ha sido resuelto por los tribunales locales que no han denegado justicia a TGH, y en cualquier caso TGH no lo alega

a. TGH solo podría haber presentado una alegación de denegación de justicia

113. En un escenario como el presente de meras discrepancias del inversor con la actuación de un ente administrativo y en el que además, y correctamente, dichas discrepancias han sido sometidas a los órganos judiciales locales, la única reclamación hipotéticamente posible bajo el Tratado sería que los tribunales locales han denegado justicia. La cuestión es muy simple: cuando se producen este tipo de situaciones de desacuerdo entre regulador y regulado, no poco habituales en cualquier estado, lo que el estado debe garantizar es que sus tribunales, los órganos llamados a resolver este tipo de controversias, estén disponibles, actúen en el respeto del debido proceso y sus decisiones no sean aberrantes. En este tipo de circunstancias, al estado no se le pueden reprochar acciones de un ente regulador, puesto que otro poder del estado, los tribunales, ha sido llamado a intervenir y ha actuado correctamente al juzgar dichas acciones. Es solo cuando esto no suceda que la responsabilidad internacional del estado queda comprometida.
114. Con otras palabras, la actuación correcta o incorrecta de Guatemala bajo el Tratado y el derecho internacional no puede juzgarse únicamente en base a si un ente como la CNEE ha actuado acertada o desacertadamente en el ejercicio de sus funciones. Esto se olvidaría de lo fundamental en este asunto, como es la decisión de EEGSA y TGH de recurrir a los tribunales guatemaltecos, y la intervención de estos. Este Tribunal está llamado a enjuiciar la conducta del estado, y esto incluye necesariamente y en primer lugar la acción de sus tribunales, y no meramente la de un órgano administrativo cuya conducta ha sido precisamente sometida a la consideración de dichos tribunales. Por tanto, la responsabilidad internacional de Guatemala debe juzgarse en función de si los tribunales de Guatemala han dado a EEGSA y TGH la oportunidad de hacer valer su posición respecto a la acción de la CNEE y sus decisiones no son contrarias a un elemental criterio de justicia.

115. Sin embargo, TGH construye prácticamente toda su argumentación alrededor del quehacer de la CNEE. Las decisiones de la Corte de Constitucionalidad de 18 de noviembre de 2009 y 24 de febrero de 2010 que dan la razón a la CNEE, merecen mención en tan solo un párrafo de la parte jurídica del Memorial de Demanda⁹⁶, y en otros nueve de la descripción factual⁹⁷, de un escrito de más de 300 párrafos. En dichos párrafos, TGH, al amparo de la opinión de su perito el profesor Alegría, simplemente dice que “la decisión de la Corte constituye un error”, o es “incorrecta”, o que “erróneamente, la corte falló que [...] la decisión de la Comisión Pericial no era vinculante”⁹⁸. Añade simplemente, que la decisión de la Corte “parecen haber sido influenciada por consideraciones políticas”⁹⁹, pero sin aportar demostración, fundamento o prueba alguna. Ahora bien, sin argumentar y demostrar que la Corte de Constitucionalidad denegó justicia a EEGSA y TGH, lo que no es coincidencia puesto que no existió tal denegación de justicia, no se puede ni tan siquiera plantear que Guatemala haya violado el Tratado.
116. Así lo han entendido los tribunales arbitrales internacionales ante los que se han planteado cuestiones similares a las que TGH presenta en este arbitraje, y que se han citado anteriormente. En un escenario como el presente, si TGH quiere que se juzgue a Guatemala como estado debe explicar qué habrían hecho mal, en violación del derecho internacional, los tribunales de Guatemala, llamados subsiguientemente por la propia EEGSA a intervenir en el desacuerdo y que dieron la razón a la CNEE. Como sostuvo el tribunal en *Azinian*, “[u]na autoridad pública no puede ser inculpada por realizar un acto respaldado por sus tribunales

⁹⁶ Memorial de Demanda, párr. 277.

⁹⁷ *Ibid.*, párrs. 211-219.

⁹⁸ *Ibid.*, párrs. 212, 213, 218.

⁹⁹ *Ibid.*, párrs. 212.

*a menos que los propios tribunales sean desautorizados en el plano internacional”*¹⁰⁰.

117. Esto implica no simplemente disentir de las decisiones de los tribunales sino demostrar que actuaron en violación del derecho internacional (por ejemplo en modo claramente arbitrario y sin respetar el proceso debido, esto es, denegando justicia). Dejar de lado esta cuestión, diciendo simplemente que la Corte de Constitucionalidad cometió un error o estaba influenciada políticamente, sin prueba alguna, mientras se continúan invocando los supuestos errores de la CNEE que fueron examinados por los tribunales, significa seleccionar deliberadamente un aspecto de la conducta supuestamente adversa que se imputa al Estado guatemalteco, la conducta de la CNEE, porque así se espera evitar tener que entrar a explicar que los tribunales locales han fallado en su contra. TGH no puede proceder de este modo, puesto que lo que se juzga es la conducta de Guatemala y ésta incluye, como cuestión más importante, la actuación de sus tribunales.

118. Para ser claros, lo que TGH debería haber alegado pero no alega, es denegación de justicia. Como dijo el tribunal en *Azinian* “[l]o que debe demostrarse es que la propia decisión judicial constituye una infracción del tratado. [...] los demandantes deben acreditar una denegación de justicia o una pretensión de forma para conseguir un fin internacionalmente ilícito”¹⁰¹.

b. TGH no alega denegación de justicia por parte de los tribunales de Guatemala, y en cualquier caso no ha existido ninguna denegación de justicia

119. EEGSA y TGH recurrieron ante los tribunales locales, correctamente dada la naturaleza regulatoria y de derecho guatemalteco de su desacuerdo con la CNEE, para hacer valer su interpretación del marco regulatorio y contractual. Las

¹⁰⁰ *Robert Azinian y otros. c. Estados Unidos Mexicanos* (Caso CIADI No. ARB(AF)/97/2) Laudo, 1 de noviembre de 1999, **Anexo RL-2**, párr. 97 (Énfasis en el original).

¹⁰¹ *Ibid.*, párr. 99 (Énfasis en el original).

decisiones han sido tanto favorables como desfavorables a EEGSA y TGH, pero en ningún caso se ha privado de acceso a los tribunales a EEGSA y TGH, y tampoco TGH sugiere que las decisiones que le han sido desfavorables constituyen una denegación de justicia bajo el derecho internacional.

120. El tribunal en *Pantechniki* explicó lo que es una denegación de justicia, que no es un error en la interpretación del derecho local, sino un error que “no competent judge could reasonably have made”, es decir, que el estado no haya proporcionado “even a minimally adequate justice system”¹⁰². En el asunto *Jan de Nul c. Egipto*, el tribunal afirmó, en modo similar, que:

It is not the role of a tribunal constituted on the basis of a BIT to act as a court of appeal for national courts. The task of the Tribunal is rather to determine whether the Judgment is “clearly improper and discreditable” in the words of the *Mondev* tribunal¹⁰³.

121. En el caso *Mondev c. Estados Unidos*, el tribunal falló que “it is not the function of NAFTA tribunals to act as courts of appeal [...] the question is whether [...] the impugned decision was clearly improper and discreditable [...]”¹⁰⁴.
122. Jan Paulsson, en la monografía más reciente sobre denegación de justicia, explica que una mala aplicación del derecho interno por parte de los jueces nacionales no debe entenderse como denegación de justicia:

The general rule is that the final word as to the meaning of national law should be left with the national judiciary. [...] De Visscher put it as follows:

The mere violation of internal law may never justify an international claim on denial of justice. It may be that

¹⁰² *Pantechniki S.A. Contractors & Engineers c. República de Albania* (Caso CIADI No. ARB/07/21) Laudo, 30 de julio de 2009, **Anexo RL-12**, párr. 94.

¹⁰³ *Jan de Nul N.V. & Dredging International N.V. c. República Árabe de Egipto* (Caso CIADI No. ARB/04/13) Laudo, 6 de noviembre de 2008, **Anexo RL-11**, párr. 209.

¹⁰⁴ *Mondev International Ltd. c. Estados Unidos* (Caso CIADI No. ARB(AF)/99/2) Laudo, 11 de octubre de 2002, **Anexo CL-31**, párrs. 126-127.

the defectiveness of internal law, the refusal to apply it, or its wrongful application by judges, constitute elements of proof of a denial of justice, in the international understanding of the expression; but in and of themselves they never constitute this denial. In sum: *Errare humanum est*: error in good faith excludes responsibility.

[...]

The erroneous application of national law cannot, in itself, be an international denial of justice. Unless somehow qualified by international law, rights created under national law are limited by national law, including the principle that by operation of the fundamental rule of *res judicata* a determination by a court of final appeal is definitive. So even if an instance of municipal *mal jugé* is given weight by international adjudicators when determining that there has been a denial of justice, on the footing that rights created under national law have been so blatantly disregarded as to compel conviction with respect to violation of international standards as proscribing discrimination, bias, undue influence, or the like, it remains the case that the international wrong is not the misapplication of national law.

[...]

[T]o declare that judgments under national law are rationally unsustainable may expose the international jurisdiction to the criticism that it does not have an adequate intellectual foundation in the relevant national law.

It may seem that this discussion seriously undercuts the conclusion of the previous section (the general rule of non-revision) as well as the title of the present one. What needs to be understood is that even if in extreme cases the substantive quality of a judgment may lead to a finding of denial of justice, the objective of the

international adjudicator is *never* to conduct a substantive review¹⁰⁵.

123. Nada de esto ha sido alegado por TGH. Como se ha dicho arriba, la actuación de los tribunales de Guatemala prácticamente no es mencionada en la parte jurídica del Memorial de Demanda¹⁰⁶.
124. No sorprende que TGH no haga este tipo de alegaciones. La Corte de Constitucionalidad, en sus decisiones de 18 de noviembre de 2009 y 24 de febrero de 2010, ha resuelto las reclamaciones de EEGSA/TGH después de otorgar a las partes una plena oportunidad de explayar su argumentación en forma escrita y oral¹⁰⁷. Además, las decisiones son razonadas y fundamentadas.
125. En la sentencia de 18 de noviembre 2009¹⁰⁸, la Corte de Constitucionalidad, por mayoría de sus miembros, decidió sobre el carácter vinculante o no del pronunciamiento de la Comisión Pericial, y la facultad de la CNEE de aprobar el estudio independiente de la consultora contratada por la CNEE y, sobre la base del mismo, la facultad de adoptar los pliegos tarifarios. Este es también el núcleo de la reclamación de TGH ante este Tribunal. El razonamiento de la Corte, en modo resumido, fue el siguiente:
- (a) La CNEE es la única entidad facultada para aprobar las tarifas y no está autorizada a delegar esta función¹⁰⁹;

¹⁰⁵ J Paulsson, *Denial of Justice in International Law*, Cambridge University Press, 2005, **Anexo RL-8**, págs. 73, 81, 83-84 (Énfasis en el original).

¹⁰⁶ Ver Sección II.A.1.g arriba.

¹⁰⁷ Ver Sentencia de la Corte de Constitucionalidad, Expedientes Acumulados Nos. 1836-1846-2009, 18 de noviembre de 2009, **Anexo R-105**, págs. 13-15; Sentencia de la Corte de Constitucionalidad, Expediente No. 3831-2009, 24 de febrero de 2010, **Anexo R-110**, págs. 13-16.

¹⁰⁸ Sentencia de la Corte de Constitucionalidad, Expedientes Acumulados Nos. 1836-1846-2009, 18 de noviembre de 2009, **Anexo R-105**.

¹⁰⁹ *Ibid*, págs. 30-32.

- (b) La Comisión Pericial tiene la sola función de emitir un pronunciamiento en caso de discrepancias entre el estudio del VAD presentado por el distribuidor y los Términos de Referencia dictados por la CNEE¹¹⁰;
 - (c) Una vez que ha emitido su pronunciamiento, el ordenamiento no prevé ninguna otra función adicional para la Comisión Pericial¹¹¹;
 - (d) Además, de acuerdo con la naturaleza consultiva de los dictámenes periciales en el derecho de Guatemala y la responsabilidad de la CNEE en la adopción de las tarifas, el pronunciamiento de la Comisión Pericial no puede tener carácter vinculante¹¹²; y
 - (e) La Corte concluye afirmando el carácter reglado de la función de la CNEE de aprobar las tarifas, que deben reflejar los criterios fijados en la ley, en concreto los costos, incluido el costo de capital, pero aclara que esta cuestión no fue sometida a decisión de la Corte¹¹³.
126. Por su parte en la sentencia de 24 de febrero de 2010, la Corte de Constitucionalidad determina que:
- (a) la regulación no otorga a la Comisión Pericial otra función que la de pronunciarse sobre las discrepancias entre la CNEE y el distribuidor¹¹⁴;
 - (b) La disolución de la Comisión Pericial cuando ésta ya había emitido su pronunciamiento no puede causar agravio a EEGSA¹¹⁵; y

¹¹⁰ *Ibid*, págs. 23-26.

¹¹¹ *Ibid*, pág. 25.

¹¹² *Ibid*, págs. 23, 31-32.

¹¹³ *Ibid*, págs. 32-33.

¹¹⁴ Sentencia de la Corte de Constitucionalidad, Expediente No. 3831-2009, 24 de febrero de 2010, **Anexo R-110**, págs. 31-32.

¹¹⁵ *Ibid*, pág. 32.

- (c) El pronunciamiento de la Comisión Pericial no puede ser vinculante, de acuerdo con la naturaleza consultiva de los dictámenes de peritos en derecho guatemalteco y la obligación y responsabilidad indelegable de la CNEE respecto a la adopción de las tarifas, de acuerdo con los principios de legalidad y de función pública¹¹⁶.
127. Así pues, las cuestiones planteadas fueron examinadas en profundidad y las sentencias son razonadas. Lo que plantea TGH es que la Corte de Constitucionalidad se equivocó. Es decir, no le gusta lo que decidió la Corte. TGH puede lógicamente disentir, pero esto no es denegación de justicia. TGH es consciente de ello y no alega denegación de justicia.
128. Como TGH no se atreve a alegar denegación de justicia, puesto que no ha existido, pretende crear alguna duda sobre la justicia guatemalteca citando, en una nota a pie de página de su Memorial de Demanda, algunos informes de organizaciones no gubernamentales que habrían expresado críticas al respecto¹¹⁷. Estos informes no respaldan las alegaciones de TGH¹¹⁸. La Corte de Constitucionalidad no ha tenido reparos en apoyar aumentos tarifarios a EEGSA incluso cuando resultaban impopulares¹¹⁹, y ha demostrado su independencia del poder político en numerosas ocasiones¹²⁰.

¹¹⁶ *Ibid*, págs. 32-34.

¹¹⁷ Memorial de Demanda, nota a pie de página 1057.

¹¹⁸ El informe de la International Commission of Jurists (**Anexo CL-90**) basa sus conclusiones en un caso relativo a la candidatura del General Ríos Montt a la Presidencia de la República que fue decidido por la Corte de Constitucionalidad en ejercicio entre 2001-2006, cuya composición era distinta de la Corte que decidió los amparos promovidos por EEGSA. También es importante hacer notar que la Corte en ejercicio en el período 2006-2011 invalidó y sustrajo de la jurisprudencia el fallo en cuestión. Sentencia de la Corte de Constitucionalidad, Expediente 2395-2006, 10 de octubre de 2006, **Anexo R-32**, pág. 7. Por otro lado, el informe de Transparency International (**Anexo CL-100**) no trata sobre la Corte de Constitucionalidad, pero sobre la justicia común. Además, el informe se refiere a la situación antes del 2005, la cual ha cambiado a partir de la instalación en el 2007 de la Comisión Internacional Contra la Impunidad en Guatemala (CICIG). International Commission Against Impunity in Guatemala, “Two Years of Work: a Commitment to Justice”, **Anexo R-159**.

¹¹⁹ En el 2010, por ejemplo, la Corte de Constitucionalidad permitió la implementación de aumentos tarifarios en favor de EEGSA atacados por el Procurador de los Derechos Humanos de Guatemala

C. CONCLUSIÓN: TGH NO PRESENTA UNA RECLAMACIÓN INTERNACIONAL VÁLIDA NI ADMISIBLE Y ESTE TRIBUNAL NO TIENE JURISDICCIÓN, POR LO QUE NO DEBE ENTRAR EN EL FONDO DE ESTE ASUNTO

129. Como se ha explicado en lo que antecede, TGH se ha limitado a presentar ante este Tribunal un desacuerdo con la CNEE, puramente de derecho guatemalteco, sobre el modo como debía interpretarse y aplicarse el marco regulatorio para la revisión quinquenal de las tarifas de EEGSA para el periodo 2008-2013, ya resuelto por la justicia guatemalteca dando la razón a la CNEE. Esta no es una reclamación internacional válida. Un órgano regulador no viola un tratado de protección de inversiones cada vez que, en ejercicio de sus competencias, toma una decisión con la que un regulado está en desacuerdo, cuando además los propios tribunales locales han dado razón al regulador. Tampoco violan un tratado de protección de inversiones los tribunales locales cuyas decisiones no gustan a un inversor extranjero. Debe alegarse denegación de justicia, que TGH aquí no alega.
130. Este Tribunal no puede actuar como corte de apelación de tercera o cuarta instancia en cuestiones de derecho guatemalteco, ni mucho menos puede rehacer la revisión tarifaria y determinar el VAD de EEGSA como si fuera el regulador de los servicios de distribución eléctrica de Guatemala. El Tratado lo excluye cuando establece que se podrá someter a arbitraje la reclamación de un inversor

Sentencia de la Corte de Constitucionalidad, Expedientes Acumulados Nos. 719-2010, 721-2010, 722-2010, 723-2010, 724-2010, 3 de marzo de 2010, **Anexo R-113**, págs. 4-6.

- ¹²⁰ También en el 2010, por ejemplo, la Corte de Constitucionalidad dispuso la remoción del Ministro de Educación, Sr. Bienvenido Argueta, uno de los Ministros mas influyentes del Gobierno Sentencia de la Corte de Constitucionalidad, Expediente No. 4255-2009, 25 de febrero de 2010, **Anexo R-111**, pág. 9; y dispuso la remoción del Fiscal General de la República y Jefe del Ministerio Publico, Conrado Reyes, pocos días después de este haber sido nombrado por el entonces Presidente Álvaro Colom (Sentencia de la Corte de Constitucionalidad, Expedientes Acumulados Nos. 1477, 1478, 1488, 1602, 1630-2012, 10 de junio de 2010, **Anexo R-120**, pág. 11). También fue la Corte de Constitucionalidad la que recientemente rechazó la candidatura a la Presidencia de la República de Sandra Torres, quien fuera esposa del entonces Presidente Álvaro Colom (Sentencia de la Corte de Constitucionalidad, Expediente No. 2906-2011, 8 de agosto de 2011, **Anexo R-141**, pág. 62).

estadounidense “en la que se alegue [...] que el demandado ha violado: [...] una obligación” sobre protección de inversiones del Tratado ¹²¹.

131. En conclusión, TGH no presenta una reclamación internacional válida ni admisible y este Tribunal no tiene jurisdicción, por lo que no debe entrar en el fondo de este asunto.

III. LOS HECHOS

A. LA REPÚBLICA DE GUATEMALA

132. Con una extensión de 108.889 km², y una población de 14,7 millones de habitantes, la República de Guatemala es un país centroamericano ubicado al sur de México y al norte de Honduras y El Salvador.
133. Durante la segunda parte del siglo XX, Guatemala alternó gobiernos militares y civiles, y padeció durante 36 largos años una cruenta guerra civil que enfrentó a distintos sectores de la sociedad. No fue hasta el año 1996 que Guatemala pudo poner fin a dicha guerra con la firma de un acuerdo de paz entre el Gobierno y la Unidad Revolucionaria Nacional Guatemalteca (URNG)¹²².
134. El Gobierno de Guatemala decidió entonces tomar la gran oportunidad que le brindaba la firma del acuerdo de paz para revertir la situación institucional y social del país. A tal fin, el Gobierno inició un proceso de reformas estructurales que modernizó el marco legal e institucional, y que colocó a Guatemala entre los diez países que más reformas adoptaron en el mundo¹²³. Asimismo, el Gobierno puso en marcha un proyecto de desarrollo social, cuyo objetivo primordial era el de reducir los niveles de pobreza a través de la restructuración del gasto público,

¹²¹ CAFTA-RD, art. 10.16.

¹²² Acuerdo de Paz Firme y Duradera suscrito entre el Gobierno de la República de Guatemala y la Unidad Revolucionaria Nacional de Guatemala (URNG), 29 de diciembre de 1996, **Anexo R-10**.

¹²³ Banco Mundial, Departamento América Central, Unidad de Reducción de Pobreza y Gestión Económica, Región de América Latina y el Caribe, “Guatemala, Evaluación de la Pobreza”, 18 de marzo de 2009, **Anexo R-101**, pág. 105.

la disminución sustancial de los recursos dedicados a la defensa y el incremento de la inversión social¹²⁴. A través de dicho proceso de reforma se logró, entre otros: (i) promover la transparencia institucional; (ii) mejorar la gestión de las finanzas públicas; (iii) aumentar sustancialmente el gasto social¹²⁵, que antes de la reforma se colocaba como uno de los más bajos de Latinoamérica; (iv) mejorar la oferta educativa para los sectores más marginados; (v) poner en marcha nuevos programas de nutrición infantil; (vi) generar un crecimiento económico constante; y (vii) promover la competitividad de la economía¹²⁶. Además, desde 1996, la gestión económica en su conjunto ha sido sólida, manteniéndose el déficit fiscal bajo y la inflación en constante descenso¹²⁷.

135. Las políticas de los sucesivos Gobiernos se han orientado a modernizar la infraestructura del país, con especial énfasis en los sectores de energía y telecomunicaciones, con el objetivo de poder brindar a la población servicios de calidad a tarifas razonables. Estas políticas han sido acompañadas, en ocasiones, con políticas de subsidios y tarifas sociales financiadas directamente por el Estado¹²⁸.
136. Gracias a esta política de desarrollo, y al respeto del marco legal e institucional, Guatemala ha logrado atraer importantes niveles de inversión extranjera directa, tal como se ilustra en el siguiente gráfico¹²⁹:

¹²⁴ *Ibid.*, pág. vii.

¹²⁵ De cinco por ciento a seis por ciento del PIB entre 2004 y 2006. *Ibid.*, pág. 4.

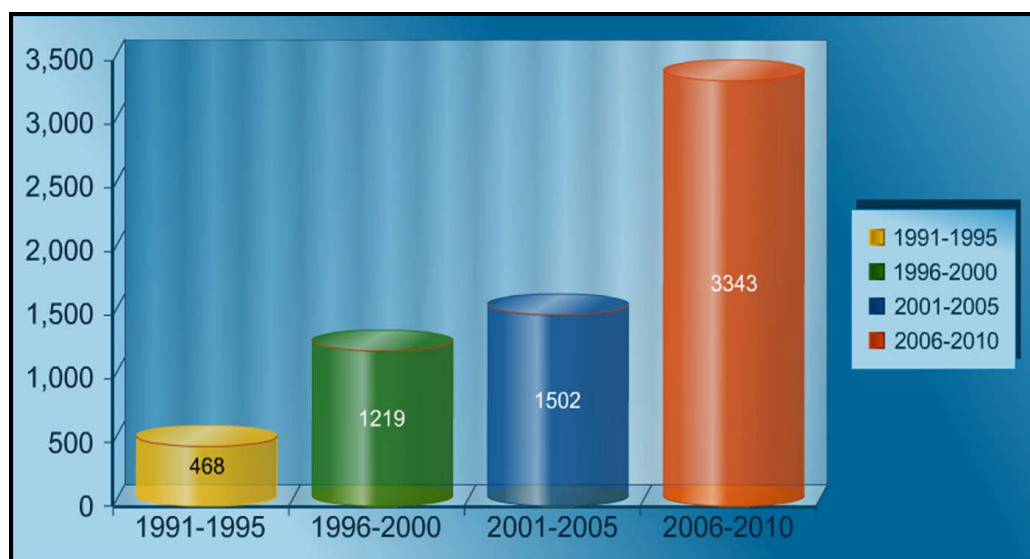
¹²⁶ *Ibid.*, págs. 4-5.

¹²⁷ *Ibid.*

¹²⁸ Ver, *eg*, “Utilidades del Estado se destinarán para subsidio”, *Prensa Libre*, 3 de julio de 2010, **Anexo R-124** (“Con las utilidades que corresponden al Estado, por su participación accionaria en la EEGSA, se cubrirá la mayor parte del subsidio extraordinario para la energía eléctrica, que asciende a Q127 millones, para la tarifa no social del trimestre de mayo a julio.”); Acuerdo Gubernativo No. 188-2010, 2 de julio de 2010, **Anexo R-122**; Ley de la Tarifa Social, Decreto 96-2000, 29 de diciembre de 2000, publicado en el Diario de Centro América No. 68 el 2 de enero de 2001, **Anexo C-52**.

¹²⁹ Comisión Económica para América Latina y el Caribe, “La Inversión Extranjera Directa en América Latina y el Caribe 2009”, mayo de 2010, **Anexo R-115**, págs. 36 y 75; Comisión

Inversión Extranjera Directa en Guatemala



Inversión total por período indicado en millones de US\$

137. A pesar de las recientes crisis financieras globales, Guatemala continúa siendo uno de los países de Centroamérica con mayor flujo de inversión extranjera directa¹³⁰. Cabe destacar que Guatemala, a diferencia de otros países de la región, no forma parte del grupo de países de la llamada Alianza Bolivariana para las Américas (ALBA), ni ha adoptado ninguna política de nacionalización de inversiones extranjeras. Por el contrario, Guatemala sigue atrayendo proyectos de inversión del sector privado, en particular, el propio sector eléctrico guatemalteco ha recibido en los últimos años un flujo de inversión por parte de capitales extranjeros sin precedentes¹³¹.

Económica para América Latina y el Caribe, “La Inversión Extranjera Directa en América Latina y el Caribe 2010”, mayo de 2011, **Anexo R-137** págs. 33 y 65; World Bank, Foreign Direct Investment, net inflows, <http://data.worldbank.org/indicator/BX.KLT.DINV.CD.WD>, 2011, **Anexo R-136**.

¹³⁰ Comisión Económica para América Latina y el Caribe, “La Inversión Extranjera Directa en América Latina y el Caribe 2009”, mayo de 2010, **Anexo R-115**, pág. 12.

¹³¹ Colom, **Apéndice RWS-1**, párrs. 162-165.

B. LA PRIVATIZACIÓN DEL SECTOR ELÉCTRICO EN GUATEMALA

138. Las partes concuerdan en general con las razones que impulsaron la privatización del sector eléctrico. Sin embargo, en su Memorial de Demanda, TGH provee una descripción distorsionada e infundada del marco regulatorio en base al cual TGH realizó su inversión y de sus expectativas legítimas al invertir en Guatemala¹³². En particular, TGH 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. Luego de describir brevemente el proceso de privatización del sector eléctrico guatemalteco, en la presente sección Guatemala presenta la descripción de dicho marco a la luz de los textos legales y la prueba documental existente.

1. El origen del proyecto de privatización del sector eléctrico de Guatemala

139. Durante la segunda mitad de los años noventa, y en el marco de las reformas institucionales y sociales descritas en la Sección A precedente, Guatemala decidió privatizar algunos de los sectores que estaban bajo control del Estado, incluido el sector eléctrico¹³³, con el fin de limitar el gasto público y poder financiar las políticas de desarrollo social que se estaban promoviendo¹³⁴.
140. Desde 1959, las actividades de generación, transporte y distribución eléctrica en Guatemala habían estado bajo el control casi monopolístico del organismo público Instituto Nacional de Electricidad (**INDE**). A mediados de los noventa, sin embargo, el 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. Una de las razones principales de la falta de recursos era que la tarifa de electricidad, propuesta por el INDE pero determinada

¹³² Memorial de Demanda, secciones II.B y C.

¹³³ Además se privatizaron, entre otros, los sectores de comunicaciones, carreteras, ferrocarriles y correos.

¹³⁴ Acuerdo Gubernativo No. 865-97, 18 de diciembre de 1997, **Anexo C-23**, segundo considerando.

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 Gobierno¹³⁵.

141. La falta de recursos del Estado para compensar los costos no cobrados a los usuarios dejó al INDE sin medios para atender la creciente demanda de electricidad. En vista de ello, a partir de 1990 comenzó a considerarse la posibilidad de desmonopolizar y descentralizar el sector eléctrico¹³⁶. Así, 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 sector¹³⁷. Dicho 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 operación¹³⁸.
142. Siguiendo dichas recomendaciones, en diciembre de 1994 el Gobierno modificó la ley del INDE para permitir la desmonopolización del sector y el ingreso de actores privados que compitieran con la empresa estatal¹³⁹. Asimismo, el artículo 50 de la ley de reforma del INDE previó que, en un plazo máximo de seis meses, se debía presentar al Congreso una propuesta global de reforma del sector¹⁴⁰.
143. En el contexto de dicha directiva legal, se presentaron varios proyectos de ley, los cuales fueron discutidos y analizados en la Comisión de Energía y Minas del

¹³⁵ Memorial de Demanda, párr. 12; Declaración de Testigo Enrique Moller Hernández, 24 de enero de 2012, (en adelante **Moller**), **Apéndice RWS-2**, párr. 6.

¹³⁶ Moller, **Apéndice RWS-2**, párr. 6.

¹³⁷ JS Bernstein y JJ Descazeaux, “Restructuring the Power Sector in Guatemala: Analysis of Decentralization and Private Participation Mechanisms: Final Report”, junio de 1993, **Anexo R-3**, pág. 1.

¹³⁸ *Ibid.*, págs. 4-5.

¹³⁹ Ley Orgánica del Instituto Nacional de Electrificación, Decreto del Congreso 64-94, 7 de diciembre de 1994, publicado en el Diario de Centro América No. 86 el 20 de febrero de 1995, **Anexo R-4**. El INDE había sido creado a su vez por Decreto-Ley 1287 del año 1959, **Anexo R-1**.

¹⁴⁰ Moller, **Apéndice RWS-2**, párr. 8; Ley Orgánica del Instituto Nacional de Electrificación, Decreto del Congreso 64-94, 7 de diciembre de 1994, publicado en el Diario de Centro América No. 86 el 20 de febrero de 1995, **Anexo R-4**, art. 50.

Congreso. Para la elaboración del texto de la ley y del reglamento de electricidad, Guatemala contó con el asesoramiento de Synex, reconocidos consultores chilenos, cuyo equipo incluía al Ing. Bernstein, quien ya había asesorado al Gobierno en relación con la desmonopolización del sector¹⁴¹. En la preparación del proyecto de ley, que se basaba en gran medida en el modelo chileno, también se consideraron los modelos regulatorios del sector eléctrico en Gran Bretaña y Argentina¹⁴². Notamos que el experto jurídico de derecho guatemalteco de Guatemala en este arbitraje, el doctor Juan Luis Aguilar Salguero, fue contratado por USAID para asesorar en derecho guatemalteco al Ing. Bernstein y, por lo tanto, estuvo directamente involucrado en la reforma de la regulación¹⁴³.

144. Tal como lo explica el Ingeniero Enrique Moller Hernández, actual director de la CNEE y miembro del equipo encargado del proyecto de reforma de la regulación del sector eléctrico, 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 Político¹⁴⁴. Era por consiguiente importante establecer un mecanismo para limitar la influencia política en la designación de los miembros que integrarían ese organismo. Dado el gran prestigio que se le reconocía al sector universitario en Guatemala, y en especial a la Universidad de San Carlos, por su importante participación en los proyectos de reforma que estaban teniendo lugar en Guatemala, se propuso que el sector universitario, junto con los agentes del mercado mayorista (esto es, los actores privados del sector y, en particular, los distribuidores como EEGSA) y el Ministerio de Energía y Minas (**MEM**), fueran quienes respectivamente interviniesen en la designación de los miembros del directorio del ente. De este

¹⁴¹ USAID, Proyecto de Ley General de Electricidad y de su Reglamento: Borrador Final, 4 de abril de 1995, **Anexo R-6**, preámbulo.

¹⁴² Moller, **Apéndice RWS-2**, párr. 9; Contrato de Servicios entre EEGSA y el Estado de Guatemala, 10 de septiembre de 1998, **Anexo R-19**.

¹⁴³ Informe del experto Dr. Juan Luis Aguilar Salguero, 24 de enero de 2012 (en adelante **Aguilar**), **Apéndice RER-3**, párrs. 5.

¹⁴⁴ Moller, **Apéndice RWS-2**, párr. 13.

- modo, el MEM, los rectores de las universidades y los agentes del mercado propondrían ternas al ejecutivo quien seleccionaría a uno de cada sector, para formar el Directorio del ente regulador¹⁴⁵.
145. Con el propósito de fijar las tarifas de un modo objetivo y en base a una metodología basada en criterios técnicos y económicos, entre los varios modelos analizados, 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 República Dominicana¹⁴⁶.
146. A fin de limitar ganancias excesivas y asegurar eficiencias, el sistema de empresa “eficiente” o “modelo”, utiliza una creación teórica que intenta replicar cómo debería funcionar una empresa regulada en un marco de operación e inversiones consideradas como eficientes¹⁴⁷. Las tarifas reflejan así solo los costos de la empresa eficiente. Si el distribuidor es más eficiente que la empresa modelo, éste se asegura una mayor rentabilidad sobre su inversión. Toda ineficiencia de su parte, por el contrario, disminuye su margen de retorno¹⁴⁸. Bajo esta lógica, es esperable que a medida que se lleven a cabo las revisiones tarifarias, las tarifas disminuyan en términos reales¹⁴⁹. Ello es particularmente cierto en el caso del área concesionada a EEGSA, un área geográficamente pequeña pero con los más altos índices de densidad poblacional e industrial de Guatemala¹⁵⁰.

¹⁴⁵ *Ibid.*, párr. 19.

¹⁴⁶ M Abdala and M Schoeters “Opinión sobre Regulación Económica y Daños en Teco Guatemala Holdings, LLC c. República de Guatemala”, 24 de enero de 2012, (en adelante **M Abdala y M Schoeters**), **Apéndice RER-1**, párrs. 107-110.

¹⁴⁷ Opinión Experta de Mario Damonte, 24 de enero de 2012 (en adelante **Damonte**), **Apéndice RER-2**, párrs. 23-26, Colom, **Apéndice RWS 1**, párr. 50.

¹⁴⁸ M Abdala y M Schoeters, **Apéndice RER-1**, párr. 116 y 120; Damonte, **Apéndice RER-2**, párr. 25.

¹⁴⁹ Damonte, **Apéndice RER-2**, párr. 26.

¹⁵⁰ Colom, **Apéndice RWS 1**, párr. 34.

2. La Ley General de Electricidad y su Reglamento

147. Partiendo del modelo seleccionado y los proyectos propuestos, el 19 de septiembre de 1996, la Comisión de Energía y Minas del Congreso presentó un dictamen favorable al proyecto de ley de electricidad en discusión.
148. En base a este dictamen, la LGE fue aprobada por el Congreso el 16 de octubre de 1996 con algunas enmiendas, las cuales estuvieron dirigidas a reforzar la independencia de la CNEE¹⁵¹. El Reglamento de la LGE fue aprobado algunos meses más tarde, el 21 de marzo de 1997. En la sección siguiente nos referiremos a los términos del marco regulatorio existente al tiempo que Teco decidió invertir en Guatemala. Las modificaciones al Reglamento son analizadas más adelante en la Sección III.E.

a. El ente regulador del sector eléctrico: la Comisión Nacional de Energía Eléctrica

149. Tal como lo explicó la Comisión de Energía y Minas del Congreso al aprobar el proyecto de la LGE, el Congreso tuvo como objetivo crear un ente regulador que se encargaría de determinar las tarifas con arreglo a disposiciones legales claras y de aplicación general¹⁵². Esto implicaba un cambio radical frente al sistema anterior, donde no existía ente regulador y las tarifas eran en la práctica definidas por el Presidente de la República en base a sus propios criterios. La creación de dicho ente y las reglas que enmarcarían su actuar se estipularon en la LGE y el Reglamento.
150. En dicho contexto, la LGE, en su Capítulo II, crea la CNEE y le otorga las funciones de órgano regulador de las actividades de generación, transporte,

¹⁵¹ LGE, **Anexo R-8**. Por ejemplo, en el artículo 4 de la LGE se agregó que la CNEE además de ser un organismo técnico, gozaría de independencia funcional en el ejercicio de sus poderes, Diario del Congreso de la República, 16 de octubre de 1996, **Anexo R-9**, pág. 112.

¹⁵² Comisión de Energía y Minas del Congreso de la República de Guatemala, Dictamen favorable al proyecto de Ley General de Electricidad, 29 de septiembre de 1996, **Anexo C-15**, pág. 2.

distribución y comercialización de electricidad¹⁵³. Tal como fue explicado por el legislador en los considerandos de la LGE, el objetivo principal al instituir la figura del regulador fue el de crear un órgano de carácter técnico, independiente y calificado, que fuera representativo de todos los agentes con intereses en el sector eléctrico:

CONSIDERANDO

Que es necesario establecer las normas jurídicas fundamentales para facilitar la actuación de los diferentes sectores del sistema eléctrico, buscando su máximo funcionamiento, lo cual hace imperativo crear una comisión técnica calificada, elegida entre las propuestas por los sectores nacionales más interesados en el desarrollo del subsector eléctrico¹⁵⁴.

151. La aplicación de estos principios reposaba sobre la idea de que el órgano técnico regulador debía contar con la necesaria independencia en el ejercicio de sus atribuciones. Así, la LGE destacó este atributo en el artículo mismo de creación de la CNEE, el artículo 4, y lo reiteró en el artículo 29 del Reglamento:

Art. 4 – LGE: “La Comisión tendrá independencia funcional para el ejercicio de sus atribuciones [...]”¹⁵⁵.

Art. 29 – Reglamento: “La Comisión tendrá independencia funcional, su propio presupuesto y fondos privativos [...]”¹⁵⁶.

152. Al respecto, es interesante notar que el proyecto inicial de la LGE sometido al pleno del Congreso preveía la CNEE como un órgano lisa y llanamente

¹⁵³ LGE, **Anexo R-8**, art. 4

¹⁵⁴ *Ibid.*, último considerando (Énfasis añadido).

¹⁵⁵ *Ibid.*, art. 4; Diario del Congreso de la República, 16 de octubre de 1996, **Anexo R-9**, pág. 112 (Énfasis añadido).

¹⁵⁶ Reglamento, **Anexo R-36**, art. 29 (Énfasis añadido).

- dependiente del MEM¹⁵⁷. Sin embargo, 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 de sus directores¹⁵⁸
153. La LGE y el Reglamento contienen varias otras disposiciones que aseguran que los objetivos planteados en los Considerandos de la LGE sean implementados en la práctica. En primer lugar, a fin de asegurar la naturaleza técnica y la idoneidad de la CNEE, la LGE dispone que su Directorio se debe componer de profesionales universitarios especializados en la materia eléctrica y de reconocido prestigio¹⁵⁹.
154. En segundo lugar, a fin de asegurar la independencia de los directores de la CNEE, la LGE dispone que todos los agentes con intereses en el sector eléctrico intervengan en el proceso de su selección. Así, la CNEE está compuesta por tres directores nombrados por el Ejecutivo pero elegidos de entre tres ternas de candidatos propuestos por¹⁶⁰:
- las universidades del país¹⁶¹;
 - el MEM; y
 - los agentes del mercado mayorista, incluyendo los distribuidores de electricidad (entre ellos, EEGSA)¹⁶².

¹⁵⁷ Diario del Congreso de la República, 16 de octubre de 1996, **Anexo R-9**, pág. 69 (“Se crea la Comisión Nacional de Energía Eléctrica, en adelante la Comisión, como un órgano técnico dependiente del Ministerio [...]).

¹⁵⁸ *Ibid.*, pág. 112; LGE, **Anexo R-8**, art. 4.

¹⁵⁹ LGE, **Anexo R-8**, art. 5.

¹⁶⁰ *Ibid.*, art. 5; Reglamento, **Anexo R-36**, art. 30; Diario del Congreso de la República, 16 de octubre de 1996, **Anexo R-9**, págs. 112-113; Colom, **Apéndice RWS-1**, párr 19.

¹⁶¹ Para que la decisión de la elección de la terna sea válida se necesita la participación de al menos la mitad más uno de los rectores. Reglamento, **Anexo R-36**, art. 30(d).

155. Como es natural, si bien los distintos sectores tienen plena libertad de elegir a sus candidatos a directores, los mismos no pueden tener relación alguna con las empresas asociadas al subsector eléctrico¹⁶³. Una vez que los distintos actores han presentado sus ternas de candidatos para directores, corresponde al Poder Ejecutivo nombrar un candidato por cada terna por Acuerdo Gubernativo. Por lo tanto, si bien el Poder Ejecutivo nombra a sus miembros, éste puede seleccionarlos solo de entre los candidatos propuestos por los distintos actores. Este proceso de selección, y en especial, los requisitos técnicos requeridos para sus miembros excluye en principio cualquier tipo de relación o dependencia política de la CNEE con el Gobierno, puesto que la mayoría de los miembros de su Directorio son propuestos por sectores ajenos al mismo. Cabe mencionar que en su Memorial de Demanda, TGH elige convenientemente no describir el modo en que se elige el ente regulador y mucho menos mencionar que los distribuidores como EEGSA tienen una participación directa en dicha elección.
156. La LGE establece además que los directores deben aplicar “independencia de criterio” bajo su responsabilidad personal¹⁶⁴:

Las resoluciones de la Comisión serán adoptadas por mayoría de sus miembros, los que desempeñarán sus funciones con absoluta independencia de criterio y bajo su exclusiva responsabilidad.

157. En línea con ello, y acentuando el carácter técnico del organismo, la LGE dispone que los directores de la CNEE sean nombrados cada cinco años, por lo que sus

¹⁶² “Los agentes del Mercado Mayorista estarán representados por cuatro personas designadas por cada una de las organizaciones acreditadas ante el Ministerio, [incluyendo] generadores, transportistas, comercializadores y distribuidores.” *Ibid.*, art. 30(e).

¹⁶³ LGE, **Anexo R-8**, art. 5.

¹⁶⁴ *Ibid.* (Énfasis añadido).

mandatos no coinciden con el del Presidente de la República, quien es elegido en Guatemala cada cuatro años¹⁶⁵.

158. Finalmente, a fin de asegurar que la CNEE pueda en la práctica ejercer sus funciones técnicas con independencia del poder político de turno, la LGE y el Reglamento le otorgan a la CNEE independencia financiera, al asignarle la facultad de determinar su “propio presupuesto” y “fondos privativos”¹⁶⁶. Dichos fondos provienen de una tasa aplicada a las ventas mensuales de electricidad de las empresas de distribución y sobre los cuales puede disponer a su exclusivo criterio.
159. Las características particulares de este ente regulador, independiente del poder ejecutivo, técnico y constituido con representantes, entre otros, de las distribuidoras, garantizaron a los inversores la despolitización de la determinación de las tarifas del sector eléctrico. Dicha despolitización no se hizo, como pretende presentarlo TGH, a través de la neutralización de los poderes del ente regulador y la transferencia del poder de definir las tarifas al distribuidor¹⁶⁷. Como se explica en detalle en la siguiente sección, la CNEE tiene la obligación de determinar la metodología y definir las tarifas.

b. El rol de la CNEE en el proceso de fijación de las tarifas de distribución

¹⁶⁵ *Ibid.*, art. 5; Constitución Política de la República de Guatemala, 3 de junio de 1985, **Anexo C-11**, arts. 157, 184, 251, 252, 254 (Miembros del Congreso, el Presidente y el Vicepresidente, el Fiscal General de la Nación, el Procurador General de la Nación y el Gobierno Municipal).

¹⁶⁶ En los artículos 4 de la LGE y 29 del Reglamento se dispone:

Art. 4 LGE: “La [CNEE] tendrá presupuesto propio y fondos privativos, los que destinará para el financiamiento de sus fines. Los ingresos de la Comisión provendrán de aplicar una tasa a las ventas mensuales de electricidad de cada empresa eléctrica de distribución”.

Art. 29 – Reglamento: “La [CNEE] tendrá independencia funcional, su propio presupuesto y fondos privativos [...]”.

LGE, **Anexo R-8**, art. 4; Reglamento, **Anexo R-36**, art. 29.

¹⁶⁷ Aguilar, **Apéndice RER-3**, párr. 10.

160. Como bien lo reconoce TGH, la CNEE tiene entre sus funciones específicas atribuidas por la LGE la de:

Definir las tarifas de transmisión y distribución, sujetas a regulación de acuerdo a la presente ley, así como la metodología para el cálculo de las mismas¹⁶⁸.

161. Por su parte, el artículo 61 establece como sigue:

Las tarifas a usuarios de Servicio de Distribución Final serán determinadas por la [CNEE] a través de adicionar las componentes de costos de adquisición de potencia y energía [...] con los componentes de costos eficientes de distribución a que se refiere el artículo anterior¹⁶⁹.

162. Como bien lo indica el apartado (c) del artículo 4 de la LGE, la definición de la metodología y las tarifas no puede ser arbitraria, sino que tiene que ser realizada de acuerdo a los lineamientos establecidos en la propia ley. Estos lineamientos son definidos por la LGE en los artículos 61 y 71 que establecen que la CNEE tiene la obligación de garantizar que la tarifa refleje:

- el costo de adquisición de energía y potencia adquirido por los distribuidores sobre la base de precios libremente negociados; y
- el costo de capital y operación de una empresa eficiente, o Valor Agregado de Distribución¹⁷⁰.

¹⁶⁸ LGE, **Anexo R-8**, art. 4(c) (Énfasis añadido).

¹⁶⁹ *Ibid.*, art. 61 (Énfasis añadido). El Reglamento confirma dicha atribución estableciendo en su artículo 29:

[La función de la CNEE] será la determinación de los precios y calidad de la prestación de los servicios de transporte y distribución de electricidad [...]

Reglamento, **Anexo R-36**, art. 29.

¹⁷⁰ El artículo 61 establece:

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

163. La metodología, la cual es revisada por la misma CNEE cada cinco años, en la práctica es determinada en los Términos de Referencia, elaborados por la CNEE para cada revisión tarifaria¹⁷¹. Así, el artículo 74 de la LGE dispone:

Los términos de referencia del o de los estudios del VAD serán elaborados por la Comisión [...] ¹⁷².

164. Como señaló el Ing. Bernstein (el experto nombrado por USAID para la reforma del sector) en un estudio sobre este proceso:

anterior. Las tarifas se estructurarán de modo que promuevan la igualdad de tratamiento a los consumidores y la eficiencia económica del sector.

El artículo 71, por su parte, establece:

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-.

[...]

El VAD corresponde al costo medio de capital y operación de una red de distribución de una empresa eficiente de referencia, operando en un área de densidad determinada.

LGE, **Anexo R-8**, arts. 61 y 71.

Los artículos 29 y 82 del Reglamento a su vez establecen:

Artículo 29.- Funciones. La Comisión Nacional de Energía Eléctrica, en adelante la Comisión, será un órgano técnico del Ministerio. La Comisión tendrá independencia funcional, su propio presupuesto y fondos privativos, cuya función será la determinación de los precios y calidad de la prestación de los servicios de transporte y distribución de electricidad sujetos a autorización, controlar y asegurar las condiciones de competencia en el Mercado Mayorista, así como todas las demás responsabilidades que le asigna la Ley y este Reglamento.

[...]

Artículo 82.- Costos de Suministro. Los costos de suministro para el cálculo de las Tarifas Base y por cada nivel de tensión, serán aprobados por la Comisión mediante Resolución, y se basarán en la estructura de una empresa eficiente.

Reglamento, **Anexo R-36**, arts. 29 y 82 (Énfasis negrita en el original).

¹⁷¹ Colom, **Apéndice RWS-1**, párr. 38.

¹⁷² LGE, **Anexo R-8** art. 74 (Énfasis añadido).

Los VAD son calculados por los Distribuidores a través de un estudio encargado a una empresa consultora precalificada por la CNEE, el cual debe ceñirse a la metodología establecida por la Comisión en los términos de referencia de dichos estudios [...]¹⁷³.

165. La LGE por su parte define exactamente qué costos deben ser aprobados por la CNEE a fin de determinar las tarifas: solo los “costos estándares de distribución de empresas eficientes”¹⁷⁴. Por su parte, el Reglamento define específicamente qué costos no deben ser reconocidos y le otorga la CNEE discreción de rechazar aquellos costos que ésta considere no apropiados para la actividad o excesivos. Así, el artículo 83 del Reglamento establece:

Costos No Reconocidos. 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 actividad¹⁷⁵.

166. Por lo tanto, corresponde a la CNEE asegurar y controlar que los costos reconocidos en la tarifa abonada por los usuarios refleje únicamente (i) costos eficientes; (ii) no excesivos; y (iii) relacionados con la actividad de distribución de electricidad. El artículo 76 de la LGE es claro al establecer que la CNEE estructura las tarifas de distribución y que:

¹⁷³ JS Bernstein “Algunos Aspectos Metodológicos a Considerar en los Términos de Referencia para los Estudios del Valor Agregado de Distribución”, mayo de 2002, **Anexo R-23**, pág. 2 (Énfasis añadido).

¹⁷⁴ LGE, **Anexo R-8**, art. 60 (Énfasis añadido); Ver también Reglamento, **Anexo R-36**, art. 84.

¹⁷⁵ Reglamento, **Anexo R-36**, art. 83 (Énfasis negrita en el original, énfasis subrayado añadido).

Estas tarifas deberán reflejar en forma estricta el costo económico de adquirir y distribuir la energía eléctrica¹⁷⁶.

167. Ello quiere decir 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). Convenientemente TGH también elige no mencionar estas potestades esenciales otorgadas al regulador por el marco regulatorio.
168. A los fines de determinar la metodología y las tarifas en base a criterios técnicos adecuados, la CNEE tiene la libertad de contratar los estudios y asesoramiento externo que estime necesarios. Así, el artículo 5 de la LGE establece:

La [CNEE] podrá requerir de la asesoría profesional, consultorías y expertajes que se requieren para sus funciones¹⁷⁷.

169. Por su parte el artículo 32 del Reglamento establece:

El presupuesto será utilizado por la [CNEE] para su funcionamiento, contratación de estudios, asesoría técnica y en la elaboración de los documentos que le encarga este Reglamento¹⁷⁸.

170. La facultad de contratación de estos estudios externos permite a la CNEE obtener apoyo técnico y externo en la determinación de la metodología y las tarifas¹⁷⁹. Como decía el Ing. Bernstein en el año 2002:

Para ejercer sus atribuciones de control, la CNEE debe tener la capacidad de efectuar un análisis crítico de cada paso del estudio desarrollado por los Distribuidores, lo

¹⁷⁶ LGE, **Anexo R-8**, art. 76.

¹⁷⁷ *Ibid.*, art. 5.

¹⁷⁸ Reglamento, **Anexo R-36**, art. 32.

¹⁷⁹ Colom, **Apéndice RWS-1**, párr. 39.

que implica en la práctica realizar un estudio independiente, pero con la misma metodología¹⁸⁰.

171. A pesar de los claros términos de la LGE y del Reglamento, en su Memorial de Demanda, TGH intenta instalar la idea de que el rol de la CNEE durante el proceso de revisión tarifaria se limita a la mera “supervisión” del avance del estudio de tarifas elaborado por el consultor¹⁸¹. Dicha interpretación, sin embargo, es directamente incompatible con la letra del marco legal aplicable. La CNEE es el ente regulador con potestades específicas para determinar las tarifas y por lo tanto también para definir y aprobar del VAD¹⁸². Si bien el distribuidor tiene una participación directa en el proceso de revisión tarifaria, es claro que la CNEE y el distribuidor no están, ni pueden estar, en un plano de igualdad.

c. *La Corte de Constitucionalidad de Guatemala ha confirmado el alcance de las disposiciones de la LGE respecto a las facultades de la CNEE*

172. La Corte de Constitucionalidad, la última instancia judicial en el sistema judicial de Guatemala y la máxima autoridad en la interpretación de las leyes, ha tenido ocasión en sus decisiones del 18 de noviembre de 2009 y 24 de febrero de 2010 de analizar las facultades de la CNEE bajo la LGE. Las mencionadas decisiones tuvieron lugar en el contexto de dos recursos de amparo iniciados por la misma EEGSA en Guatemala. La Corte concluyó que:

- (a) La CNEE es un órgano integrado conforme un sistema de designación plural de la sociedad con facultades para fijar las tarifas y la metodología para su cálculo¹⁸³ y responsable de la aprobación de las tarifas¹⁸⁴;

¹⁸⁰ JS Bernstein “Algunos Aspectos Metodológicos a Considerar en los Términos de Referencia para los Estudios del Valor Agregado de Distribución”, mayo de 2002, **Anexo R-23**, pág. 2.

¹⁸¹ Memorial de Demanda, párr. 40. Este mismo argumento falaz fue utilizado por EEGSA durante el proceso de revisión tarifaria en 2008: ver, por ejemplo, carta de Miguel Francisco Calleja a Carlos Colom Bickford, 19 de febrero de 2008, **Anexo R-57**, págs. 2-4.

¹⁸² Aguilar, **Apéndice RER-3**, párrs. 10, 46-58.

¹⁸³ Sentencia de la Corte de Constitucionalidad, Expediente No. 3831-2009, 24 de febrero de 2010, **Anexo R-110**, pág. 34.

- (b) La fijación de las tarifas y de la metodología para su cálculo constituye no sólo una facultad, sino también una obligación de responsabilidad de la CNEE sujeta a la ley, que no puede ser delegada en ningún ente u órgano dado que lo contrario resultaría contrario al principio de legalidad y al principio de función pública¹⁸⁵; y
- (c) Una vez que ha emitido el pronunciamiento de la Comisión Pericial, ni la LGE ni el Reglamento prevén alguna otra función adicional para la Comisión Pericial¹⁸⁶.
173. Así, la Corte de Constitucionalidad confirmó que bajo el derecho local, la CNEE tiene la facultad de determinar la metodología y las tarifas de distribución aplicables y que dichas facultades son indelegables.
- d. *El procedimiento de determinación de las tarifas de distribución eléctrica***
174. El Reglamento establece que las tarifas deben ser determinadas al inicio de cada período tarifario de cinco años, y que las mismas estarán en vigor por la totalidad de dicho período¹⁸⁷. Dicho período de cinco años es lo que la LGE considera un ciclo eficiente para efecto de las revisiones tarifarias.
175. El Reglamento establece además que durante el transcurso de dicho período tarifario deben tener lugar ajustes periódicos, los que en la actualidad son semestrales y trimestrales¹⁸⁸. El proceso de revisión tarifaria está detallado en el

¹⁸⁴ Sentencia de la Corte de Constitucionalidad, Expedientes Acumulados Nos. 1836-1846-2009, 18 de noviembre de 2009, **Anexo R-105**, pág. 31.

¹⁸⁵ *Ibid.*, pág. 29; Sentencia de la Corte de Constitucionalidad, Expediente No. 3831-2009, 24 de febrero de 2010, **Anexo R-110**, pág. 34.

¹⁸⁶ Sentencia de la Corte de Constitucionalidad, Expedientes Acumulados Nos. 1836-1846-2009, 18 de noviembre de 2009, pág. 25; Sentencia de la Corte de Constitucionalidad, Expediente No. 3831-2009, 24 de febrero de 2010, **Anexo R-110**, págs. 15-16.

¹⁸⁷ Reglamento, **Anexo R-36**, art. 84.

¹⁸⁸ *Ibid.*, art. 86.

Capítulo III de la LGE, y en los artículos 97 a 99 del Reglamento. El proceso comienza con la aprobación de los Términos de Referencia por la CNEE.

- (i) La determinación de los Términos de Referencia para la preparación del estudio tarifario

176. Como se mencionó en la sección precedente, le corresponde a la CNEE, definir la metodología sobre la cual serán calculadas las tarifas¹⁸⁹. Dicha metodología queda plasmada en los Términos de Referencia, emitidos mediante una resolución administrativa de la CNEE¹⁹⁰. Los Términos de Referencia son la guía técnica que establece la forma en que deberá calcularse el Valor Agregado de Distribución o VAD. En las palabras del Ingeniero Carlos Colom, Presidente de la CNEE:

Los Términos de Referencia establecen conforme la Ley de Electricidad y el Reglamento, el contenido y alcance de los estudios tarifarios que deben preparar tanto el distribuidor como la CNEE¹⁹¹.

177. En otras palabras, en los Términos de Referencia se establece la manera en que se debe definir la empresa “modelo” y determinar el costo de capital y operación de dicha empresa, o sea el VAD.
178. Una vez establecidos por la CNEE, los Términos de Referencia son comunicados al distribuidor con al menos once meses de anticipación respecto de la fecha de entrada en vigencia de las tarifas para el futuro quinquenio¹⁹². El distribuidor, en caso de considerar que los Términos de Referencia no se ajustan a los criterios de la LGE o del Reglamento, puede recurrir administrativa y judicialmente la resolución que les aprueba¹⁹³. Como es lógico, una vez decidida la cuestión

¹⁸⁹ LGE, **Anexo R-8**, art. 74.

¹⁹⁰ *Ibid.*, art. 77.

¹⁹¹ Colom, **Apéndice RWS-1**, párr. 38.

¹⁹² Reglamento (Extractos), **Anexo R-12**, art. 98; Reglamento, **Anexo R-36**, art. 98. En la actualidad el Reglamento dispone un mínimo de doce meses (ver Sección III.E.3 abajo).

¹⁹³ Reglamento (Extractos), **Anexo R-12**, art. 149; Reglamento, **Anexo R-36**, art. 149. En la actualidad el Reglamento dispone que el recurso disponible es de revocatoria (ver Sección III.E.3 abajo).

judicialmente, el contenido de los Términos de Referencia queda fijado y no puede ser reabierto o modificado salvo por acuerdo de las partes.

(ii) Síntesis de la metodología para el cálculo del VAD según la LGE

179. La LGE dispone que las tarifas de distribución eléctrica para los usuarios regulados (consumidores con una demanda inferior a los 100kW), deben estar integradas por: (i) el precio promedio de todas las compras de energía del distribuidor; (ii) pérdidas de distribución; y (iii) el costo de capital, operación y mantenimiento asociadas a la distribución, expresadas por unidad de potencia suministrada - VAD¹⁹⁴.
180. El primer componente tarifario es trasladado íntegramente al consumidor por un mecanismo que se denomina “*pass-through*”, por lo que no representa en sí una fuente de ingresos para el distribuidor¹⁹⁵. El tercer componente, el VAD, en cambio, refleja la remuneración específica del distribuidor, e incluye además de los costos de operación y mantenimiento, el costo de capital. Es el cálculo del costo de capital en el 2008, el elemento que se encuentra en el corazón de la presente disputa y en el cual nos concentraremos.
181. El costo de capital esta compuesto por dos elementos: (i) la amortización del capital invertido por el distribuidor; y (ii) el retorno sobre dicho capital¹⁹⁶. Ahora bien, bajo la LGE dicha amortización y retorno no son calculados sobre el capital realmente invertido por el distribuidor, sino sobre la base de capital de la empresa modelo o eficiente:

¹⁹⁴ Colom, **Apéndice RWS-1**, párr. 36. La tarifa incluye en la realidad también costos de transporte.

¹⁹⁵ *Ibid.*

¹⁹⁶ Damonte, **Apéndice RER-2** párr. 64.

El VAD corresponde al costo medio de capital y operación de una red de distribución de una empresa eficiente de referencia [...] ¹⁹⁷.

182. Es por ello que el cálculo de esa base de capital, es crucial. Si dicha base de capital no es eficiente y está sobrevaluada, el inversor será remunerado por inversiones que no realizó, ni realizará, puesto que no existen planes de inversión obligatoria bajo el sistema regulatorio guatemalteco. Por lo tanto, no sólo el consumidor estará pagando por un servicio que no recibe ni jamás recibirá, sino que el distribuidor no tendrá ningún incentivo para realizar mejoras en el servicio.
183. Según la regulación guatemalteca, para determinar la base de capital de la empresa modelo, el consultor del distribuidor debe construir, de acuerdo a las pautas determinadas en los Términos de Referencia, la red que más eficientemente preste el servicio en el área de distribución comprendida. Es decir, se deben establecer las instalaciones y procesos operativos necesarios para prestar el servicio eficientemente a la demanda estimada, teniendo en cuenta las nuevas tecnologías disponibles ¹⁹⁸. Dichas instalaciones son conocidas como unidades constructivas ¹⁹⁹. A modo de ejemplo, una unidad constructiva es un kilómetro de red aérea, un transformador o un poste ²⁰⁰.
184. Una vez identificadas las unidades constructivas, éstas deben ser optimizadas, es decir, solo se deben seleccionar a los fines de constituir la base de capital que será

¹⁹⁷ LGE, **Anexo R-8**, art. 71 (Énfasis añadido)

¹⁹⁸ Existen dos métodos para construir la empresa modelo. El método *Bottom Up*, utilizado en Guatemala, según el cual se crea una red totalmente nueva (sin o con mínima referencia a la empresa real) que sea capaz de cubrir la demanda en una zona geográfica determinada, teniendo en cuenta los puntos de entrada de la energía en el área de distribución, y el método *Top Down*, según el cual se parte de la red existente y se ajustan los activos para lograr la mayor eficiencia posible. Damonte, **Apéndice RER-2**, párr. 32-36; M Abdala y M Schoeters, **Apéndice RER-1**, párr. 121.

¹⁹⁹ Una unidad constructiva está compuesta por un conjunto de armados. Cada armado esta constituido por materiales dispuestos de una forma preestablecida que componen una unidad de montaje; y que facilitan el diseño de instalaciones eléctricas de distribución de manera sencilla, ordenada y uniforme.

²⁰⁰ Damonte, **Apéndice RER-2**, Capítulo 3.3.1.

remunerada al inversor aquellas que son económicamente justificadas (en términos de cantidad y calidad) para prestar el servicio. En los términos de la LGE:

La anualidad de la inversión será calculada sobre la base del Valor Nuevo de Reemplazo de las instalaciones óptimamente dimensionadas [...] El concepto de instalación económicamente adaptada implica reconocer en el Valor Nuevo de Reemplazo sólo aquellas instalaciones o partes de instalaciones que son económicamente justificadas para prestar el servicio que se requiere²⁰¹.

185. Así, por ejemplo, se deberá determinar si para el servicio prestado es más óptimo contar con postes de madera o de hormigón, o si deben instalarse transformadores de mayor o menor potencia. Asimismo, se debe determinar la cantidad óptima de cada una de las unidades, por ejemplo, si necesito 100 transformadores para cubrir el área o son suficientes 80. De esta manera, y con la ayuda en la actualidad de modelos informáticos y de ingeniería eléctrica de distribución, se determina la base de capital de la empresa modelo²⁰².
186. Una vez que ha sido determinada la base de capital eficiente y optimizada, es necesario valorar esa base de capital. Existen en la práctica diversos métodos de valoración de la base de capital. La LGE valora los activos usando el método de VNR o valor nuevo de reemplazo.
187. Como lo explica el Ing. Mario Damonte, a diferencia del método tradicional de valoración contable de activos (que toma el valor de adquisición de los bienes y los ajusta por inflación) o el sistema de reposición (que toma el valor de mercado de los bienes), el método VNR valora el activo al valor de reemplazo. El valor de reemplazo es el precio de mercado del bien disponible que mejor (más eficientemente en términos de tecnología y precio) cumpla con la función del bien

²⁰¹ LGE, **Anexo R-8**, art. 67 (Énfasis añadido).

²⁰² Damonte, **Apéndice RER-2**, párr. Capítulo 3.3.1.

en cuestión. Así, el método de reemplazo (a diferencia del método de reposición) no solo refleja el valor actualizado de la base de activos o capital, sino que incorpora las eficiencias de nuevas tecnologías disponibles en el mercado²⁰³.

188. El método VNR fue adoptado por la LGE en el artículo 67 en los siguientes términos:

El Valor Nuevo de Reemplazo es el costo que tendría construir las obras y bienes físicos de la autorización²⁰⁴, con la tecnología disponible en el mercado, para prestar el mismo servicio²⁰⁵.

189. Una vez definido el valor de la base de activos optimizada, se procede a utilizar este valor a los fines de calcular la remuneración del inversor. Para ello, el valor del VNR es incorporado en una fórmula (FRC) con la cual se calcula el costo de capital del inversor²⁰⁶ que incluye:

- (a) la depreciación, que le permite al inversor recuperar el capital invertido estableciendo un fondo de reserva que puede eventualmente ser utilizado para reponer el bien una vez que su vida útil haya expirado²⁰⁷. Este valor se calcula sobre el valor bruto de la base de capital; y

²⁰³ Damonte, **Apéndice RER-2**, párrs. 49-50; Ver también JA Lesser y LR Giacchino, *Fundamentals of Energy Regulation* (1ª ed. 2007) (Extracto), **Anexo R-34**, págs. 100-101.

²⁰⁴ Autorización es utilizado aquí como el área de distribución bajo la responsabilidad del distribuidor.

²⁰⁵ LGE, **Anexo R-8**, art. 67.

²⁰⁶ Damonte, **Apéndice RER-2**, Capítulo 3.5.2; LGE, **Anexo R-8**, art. 73:

El costo de capital [...] se calculará como la anualidad constante de costo de capital correspondiente al Valor Nuevo de Reemplazo de una red de distribución dimensionada económicamente. La anualidad será calculada con la vida útil típica de instalaciones de distribución y la tasa de actualización [...]

(Énfasis añadido).

²⁰⁷ Si el inversor reinvierte este dinero, el mismo pasa a incrementar la base de capital remunerable.

- (b) el retorno, que compensa al inversor por el costo de oportunidad del capital propio, a través de utilidades, y que se calcula sobre el valor neto de depreciaciones de la base de capital²⁰⁸. La tasa de retorno según la LGE es definida por el regulador pero debe encontrarse dentro del 7% y 13% en términos reales.
190. Contrariamente a lo argumentado por TGH²⁰⁹ y por EEGSA en la revisión tarifaria de 2008, y tal como lo confirmó posteriormente la Comisión Pericial e incluso el experto Kaczmarek²¹⁰, el retorno no es calculado sobre el VNR, sino sobre el VNR neto de depreciaciones. De no ser así, el inversor estaría siendo remunerado sobre capital ya recuperado, lo cual es contrario a los principios básicos de teoría económica²¹¹.
191. El siguiente gráfico ilustra los elementos discutidos previamente:

²⁰⁸ Damonte, **Apéndice RER-2**, párr. 64.

²⁰⁹ Memorial de Demanda, párr. 35.

²¹⁰ Ver Sección III.F.9.c abajo. Este había sido también el enfoque realizado en la revisión tarifaria de 2003; ver Informe Pericial de Brent Kaczmarek, 23 de septiembre de 2011 (en adelante Kaczmarek), **Apéndice CER-2**, párrs. 89-90.

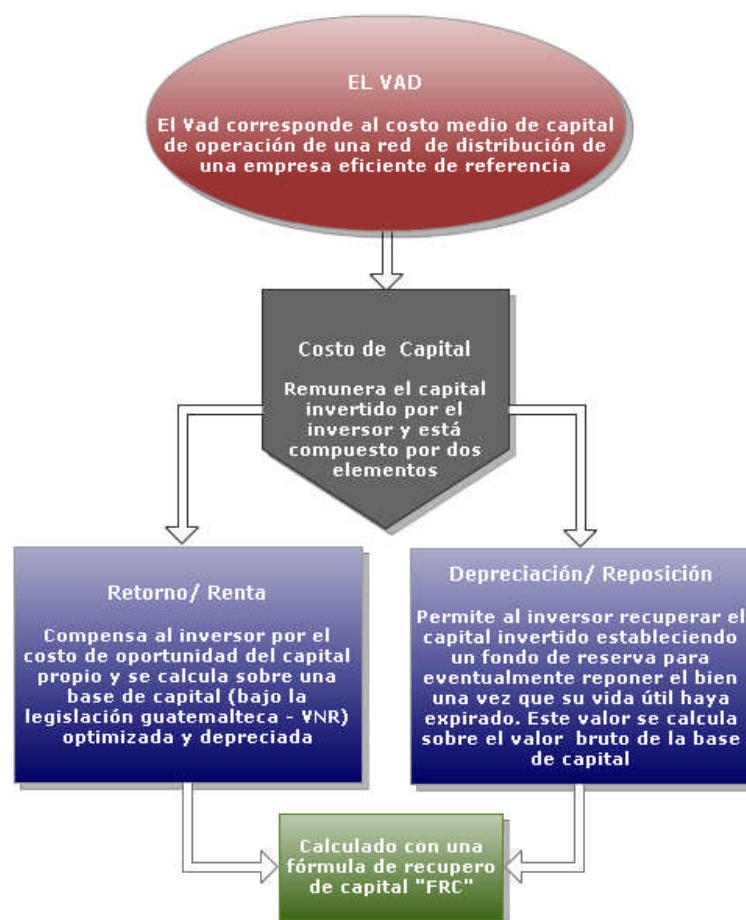
²¹¹ AE Kahn, *The Economics of Regulation, Principles and Institutions* (1996) Vol. 1 (Extracto), **Anexo R-7**, pág. 32.

The return to capital, in other words, has two parts: the return *of* the money capital invested over the estimated economic life of the investment and the return (interest and net profit) *on* the portion of the investment that remains outstanding. The two are arithmetically linked, since according to the usual (but not universal) regulatory practice the size of the net investment, on which a return is permitted, depends at any given time on the aggregate amount of depreciation expense allowed in the previous years—that is, the amount of investment that remains depends on how much of it has been recouped by annual depreciation charges previously

Asimismo, al describir los costos a ser recuperados por el inversor, el testigo de TGH, Lic. Giacchino, explica en su libro *Fundamentals of Energy Regulation*:

The cost of doing business will also include a fair return on the firm's undepreciated capital investment, which is called the rate base, including interest payments on short- and long-term debt and a return on equity capital

JA Lesser y LR Giacchino, *Fundamentals of Energy Regulation* (1ª ed. 2007) (Extracto), **Anexo R-34**, pág. 68; Damonte, **Apéndice RER-2**, párr. 65.



(iii) La preparación del cálculo del VAD por el experto del distribuidor

192. Una vez fijada la metodología en los Términos de Referencia, la LGE dispone que el VAD debe ser calculado por cada distribuidor mediante un estudio tarifario encargado a una firma precalificada de ingeniería²¹².
193. Es importante detenerse en este punto un momento ya que distintos países han adoptado distintos criterios respecto de quién debe preparar el estudio tarifario (el distribuidor o el regulador) y no hay una posición claramente predominante al respecto. En particular, aunque en algunos países el estudio lo hace el distribuidor, existe un consenso de que el regulador debe siempre encargarse a un

²¹² LGE, **Anexo R-8**, art. 74.

- experto independiente la preparación de un estudio para contar con los elementos necesarios al momento de revisar el estudio del distribuidor y eventualmente objetarlo y modificarlo. Las formas en las cuales se han equilibrado las posiciones en la regulación comparada varían. Por ejemplo, en Chile se preparan dos estudios, y en caso de desacuerdo, sus resultados se ponderan, asignando 2/3 del valor al estudio del regulador, y 1/3 al del distribuidor²¹³; en Perú, en cambio, el distribuidor hace un estudio y el regulador lo supervisa y critica con un estudio independiente²¹⁴. Ambos estudios se someten luego a audiencia pública²¹⁵.
194. En 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 desaprobado el estudio. La 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 estudio²¹⁶. Este 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 VAD²¹⁷.
195. A fin de seleccionar la firma que podrá realizar el estudio del VAD, el Reglamento dispone que la CNEE debe elaborar un listado de firmas precalificadas²¹⁸. Para calificar dichas empresas consultoras, la CNEE realiza un

²¹³ Ley General de Servicios Eléctricos DFL No. 1/1982, modificada por Ley 20.018 de 2006, 13 de septiembre de 1982, **Anexo R-2**, art. 107.

²¹⁴ Ley de Transparencia y Simplificación de los Procedimientos Regulatorios de Tarifas, Ley No. 27838, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 4 de octubre de 2002, **Anexo R-24**, art. 7.

²¹⁵ Ley de Concesiones Eléctricas, Decreto Ley No. 25844, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 19 de noviembre de 1992, **Anexo R-26**, arts. 67 y 68.

²¹⁶ Colom, **Apéndice RWS-1**, párr. 51.

²¹⁷ *Ibid.*, párr. 51.

²¹⁸ Reglamento, **Anexo R-36**, art. 97.

llamado a concurso de antecedentes²¹⁹ y selecciona a aquellas firmas que considere técnicamente más idóneas para realizar la tarea.

196. Una vez que el distribuidor ha seleccionado a su consultor de la lista de consultores precalificados, éste debe preparar el estudio tarifario. Para ello, debe calcular los distintos componentes del VAD siguiendo la metodología establecida por la CNEE en los Términos de Referencia que se aprueben al efecto²²⁰.

197. El estudio tarifario del consultor debe ser entregado por el distribuidor a la CNEE tres meses antes²²¹ de la entrada en vigencia de las nuevas tarifas, es decir, ocho meses después de emitidos los Términos de Referencia²²².

(iv) La supervisión del estudio tarifario del distribuidor por la CNEE

198. La LGE otorga a la CNEE la obligación de supervisar el avance del estudio del distribuidor²²³. La LGE establece que una vez recibido el estudio tarifario por la CNEE, ésta los revisará y podrá realizar observaciones a los mismos²²⁴.

199. A fin de ejercer su función de control de los estudios, la CNEE puede contratar sus propios consultores externos quienes la ayudarán a determinar la procedencia o no del estudio realizado por el consultor del distribuidor²²⁵. En la práctica, la

²¹⁹ Colom, **Apéndice RWS-1**, párrs. 57-60; Memorial de Demanda, párr. 72.

²²⁰ Reglamento, **Anexo R-36**, art. 98.

²²¹ Reglamento (Extractos), **Anexo R-12** art. 98; Reglamento, **Anexo R-36**, art.98. En la versión actual del Reglamento son cuatro meses antes de la entrada en vigencia de las nuevas tarifas (ver párr. 272 abajo).

²²² Reglamento (Extractos), **Anexo R-12** art. 98; Reglamento, **Anexo R-36**, art.98.

²²³ LGE, **Anexo R-8**, art. 74.

²²⁴ *Ibid.*, art. 75.

²²⁵ Reglamento (Extractos), **Anexo R-12** arts. 32 y 98; Reglamento, **Anexo R-36**, arts. 32 y 98. En la reforma al Reglamento que tuvo lugar en 2007 se estableció además la obligación de la CNEE de contar con un estudio de respaldo independiente al del distribuidor (hasta entonces, ello era facultativo para la CNEE) tarea que la CNEE también asigna a sus consultores externos (ver Sección III.E.3 abajo).

- CNEE utiliza en estos casos uno de los consultores previamente precalificados para la realización del estudio del distribuidor²²⁶.
200. La contratación de un consultor precalificado por parte de la CNEE asegura que contará con el asesoramiento técnico independiente necesario para el cumplimiento correcto del mandato establecido en la LGE²²⁷. Para el distribuidor, la asesoría técnica especializada con que cuente la CNEE es garantía de que las observaciones que le formule tendrán sustento técnico²²⁸. Lo anterior permitirá asimismo a la CNEE defender adecuadamente las tarifas en caso de impugnación de terceros.
201. El rol de la CNEE, junto con sus consultores, es analizar si el estudio tarifario del distribuidor se ajusta a los Términos de Referencia establecidos al inicio del proceso de revisión. Esto incluye una constatación de que el distribuidor ha entregado la documentación requerida, justificado los costos, aplicado las fórmulas correctas y proyectado correctamente la demanda, entre otros. De este modo, la CNEE puede asegurarse que el estudio presentado a su revisión es confiable como base razonable para determinar las tarifas²²⁹. Tal como lo explica el Ing. Colom:

Para que la CNEE pueda revisar el contenido del estudio del distribuidor, los modelos de cálculo y toda la información solicitada que el distribuidor presente en su estudio tarifario debe incluir, conforme lo dispone el artículo 98 del Reglamento, las justificaciones para cada renglón de costos, las respectivas fórmulas de ajuste, así como el respectivo informe de respaldo. Este requisito permite analizar y supervisar los cálculos efectuados y los modelos utilizados para validar los fundamentos del estudio del distribuidor. Su cumplimiento es esencial para que la CNEE pueda

²²⁶ Colom, **Apéndice RWS-1**, párr. 42.

²²⁷ *Ibid.*

²²⁸ *Ibid.*

²²⁹ Damonte, **Apéndice RER-2**, párr. 94.

seguir el razonamiento técnico presentado por el distribuidor en sus modelos y de esa forma comprobar si los cálculos presentados se ajustan a la metodología prevista en los Términos de Referencia y pueden así ser una base razonable para la fijación de las nuevas tarifas por parte de la CNEE. La trazabilidad de los modelos permite a la CNEE determinar si el distribuidor ha cumplido con los Términos de Referencia y, en consecuencia, con la Ley de Electricidad y el Reglamento²³⁰.

202. Para que la CNEE pueda cumplir con su cometido legal, es imprescindible entonces que la información contenida en el estudio del distribuidor pueda ser auditada, comprendida y analizada por terceros que no hayan participado en la elaboración del estudio, como la CNEE y sus asesores²³¹. En otras palabras, los cálculos que contenga el estudio del distribuidor deben ser susceptibles de ser replicados o corroborados²³². Para ello, los modelos electrónicos del estudio del consultor del distribuidor deben estar interconectados (*linkeados*), de modo que sea posible emular los resultados obtenidos por el distribuidor y hacer sensibilidades, esto es, cambiar automáticamente los resultados del cálculo al variarse un dato de entrada en el modelo²³³. Un estudio que no cuente con estas características técnicas no puede ser aprobado por la CNEE, dado que expone a

²³⁰ Colom, **Apéndice RWS-1**, párr. 43.

²³¹ Damonte, **Apéndice RER-2**, párr. 94; LGE, **Anexo R-8**, art. 74; Colom, **Apéndice RWS-1**, párr. 43.

²³² Damonte, **Apéndice RER-2**, Capítulo 4.1.1. Términos de Referencia para la realización del Estudio del Valor Agregado de Distribución para Empresa Eléctrica de Guatemala, S.A., Resolución CNEE 88-2002, 23 de octubre de 2002, **Anexo R-25**, punto A.6; Términos de Referencia para la Realización del Estudio del Valor Agregado de Distribución para Empresa Eléctrica de Guatemala, S.A., Resolución CNEE 124-2007, enero de 2008, **Anexo R-53**, sección 1.6.4.

²³³ Damonte, **Apéndice RER-2**, Capítulo 4.1.1; Términos de Referencia para la Realización del Estudio del Valor Agregado de Distribución para Empresa Eléctrica de Guatemala, S.A., Resolución CNEE 124-2007, enero de 2008 **Anexo R-53**, secciones 1.6.4, 10.4 y 10.5; Resolución CNEE 63-2008, 11 de abril de 2008, **Anexo R-63**, pág. 2.

sus directores a responsabilidad personal y a las tarifas a futuras impugnaciones de terceros²³⁴.

(v) La procedencia o improcedencia del estudio del consultor

203. Una vez entregado el estudio tarifario, el Reglamento le concede a la CNEE la facultad de “aprobar” o “rechazar” el estudio tarifario si considera que el mismo no se ajusta a los Términos de Referencia:

Tres meses antes de la entrada en vigencia de las nuevas tarifas, cada Distribuidor entregará a la [CNEE] el estudio tarifario que deberá incluir los cuadros tarifarios resultantes y las respectivas fórmulas de ajuste, así como el respectivo informe de respaldo; la [CNEE] en el plazo de un mes aprobará o rechazará los estudios efectuados por los consultores formulando las observaciones que considere pertinentes²³⁵.

(vi) Las correcciones a realizar por el distribuidor

204. En caso de que la CNEE, con la asistencia de sus consultores, compruebe que el estudio tarifario del distribuidor se aparta de los Términos de Referencia o contenga errores, y realice observaciones al estudio, el distribuidor deberá efectuar las correcciones indicadas al estudio y volver a enviarlo a la CNEE en un plazo de quince días. El artículo 98 del Reglamento (segundo párrafo) específicamente establece:

El Distribuidor, a través de la empresa consultora, analizará las observaciones, efectuará las correcciones a las tarifas y sus fórmulas de ajuste, y enviará el estudio corregido a la [CNEE] en un plazo de quince días de recibidas las observaciones [...] Una vez presentados los estudios tarifarios o efectuadas las correcciones, se

²³⁴ LGE, **Anexo R-8**, art. 5.

²³⁵ Reglamento (Extractos), **Anexo R-12**, art. 98 y Reglamento, **Anexo R-36**, art. 98. (Énfasis añadido). En la versión actual del Reglamento son cuatro meses antes de la entrada en vigencia de las nuevas tarifas (ver párr. 272 abajo).

procederá a la publicación de las tarifas definitivas [...]²³⁶.

205. Es importante destacar que, contrariamente a lo alegado por TGH, el artículo 98 establece la obligación y no la facultad, de incorporar las correcciones para conformar el estudio a los Términos de Referencia. Por lo tanto, la posición de TGH de que el consultor del distribuidor puede “rechazar” las observaciones de la CNEE carece de todo sustento tal como lo demuestra la falta de soporte legal citado por TGH²³⁷.

e. La Comisión Pericial se pronuncia exclusivamente sobre si el estudio del distribuidor sigue adecuadamente los Términos de Referencia

206. Entregado el estudio tarifario corregido por parte del distribuidor, el artículo 75 de la LGE establece que en el caso de que persistan las discrepancias entre la CNEE y el distribuidor respecto de la incorporación de las observaciones al estudio, las partes deberán acordar el nombramiento de una Comisión Pericial. El artículo 75 es el único artículo en la LGE que describe la función de la Comisión Pericial y dispone lo siguiente:

En caso de discrepancias formuladas por escrito, la [CNEE] 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 conformación²³⁸.

207. Es importante analizar dos aspectos fundamentales del artículo 75. El primero es qué significa que existen “discrepancias” y el segundo, qué significa que la Comisión Pericial “se pronunciará”. A la luz del texto del artículo 98 del Reglamento que establece la obligación del consultor de “efectuar” las

²³⁶ *Ibid.* (Énfasis añadido).

²³⁷ Memorial de Demanda, párrs. 41-42 y 106.

²³⁸ LGE, **Anexo R-8**, art. 75 (Énfasis añadido).

- 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) sí el distribuidor realizó o no las modificaciones; o (ii) sí las realizó correctamente.
208. Pretender que las discrepancias pueden surgir del rechazo por parte del consultor de las observaciones y, por lo tanto, de su negativa a aplicar los Términos de Referencia, significaría que el consultor podría modificar unilateralmente dichos Términos. Como ya se explicó, el distribuidor tiene el derecho de impugnar administrativa o judicialmente los Términos de Referencia luego de su emisión, pero una vez que éstos quedan firmes, sólo pueden ser modificados con acuerdo de la CNEE²³⁹. Si no hay acuerdo de la CNEE, los Términos de Referencia deben ser aplicados en su versión original, tanto por el consultor como por la Comisión Pericial.
209. Por lo tanto, todo pronunciamiento de la Comisión Pericial sobre el contenido de los Términos de Referencia, es decir, la metodología a ser aplicada para calcular el VAD; la aprobación o rechazo del estudio del distribuidor; y/o la aprobación de las tarifas; se encuentra excluido de la esfera de competencia de la Comisión Pericial.
210. En 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 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 tarifario²⁴⁰. Por el contrario, 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

²³⁹ Ver párr. 178 más arriba; Colom, **Apéndice RWS-1**, párr. 40.

²⁴⁰ Reglamento, **Anexo R-36**, art. 98; Colom, **Apéndice RWS-1**, párr. 47-48.

tarifario teniendo en cuenta dicho pronunciamiento²⁴¹. Por último, si la Comisión Pericial (órgano privado y de existencia ocasional) se extralimitara en el ejercicio de sus funciones, dicho pronunciamiento o las partes del mismo que excedan los poderes de la Comisión Pericial no podrán ser adoptados por la CNEE por ser contrarios a la LGE y el Reglamento.

211. En cuanto al significado de “se pronunciará sobre las discrepancias”, primeramente Guatemala quiere aclarar que la traducción al inglés realizada por TGH del término “se pronunciará” como “*shall rule*” no es solo incorrecta sino también tendenciosa. La correcta traducción de la acepción reflexiva del verbo “pronunciarse” es “to pronounce oneself”²⁴², “to declare one self”²⁴³ o “to give one’s opinion on” (e.g. in favor of or against a proposal)²⁴⁴. En base a su errónea traducción, TGH y su profesor Alegría presentan un análisis forzado del alcance del término “se pronunciará” en el artículo 75 para intentar convencer que el dictamen de la Comisión Pericial tendría efecto vinculante. Ello es incorrecto. La Comisión Pericial se pronuncia, en tanto que panel *ad hoc* de expertos, sobre las cuestiones puestas a su consideración. El pronunciamiento de los peritos no es un “*ruling*” y “*does not resolve*” en el sentido de decisión de un órgano jurisdiccional²⁴⁵. Dado que se trata de un pronunciamiento de “peritos”, éste sirve para informar la decisión del órgano que, por mandato legal, tiene la potestad de fijar las tarifas, la CNEE. Ello es así porque, tal como se explicó más arriba, la Comisión Pericial sólo entiende de las discrepancias²⁴⁶. Con dicho pronunciamiento, la CNEE considera la totalidad del estudio tarifario y procede a determinar las tarifas.

²⁴¹ En las Secciones III.B.2.e y IV.B.1 nos referimos a la naturaleza jurídica del pronunciamiento de la Comisión Pericial. Colom, **Apéndice RWS-1**, 48.

²⁴² Esta sería la traducción más literal del término.

²⁴³ Ver Merriam-Webster Dictionary, **Anexo R-157**.

²⁴⁴ Larousse Diccionario Español-Inglés, Inglés-Español, **Anexo R-5**, pág. 514.

²⁴⁵ El carácter vinculante o no del pronunciamiento de la Comisión Pericial es desarrollado en detalle en las Secciones III.B.2.e y IV.B.1, abajo.

²⁴⁶ Aguilar, **Apéndice RER-3**, párrs. 10, 46-58.

212. Más importante aún, para establecer el alcance del “se pronunciará” del artículo 75, no hace falta revisar el uso de la expresión en otras leyes o contextos como hace TGH. Alcanza con analizar el contexto del propio artículo 75, en el cual queda claro que la LGE asigna a un órgano experto (la Comisión Pericial) la tarea de emitir un dictamen o pronunciamiento. La Corte de Constitucionalidad, última autoridad de interpretación de las leyes en Guatemala, ha tenido oportunidad de analizar la cuestión y ha dejado muy claro el alcance del pronunciamiento de la Comisión Pericial del artículo 75 bajo el derecho guatemalteco. En las palabras de la Corte:

La pericia, como sabiduría, práctica, experiencia o habilidad en una ciencia y arte, ha sido tradicionalmente un auxilio al que acude la autoridad que debe tomar una decisión respecto de determinada materia. [...] De ahí que [la autoridad] no tiene obligación de sujetarse al dictamen de los peritos, en particular cuando quien tiene la potestad, en todo caso razonable, de resolver, formando su propio juicio con base en los datos o información que conciernen al ejercicio de su competencia y otros aspectos que contribuyan a determinar los hechos²⁴⁷.

[...] Pretender que la Comisión Pericial pudiera tener una función dirimente de un conflicto y reconocerle competencia para emitir una decisión vinculante, es contrario al decantado principio de legalidad [...] [A]tenidos estrictamente a la Ley General de Electricidad, la facultad de aprobar pliegos tarifarios corresponde a la Comisión Nacional de Energía Eléctrica y de ninguna manera, directa o indirectamente, a una comisión pericial, cuya naturaleza ha sido considerada²⁴⁸.

²⁴⁷ Corte de Constitucionalidad, Expedientes Acumulados Nos. 1836-1846-2009, 18 de noviembre de 2009, **Anexo R-105**, pág. 28 (Énfasis añadido)

²⁴⁸ *Ibid.*, pág. 31 (Énfasis añadido). El propio Ing. Carlos Bastos, Presidente de la Comisión Pericial nombrada en la revisión tarifaria de EEGSA en 2008 explicó durante la audiencia del caso Iberdrola:

213. En todo caso, la facultad conferida a la Comisión Pericial de pronunciarse sobre las discrepancias, no faculta de ninguna manera a ésta a 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.

3. El concurso público para la venta de las acciones en EEGSA

214. Una vez establecido el marco regulatorio que aplicaría al sector de distribución, Guatemala estaba lista para lanzar el proceso de privatización.
215. La reforma del sector eléctrico preveía la venta de las acciones de las tres empresas públicas que hasta entonces prestaban el servicio de distribución eléctrica, y que en su conjunto atendían a alrededor del 62 por ciento de la población de la República de Guatemala. Ello incluía además de EEGSA, a las dos compañías en las que se dividió el área de distribución del INDE: Distribuidora de Electricidad de Oriente, S.A., Deorsa y Deocsa.
216. Respecto de EEGSA, el Gobierno autorizó el 17 de diciembre de 1997 la venta del 80 por ciento de sus acciones a través de una oferta pública internacional²⁴⁹.

4. La fijación del pliego tarifario en 1998

217. Siguiendo el consejo de sus asesores financieros, Salomon Smith Barney, Guatemala decidió, previo a la venta de las acciones de EEGSA, eliminar los subsidios tarifarios y establecer las tarifas para el primer período tarifario de cinco años (1998-2003)²⁵⁰. De esta manera, Guatemala dejaría claro a los futuros

La verdad es que la equivocación viene de decir “arbitraje” en vez de “pericia”. En realidad nuestro trabajo no era un arbitraje; era una pericia.

Transcripción audiencia final Caso CIADI N° ARB/09/5 (extractos), **Anexo R-140**, Tr., Día Dos, Bastos, 650:8-11.

²⁴⁹ Acuerdo Gubernativo No. 865-97, 17 de diciembre de 1997, **Anexo C-23**. De igual manera, con fecha 22 de diciembre de 1998 el Gobierno dispuso la venta del 80 por ciento de las acciones de Deorsa y Deocsa a través del mecanismo de oferta pública internacional.

²⁵⁰ Salomon Smith Barney, “Informe Preliminar Asesor Financiero y Técnico”, 28 de enero de 1998, **Anexo C-25**, pág. 4.

compradores cuáles serían las tarifas vigentes para su primer período tarifario, eliminando cualquier incertidumbre que pudiera afectar el precio de venta de las acciones de la compañía y las expectativas de los inversores.

218. Así, en mayo de 1997, Guatemala encomendó la tarea de preparar el estudio tarifario 1998-2003 a Synex, los mismos consultores de origen chileno que la habían asesorado en la reforma del sector y la preparación del marco legal²⁵¹. Este proyecto fue realizado bajo el auspicio del Banco Mundial²⁵².
219. De acuerdo a los términos de la LGE, que establecía que para la primer revisión tarifaria se podrían usar valores de referencia de otros países²⁵³, las tarifas fueron calculadas tomando como referencia a El Salvador, país con un sistema regulatorio similar al diseñado por la LGE²⁵⁴, y con características económicas y eléctricas similares a las de Guatemala. Tal como lo explicaron los consultores:

En conformidad con lo dispuesto en los artículos transitorios de la ley, la primera fijación de VAD puede basarse en valores referenciales ajustados en función de la realidad económica y eléctrica de Guatemala. Para este efecto se consideró adecuado utilizar como valores referenciales los VAD determinados en el [sic] Salvador en el primer semestre de 1996, ya que la similitud entre ambos países en términos económicos y eléctricos es alta. Por un lado los PGB per cápita de ambos países, si bien no son idénticos, son parecidos, lo cual refleja que las realidades económicas se acercan bastante. Por otro lado, los sistemas eléctricos de El

²⁵¹ Banco Mundial, “Informe Tarifario Synex: Determinación de Tarifas Eléctricas a Nivel Generación - Transmisión y Distribución en Guatemala”, 27 de mayo de 1997, **Anexo R-13**.

²⁵² *Ibid.*

²⁵³ LGE, Sección VII art. 2, **Anexo R-8**; ver también Salomon Smith Barney, “EEGSA: Memorándum de Venta”, mayo de 1998, **Anexo R-16**, pág. 63 (EEGSA reconoció que “la primera fijación de tarifas, a efectuarse en mayo de 1998, la [CNEE] puede usar valores de VAD derivados de otros países que apliquen similar metodología (caso de Chile, Perú, El Salvador, por ejemplo”). Como allí se señala, el VAD en verdad fijó el 17 de julio de 1998).

²⁵⁴ Banco Mundial, “Informe Tarifario Synex: Determinación de Tarifas Eléctricas a Nivel Generación - Transmisión y Distribución en Guatemala”, 27 de mayo de 1997, **Anexo R-13**, sección 3.1.

Salvador y Guatemala poseen características similares, ya que ambos países se enmarcan dentro de realidades geográficas semejantes. Ambos factores, sumados al hecho de que las realidades de Ghana y Chile no reflejan de una manera adecuada la realidad de Guatemala, llevaron al consultor a considerar los VAD determinados en El Salvador como valores referenciales²⁵⁵.

220. Ahora bien, El Salvador fue solo tomado como referencia. Los consultores de Synex estaban al tanto de las diferencias existentes entre uno y otro país, por lo que los parámetros de El Salvador fueron cuidadosamente ajustados a la realidad eléctrica guatemalteca²⁵⁶:

Los costos de distribución aplicables en Guatemala se determinaron a partir de un estudio de valores agregados eficientes de distribución -VAD- efectuado en 1996 por SYNEX en El Salvador, a los que se aplicaron coeficientes que representan las diferencias de costos de equipamientos, materiales y mano de obra entre ambos países. Debe recalcar que los VAD determinados para El Salvador no representan la realidad de las empresas de ese país, sino que los costos eficientes de efectuar la actividad de distribución. Consecuentemente, los VAD calculados para Guatemala no traspasan a las tarifas las ineficiencias que las empresas eléctricas tienen a la fecha²⁵⁷.

221. Por lo tanto, el argumento de TGH que “[...] El Salvador no fue una buena elección y generó tarifas distorsionadas, ya que ‘las empresas distribuidoras de energía eléctrica de El Salvador son difícilmente comparables con las de

²⁵⁵ *Ibid.*, sección 3.1 (Énfasis añadido).

²⁵⁶ El capítulo 3 del Informe Synex proporciona una explicación detallada de cada uno de los elementos tenidos en cuenta al calcular el VAD aplicable a partir de 1998. Banco Mundial, “Informe Tarifario Synex: Determinación de Tarifas Eléctricas a Nivel Generación - Transmisión y Distribución en Guatemala”, 27 de mayo de 1997, **Anexo R-13**.

²⁵⁷ Banco Mundial, “Informe Tarifario Synex: Determinación de Tarifas Eléctricas a Nivel Generación - Transmisión y Distribución en Guatemala”, 27 de mayo de 1997, **Anexo R-13**, Presentación y Resumen Ejecutivo, pág. 6.

- Guatemala”²⁵⁸, es infundado. En el capítulo tres de su informe, Synex incluyó una descripción pormenorizada de cada uno de los parámetros utilizados y los ajustes que debieron realizarse a fin de llegar a un VAD adecuado para Guatemala. En particular, TGH argumenta que la imposibilidad de usar a El Salvador como referencia surge “entre otras cosas, [de] las diferentes densidades del territorio de distribución de EEGSA y el de El Salvador”²⁵⁹. Sin embargo, este elemento fue directamente analizado por los consultores, quienes se aseguraron de realizar los ajustes correspondientes para que las densidades fueran tomadas en cuenta en el cálculo de VAD²⁶⁰. Otros parámetros como costos de inversión y operativos fueron también considerados en relación a su valor local.
222. Las tarifas finales resultantes implicaron un aumento significativo para las tarifas residenciales (169 por ciento) y un alza menor para los clientes industriales (13 por ciento). Si bien las alzas eran importantes para la población, Synex aconsejó aplicarlas a fin de cumplir con el mandato de la LGE por el cual las tarifas debían reflejar el costo del sistema y no generar distorsiones en relación al marco aplicable²⁶¹. Para aliviar el impacto, los consultores indicaron que los aumentos de ciertas categorías de clientes podían ser escalonadas en dos años, pero la publicación de los aumentos debía ser inmediata²⁶².
223. Por lo tanto, muy contrariamente a lo alegado por TGH²⁶³, Guatemala no fijó tarifas bajas para no asumir el riesgo político del incremento tarifario. Por el contrario, Guatemala asumió la implementación de la totalidad del aumento

²⁵⁸ Memorial de Demanda, párr. 67; Declaración de Testigo Leonardo Giacchino, 23 de septiembre de 2011, (en adelante **Giacchino**), **Apéndice CWS-4**, párr. 5 y nota 3.

²⁵⁹ Memorial de Demanda, párr. 67; Damonte, **Apéndice RER-2**, párrs. 231-234.

²⁶⁰ Banco Mundial, “Informe Tarifario Synex: Determinación de Tarifas Eléctricas a Nivel Generación - Transmisión y Distribución en Guatemala”, 27 de mayo de 1997, **Anexo R-13**, sección 3.3.1.

²⁶¹ *Ibid.*, Presentación y Resumen Ejecutivo, págs. 7-8.

²⁶² *Ibid.*, Presentación y Resumen Ejecutivo, Presentación y Resumen Ejecutivo, pág. 8.

²⁶³ Kaczmarek, **Apéndice CER-2**, párr. 11.

tarifario requerido de acuerdo a las recomendaciones del estudio de Synex y del Banco Mundial con anterioridad a la venta de las acciones de EEGSA a Teco. TGH no cita, porque no puede, una sola referencia, otra que sus propios testigos²⁶⁴, en la que siquiera se insinúe que Guatemala decidió implementar tarifas más bajas a las que técnicamente correspondían de acuerdo al estudio del Banco Mundial. Los argumentos de TGH respecto de la revisión tarifaria de 1998 deben, por lo tanto, ser desechados.

224. Finalmente, es interesante mencionar que en este proceso de fijación tarifaria prevaleció el principio de que la determinación de la tarifa debía estar sujeta a criterios estrictamente técnicos. Lo anterior, a pesar de que mediante un aumento artificial de la tarifa, el Estado de Guatemala hubiera podido obtener beneficios de corto plazo, tales como un mayor precio en la privatización de EEGSA²⁶⁵. Lejos de eso, las tarifas fijadas por Synex fueron fielmente implementadas, respetándose así el principio de la LGE de que las tarifas deben reflejar estrictamente el costo del sistema.

5. El proceso de promoción de la inversión y las expectativas generadas en Teco

225. Como bien lo describe TGH en su Memorial de Demanda²⁶⁶, en abril de 1998, Guatemala inició el proceso de promoción de la privatización de EEGSA. Durante el proceso de promoción se prepararon varios documentos, entre ellos, un Memorándum Informativo de Venta y los Términos de Referencia para la oferta pública nacional e internacional, los cuales resumieron, entre otras cosas, las disposiciones del marco legal y regulatorio descrito en la Sección III.B.2 más arriba²⁶⁷. En particular, Guatemala resaltó que las tarifas serían fijadas no sobre

²⁶⁴ Memorial de Demanda, párr. 67.

²⁶⁵ Moller, **Apéndice RWS-2**, párr. 28.

²⁶⁶ Memorial de Demanda, párrs. 49-52.

²⁶⁷ EEGSA, “Términos Selección Asesor Financiero”, 1997, **Anexo R-11**; EEGSA, “Memorándum Interno: Calificación Asesor Financiero”, 5 de diciembre de 1997, **Anexo R-14**; Salomon Smith Barney, “EEGSA: Memorándum de Venta”, mayo de 1998, **Anexo R-16**; Salomon Smith Barney,

los costos reales del distribuidor sino en base a costos teóricos de una “‘empresa modelo’ de alta eficiencia”²⁶⁸.

226. Por su parte, el Memorándum Informativo de Venta, preparado por Salomon Smith Barney, 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 fixar las tarifas:

La funciones básicas de la [CNEE] son, entre otras, [...] fixar las tarifas que determina la ley [...]. La Comisión, formalmente un órgano técnico del MEM con independencia funcional y presupuestaria, es el órgano regulador y fiscalizador del sector eléctrico²⁶⁹.

227. Asimismo, Guatemala resaltó las posibilidades de crecimiento del área servida y las posibles sinergias con otras actividades²⁷⁰.
228. De acuerdo al procedimiento de oferta pública de las acciones de EEGSA, las empresas interesadas podían realizar consultas o pedir aclaraciones respecto del marco regulatorio aplicable a la actividad. Teco no consideró necesario efectuar consulta u observación alguna respecto del rol del regulador y/o sus poderes y atribuciones²⁷¹. Tampoco efectuó consulta alguna referida al rol de

“Informe Preliminar Asesor Financiero y Técnico”, 28 de enero de 1998, **Anexo C-25**; EEGSA, “Términos de Referencia para la oferta pública nacional e internacional para la venta del paquete estratégico dentro del proceso de capitalización social y venta de las acciones propiedad del Estado en EEGSA”, abril de 1998, **Anexo R-15**; EEGSA, “Roadshow en español y Roadshow en ingles”, mayo de 1998, **Anexo C-28**.

²⁶⁸ Memorial de Demanda, párr. 53, tercer apartado.

²⁶⁹ Salomon Smith Barney, “EEGSA: Memorándum de Venta”, mayo de 1998, **Anexo R-16**, págs. 54-55.

²⁷⁰ Memorial de Demanda, párr. 55.

²⁷¹ Guatemala solicitó a TGH la producción de material generado en el contexto del due diligence de EEGSA, quedando confirmado que no existían preguntas formuladas por el Consorcio en este sentido. Ver solicitudes de Guatemala de fechas 7 y 28 de noviembre de 2011 y respuestas de TGH de fechas 18 y 28 de noviembre.

la Comisión Pericial, la naturaleza de su pronunciamiento o el procedimiento a seguirse luego de emitido tal pronunciamiento²⁷².

a. La decisión de Teco de invertir en EEGSA

229. Al momento de realizar su decisión de inversión, Teco tenía a su disposición el marco legal más el material de promoción descripto más arriba. En síntesis, al momento en que Teco, Electricidade de Portugal e Iberdrola (el **Consortio**) analizaban la posibilidad de invertir en EEGSA, el marco regulatorio tenía las siguientes características esenciales²⁷³:

- La CNEE era un órgano que actuaba en forma independiente del Gobierno;
- La CNEE definiría la metodología de cálculo de las tarifas²⁷⁴;
- La CNEE revisaría dicha metodología cada cinco años²⁷⁵;
- La CNEE elaboraría los Términos de Referencia para el cálculo del VAD, los cuales podrían ser objetados por los distribuidores por vía administrativa y luego judicial²⁷⁶;
- La CNEE definiría las tarifas de distribución eléctrica de acuerdo con los términos de la LGE, las cuales reflejarían los

²⁷² A pesar de todo ello, hoy TGH pretende basar su reclamo contra Guatemala en el supuesto carácter vinculante del pronunciamiento de la Comisión Pericial. Memorial de Demanda, párr. 270. Como explicaremos más adelante, ello es contrario al texto y al espíritu de la LGE, algo que ha sido confirmado por la más alta corte de Guatemala a petición precisamente de EEGSA (ver Sección IV.B.5 abajo).

²⁷³ TGH argumenta que “[a]demás de analizar el marco legal y regulatorio establecido por Guatemala para el sector de la electricidad, TECO realizó un exhaustivo proceso de *due diligence*”. Memorial de Demanda, párr. 59.

²⁷⁴ LGE, **Anexo R-8**, arts. 4(c) y 61; Reglamento, **Anexo R-36**, art. 97; Salomon Smith Barney, “EEGSA: Memorándum de Venta”, mayo de 1998, **Anexo R-16**, Apéndice A, arts. 4(c), 61 y 77 y Apéndice B, art. 29.

²⁷⁵ LGE, **Anexo R-8**, art. 77; Salomon Smith Barney, “EEGSA: Memorándum de Venta”, mayo de 1998, **Anexo R-16**, Apéndice A, art. 77 y Apéndice B, art. 95.

²⁷⁶ LGE, **Anexo R-8**, art. 74; Reglamento (Extractos), **Anexo-12**, art. 98; Reglamento, **Anexo R-36**, art. 98; Salomon Smith Barney, “EEGSA: Memorándum de Venta”, mayo de 1998, **Anexo R-16**, Apéndice A, art. 74 y Apéndice B, art. 98.

costos de una empresa eficiente, es decir, estrictamente el costo económico de adquirir y distribuir energía eléctrica²⁷⁷;

- La CNEE contrataría asesoría profesional para el cumplimiento de sus funciones y en especial para la definición de las tarifas²⁷⁸;
- La CNEE precalificaría consultores para la preparación de estudios del VAD²⁷⁹;
- La CNEE supervisaría y comentaría el estudio tarifario del VAD preparado por el distribuidor²⁸⁰;
- El distribuidor estaría obligado a realizar las correcciones a fin de conformar el estudio tarifario de su consultor a los Términos de Referencia²⁸¹;
- La 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;
- La CNEE aprobaría o rechazaría el estudio tarifario del VAD preparado por el distribuidor después de revisar el pronunciamiento de la Comisión Pericial²⁸²;
- Una vez aprobado el estudio por la CNEE, la propia CNEE definiría las tarifas;
- Las tarifas definidas por la CNEE serían aplicables por cinco años²⁸³; y

²⁷⁷ LGE, **Anexo R-8**, arts. 71, 76 y 61; Salomon Smith Barney, “EEGSA: Memorándum de Venta”, mayo de 1998, **Anexo R-16**, Apéndice A, art. 71 y Apéndice B, art. 84.

²⁷⁸ *Ibid.* art. 5; Reglamento, **Anexo R-36**, art. 32; Salomon Smith Barney, “EEGSA: Memorándum de Venta”, mayo de 1998, **Anexo R-16**, Apéndice B, art. 32.

²⁷⁹ Reglamento, **Anexo R-36**, art. 97; Salomon Smith Barney, “EEGSA: Memorándum de Venta”, mayo de 1998, **Anexo R-16**, Apéndice A, art. 74 y Apéndice B, art. 97.

²⁸⁰ LGE, **Anexo R-8**, arts. 74 y 75; Salomon Smith Barney, “EEGSA: Memorándum de Venta”, mayo de 1998, **Anexo R-16**, Apéndice A, arts. 74 y 75.

²⁸¹ Salomon Smith Barney, “EEGSA: Memorándum de Venta”, mayo de 1998, **Anexo R-16**, Apéndice B, art. 98.

²⁸² LGE, **Anexo R-8**, art. 77; Reglamento, **Anexo R-12**, art. 98.

- El distribuidor debería cumplir con todas las obligaciones de la LGE, el Reglamento y sus posteriores modificaciones²⁸⁴.

230. Fue en base a estas expectativas que Teco realizó su inversión en EEGSA. Cabe aclarar, sin embargo, 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. Tal como explicó Teco en su informe del Directorio en julio de 1998, participar en el negocio de distribución eléctrica en Guatemala a través de EEGSA era para Teco:

[...] of particular strategic importance [...] because TPS [had] existing investments in power generation in this country²⁸⁵.

231. Como explica el testigo de Teco, Sr. Gillette, antiguo presidente de Teco Guatemala:

[...] dos centrales eléctricas en Guatemala estaban suministrando toda su energía a EEGSA, o estaban en construcción a tales efectos, poner a EEGSA en manos privadas brindaba una mayor seguridad a aquellas inversiones [...]²⁸⁶.

²⁸³ Salomon Smith Barney, “EEGSA: Memorándum de Venta”, mayo de 1998, **Anexo R-16**, Apéndice A, art. 78 y Apéndice B, art. 98.

²⁸⁴ Contrato de Autorización para los departamentos de Guatemala, Sacatepéquez y Escuintla, suscrito entre EEGSA y el Ministerio de Energía y Minas, 15 de mayo de 1998, **Anexo R-17**, cláusula vigésima.

²⁸⁵ Teco Energy, Inc. Action Regarding the Privatization of an Electric Utility in Guatemala, Board Book Write-up, July 1998, **Anexo C-32**, pág. 7-2. La inversión en EEGSA no fue la primera de Teco en Guatemala. Con anterioridad, Teco había invertido en dos proyectos de centrales energéticas en ese país: la Central Eléctrica Alborada y la Central San José. Ver Memorial de Demanda, párr. 56.

²⁸⁶ *Ibid*; Declaración de Testigo Gordon Gillette, 23 de septiembre de 2011 (en adelante **Gillette**), **Apéndice CWS-5**, párr. 9. EEGSA “EEGSA Privatización, Presentación de Gestión”, 9 de julio de 1998, **Anexo R-161**, pág. 27 del PDF (“EEGSA Privatization Opportunity [provides] [...] additional protection for existing investments”). Como indica el Memorándum de Venta, hacia 1997 la demanda de potencia de EEGSA estaba principalmente suministrada con productores privados, dentro de los cuales se encontraba, como uno de los más importantes, precisamente Teco. Salomon Smith Barney, “EEGSA: Memorándum de Venta”, 1998, **Anexo R-16**, pág. 30. EEGSA tenía con estas compañías, incluida las filiales de Teco, contratos a plazo fijo. Salomon Smith Barney, “EEGSA: Memorándum de Venta”, 1998, **Anexo R-16**, págs. 48-49; Teco Energy, Inc. Action Regarding the Privatization of an Electric Utility in Guatemala, Board Book Write-up,

232. Similares razones se expresaron en la recomendación del Directorio de julio de 1998:

Conclusion and Recommendation

TPS recommends board approval for TPS participation in the EEGSA privatization bid. The purchase of this ownership interest in EEGSA would enhance our ability to vertically integrate our position in Guatemala and provide added protection to our existing projects there. It would also position TPS to have a stake in the distribution and generation of electricity as well as other end-use businesses, not only in Guatemala but in all of Central America as electrical integration in the region evolves. In addition, the Project itself provides very significant long-term earnings through the potential opportunities for both cost-cutting and growth, which can potentially enhance our returns. This one-time opportunity to acquire the EEGSA distribution company is a positive fit with the long-term strategies of TECO Energy²⁸⁷.

233. Por consiguiente, Teco veía principalmente su posible inversión en EEGSA en función de las eventuales sinergias entre esta compañía y sus inversiones existentes en activos de generación en Guatemala. Respecto del negocio de EEGSA en sí mismo, si bien éste era un justificativo más para la inversión, Teco consideraba que se trataba de un proyecto que rendiría beneficios en el largo plazo²⁸⁸. Cabe señalar que, contrariamente a lo alegado por TGH²⁸⁹, no existía

July 1998, **Anexo C-32**, pág. 7-1 (“TPS currently has one power plant in operation in Guatemala [...] and one under construction [...] each of which has a long term power purchase agreement in place with EEGSA”).

- ²⁸⁷ Teco Energy, Inc. Action Regarding the Privatization of an Electric Utility in Guatemala, Board Book Write-up, July 1998, **Anexo C-32**, pág. 7-8 (Énfasis negrita en el original, énfasis subrayado añadido).

- ²⁸⁸ La jerarquía en el orden de prioridades figura asimismo en el relato de TGH en este arbitraje:

Además de las sinergias de EEGSA con las otras inversiones de TECO en Guatemala, Gillette declara que la oportunidad de inversión resultaba atractiva ‘por sus características propias’.

Ver Memorial de Demanda, párr. 57 (Énfasis añadido). El Sr. Gillette, a su vez indica:

expectativa alguna de incrementos tarifarios sustanciales posteriores para lograr un incremento de rentabilidad. Tal incremento de rentabilidad, según el mismo directorio de Teco, sería alcanzado en el largo plazo y solo si EEGSA lograba reducir sus costos y crecer. Más importantes aún, gracias a un documento entregado por TGH durante el procedimiento de solicitud de documentos, Guatemala pudo confirmar que en 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 años²⁹⁰, en línea con lo estipulado en el Reglamento²⁹¹.

6. El proceso de venta de las acciones de EEGSA

a. El Contrato de Autorización

234. En forma paralela al proceso de selección del inversor y en preparación de la enajenación de las acciones de EEGSA, el MEM y EEGSA firmaron un primer contrato de autorización el 15 de mayo de 1998, por el cual se le otorgó a EEGSA el derecho de distribuir energía eléctrica en los departamentos de la Cuidad de Guatemala, Sacatepéquez y Escuintla por un plazo de 50 años (el *Contrato de Autorización I*)²⁹². Luego, el 2 de febrero de 1999, en base a un segundo Contrato de Autorización, se autorizó a EEGSA a

La oportunidad de inversión resultaba atractiva no sólo por su sinergia con nuestras otras inversiones en Guatemala [...]

Gillette, **Apéndice CWS-5**, párr. 10 (Énfasis añadido).

²⁸⁹ Memorial de Demanda, párr. 71.

²⁹⁰ Modelo de Valuación de Dresdner Kleinwort Benson, **Anexo R-160** pág. 43, sección c. Tariff calculation variables (A3-09.pdf o TGH-551).

²⁹¹ Esta disminución probablemente se deba a la implementación del Factor X de eficiencia, estipulado en el Reglamento de la LGE, art 92.

²⁹² Contrato de Autorización para los departamentos de Guatemala, Sacatepéquez y Escuintla, suscrito entre EEGSA y el Ministerio de Energía y Minas, 15 de mayo de 1998, **Anexo R-17**, cláusula quinta.

prestar servicios en las ciudades de Chimaltenango, Santa Rosa y Jalapa por el mismo plazo (el **Contrato de Autorización II**, y conjuntamente con el Contrato de Autorización I, los **Contratos**)²⁹³. Los Contratos incorporaban la totalidad de los términos legales y reglamentarios vigentes hasta la fecha y que han sido descritos en la Sección III.B.2 más arriba. Asimismo, los Contratos estipulaban la obligación del adjudicatario de cumplir con todas las disposiciones de la LGE, el Reglamento o modificaciones que estos sufrieran. Es decir, las expectativas de Teco al invertir, asumían la posibilidad de modificaciones al marco regulatorio²⁹⁴.

b. La oferta del Consorcio

235. En base a los elementos analizados, el Consorcio decidió realizar una oferta para la adquisición del 80 por ciento de EEGSA. El Consorcio ofertó US\$ 520 millones.
236. El experto de TGH, Sr. Kaczmarek sostiene que el precio ofertado fue extremadamente alto si se lo compara con el valor de libros de la empresa. Kaczmarek opina que dicho sobreprecio responde al sistema de empresa modelo adoptado por Guatemala, el cual le permitió recibir ingresos por sobre el valor de sus activos²⁹⁵. El experto Kaczmarek, sin embargo, no aporta (ni puede aportar) ningún elemento de prueba contemporáneo a la inversión de

²⁹³ Contrato de Autorización Definitiva de Distribución de Energía Eléctrica para los Departamentos de Chimaltenango, Santa Rosa y Jalapa, 2 de febrero de 1999, **Anexo R-20**, cláusula quinta.

²⁹⁴ Contrato de Autorización para los departamentos de Guatemala, Sacatepéquez y Escuintla, suscrito entre EEGSA y el Ministerio de Energía y Minas, 15 de mayo de 1998, **Anexo R-17**, cláusula vigésima:

VIGÉSIMA: LEYES JURISDICCIÓN E INTERPRETACIÓN. EL ADJUDICATARIO se obliga a cumplir con todas las disposiciones previstas en la Ley General de Electricidad y su Reglamento o modificaciones que estos sufran y demás reglamentos y normas que sean de aplicación [...]

(Énfasis negrita en el original, énfasis subrayado añadido).

²⁹⁵ Kaczmarek, **Apéndice CER-2**, párr. 62.

Teco en EEGSA sobre el se basa para sostener que el precio ofertado fue establecido en función del sistema de empresa modelo. Además, su análisis es falaz.

237. Primeramente, si el análisis del Sr. Kaczamerk fuera válido, significaría que el sistema de empresa modelo le permitiría a un estado “inflar” el valor de venta de una empresa, prometiendo ingresos que no tienen relación con el servicio que la empresa será capaz de proveer. Así, los clientes no estarían pagando por el servicio provisto, sino que estarían reembolsando a través de la tarifa (a modo de préstamo) el monto ofertado por el inversor al estado. Claramente esta no es, ni puede ser, la lógica sobre la que reposa el sistema de empresa modelo. El sistema de empresa modelo, como ya se explicó, es un sistema diseñado justamente para controlar eventuales excesos en la tarifa resultantes de la posición monopólica del inversor, y para reducir los costos y alentar la eficiencia de la empresa real. Como lo explica el Ing. Damonte:

Es falso que la estrategia elegida por Guatemala (Price Cap basado en Empresa Modelo) resulte en un valor mayor de la empresa distribuidora y en consiguiente en tarifas más elevadas para los consumidores de Guatemala, sino todo lo contrario. El esquema elegido por Guatemala es considerado como un sistema moderno y eficiente, elegido por la mayor parte de los países de América del Sur y Centro América, gracias a que no solo se obtienen tarifas más bajas en su primer aplicación, sino que al incentivar a las empresas a ser más eficientes cada año a fin de obtener tasas de rentabilidad superiores, generan una reducción de costos los que en las sucesivas revisiones tarifarias brindan tarifas más bajas a los consumidores²⁹⁶.

238. Segundo, como ya se explicó, la decisión de inversión de Tecno no se basó solamente en el potencial del negocio de EEGSA, sino en las sinergias que

²⁹⁶ Damonte, **Apéndice RER-2**, párrs. 31 y 39-43 y Capítulo 7.1. Como lo explica el Ing. Damonte, dependiendo del tipo de optimización utilizado, las diferencias entre la red real y la optimizada puede oscilar entre 5 y 30 por ciento.

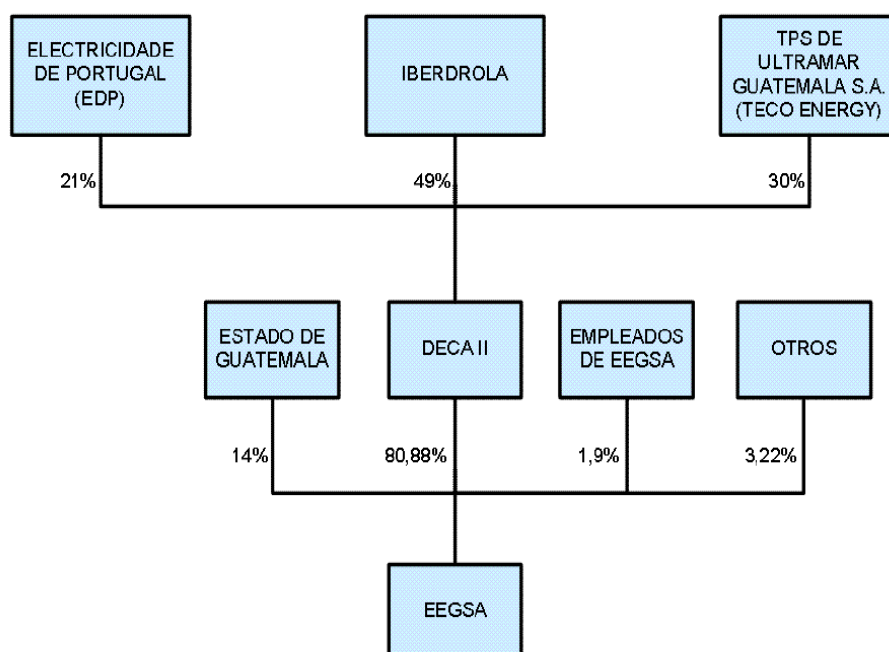
ésta podía proporcionar para las demás inversiones de Teco en generación eléctrica y otros negocios en Centro América. Por lo tanto, es razonable asumir que estas consideraciones fueron incorporadas en el precio ofertado.

239. Tercero, la valuación del negocio fue hecha por Teco, o debió serlo, en base a una proyección tarifaria partiendo de las tarifas establecidas en 1998. De allí, Teco podía esperar únicamente, y así lo muestran sus propias proyecciones pre-inversión, una disminución del VAD unitario en términos reales, dado que la empresa modelo sería cada vez más eficiente²⁹⁷.
240. Por último, y más importante aún, el precio pagado por Teco no tiene relevancia para el presente caso, dado que es un riesgo asumido completamente por el inversor. Los consumidores no pueden ser penalizados por eventuales sobrepagos pagados por el inversor. Si ello fuera así, todo inversor tendría un incentivo perverso para aumentar injustificadamente sus ofertas y recuperar dicho monto, más un retorno sobre el mismo, a través de la tarifa.
241. La oferta del Consorcio resultó seleccionada por ser la más elevada y el proceso de oferta pública culminó con la celebración de un Contrato de Compra Venta de acciones en virtud del cual Distribución Eléctrica Centroamericana S.A. (**DECA I**) (la sociedad vehículo del Consorcio) adquirió el 80 por ciento de las acciones de EEGSA²⁹⁸. En paralelo con la adquisición de

²⁹⁷ Modelo de Valuación de Dresdner Kleinwort Benson, **Anexo R-160** pág. 43, sección c. Tariff calculation variables (A3-09.pdf o TGH-551).

²⁹⁸ Contrato de Compraventa de Acciones entre el Estado de Guatemala y DECA, S.A., 11 de septiembre de 1998, **Anexo C-38**. En forma paralela a la venta de las acciones de EEGSA se llevó a cabo también el concurso público para la venta del 80 por ciento de las acciones de Deorsa y Deocsa. El proceso de venta de acciones de Deorsa y Deocsa tuvo lugar algunos meses después que el de EEGSA, y no difirió en lo sustancial del de ésta. Como resultado de este proceso, el paquete del 80 por ciento de las acciones de ambas compañías fueron adquiridas por un mismo inversor español, la multinacional eléctrica Unión Fenosa Acción y Desarrollo Exterior, S.A. (**Unión Fenosa**). El 20 por ciento restante de las acciones de ambas compañías se las reservó el INDE, quién posteriormente vendió a accionistas minoritarios parte de estas acciones.

las acciones, los accionistas de DECA I constituyeron una segunda entidad que denominaron Distribución Eléctrica Centroamericana Dos, S.A. (**DECA II**), para luego fusionar DECA I el 13 de abril de 1999 con EEGSA y trasladar su participación accionaria en EEGSA a DECA II. Como consecuencia de la fusión, DECA II se constituyó en el holding del Consorcio a través de la cual controlaba el 80,8 por ciento de las acciones de EEGSA. El restante 19,2 por ciento de las acciones de EEGSA quedaron en manos del Estado de Guatemala en un 14 por ciento, y de accionistas privados en un 5,12 por ciento. La estructura accionarial quedó, por lo tanto, constituida como sigue:



C. EL PRIMER QUINQUENIO DE EEGSA

1. La reestructuración de las actividades de EEGSA

242. A poco de iniciar la operación bajo los Contratos, el Consorcio decidió reestructurar el negocio de EEGSA y transferir a empresas relacionadas y recientemente creadas parte de las actividades de EEGSA. Así, el 6 de octubre de 1999, EEGSA y una sociedad subsidiaria, Crediegsa, S.A. (**Crediegsa**),

constituyeron Transportista Eléctrica Centroamericana, S.A. (**Trelec**) para desarrollar actividades de transporte de energía eléctrica y administrar las actividades relacionadas con el transporte de potencia y energía eléctrica asociada, originalmente realizadas por EEGSA. Para ello, EEGSA transfirió a Trelec la infraestructura relativa a su red de transporte²⁹⁹. Desde dicha reestructuración, los bienes transferidos a Trelec son remunerados independientemente a través del peaje correspondiente a la red de transporte.

243. Asimismo, en los años que siguieron a la adquisición de EEGSA, el Consorcio decidió transferir a compañías subsidiarias de miembros del Consorcio, constituidas al efecto, muchos de los servicios inicialmente prestados directamente por EEGSA a sí misma y a otros clientes³⁰⁰. Guatemala advierte que

²⁹⁹ Escritura Pública No. 41 autorizada por la Notaria Laura Vargas Florido, 14 de abril del 2000, **Anexo R-22**; Estados Financieros Auditados de EEGSA de 2009, 31 de diciembre de 2009, **Anexo R-106**, Nota 1, inciso (d), pág. 10.

³⁰⁰ Poco después de la adquisición por el Consorcio de las acciones de EEGSA, el 5 de noviembre 1998, EEGSA y Crediegsa, constituyeron Comercializadora Eléctrica de Guatemala, S.A. (**Comeegsa**), empresa que comercializaría electricidad, y, adicionalmente, prestaría servicios de asesoría en el sector eléctrico. El 31 de agosto de 1999, EEGSA y Crediegsa constituyeron Enérgica, con el objeto de prestar servicios de ingeniería, diseño, montaje, construcción, implantación y mantenimiento de redes y conducciones eléctricas, entre otros, a EEGSA. Asimismo, el 15 de junio de 2006, EEGSA y Crediegsa constituyeron Inmobiliaria y Desarrolladora Empresarial de América, S.A. (**Ideamsa**), con el objeto de desarrollar las actividades de inmobiliaria y bienes raíces del grupo. El 23 de septiembre de 2004 DECA II, EEGSA y Crediegsa constituyeron Inversiones Eléctricas de Centroamerica, S.A. (**Invelca**), a la cual EEGSA aportó las acciones que poseía en Crediegsa, Trelec, Comegsa y Enérgica, constituyéndola como holding de las empresas relacionadas y posteriormente EEGSA le transfirió las acciones derivadas de dichas aportaciones a sus accionistas en las mismas proporciones en que participan en EEGSA a cuenta de pago por futuras capitalizaciones. Como consecuencia de esta última transferencia de acciones, el 99,99 por ciento de las acciones emitidas de Crediegsa serían traspasadas a Invelca; las acciones emitidas por Comeegsa fueron traspasadas en un 98 por ciento a Invelca, y el 2 por ciento restante a Crediegsa; las acciones emitidas por Enérgica fueron igualmente traspasadas en un 85 por ciento a Invelca, quedando el 15 por ciento restante en propiedad de Crediegsa; las acciones emitidas por Trelec fueron posteriormente traspasadas en un 99.99 por ciento a Invelca. En consecuencia, como resultado de la creación de subsidiarias y compañías relacionadas descrita, EEGSA e Invelca funcionan hoy como dos compañías relacionadas (ambas tienen los mismos dueños). Una parte importante de las actividades que EEGSA antes prestaba por sí misma son ahora prestadas por las subsidiarias de Invelca, lo que determina que EEGSA no reciba ningún beneficio por las ganancias que Invelca o sus subsidiarias puedan obtener en base a dichas actividades. Adjuntamos un gráfico con la estructura societaria en **Apéndice R-IV**. En la nota 6 de los Estados Financieros Auditados de EEGSA para el año 2009, se describen los montos de las facturaciones entre compañías. Estados Financieros Auditados de EEGSA de 2009, 31 de diciembre de 2009, **Anexo R-106**, págs. 20-21.

TGH ha elegido no informar al Tribunal sobre el desmembramiento de las actividades de EEGSA. Sin embargo, es evidente que todo análisis de rentabilidad de la inversión inicial deberá tener en cuenta los efectos de dicha reestructuración y los resultados financieros de dichas empresas.

2. El desempeño económico de EEGSA en el primer quinquenio

244. En paralelo con la reestructuración de sus actividades, EEGSA inició sus operaciones de acuerdo a los términos de los Contratos. Tal como había sido indicado durante la privatización, las tarifas fijadas en 1998 aplicaron al quinquenio, con ciertos ajustes periódicos por inflación.
245. En su Memorial de Demanda, TGH alega que a pesar de haber reducido costos y pérdidas y de haber crecido, EEGSA “no prosperó” financieramente durante este primer quinquenio³⁰¹. TGH argumenta que dicha falta de prosperidad se debió al incremento del costo del petróleo, a la devaluación de la moneda en 1999 y a las “bajas” tarifas establecidas en 1998³⁰². Pero como ya se explicó, las tarifas fijadas en 1998 lo fueron en base a un estudio técnico realizado por Synex con el auspicio del Banco Mundial, y eran conocidas por Teco antes de invertir³⁰³. Adicionalmente, 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 regulatorio³⁰⁴.
246. Según TGH, en 1999 y 2000, EEGSA generaba aún flujos de caja negativos y en 2001 beneficios netos negativos³⁰⁵. Según el experto Kaczmarek, el retorno sobre la inversión realizada en el primer quinquenio fue entre 4 y 6 por ciento, lo cual se

³⁰¹ Memorial de Demanda, párrs. 68-69.

³⁰² *Ibid.*, párr. 69.

³⁰³ Ver Sección III.B.4 más arriba.

³⁰⁴ Reglamento, **Anexo R-36**, arts. 79, 86, 87, 88.

³⁰⁵ Memorial de Demanda, párr. 69.

encontraría por debajo del 7 por ciento garantizado por la LGE³⁰⁶. Kaczmarek concluye que, por lo tanto, en 1998 las tarifas fueron fijadas a un nivel muy bajo³⁰⁷. Estos argumentos carecen de sustento legal, pero por sobre todo, carecen de sustento económico.

247. Primeramente, las inversiones en infraestructura son inversiones a largo plazo que requieren una importante inversión inicial a ser recuperada a lo largo del contrato. Ello es aún más cierto en el caso de inversiones en empresas estatales privatizadas para superar ineficiencias crónicas y falta de inversión. El mismo Directorio de Teco, al tomar la decisión de invertir en EEGSA, indicó que el retorno esperado sería a largo plazo³⁰⁸. Pretender que una compañía de servicios públicos recientemente privatizada genere beneficios en el primer o segundo año de operación carece de toda razonabilidad.
248. Segundo, al realizar su análisis de rentabilidad, el Sr. Kaczmarek lo hace sobre la base del capital inicial (precio pagado) y las inversiones posteriores³⁰⁹. Como ya se explicó, la LGE no reconoce rentabilidad sobre la inversión real ni el precio pagado sino sobre la base de capital de la empresa modelo. Asimismo, por ser 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. Además, en su análisis, el experto 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 Trelec³¹⁰.

³⁰⁶ Kaczmarek, **Apéndice CER-2**, párr. 96. Notamos que en el Memorial de Demanda, TGH reporta incorrectamente las conclusiones de su experto, refiriendo a 3 y 4 por ciento en lugar de 4 y 6 por ciento (Memorial de Demanda, párr. 69).

³⁰⁷ Giacchino, **Apéndice CWS-4**, párr. 5; Memorial de Demanda, párr. 69.

³⁰⁸ Teco Energy, Inc. Action Regarding the Privatization of an Electric Utility in Guatemala, Board Book Write-up, July 1998, **Anexo C-32**, pág. 7-8 (ver “Conclusion and Recommendation”).

³⁰⁹ Kaczmarek, **Apéndice CER-2**, párrs. 95-96.

³¹⁰ M Abdala y M Schoeters, **Apéndice RER-1**, párr. 87.

249. Por último, cabe resaltar que a pesar de los alegados problemas financieros, TGH admite haber percibido en dicho período un poco más de US\$ 2 millones de dividendos por su participación del 24% en la compañía³¹¹. En efecto, como bien lo indica el experto Kaczmarek, EEGSA distribuyó en el primer quinquenio dividendos por unos US\$ 9 millones³¹². Dada las características de la inversión, no puede más que decirse que estos representan resultados excelentes para los primeros años de un contrato a 50 años. Como bien lo confirma el Libro de Actas de la Junta Directiva de Teco en enero de 2000 (en contradicción a lo dicho por el Sr. Kaczmarek), “EEGSA overall income was higher than plan[ned]”³¹³.

D. LA REVISIÓN TARIFARIA 2003-2008

250. De conformidad con lo estipulado en el artículo 77 de la LGE, habiendo fijado la CNEE las tarifas para el primer quinquenio en 1997, ésta debía fijar las tarifas para el segundo quinquenio en la primera quincena de enero de 2003. A los fines de preparar la revisión tarifaria, la CNEE contrató al consultor chileno Ing. Bernstein, quien fue uno de los autores del marco regulatorio y de la fijación de las tarifas del primer quinquenio, para que preparara un análisis sobre la metodología a utilizar para los Términos de Referencia de la revisión tarifaria del segundo quinquenio de EEGSA, Deorsa y Deocsa³¹⁴.
251. De particular importancia es que, en su análisis, el Ing. Bernstein indicó a la CNEE la necesidad de contratar un experto propio que realizara un estudio independiente de forma paralela al del distribuidor, a fin de poder realizar un análisis crítico del dicho estudio. Tal como lo explicó el Ing. Bernstein en ese momento:

³¹¹ Memorial de Demanda, párr. 69.

³¹² Kaczmarek, **Apéndice CER-2**, párr. 94.

³¹³ TECO Power Services Corp. Activities of Distribution Companies, Board of Directors Minutes Book, enero de 2000, **Anexo C-47**, pág. 2-36.

³¹⁴ JS Bernstein “Algunos Aspectos Metodológicos a Considerar en los Términos de Referencia para los Estudios del Valor Agregado de Distribución”, mayo de 2002, **Anexo R-23**.

Los VAD son calculados por los Distribuidores a través de un estudio encargado a una empresa consultora precalificada por la CNEE, el cual debe ceñirse a la metodología establecida por la Comisión en los términos de referencia de dichos estudios (Art. 74° de la [L]ey). No obstante, la CNEE puede observar los valores obtenidos y, de persistir las discrepancias, debe recurrirse a una Comisión Pericial integrada por 3 miembros (Art. 75° de la Ley). Para ejercer sus atribuciones de control, la CNEE debe tener la capacidad de efectuar un análisis crítico de cada paso del estudio desarrollado por los Distribuidores, lo que implica en la práctica realizar un estudio independiente, pero con la misma metodología³¹⁵.

252. Esta misma recomendación había sido esbozada por el Lic. Leonardo Giacchino, consultor de EEGSA en las revisiones tarifarias de 2003 y 2008 y testigo en este arbitraje, poco tiempo antes, en el año 2000, en un artículo en el cual explicaba la necesidad para los reguladores de contratar expertos externos a fin de eliminar los problemas que pudieran surgir en revisiones tarifarias:

The regulated tariff review caused most of the problems with the new regulatory frameworks to become apparent. Regulators and regulated utilities had difficulty agreeing on certain details, such as values of regulated assets, recalculation of original tariffs, the value of the efficiency factor in price cap regimes, and the improvement in quality of service. Each of these issues will continue to cause friction, especially in countries that have not yet had tariff reviews (eg, Mexico, El Salvador, Guatemala and Panama). To simplify the tariff review, each country should make its regulatory decisions more transparent. Some are already working toward this goal, developing measures such as regulatory accounting, service quality standards, and reports by outside experts³¹⁶.

³¹⁵ *Ibid.*, pág. 2 (Énfasis añadido).

³¹⁶ L Giacchino, et al., “Key regulatory concerns in Latin America energy, telecoms and water sectors in Latin America” (2000) Privatization International: Utility Regulation 2000 Series, Volume 2 Latin America, **Anexo R-21**, pág. 1 (Énfasis añadido).

253. Respecto de los Términos de Referencia, el Ing. Bernstein mencionaba los claros beneficios a la CNEE comparar los resultados del estudio del distribuidor con el estudio del regulador:

[E]stablecer términos de referencia y metodologías de cálculo suficientemente precisos como para a) reflejar adecuadamente los conceptos de VAD contenidos en la Ley y en su Reglamento, evitando imprecisiones que pueden ser usadas para abultar los costos de distribución, b) poder comparar los resultados numéricos intermedios y finales obtenidos en los estudios de los Distribuidores y del Regulador, y ser capaz de apreciar las causas de esas diferencias [...]³¹⁷.

254. Todas las recomendaciones realizadas por el Ing. Bernstein derivaban de la reciente experiencia en revisiones tarifarias que habían tenido países como Perú (2001), Uruguay (2001-2002) y El Salvador (2002), y en las cuales el Ing. Bernstein había participado en forma directa³¹⁸. Entre otras recomendaciones, el Ing. Bernstein aconsejó a la CNEE establecer en los Términos de Referencia que los costos sean justificados a través de comparables de por lo menos otros dos países:

Finalmente, es conveniente establecer en los [Términos de Referencia] que los consultores deben comparar los costos de las componentes que forman parte del VNR con valores en a los menos dos países del continente que apliquen conceptos regulatorios similares³¹⁹.

255. La CNEE, siguiendo las recomendaciones del Ing. Bernstein, contrató consultores externos. En esta ocasión el apoyo del consultor externo se limitó a un análisis de los sucesivos informes de etapas del estudio tarifario, pero no obstante las

³¹⁷ JS Bernstein “Algunos Aspectos Metodológicos a Considerar en los Términos de Referencia para los Estudios del Valor Agregado de Distribución”, mayo de 2002, **Anexo R-23**, pág. 2 (Énfasis añadido).

³¹⁸ *Ibid.*, pág. 3.

³¹⁹ *Ibid.*, pág. 7 (Énfasis añadido).

- recomendaciones del Ing. Bernstein, no llegó a analizar el estudio tarifario completo que presentó el distribuidor, ni a realizar un estudio independiente en forma paralela³²⁰.
256. EEGSA, por su lado, contrató para la confección de su estudio tarifario al equipo del Lic. Giacchino, de NERA Economic Consulting (**NERA**). EEGSA contó también con el apoyo de la consultora argentina Sigla S.A. / Electrotek (**Sigla**), encargada de preparar el estudio de Caracterización de Carga, un componente importante del estudio tarifario. La decisión de EEGSA de utilizar los servicios del Lic. Giacchino no fue sorprendente dado que el Lic. Giacchino ya había trabajado para el grupo Iberdrola, el operador del Consorcio, en otras revisiones tarifarias, habiendo asesorado a las empresas eléctricas Compañía de Electricidade do Estado da Bahia (**Coelba**) del Brasil y Electricidad de la Paz (**Electropaz**) de Bolivia, de las cuales Iberdrola era accionista controlador³²¹.
257. El hecho de que la CNEE no hubiera contratado un experto que realizara un estudio independiente para la revisión 2003-2008 resultó, tal como lo había subrayado el Ing. Bernstein, en una importante limitación para la CNEE en su capacidad de supervisar los informes de etapa del equipo NERA. Si bien la CNEE podía realizar observaciones puntuales al estudio, no tenía un “benchmark” o referencia contra el cual podría comparar los resultados del estudio. Asimismo, la CNEE 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 VNR³²².
258. Esta revisión tarifaria resultó en un incremento del VAD de EEGSA, que, en baja tensión subió de US\$ 6,63/kW-mes a US\$ 7,48/kW-mes (un aumento del 12,83

³²⁰ Colom, **Apéndice RWS-1**, párr. 49.

³²¹ Giacchino, **Apéndice CWS-4**, Anexo A, págs. 7,9 y 16; Ernst & Young, “Iberdrola, Informe de Auditoría”, 23 de febrero de 2010, **Anexo R-109** págs. 85-86; Iberdrola, “Corporativa: Group’s Websites”, última visita 1 de julio de 2010, **Anexo R-121**, (listando Electropaz, Coelba, y EEGSA entre sus seis entidades corporativas de Latinoamérica).

³²² Colom, **Apéndice RWS-1**, párr. 49.

por ciento) y en media tensión pasó de US\$ 5,10/kW-mes a US\$ 8,71/kW-mes (un incremento del 70,78 por ciento). Es importante aclarar 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.³²³

259. Como lo explica el experto Damonte, los resultados de esta revisión tarifaria llevaron los valores de EEGSA a niveles muy desproporcionados respecto de la media en toda Latinoamérica³²⁴.

E. LAS MODIFICACIONES AL REGLAMENTO

260. En su Memorial de Demanda, TGH alega que Guatemala habría modificado en 2007 el artículo 98 del Reglamento de manera inconstitucional y contraria al texto y fin de la LGE, para permitirle a la CNEE utilizar en determinadas circunstancias su propio estudio tarifario para calcular el VAD³²⁵. Ello es incorrecto. Contrariamente a lo que alega TGH, el proceso de reforma no fue gestado políticamente para interferir con la revisión tarifaria del 2007. La reforma del Reglamento se inició en 2003 y abarcó distintos aspectos de la regulación. Cada una de las modificaciones no sólo fueron justificadas sino que se ajustaron plenamente a la LGE.

1. La necesidad de reformar el Reglamento era previsible y fue aceptada por EEGSA

261. Primeramente, debe señalarse que las modificaciones de la regulación eléctrica no constituyen episodios inusuales en Latinoamérica. Al igual que en Guatemala, en la mayoría de los países de la región los regímenes eléctricos fueron implementados en los últimos veinte años, por lo que es normal que conforme las autoridades van ganando experiencia regulatoria se introduzcan cambios para

³²³ Kaczmarek, **Apéndice CER-2**, párr. 98.

³²⁴ Damonte **Apéndice RER-2**, párr. 251.

³²⁵ Memorial de Demanda, párr. 84.

armonizar los textos de la regulación y cubrir lagunas jurídicas que puedan existir³²⁶.

262. A este respecto es importante mencionar que los propios Contratos contemplaban tanto la posibilidad de que se introdujeran modificaciones al marco regulatorio como la obligación de EEGSA de acatar estas modificaciones:

[EEGSA] se obliga a cumplir con todas las disposiciones previstas en la Ley General de Electricidad y su Reglamento o modificaciones que estos sufran y demás reglamentos y normas que sean de aplicación general [...]³²⁷

263. Por lo tanto, EEGSA invirtió no sólo sabiendo que los cambios legislativos y reglamentarios eran posibles, sino que le resultaban plenamente aplicables.

2. Génesis: La reforma al Artículo 99 del Reglamento en 2003

264. Con la experiencia de la primera revisión tarifaria en 2003 y de la aplicación del Reglamento durante algunos años, el MEM entendió que algunos aspectos del mismo podían ser mejorados y aclarados. Así, el 5 de diciembre de 2003, se aprobó el Acuerdo Gubernativo No. 787-2003, por el cual se realizaron algunas modificaciones a los artículos 98 y 99 del Reglamento³²⁸.

³²⁶ Chile, por ejemplo, hizo una substancial modificación en 2004 a su Ley General de Servicios Eléctricos y su Reglamento. Perú es otro ejemplo de un país de la región que, desde el dictado de la ley de electricidad en 1992, ha dispuesto sucesivas modificaciones a la misma y la creación de normas relacionadas, como por ejemplo, Ley de creación del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía-OSINERG- (1996); Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico (1997); Ley que establece la obligación de presentar, entre otras, un Estudio de Impacto Ambiental en los casos de actividades de generación termoeléctrica cuya potencia instalada supere los 10 MW (1997); Ley que modifica diversos artículos de la Ley de Concesiones Eléctricas (1999), Ley de Promoción de Concesiones de Centrales Hidroeléctricas (2001).

³²⁷ Contrato de Autorización Definitiva de Distribución de Energía Eléctrica para los Departamentos de Guatemala, Sacatepéquez y Escuintla, 15 de mayo de 1998, **Anexo R-17**, cláusula vigesima (Énfasis añadido); Contrato de Autorización Definitiva de Distribución de Energía Eléctrica para los Departamentos de Chimaltenango, Santa Rosa y Jalapa, 2 de febrero de 1999, **Anexo R-20**, cláusula vigesima (Énfasis añadido).

³²⁸ Acuerdo Gubernativo No. 787-2003, 5 de diciembre de 2003, publicado en el Diario de Centro América el 16 de enero de 2004, **Anexo R-30**.

265. Las modificaciones tenían como objeto, en primer lugar, solucionar algunas cuestiones problemáticas relativas a los plazos de revisión tarifaria existentes en el Reglamento, que habían sido estipulados bajo la premisa que los procesos de revisión de todos los distribuidores ocurrirían simultáneamente (artículo 98 y 99 primer párrafo), lo cual no sucedió en realidad.
266. En segundo lugar, la modificación tenía como objeto 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 anteriores³²⁹. Esta situación estaba regulada hasta entonces indirectamente por el artículo 98 del Reglamento que contemplaba, para el supuesto de que no existieran tarifas aprobadas, que el distribuidor continuara aplicando las tarifas anteriores (con sus fórmulas de ajuste) mientras no se publicaran las nuevas tarifas.
267. Esto era, sin embargo, por principio, contrario al modelo tarifario de empresa modelo previsto en la LGE, que requería la determinación de nuevas tarifas eficientes cada cinco años. Tal como estaba redactado el artículo 98, si el distribuidor advertía que las tarifas vigentes ajustadas eran más favorables que las que podían surgir de un nuevo estudio tarifario, podía decidir no colaborar con el proceso de revisión tarifaria y así extender *sine die* la aplicación de las tarifas vigentes, en perjuicio de los consumidores. Debe considerarse además que, como ya se explicó, en el sistema regulatorio de empresa modelo se espera que las tarifas tengan una tendencia a la baja, toda vez que la empresa debe mejorar su eficiencia y existe un aumento de demanda. De hecho eso era lo que estaba sucediendo en el modelo chileno, uno de los países considerados similares al

³²⁹ El argumento del experto Alegría de que no tiene conocimiento de que haya caso alguno en el que no se haya presentado el estudio del consultor es incorrecto. Las empresas municipales a menudo deciden no presentar sus estudios tarifarios y la CNEE debe determinar las tarifas en función de sus propios estudios. Ver Memorial de Demanda, párr. 89; Dictamen Legal de Rodolfo Alegría, 22 de septiembre de 2011 (en adelante *Alegría*), **Apéndice CER-1**, párr. 38.

modelo de Guatemala³³⁰. En este contexto, aplicar las tarifas anteriores podía resultar en perjuicio de los consumidores.

268. Ante este escenario, la reforma de 2003 agregó el párrafo final del artículo 99 para permitirle a la CNEE emitir y poner en vigencia un pliego tarifario en forma inmediata. El cuadro debajo destaca los cambios de una versión a otra:

ART. 99 - VERSIÓN ORIGINAL 1997 ³³¹	ART. 99 - REFORMA 2003 ³³²
Art. 99: Aplicación de las Tarifas. Una vez aprobado el estudio tarifario a que se refiere los artículos anteriores, la comisión procederá a fijar las tarifas definitivas en un plazo no mayor a un mes a partir de la fecha en la que se aprobó el estudio definitivo [...] <u>En caso que la comisión no haya publicado las nuevas tarifas, las mismas podrán ser ajustadas por los distribuidores en base a las formulas vigentes de ajuste</u>, salvo lo previsto en el último párrafo del artículo anterior. Las tarifas se aplicarán a partir del 1 de mayo inmediato siguiente a la fecha de aprobación por la Comisión.	Art. 99: Aplicación de las Tarifas. Una vez aprobado el estudio tarifario a que se refiere los artículos anteriores, la comisión procederá a fijar las tarifas definitivas a partir de la fecha en la que se aprobó el estudio definitivo [...]. <u>En caso que la comisión no haya publicado las nuevas tarifas, se seguirán aplicando las del pliego tarifario anterior con sus fórmulas de ajuste.</u> [...] En ningún caso la actividad de distribución final del servicio de electricidad puede llevarse a cabo sin pliego tarifario vigente. <u>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.</u>

269. De esta manera, el artículo 99 pasaba a contemplar las consecuencias para los dos escenarios posibles: (i) que el nuevo pliego tarifario no hubiere sido publicado por culpa de la CNEE (2do párrafo del nuevo artículo 99), donde se mantenía la

³³⁰ La Comisión Nacional de Energía de Chile explicaba las razones para esta tendencia decreciente en las tarifas en los siguientes términos:

La principal razón que explica esta variación está en la mayor eficiencia que capturan las empresas distribuidoras a medida que aumenta la demanda, producto de la presencia de economías de escala y densidad, eficiencia que es traspasada a tarifas.

Comunicaciones de prensa de la Comisión Nacional de Energía de Chile, 15 de noviembre de 2000 y 27 de noviembre de 2008, **Anexo R-152**.

³³¹ Reglamento (Extractos), **Anexo R-12**, art. 99.

³³² Reglamento, **Anexo R-36**, art. 99.

solución original y el distribuidor podía seguir aplicando las tarifas del período tarifario anterior; y (ii) que el nuevo pliego tarifario no hubiere sido publicado por culpa de el distribuidor (3er párrafo del nuevo artículo 99), en cuyo caso correspondía a la CNEE poner en vigencia un nuevo pliego tarifario.

270. Cabe resaltar un punto fundamental: ni EEGSA ni sus accionistas objetaron formal o informalmente esta modificación del artículo 99 del Reglamento en 2003.

3. La modificación del Reglamento de 2007

271. En marzo de 2007, bajo el Directorio de la CNEE anterior al que luego tendría a su cargo la revisión tarifaria de EEGSA, varios artículos del Reglamento fueron modificados. Contrariamente a lo alegado por TGH, ésta no fue una reforma “politizada” en vistas de la próxima revisión tarifaria de EEGSA. El proyecto de reforma comenzó a gestarse en 2005 bajo el impulso del Programa Nacional de Competitividad (Pronacom) una entidad pública cuya misión, entre otras, es la de impulsar acciones y políticas que mejoren la inversión productiva en Guatemala. En este contexto, se inició un proyecto de reforma legislativa del sector eléctrico con el fin de incrementar su competitividad a través de la generación de fuentes renovables de energía y el uso de combustibles más eficientes³³³. Esta oportunidad también se utilizó para incorporar algunas modificaciones tendientes a completar y/o armonizar la regulación de distribución. Dentro de los cambios realizados a la regulación del sector de distribución, se pueden mencionar una mejora de las disposiciones relativas al otorgamiento de fianzas por parte de los usuarios a los distribuidores para garantizar el pago de sus facturas y una adecuación de los plazos de conexión al servicio³³⁴, entre otros. Respecto del artículo 98 del Reglamento, sobre periodicidad de los estudios tarifarios, el mismo fue adecuado en varios aspectos.

³³³ Acuerdo Gubernativo 68-2007, 2 de marzo de 2007, publicado en el Diario de Centroamérica el 5 de marzo de 2007, **Anexo R-35**, considerandos.

³³⁴ *Ibid.*, arts. 1, 15 y 19.

272. En primer lugar, fue necesario extender los plazos estipulados para las revisiones tarifarias, ya que los plazos originales habían demostrado no ser lo suficientemente largos como para asegurar un proceso eficiente pero a la vez riguroso, y que asegurase que la CNEE pudiera efectuar una supervisión adecuada. Así, la totalidad del proceso fue extendida, dando inicio al proceso con la entrega de los Términos de Referencia a las distribuidoras doce meses antes de la aprobación del pliego tarifario, en lugar de once meses como se estipulaba en el Reglamento original, y se extendieron todos los plazos del procedimiento un mes³³⁵.
273. En segundo lugar, se modificó el párrafo segundo del artículo para agregar que el distribuidor debía entregar “las justificaciones por cada renglón de costo a incluir” en las tarifas³³⁶. La obligación de justificar todos los costos incluidos en el estudio tarifario ya existía en la LGE y el Reglamento anterior, ya que la CNEE debía aprobar costos eficientes (artículo 60 de la LGE) y sólo podía hacerlo una vez verificados cada uno de los costos presentados por el distribuidor (artículos 82 y 83 del Reglamento). Sin embargo, dado que en la revisión anterior habían surgido algunas resistencias por parte de EEGSA a justificar todos sus costos³³⁷, se decidió ponerlo en forma clara y expresa en la modificación del Reglamento para evitar cualquier tipo de disputas sobre esta cuestión básica y permitir a la CNEE

³³⁵ Reglamento, **Anexo R-36**, art. 98.

³³⁶ *Ibid.*

³³⁷ Carta de Roberto Urdiales (CNEE) a Miguel Francisco Calleja (EEGSA) y Leonardo Giacchino (NERA-SEMELEC), 16 de junio de 2003, **Anexo C-66** (“Algunos costos no fueron todavía provistos por Eegsa por lo que en ciertos casos han sido establecidos por extrapolación y en otros, cuando esto no ha sido posible, se los dejó provisoriamente con valor cero...”). Carta de Roberto Urdiales (CNEE) a Miguel Francisco Calleja (EEGSA) y Leonardo Giacchino (NERA-SEMELEC), 4 de julio de 2003, **Anexo R-27** (“La Consultora ha considerado eficientes los gastos de Consultoría de la Distribuidora, sin explicar con referencias verificables los criterios de eficiencia considerados. Destacan en este renglón de costo lo correspondiente a Gastos de Consultoría de SAP. [...] Se ha integrado la totalidad de los costos de Instalaciones Físicas de EEGSA, sin consignarse explícitamente el respaldo de que las mismas sean adecuadas para la prestación de las actividades (dimensiones y utilizaciones), conforme el criterio director de alcanzar el nivel máximo de eficiencia [...]).

ejercer sus funciones de supervisión. Esta aclaración estaba en línea además con la tendencia regulatoria internacional.

274. Asimismo, en el mismo párrafo se hizo una corrección de redacción y se reemplazó “aprobará o rechazará los estudios efectuados [por el distribuidor]”³³⁸ por “resolverá sobre la procedencia o improcedencia de los estudios efectuados [por el distribuidor]”³³⁹. Con este cambio, la CNEE continuaba teniendo, tal como lo preveía el Reglamento original, la última palabra respecto de la utilización del estudio en caso de que no se ajustara a los Términos de Referencia.
275. En tercer lugar, se modificó también la redacción del tercer párrafo que disponía que el distribuidor “efectuará las correcciones a las tarifas y sus fórmulas de ajuste”³⁴⁰ de acuerdo a las observaciones de la CNEE, por: “efectuará las correcciones a los estudios”³⁴¹. En rigor, la redacción anterior no era apropiada, ya que lo que está en análisis es el estudio tarifario del experto del distribuidor y no las tarifas mismas. Ello dicho, la obligación original de incorporar las observaciones de la CNEE se mantuvo inalterada.
276. En cuarto lugar, se modificó el párrafo cuarto para que el costo de la contratación del tercer perito de la Comisión Pericial, en caso de discrepancias, lo cubrieran a medias entre la CNEE y el distribuidor³⁴². Ninguna otra modificación fue realizada respecto de las atribuciones o el rol de la Comisión Pericial.
277. En quinto lugar, se modificó el quinto párrafo a fin de hacer coherente el artículo 98 con el artículo 99 que había sido modificado en la última reforma de 2003³⁴³. Como ya se explicó más arriba, el artículo 99 disponía que la CNEE debía “emitir

³³⁸ Reglamento (Extractos), **Anexo R-12**, art. 98.

³³⁹ Reglamento, **Anexo R-36**, art. 98.

³⁴⁰ Reglamento (Extractos), **Anexo R-12**, art. 98.

³⁴¹ Reglamento, **Anexo R-36**, art. 98.

³⁴² *Ibid.*

³⁴³ *Ibid.*, art. 98; Acuerdo Gubernativo No. 787-2003, 5 de diciembre de 2003, **Anexo R-30**, art. 99.

- y poner en vigencia” en forma inmediata un pliego tarifario en caso de que el distribuidor no contara con uno. Sin embargo, el artículo 98 no había sido modificado de forma coherente con el nuevo artículo 99 en el 2003 y todavía estipulaba que si el distribuidor no entregaba su estudio o no efectuaba las correcciones se seguía aplicando el cuadro tarifario anterior.
278. Como ya se explicó, la solución de aplicar el cuadro tarifario anterior puede representar incentivos perversos para los distribuidores. Por lo tanto, a fin de asegurar la plena consistencia de los artículos 98 y 99, se modificó el artículo 98 para ahora “obligar” a la CNEE a “emitir y publicar” el pliego tarifario en caso de que el distribuidor no entregara su estudio, o no lo corrigiera de acuerdo a las observaciones de la CNEE, tal como ya lo preveía el artículo 99³⁴⁴.
279. En este sentido, si bien TGH y su experto legal, reconocen que la regulación previa a la reforma del artículo 98 del Reglamento implicaba un “resultado indeseable” en tanto podía generar un incentivo perverso para el distribuidor³⁴⁵, éstos sostienen que el problema no era insalvable dada la facultad de la CNEE de imponer multas para generar un “incentivo financiero significativo” para lograr la colaboración del distribuidor³⁴⁶. Este razonamiento yerra completamente en 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) que afecta los principios mismos del sistema establecido en la LGE y que de ninguna forma puede ser reparado mediante la imposición de una multa. Por otra parte, 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.

³⁴⁴ Reglamento, **Anexo R-36**, arts. 98 y 99.

³⁴⁵ Memorial de Demanda, párr. 89; Alegria, **Apéndice CER-1**, párrs. 38-40.

³⁴⁶ Memorial de Demanda, párr. 89; Alegria, **Apéndice CER-1**, párr. 38.

280. El nuevo artículo 98 también fue modificado para obligar a la CNEE a contratar su propio experto precalificado a fin de que efectuara un estudio tarifario independiente³⁴⁷. Si bien la CNEE tenía la facultad de contratar un consultor externo para que preparara su estudio independiente, se consideró que era más indicado imponerle a la CNEE la obligación de contratar su propio estudio y no dejarlo a opción de los directores de la entidad. Esto tenía en consideración la recomendación efectuada por el Ing. Bernstein en 2002, de que era necesario que la CNEE contratara la realización por un consultor externo de un estudio independiente en forma paralela al del distribuidor para así poder ejercer diligentemente la función de control y minimizar la asimetría de información. Además, como se explicó, el contar con un adecuado respaldo técnico disminuía el riesgo de una impugnación exitosa de las nuevas tarifas que resultaran fijadas³⁴⁸, y garantizaba el derecho de los usuarios y de las empresas distribuidoras a poder revisarlas sobre una base técnica y objetiva.
281. Esta modificación también se basaba en la experiencia vivida por la CNEE durante la revisión tarifaria de EEGSA de 2003-2008, en la cual la CNEE no había podido controlar y comparar adecuadamente los resultados presentados por el distribuidor. En dicha ocasión, por falta de recursos internos y asesoramiento externo, muchos elementos del estudio de EEGSA que hubieran podido ser objetados por la CNEE — algunos tan obvios como el reconocimiento del honorario del operador por US\$ 4,889 millones³⁴⁹, cuando los documentos de la licitación y el propio Contrato de Operación indicaban claramente que sería trasladado a las tarifas sólo en el primer quinquenio³⁵⁰ — no lo fueron. Así, en la

³⁴⁷ Reglamento, **Anexo R-36**, art. 98.

³⁴⁸ Ver párr. 200 arriba.

³⁴⁹ National Economic Research Associates, “Costos de Operación y Mantenimiento y Costos de Comercialización, Informe Preparado para EEGSA”, 7 de mayo de 2003, revisado el 20 de julio de 2003, presentado el 30 de julio de 2003, **Anexo R-29**, págs. 90-92.

³⁵⁰ EEGSA, “Términos de Referencia para la oferta pública nacional e internacional para la venta del paquete estratégico dentro del proceso de capitalización social y venta de las acciones propiedad del Estado en EEGSA”, abril de 1998, **Anexo R-15**, 3.1.9; Contrato de Operación entre EEGSA e Iberdrola Energía S.A. para la prestación de servicios de asistencia técnica y transferencia de

nueva redacción el artículo 98 se garantizó que la CNEE contaría con un estudio independiente al que preparara el distribuidor. Esto le permitiría tener una referencia técnica independiente en base a la cual podría bien corregir por sí misma el estudio del distribuidor, si fuera posible o conveniente, o bien, de lo contrario, usar su propio estudio para determinar las tarifas.

282. Las distintas versiones del artículo 98 pueden ser vistas claramente en el cuadro más abajo:

ARTÍCULO 98 PREVIO A LA REFORMA DE 2007 ³⁵¹	ARTÍCULO 98 SEGÚN REFORMA DE 2007 ³⁵²	ARTÍCULO 99 – VIGENTE EN 2007 ³⁵³
Artículo 98.- Periodicidad de los Estudios Tarifarios. Términos de Referencia a ser entregados con una anticipación de <u>once meses</u> antes de la entrada en vigencia de las tarifas. Estudio tarifario a ser entregado por el distribuidor tres meses antes de la entrada en vigencia de las nuevas tarifas. El estudio tarifario debe incluir los cuadros tarifarios resultantes y las respectivas fórmulas de ajuste, así como el respectivo informe de etapa de respaldo. La CNEE en el plazo de un mes <u>aprobará o rechazará lo estudios efectuados</u> por los consultores formulando las observaciones que considere pertinentes. El Distribuidor analizará las observaciones, <u>efectuará las correcciones a las tarifas y sus fórmulas de ajuste</u>, y enviará el	Artículo 98.- Periodicidad de los Estudios Tarifarios. Términos de Referencia a ser entregados con una anticipación de doce meses antes de la entrada en vigencia de las tarifas. Estudio tarifario a ser entregado por el distribuidor cuatro meses antes de la entrada en vigencia de las nuevas tarifas. El estudio tarifario debe incluir los cuadros tarifarios resultantes, <u>las justificaciones por cada renglón de costo a incluir</u> y las respectivas fórmulas de ajuste, así como el respectivo informe de etapa de respaldo. La CNEE en el plazo de <u>dos</u> <u>mes</u> <u>resolverá sobre la procedencia o improcedencia de los estudios efectuados</u> por los consultores	Art. 99: Aplicación de las Tarifas. Una vez aprobado el estudio tarifario a que se refiere los artículos anteriores, la comisión procederá a fijar las tarifas definitivas a partir de la fecha en la que se aprobó el estudio definitivo [...] En caso que <u>la comisión no haya publicado las nuevas tarifas, se seguirán aplicando las del pliego tarifario anterior con sus fórmulas de ajuste</u>. [...] En ningún caso la actividad de distribución final del servicio de electricidad puede llevarse a cabo sin pliego tarifario vigente. <u>Dada la circunstancia en la que una distribuidora no cuente con un pliego</u>

“know how” para la gestión y operación de actividades de distribución, transmisión y comercialización de energía eléctrica, 21 de agosto de 1998, **Anexo R-18**, cláusulas segunda y cuarta.

351 Reglamento (Extractos), **Anexo R-12**, art. 98. Acuerdo Gubernativo No. 787-2003, 5 de diciembre de 2003, **Anexo R-30**, art. 98.

352 Reglamento, **Anexo R-36**, art. 98.

353 Reglamento, **Anexo R-36**, art. 99.

estudio corregido a la CNEE. El costo de la contratación de la Comisión Pericial será cubierto por la CNEE y el distribuidor por partes iguales. Si el distribuidor no envíe los estudios tarifarios o no efectúa las correcciones, <u>no podrá modificar sus tarifas y continuará aplicando las tarifas vigentes al momento de terminación del período de vigencia de dichas tarifas.</u>	formulando las observaciones que considere pertinentes. El Distribuidor, analizará las observaciones, <u>efectuará las correcciones a los estudios y los enviará a la CNEE.</u> El costo de contratación del tercer integrante de la Comisión Pericial será cubierto por la CNEE y el Distribuidor por partes iguales. Si el Distribuidor no envía los estudios o efectúa las correcciones a los mismos, <u>la CNEE queda 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 el distribuidor.</u>	<u>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.</u>
---	---	---

283. Cabe mencionar que, al igual que con la reforma del 2003, ni EEGSA ni sus accionistas (ni los otros distribuidores) objetaron formal o informalmente esta modificación del Reglamento. Mucho menos aún alegaron la inconstitucionalidad del reformado artículo 98. Es más, no fue hasta el año 2010, cuando esta disputa ya existía, que DECA II consideró internamente impugnar dicha reforma, ¡esta vez con la intención de usar sus “influencias políticas” sobre el poder judicial para obtener un resultado “favorable”! Tal como surge de la Presentación de la Administración de DECA II:

Hemos concluido que si es factible el planteamiento. Ya estamos trabajando en argumentos, sugerimos la intervención de 3 abogados con peso político para lograr fallo favorable³⁵⁴.

284. La necesidad de utilizar influencias políticas para lograr una decisión favorable no dejan dudas sobre la falta de solidez legal de los argumentos de TGH y sobre su

³⁵⁴ Presentación de la Administración de DECA II 2009, **Anexo R-107**, 14 de enero de 2010 (lámina “Corte de Constitucionalidad – Vad”) (Énfasis añadido).

forma de actuar, y deja a las claras que sus quejas no solo son infundadas sino también oportunistas.

285. Debe considerarse, por último, el argumento expresado por el testigo Lic. Calleja que EEGSA consideró “seriamente” impugnar la reforma del artículo 98, pero no lo hizo por temer represalias de la CNEE en la revisión tarifaria³⁵⁵. Este argumento carece de toda seriedad. El Lic. Calleja no aporta ningún documento interno contemporáneo donde se discuta y decida que una norma que, según TGH hoy, alteró sustancialmente el marco legal que se le aplicaba a sus inversiones, no sería impugnada. Es más, a pesar de haberse referido en su declaración testimonial del arbitraje Iberdrola a las reformas del Reglamento, el Lic. Calleja no mencionó entonces que EEGSA haya considerado impugnar de modo alguno estas reformas³⁵⁶. Por otro lado, dada la potencial responsabilidad que involucra, es de esperar que una renuncia a tal derecho sea discutida al menos por los directores. Asimismo, este argumento 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. Si EEGSA realmente hubiera temido supuestas represalias de la CNEE, mucho menos hubiera intentado (como lo hizo) paralizar la revisión tarifaria en curso.

³⁵⁵ Declaración de Testigo Miguel Francisco Calleja, 22 de septiembre 2011 (en adelante **Calleja**), **Apéndice CWS-3**, párr. 13. Ver también Declaración de Testigo Luis Maté (en adelante **Maté**), 21 de septiembre de 2011, **Apéndice CWS-6**, párr. 6.

³⁵⁶ El Lic. Calleja no solo no mencionó dicha intención, sino que señaló que en su momento consideraron que dicha reforma no se aplicaría a EEGSA, lo que es incompatible con la intención de impugnar que hoy alega haber existido. *Iberdrola Energía, S.A. v. República de Guatemala* (Caso CIADI No. ARB/09/05), Declaraciones de Testigo Miguel Francisco Calleja, 14 de octubre de 2009 y 25 de septiembre de 2010, **Anexo R-150**, párrs. 10-12. En su segunda declaración presentada en dicho arbitraje, el Lic. Calleja tampoco se refiere a dicha supuesta intención. *Ibid.*

F. LA REVISIÓN TARIFARIA DEL PERÍODO 2008-2013

1. La precalificación por la CNEE de empresas de consultoría para la realización de estudios tarifarios

286. El pliego tarifario aplicable de EEGSA expiraba a finales de julio de 2008, y el de Deorsa y Deocsa a finales de enero de 2009. De acuerdo a lo establecido en el artículo 74 de la LGE, la CNEE debía iniciar el proceso de precalificación de los expertos que podrían asistir tanto a los distribuidores como a la CNEE en el proceso de preparación de los estudios para la revisión tarifaria³⁵⁷.
287. El 11 de abril de 2007³⁵⁸, la CNEE convocó a firmas de ingeniería interesadas en formar parte del listado de firmas consultoras para la realización de estudios tarifario. De las nueve firmas que presentaron ofertas, seis fueron precalificadas a la luz de su experiencia en el sector eléctrico y, especialmente, en revisiones tarifarias en base al sistema de empresa modelo³⁵⁹, incluyendo a PA Consulting Services S.A. (Argentina), Quantum S.A. (Argentina)³⁶⁰, Mercados Energéticos S.A. Argentina (**Mercados Energéticos**), Synex Ingenieros Consultores Ltda. (Chile) (**Synex**), Bates White (EE.UU), y Sigla (Argentina)³⁶¹.
288. Tanto las distribuidoras como la CNEE eran libres de contratar a cualquiera de estas firmas precalificadas para la preparación de sus estudios tarifarios del VAD para la revisión tarifaria 2008-2013.

³⁵⁷ Colom, **Apéndice RSW-1**, párrs. 39, 57-60.

³⁵⁸ Términos de Referencia de Firmas para Servicios de Consultoría para la Realización de Estudios para Calcular las Componentes del Valor Agregado de Distribución – VAD – en las Empresas Distribuidoras de Electricidad de Guatemala, Acuerdo Gubernativo 51-2007, 11 de abril de 2007, **Anexo R-37**.

³⁵⁹ Colom, **Apéndice RWS-1**, párrs. 59-60.

³⁶⁰ Quantum fue la consultora seleccionada por Deorsa y Deocsa para la realización de su estudio del VAD.

³⁶¹ Aprueba las firmas precalificadas para la realización de los estudios VAD, Resolución CNEE 55-2007, 21 de junio de 2007, **Anexo C-117**.

2. La definición de la metodología: los Términos de Referencia Originales

289. En forma paralela a la precalificación de las firmas consultoras, la CNEE había estado trabajando en la preparación de los Términos de Referencia para la revisión tarifaria de EEGSA. Éstos debían ser publicados, de acuerdo a los términos del Reglamento modificado en 2007, al menos con doce meses de anticipación respecto de la entrada en vigencia del nuevo pliego tarifario de la compañía (1 de agosto de 2008)³⁶². Para preparar dichos Términos de Referencia, los miembros de la CNEE realizaron visitas a los entes reguladores de Chile, Perú y Argentina, para conocer su experiencia en este tipo de revisiones. Luego de dichas visitas, la CNEE decidió contratar a Edwin Quintanilla Acosta y Miguel Révolo³⁶³, respectivamente Gerente General y Gerente de Regulación de Distribución Eléctrica del organismo regulador y supervisor de las actividades de electricidad, hidrocarburos, gas natural y minería del Perú³⁶⁴, y quienes acababan de participar en la revisión tarifaria en su país, y al consultor argentino Alfredo Campos, ingeniero electromecánico, dedicado a las consultorías independientes, y con experiencia en el sector eléctrico latinoamericano, para que le brindaran asesoramiento técnico sobre la confección de la metodología para el cálculo del VAD³⁶⁵ que se habría de reflejar en los Términos de Referencia. Su asesoramiento incluyó la revisión de varios componentes de los Términos de

³⁶² Colom, **Apéndice RWS-1**, párr. 37; Para las otras distribuidoras Deocsa y Deorsa, las revisiones tarifarias se iniciarían en enero de 2008 y sus pliegos tarifarios debían aprobarse en enero de 2009.

³⁶³ El Ingeniero Edwin Quintanilla Acosta es Ph.D in Managment Sciences (Sobresaliente Cum Laude) egresado del ESADE-España, y ha sido profesor en el Master en Economía y Regulación de Servicios Públicos de la Universidad de Barcelona, España. Los ingenieros Quintanilla y Révolo tienen más de 10 años de experiencia en analizar y aprobar los estudios tarifarios en Perú, donde existen alrededor de 20 distribuidoras de energía eléctrica, encontrándose entre ellas, EDELNOR, controlada por ENDESA (ENDESA es la mayor empresa eléctrica de España y la primera compañía eléctrica privada de Iberoamérica). Ver Curriculum Vitae de Edwin Quintanilla Acosta y Miguel Juan Révolo Acevedo, **Anexo R-155**.

³⁶⁴ Organismo Supervisor de la Inversión en Energía (OSINERGMIN).

³⁶⁵ Colom, **Apéndice RWS-1**, párr. 61.

Referencia a fin de que se ajustaran a los criterios de la LGE, su Reglamento, así como a la práctica regulatoria en otros países³⁶⁶.

290. En base a este asesoramiento la CNEE definió los Términos de Referencia, los cuales fueron comunicados por la CNEE mediante el oficio CNEE-13680-2007 de 30 de abril de 2007 (los ***Términos de Referencia Originales***), con 14 meses de anticipación a la fecha en que entraría en vigencia el nuevo cuadro tarifario³⁶⁷.

3. La CNEE fortaleció las capacidades técnicas de la División de Tarifas

291. Una vez publicados los Términos de Referencia sobre los cuales se iniciarían los estudios tarifarios de los expertos, el mandato de los miembros de la CNEE llegó a su fin. Se designó un nuevo Directorio en mayo de 2007 de acuerdo al mecanismo de selección previsto en la LGE y el Reglamento.
292. Los tres Directores seleccionados eran de alto nivel técnico, especializados en el sector eléctrico y de reconocido prestigio. El nuevo Directorio se integró con el Ing. Enrique Moller, el Ing. Carlos Colom Bickford y el Ing. Cesar Augusto Fernández.
293. El Ing. Moller fue propuesto por los agentes del Mercado Mayorista, incluyendo a los distribuidores³⁶⁸. El Ing. Moller, cuenta con más de treinta años de experiencia en el sector eléctrico de Guatemala, habiendo sido, entre otros, Director General de Energía del MEM, y miembro del Consejo Directivo del INDE y del Consejo de Administración de EEGSA en la época en que ésta era una compañía estatal. El Ing. Moller fue designado presidente del primer Directorio de la CNEE en

³⁶⁶ Ver Curriculum Vitae de Alfredo Daniel Campos, **Anexo R-155**.

³⁶⁷ Términos de Referencia para la realización del Estudio del Valor Agregado de Distribución para Empresa Eléctrica de Guatemala, S.A., Resolución CNEE 13680-2007, 30 de abril de 2007, **Anexo R-38**.

³⁶⁸ IBERDROLA que actúa indirectamente dentro de los agentes del Mercado Mayorista a través de EEGSA, Trelec, Comegsa que participan como distribuidores, transportistas y comercializadores respectivamente. Moller, **Apéndice RWS-2**, párr. 31.

1997. Es importante resaltar que el Ing. Moller conocía profundamente el régimen legal y sus alcances dado que participó en la creación del marco regulatorio.

294. El Ing. Colom fue propuesto por el MEM y designado presidente de la CNEE. Colom es ingeniero mecánico educado en Guatemala y los Estados Unidos³⁶⁹ y con gran experiencia en el sector eléctrico. Antes de ser nombrado director de la CNEE, entre otras cosas, Colom había sido Gerente General del INDE³⁷⁰ que, luego de las reformas del sector, había quedado como la empresa pública encargada de la electrificación en Guatemala³⁷¹.
295. El Ing. Fernández fue propuesto por las universidades³⁷². Fernández cuenta entre sus antecedentes académicos haber sido Decano de la Facultad de Ingeniería de la Universidad de San Carlos en Guatemala, de la que también fue primer Director de Centro de Estudios Superiores de Energía y Minas; decano del Colegio Universitario de la Universidad del Valle de Guatemala; catedrático de las universidades de San Carlos de Guatemala, Rafael Landivar, del Valle de Guatemala y del Istmo de Guatemala. Fue asimismo Ministro de Energía y Minas entre 1992 y 1993, Presidente del Colegio de Ingenieros de Guatemala, y Miembro del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología.

³⁶⁹ Colom estudió ingeniería mecánica en la Universidad del Valle de Guatemala. Posteriormente, realizó una maestría en Chicago - Estados Unidos en *Project Management* en la McCormick School of Engineering con un promedio (GPA) de 3.9 sobre 4.0. Colom, **Apéndice RWS-1**, párr. 4.

³⁷⁰ Colom, **Apéndice RWS-1**, párrs. 10.

³⁷¹ TGH ha destacado el parentesco del Ing. Colom con el Presidente saliente de Guatemala, Álvaro Colom. La referencia omite mencionar (i) que el Ing. Colom fue nombrado Presidente de la CNEE en mayo de 2007, varios meses antes de que el Dr. Álvaro Colom fuera elegido Presidente de Guatemala; y (ii) que la designación del Ing. Colom al frente de la CNEE fue efectuada por el Presidente Oscar Berger, principal rival político del Presidente Álvaro Colom y a quien venciera en las elecciones presidenciales de 2003. Ver Colom, **Apéndice RWS-1**, párr. 22.

³⁷² Al ser designado Director en 2007, Fernández continuó en el cargo que ya ostentaba, pues había sido designado en 2004 como Director de entre la terna propuesta por las universidades en reemplazo del Directorio anterior (que había sido destituido por la Corte de Constitucionalidad) para completar su período hasta 2007. Moller, **Apéndice RWS-2**, párr. 31.

296. Ni bien asumió sus funciones, el nuevo Directorio se impuso como prioridad la optimización de la estructura de la División de Tarifas de la CNEE con el fin de dotarla del personal y equipamiento necesario para poder realizar un trabajo técnico de alto nivel. A criterio del nuevo Directorio, los recursos anteriormente asignados a esta División eran insuficientes para cumplir con los deberes que la LGE le imponía a la CNEE. Como lo explica el Ingeniero Colom:

[A]l inicio de nuestra gestión esta División [de Tarifas] contaba con seis profesionales y un asistente, quienes debían distribuirse las tareas de revisión tarifaria quinquenal de todas las compañías de distribución de energía eléctrica del país, sus ajustes trimestrales, semestrales y anuales, así como las demás tareas, el análisis de la información de las compras y ventas de energía remitida por los distribuidores para los ajustes, y la determinación de los peajes de la red de transmisión. Al llegar a la CNEE, nos explicaron que esta División trabajaba en las revisiones tarifarias de las distribuidoras como una “task force”, de acuerdo a la tarea que debía realizarse. Dadas sus limitaciones de personal y recursos, no lograba especializarse y se le dificultaba cumplir con los deberes que la Ley de Electricidad le impone a la CNEE en relación con los procesos de revisión de tarifas³⁷³.

297. A tal fin, la CNEE decidió ampliar la base de personal de la División de Tarifas y crear dos Departamentos y una Unidad con personal propio. Primero, el Departamento de Ajustes Tarifarios integrado por seis (hoy son siete) profesionales encargados de revisar y realizar los análisis para los ajustes periódicos (trimestrales, semestrales y anuales) de las tarifas de distribución y realizar los estudios para el cálculo de la retribución de la red de transporte. Segundo, el Departamento de Estudios Tarifarios encargado de realizar el análisis de los informes de etapa que entrega cada distribuidor durante la realización de su estudio tarifario cada cinco años y coordinar, revisar y dar seguimiento a las tareas realizadas por los consultores externos que asisten a la CNEE. Este

³⁷³ Colom, **Apéndice RWS-1**, párr. 25.

departamento lo integran cinco profesionales y tres técnicos, quienes realizan el análisis de la red de distribución, auditorías de campo y actividades de fiscalización. Ellos coordinan a su vez la ejecución de los estudios tarifarios de respaldo. Tercero, la Unidad del Sistema Uniforme de Cuentas integrado por dos profesionales a cargo del análisis de la información financiera y técnica entregada por los distribuidores³⁷⁴.

298. Es decir, se trataba de un mínimo de 16 técnicos trabajando a tiempo pleno en las cuestiones tarifarias (comparados con seis profesionales realizando diversas tareas bajo la dirección anterior)³⁷⁵. Esta nueva conformación interna aseguraba a la CNEE que contaría con todos los recursos necesarios como para poder cumplir con sus funciones correctamente, minimizando los riesgos de asimetría de información o inequidad de recursos.

4. La determinación de los Términos de Referencia Finales

299. Una vez renovada la División de Tarifas, el nuevo Directorio de la CNEE se abocó a analizar los Términos de Referencia para la revisión tarifaria de EEGSA comunicados por la CNEE saliente a EEGSA mediante el oficio CNEE-13680-2007. EEGSA, haciendo uso de su derecho, había objetado estos Términos de Referencia administrativamente y luego ante la justicia por vía de una acción de amparo, por lo que el procedimiento de revisión tarifaria se encontraba suspendido³⁷⁶.

a. *EEGSA utilizó el amparo contra los Términos de Referencia como una herramienta de presión para lograr concesiones de la CNEE, quejándose de las mismas previsiones que había aceptado en la revisión tarifaria anterior*

300. TGH alega en su Memorial de Demanda que tuvo que objetar los Términos de Referencia Originales porque éstos se apartaban radicalmente de aquellos

³⁷⁴ *Ibid.*, Apéndice RWS-1, párr. 26.

³⁷⁵ *Ibid.*, Apéndice RWS-1, párr. 25-26.

³⁷⁶ *Ibid.*, Apéndice RWS-1, párr. 62.

utilizados en la revisión tarifaria anterior y que en ellos la CNEE se arrogaba “amplias libertades”³⁷⁷, como la facultad de tener por no recibido el estudio del distribuidor³⁷⁸.

301. Ello no es correcto. EEGSA (y TGH) habían aceptado sin quejarse las mismas disposiciones en los Términos de Referencia que se aplicaron en la anterior revisión tarifaria en 2003. En efecto, los Términos de Referencia de la revisión tarifaria de 2003 asignaban igual o mayores facultades de control a la CNEE sobre el estudio tarifario de EEGSA, inclusive utilizando el mismo lenguaje para dichos Términos, y ésta los aceptó entonces sin ninguna objeción. La siguiente comparación es concluyente:

³⁷⁷ Memorial de Demanda, párrs. 96-100.

³⁷⁸ Memorial de Demanda, párrs. 97-99.

Crítica de TGH a los Términos de Referencia Originales	Términos de Referencia Originales, abril de 2007, objetados por EEGSA ³⁷⁹	Términos de Referencia 2002, no objetados ³⁸⁰
“El artículo 1.7.4 [violaba] el artículo 75 de la LGE y el artículo 98 del RLGE”. (Memorial de Demanda párrs 97, 98)	1.7.4. Si algún Informe de Etapa no cumpliera con las premisas mencionadas, <u>la CNEE tiene potestad legal para requerir información adicional y para suspender el conocimiento de todo desarrollo posterior del Estudio si, a su propio juicio expresado explícita, motivada y razonadamente, este se estuviese ejecutando con desconocimiento, alejamiento o incumplimiento de los TdR.</u> 1.7.4. Si la CNEE <u>detectara apartamientos de los lineamientos teóricos, metodológicos o procedimentales determinados en los TdR, objetara la continuación del Estudio.</u> 1.7.4. En tal caso el Distribuidor <u>deberá rehacer las labores</u> que sean del caso <u>a fin de enmendar la objeción según lo que instruya y en el plazo que establezca la CNEE.</u>	A.6.2. [Al presentar los informes], <u>la CNEE tiene potestad legal para requerir información adicional y para suspender el conocimiento de todo desarrollo ulterior del ESTUDIO si, a su propio juicio expresado explícita, motivada y razonadamente, éste se estuviese ejecutando con desconocimiento, alejamiento, o incumplimiento de los presentes Términos de Referencia.</u> A.6.3. En el caso de que la CNEE <u>detecte apartamientos de los lineamientos teóricos, metodológicos o procedimentales determinados en los presentes Términos de Referencia, objetará la continuación del desarrollo del ESTUDIO. [...]</u> A.6.4. Cuando los resultados intermedios sean objetados por la CNEE, la CONSULTORA <u>deberá rehacer las labores</u> que sean del caso, <u>a fin de enmendar la objeción según lo que instruya y en el plazo que establezca la CNEE.</u>

³⁷⁹ Términos de Referencia para la realización del Estudio del Valor Agregado de Distribución para Empresa Eléctrica de Guatemala, S.A., Resolución CNEE 13680-2007, 30 de abril de 2007, **Anexo R-38**, artículos 1.7.4 y 1.9 (Énfasis añadido).

³⁸⁰ Términos de Referencia para la realización del Estudio del Valor Agregado de Distribución para Empresa Eléctrica de Guatemala, S.A., Resolución CNEE 88-2002, 23 de octubre de 2002, **Anexo R-25**, punto A.6 (Énfasis añadido).

“Como lo explica el profesor Alegría, el artículo 1.9, al igual que el artículo 1.7.4, era inconstitucional, ya que la CNEE no tenía derecho alguno en virtud de la ley a intervenir en el estudio de la consultora, o a influir en él” (Memorial de Demanda párr. 99)	1.9. El Estudio deberá ser acompañada en ambas presentaciones por el conjunto completo de los Informes de Etapa. <u>Si faltase alguno de ellos, la CNEE así lo comunicara al Distribuidor y, mientras no se reciba la información faltante, se considerara al Estudio como no entregado</u>, a los efectos de lo dispuesto en el artículo 98 del Reglamento. En consecuencia, la entrega de los Informes de Etapa no determinara los plazos a que hace referencia el artículo 98 del Reglamento.	A.6.7. Estos TdR determinan que el Estudio Tarifario que la DISTRIBUIDORA debe enviar a la consideración de la CNEE estará constituido por el conjunto completo de Informes y Resultados aquí establecidos. <u>Si faltase alguno de ellos, el CT así lo comunicará a la DISTRIBUIDORA y, mientras no se reciba la información faltante, la CNEE considerará</u>, a los efectos de lo dispuesto en el artículo 98 del REGLAMENTO, <u>que el Estudio Tarifario aún no ha sido entregado a consideración de la CNEE</u>. En consecuencia, la entrega parcial de Informes o de Resultados puede considerarse como informativa, pero no determina los plazos a que hace referencia el artículo 98 del REGLAMENTO.
	1.9. <u>La CNEE también podrá considerar como no recibido el Estudio</u> si, a su propio juicio, se <u>hubiesen omitido los resultados solicitados en los TdR</u>, de tal forma que pudiese considerarse que el Estudio se encontrara incompleto o presentara una visión parcial o distorsionada.	A.6.8. <u>La CNEE también podrá considerar como no recibido el Estudio Tarifario</u> si, a su propio juicio y previo concepto del CT, los Informes y Planillas mencionados en los anteriores puntos <u>omitiesen los resultados solicitados en los presentes TdR</u> de tal forma que pudiese considerarse que el Estudio Tarifario se encuentra incompleto, o presenta una visión parcial o distorsionada.

302. Como se ve en el cuadro arriba, en la revisión de 2002 la CNEE ya tenía la potestad para considerar como no recibido el estudio tarifario si en el mismo se omitían los resultados solicitados en los Términos de Referencia. También tenía la facultad de suspender su continuación si el estudio se alejaba de los Términos de Referencia. Otros pasajes del amparo recurrían a fuertes acusaciones contra la CNEE, como la de “abuso de poder”, por definir en los Términos de Referencia Originales la vida útil de las instalaciones en 30 años (Sección 6.5), exactamente la misma cantidad de años que se lee en los Términos de Referencia de 2002

- (Sección D.4.2) jamás objetados³⁸¹. En definitiva, es evidente que las previsiones de los Términos de Referencia Originales de ninguna manera introdujeron nuevas facultades a las que ya tenía el la CNEE y que TGH y EEGSA habían aceptado en la anterior revisión tarifaria³⁸².
303. Pero hay más. La acción de amparo de EEGSA no solo cuestionaba una metodología que ya había sido aceptada por EEGSA en los términos de referencia del período tarifario inmediatamente anterior. Además 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. Parte de estas observaciones provenían de la consultora Bates White, que como parte de su oferta de servicios, había preparado para EEGSA un informe comparando los Términos de Referencia con lo que Bates White consideraba eran “las mejores prácticas para revisiones tarifarias”³⁸³.
304. A modo de ejemplo, EEGSA indicaba que correspondía a su consultor elaborar el estudio tarifario “utilizando los criterios técnicos y metodológicos que estime adecuados y razonables para realizar el trabajo que se le pide”³⁸⁴, desconociendo así 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

381 Acción de amparo de EEGSA contra los Términos de Referencia, Amparo C2- 2007-4329, 29 de mayo de 2007, **Anexo C-112**, pág. 21; Términos de Referencia para la realización del Estudio del Valor Agregado de Distribución para Empresa Eléctrica de Guatemala, S.A., Resolución CNEE 13680-2007, 30 de abril de 2007, **Anexo R-38**, sección 6.5; Términos de Referencia para la realización del Estudio del Valor Agregado de Distribución para Empresa Eléctrica de Guatemala, S.A., Resolución CNEE 88-2002, 23 de octubre de 2002, **Anexo R-25**, sección D.4.2.

382 Memorial de Demanda, párrs. 97-99.

383 Correo electrónico de Guillermo Israilevich a Fernando Oroxom, 29 de junio de 2007, adjuntando Análisis de la Metodología de los Términos de Referencia, **Anexo R-39**.

384 Acción de amparo de EEGSA contra los Términos de Referencia, Amparo C2-2007-4329, 29 de mayo de 2007, **Anexo C-112**, pág. 8 (Énfasis añadido).

estudio en caso de no conformarse a los Términos de Referencia³⁸⁵. Como ya se ha explicado en la Sección III.F.2 más arriba, de acuerdo a la LGE, el consultor debía preparar su estudio siguiendo los lineamientos metodológicos establecidos en los Términos de Referencia, utilizando la información provista por la propia empresa. La interpretación de EEGSA llevaba, por el contrario, a que el distribuidor y el consultor adquiriera el poder de “determinar” los Términos de Referencia, cuestión que desvirtuaba el equilibrio de facultades conferidos por la LGE a la CNEE por un lado, y al distribuidor y su consultor por el otro.

305. Así, los principales argumentos de EEGSA en su acción de amparo no eran ni técnicos ni de carácter metodológico sino legales, tendientes a obtener de los tribunales una autorización general para apartarse discrecionalmente de los Términos de Referencia (tal como finalmente lo hizo en 2008) una vez iniciado el proceso de revisión tarifaria. Sin embargo, como resultado de la acción de amparo iniciada por EEGSA, la justicia guatemalteca dispuso, de forma preliminar y sin analizar el fondo del amparo solicitado, suspender los efectos de los Términos de Referencia aprobados por la CNEE a la espera de una resolución sobre el fondo de la solicitud³⁸⁶.

b. Sin renunciar a ninguna de sus facultades, la CNEE aceptó efectuar algunas modificaciones a los Términos de Referencia con el fin de no retrasar el proceso de revisión en curso

306. Como lo explica el Ingeniero Colom, el nuevo Directorio de la CNEE analizó la situación y decidió que era conveniente revisar los Términos de Referencia a fin de lograr un avance en el proceso de revisión tarifaria. De otro modo, con el amparo suspendiendo los efectos de los Términos de Referencia, el proceso de revisión quedaría en suspenso hasta tanto los tribunales e incluso la Corte de Constitucionalidad emitieran una decisión sobre el fondo del asunto, lo cual podía

³⁸⁵ Reglamento, **Anexo R-36**, art. 98; LGE **Anexo R-8**, arts. 4(c), 77 y 78 (la CNEE es la única que revisa la metodología para determinar las tarifas).

³⁸⁶ Acción de amparo de EEGSA contra los Términos de Referencia, Amparo C2-2007-4329, 29 de mayo de 2007, **Anexo C-112**.

- llevar varios meses, quedando la CNEE imposibilitada de determinar el nuevo pliego tarifario hasta ese entonces³⁸⁷.
307. A fin de revisar los Términos de Referencia preparados por el Directorio anterior de una forma responsable, la CNEE decidió contratar a los Ingenieros Sres. Alejandro Arnau y Jean Riubrugent, de la consultora precalificada Mercados Energéticos, para que prestaren asesoría externa especializada a la División de Tarifas. En base al análisis realizado y la ponderación de ventajas y desventajas de modificar los Términos de Referencia, finalmente se decidió incorporar algunos cambios solicitados por EEGSA que no afectaban los principios de la LGE.
308. Primero, se estableció que el plazo que contaba para dar por cumplida la entrega del estudio tarifario a los fines del Reglamento era el de la entrega del estudio completo y no de los informes de etapa.
309. Segundo, se eliminó la etapa de la audiencia pública ya que si bien contribuía a la transparencia del proceso, y la CNEE la consideraba una buena práctica regulatoria, no estaba prevista en la LGE o en el Reglamento. Se prefirió aceptar la objeción de EEGSA a fin de no dilatar más el avance de la revisión tarifaria³⁸⁸.
310. Tercero, se modificó la fórmula de recuperación de capital, tal como había sido sugerido en ocasión de la revisión tarifaria de EEGSA en 2003 por el propio Lic. Giacchino (en ese entonces consultor de NERA), pasando de un método de capital constante a uno de depreciación constante³⁸⁹. Para esta revisión, se consideró que

³⁸⁷ Colom, **Apéndice RWS-1**, párr. 66.

³⁸⁸ Carta de Miguel Francisco Calleja a José Toledo Ordoñez, 11 de mayo de 2007, **Anexo C-108**, pág. 5.

³⁸⁹ G Berchesi y L Giacchino, National Economic Research Associates, “Informe de Etapa E: Valor Agregado de Distribución y Balance de Potencia y Energía”, 27 de junio de 2003, revisado el 30 de julio de 2003, **Anexo C-75**, pág. 7:

Una segunda alternativa es la utilización de las vidas útiles para calcular la reposición en forma lineal. Esta fórmula es la que se aplica comúnmente en la gran mayoría de los países (EEUU, Reino Unido,

los bienes de las distribuidoras (EEGSA, Deorsa y Deocsa) estaban depreciados en un 50 por ciento³⁹⁰.

311. Cuarto, se incorporó un agregado al artículo 1.5 de los Términos de Referencia, en el que se estableció la obligación del consultor de mantener un criterio profesional independiente del distribuidor que le había contratado³⁹¹.
312. Quinto, se eliminó la referencia del artículo 1.8 a que el estudio sería considerado “no recibido” si el consultor omitía los “resultados solicitados”. Sin embargo, se confirmó la necesidad de que el consultor realizara las correcciones requeridas. El texto del artículo quedó redactado como sigue:

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 Corregido³⁹².

313. TGH argumenta que el texto “que considere pertinentes” significa que el consultor no tenía la obligación de incorporar las correcciones. Esto es incorrecto. Es claro que en el contexto de la revisión, lo que significa dicha expresión es que una vez que el estudio sea observado (por ejemplo, por no ser trazable, por no contener los precios de referencia), el consultor implementará las medidas que considere pertinentes para satisfacer dicha observación. Es decir, el consultor

Australia, etc.) para el caso de bases de activos que aumentan con el tiempo.

³⁹⁰ Resolución CNEE-5-2008, **Anexo R-54**, 17 de enero de 2008, art. 8.3.

³⁹¹ El agregado al artículo 1.5 de los Términos de Referencia reza:

La consultora deberá tener independencia de criterio para la elaboración del Estudio.

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

³⁹² Adendum a los Términos de Referencia para la Realización del Estudio del Valor Agregado de Distribución para Empresa Eléctrica de Guatemala, S.A., Resolución CNEE-124-2007, 11 de octubre de 2007, **Anexo R-44**, art. 1.8.

tiene libertad de decidir la manera “pertinente” en que los cambios deben ser implementados en el estudio, pero no de elegir no implementarlos. Dicha interpretación es la única compatible con artículo 98 del Reglamento que dispone que el consultor “efectuará las correcciones”³⁹³ 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. Además, aún si el lenguaje del artículo 1.8 pudiera dar lugar a cualquier duda, los propios Términos de Referencia establecen que en caso de conflicto entre los Términos de Referencia y el Reglamento, este último prima³⁹⁴.

314. Por último, se incorporó una disposición, el artículo 1.10, mediante la cual excepcionalmente el consultor de EEGSA podría apartarse de los Términos de Referencia, siempre que existieran razones justificadas para ello, las cuáles debían ser explicadas por el consultor a la CNEE. Las justificaciones permitirían a la CNEE analizar la cuestión, y decidir si el apartamiento era razonable y por lo tanto si era o no aceptable, para efectos de modificar los Términos de Referencia.
315. La redacción de este artículo generó algunas diferencias entre EEGSA y la CNEE. Tal como explica el Ing. Colom, mientras EEGSA pretendía que se le permitiera a la consultora decidir discrecionalmente si quería o no seguir los Términos de

³⁹³ Colom, **Apéndice RWS-1**, párr. 44; Reglamento, **Anexo R-36**, 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”).

³⁹⁴ Términos de Referencia para la Realización del Estudio del Valor Agregado de Distribución para Empresa Eléctrica de Guatemala, S.A., Resolución CNEE 124-2007, enero de 2008, **Anexo R-53**, art. 1.10.

Los presentes términos de referencia no constituyen una modificación legal o reglamentaria, por lo que en caso de controversia entre alguna de las disposiciones de los presentes términos de referencia con la Ley o el Reglamento prevalecerán las disposiciones de estos, aplicando en todo caso el principio de jerarquía legal. Asimismo, cualquier omisión de estos términos de referencia, relativa a aspectos definidos en la Ley y el Reglamento en materia de tarifas se entenderá incorporada a los TdR.

Referencia aprobados por la CNEE³⁹⁵, la CNEE no estaba dispuesta ni habilitada jurídicamente para renunciar a sus potestades legales específicas. El contraste entre la propuesta de EEGSA y el texto aprobado por la CNEE para este artículo es concluyente a la hora de interpretar su alcance:

Artículo 1.10 de los Términos de Referencia	
Propuesta de EEGSA ³⁹⁶	Texto Aprobado ³⁹⁷
Los presentes TdR muestran los <u>lineamientos generales orientativos</u> a seguir por la distribuidora y por el consultor en cada una de las Etapas y/o estudios descritos y definidos. En consecuencia, el consultor puede variar, de forma justificada, las metodologías presentadas en cada uno de los estudios a realizar, en base a su conocimiento y experiencia.	Los presentes TdR muestran los lineamientos a seguir en la realización del Estudio y para cada una de sus Etapas y/o estudios descritos y definidos. De existir variaciones de las metodologías presentadas en los Informes del Estudio, las mismas <u>deben estar plenamente justificadas, la CNEE realizará las observaciones que considere necesarias a las variaciones, verificando su consistencia con los lineamientos del Estudio.</u>

316. Tal como lo explica el Ing. Colom, el texto final de este artículo reflejó lo siguiente:

(a) *Primero*, la CNEE eliminó la alusión a lineamientos “generales u orientativos” que proponía EEGSA. La clara intención del punto 1.10 en su redacción final es que los Términos de Referencia fueran lineamientos “a

³⁹⁵ Colom **Apéndice RWS-1**, párrs. 69-71, 107-109. Carta de Miguel Francisco Calleja a José Toledo Ordoñez, 11 de mayo de 2007, **Anexo C-108**, pág. 5.

³⁹⁶ Carta de Miguel Francisco Calleja a José Toledo Ordoñez, 11 de mayo de 2007, **Anexo C-108**, pág. 5

³⁹⁷ Adendum a los Términos de Referencia para la Realización del Estudio del Valor Agregado de Distribución para Empresa Eléctrica de Guatemala, S.A., Resolución CNEE-124-2007, 11 de octubre de 2007, **Anexo R-44**, art. 1.10.

seguir” y obligatorios para la consultora (salvo que la CNEE autorizara a la consultora para que se apartara de ellos);

- (b) *Segundo*, la CNEE eliminó la facultad que la versión de EEGSA daba a la consultora, de variar la metodología por su propia cuenta y de manera inconsulta. Se modificó la referencia a “el Consultor puede variar”, por la mucho más limitada “de existir variaciones”, que claramente denota el carácter excepcional de dichas variaciones;
- (c) *Tercero*, en caso de que el consultor propusiera una variación, la misma debía estar “plenamente justificada”, estableciendo un requisito superior a que estuviera apenas “justificada”; y
- (d) *Cuarto* – y sobre todo – la CNEE debía verificar a través de sus observaciones que las variaciones metodológicas fueran consistentes con los lineamientos del estudio contenidos en los Términos de Referencia³⁹⁸. Esto confirmaba la potestad exclusiva de la CNEE para definir la metodología.

317. De todas maneras, para evitar cualquier duda o conflicto posterior, esta disposición fue acompañada de una declaración: (i) confirmando la facultad de la CNEE de verificar la consistencia de cualquier cambio con los Términos de Referencia; y (ii) el principio de prevalencia jerárquica de los términos de la ley ante cualquier posible contradicción. Los Términos de Referencia finales dispusieron en el punto 1.10:

Los presentes [Términos de Referencia] muestran los lineamientos a seguir en la realización del Estudio y para cada una de sus Etapas y/o estudios descritos y definidos. De existir variaciones en las metodologías presentadas en los Informes del Estudio, las mismas deben estar plenamente justificadas, la CNEE realizará las observaciones que considere necesarias a las

³⁹⁸ Colom, **Apéndice RWS-1**, párr. 71.

variaciones, verificando su consistencia con los lineamientos del Estudio.

Los presentes términos de referencia no constituyen una modificación legal o reglamentaria, por lo que en caso de controversia entre alguna de las disposiciones de los presentes términos de referencia con la [LGE] o el Reglamento prevalecerán las disposiciones de estos, aplicando en todo caso el principio de jerarquía legal. Asimismo, cualquier omisión de estos términos de referencia, relativa a aspectos definidos en la [LGE] y el Reglamento en materia de tarifas se entenderá incorporada a los [términos de referencia]³⁹⁹

318. Como consecuencia de las modificaciones aprobadas, EEGSA decidió retirar su acción de amparo en agosto de 2007 y los Términos de Referencia quedaron firmes.

5. La contratación de los consultores técnicos precalificados por la CNEE y EEGSA

319. A fin de preparar los estudios respectivos, correspondía que tanto EEGSA como la CNEE seleccionaran de la lista de consultores precalificados por la CNEE, el consultor que cada una utilizaría a los fines de la preparación del estudio tarifario. EEGSA pidió propuestas a las consultoras Bates White, PA Consulting Services, S.A., Quantum S.A., Mercados Energéticos, Synex y Sigla (que ya había trabajado para EEGSA en la preparación de un estudio durante la revisión tarifaria de 2003-2008⁴⁰⁰). De las propuestas recibidas, EEGSA finalmente contrató a Bates White⁴⁰¹, cuyo socio, el Lic. Giacchino, había sido el consultor principal a cargo del estudio tarifario de EEGSA en la revisión tarifaria de 2003-2008, cuando trabajaba para la empresa NERA. Como ya se adelantó, el Lic. Giacchino

³⁹⁹ Términos de Referencia para la Realización del Estudio del Valor Agregado de Distribución para Empresa Eléctrica de Guatemala, S.A., Resolución CNEE 124-2007, enero de 2008, **Anexo R-53**, art. 1.10 (Énfasis añadido).

⁴⁰⁰ Ver párr. 256 más arriba.

⁴⁰¹ Contrato entre EEGSA y Bates White LLC para la elaboración del Estudio Tarifario 2008-2013, 23 de enero de 2008, **Anexo R-55**.

- había asimismo asesorado recientemente a Iberdrola, operador de EEGSA en el Consorcio, en las revisiones tarifarias de sus subsidiarias en Bolivia y Brasil⁴⁰².
320. La CNEE, por su parte, llamó a licitación pública internacional para contratar a su consultor independiente que le brindaría apoyo en las revisiones tarifarias de EEGSA, Deorsa y Deocsa⁴⁰³. Las tareas del consultor independiente de la CNEE consistirían en: (i) apoyar a la CNEE en la evaluación de los estudios y pliegos tarifarios que presentaren las distribuidoras, y (ii) elaborar para la CNEE los estudios tarifarios independientes previstos en el artículo 98 del Reglamento.
321. Dado que de los consultores precalificados, Bates White, Quantum y PA Consulting, ya habían sido contratados por las distintas distribuidoras, la CNEE analizó las ofertas de Sigla (quien como se señaló, también había sido llamado a concurso por EEGSA para preparar sus estudios), y de la asociación de consultores Mercados Energéticos-Synex⁴⁰⁴.
322. Luego de analizar su propuesta económica y sus antecedentes, el Directorio de la CNEE seleccionó a Sigla para que le prestara esta tarea de apoyo⁴⁰⁵. El profesional de Sigla a cargo de la realización de los estudios tarifarios sería el Ingeniero Eduardo Redolfi, quien poseía 39 años de experiencia en el sector eléctrico en Latinoamérica⁴⁰⁶. La consultora Sigla había llevado a cabo más de 30 estudios o asesoramiento para estudios para el cálculo de componentes del VAD

⁴⁰² Entre otros, Giacchino había asesorado a Iberdrola en sus empresas eléctricas Coelba del Brasil y Electropaz de Bolivia en 2002 y 2004. Giacchino, **Apéndice CWS-4**, Anexo A, págs. 7,9 y 16; Ernst & Young, “Iberdrola, Informe de Auditoría”, 23 de febrero de 2010, **Anexo R-109**, págs. 85-86; Iberdrola, “Corporativa: Group’s Websites”, última visita 1 de julio de 2010, **Anexo R-121**, (listando Electropaz, Coelba, y EEGSA entre sus seis entidades corporativas de Latinoamérica).

⁴⁰³ Acuerdo CNEE-116-2007, 27 de julio de 2007, **Anexo R-40**.

⁴⁰⁴ Colom, **Apéndice RWS-1**, párr. 80.

⁴⁰⁵ Acuerdo CNEE 150-2007, 26 de octubre de 2007, **Anexo R-46**.

⁴⁰⁶ Sigla S.A. – Electrotek S.A, Oferta Técnica para participar en el Supervisión de los Estudios de Caracterización de la Carga (ECC) y de los Componentes del Valor Agregado de Distribución (EVAD), 15 de octubre de 2007, **Anexo R-45**, págs. 246 y 257-258.

en la región entre 1998 y 2007, la mayoría bajo el modelo de empresa eficiente⁴⁰⁷. Además había asistido a la propia EEGSA en la revisión tarifaria de 2003-2008. Respecto de esta tarea, EEGSA, a través de una nota de 2005 enviada a Sigla por el Lic. Miguel Calleja (testigo de TGH en el presente arbitraje) cuando aún era su Gerente de Planificación, Control y Regulación, expresó que habían quedado “satisfechos con el trabajo realizado” por Sigla⁴⁰⁸.

323. Asimismo, la CNEE mantuvo el asesoramiento de Alejandro Arnau y, en menor medida, Jean Riubrugent, de Mercados Energéticos, quienes los habían asesorado respecto de los Términos de Referencia. Estos consultores prestaron apoyo en el análisis de distintas partes de los estudios de Bates White y de Sigla. La CNEE se aseguró por lo tanto los recursos técnicos necesarios a fin de evitar repetir la experiencia vivida en la revisión tarifaria de 2003-2008 donde la falta de asesoramiento técnico externo había limitado su capacidad de revisión del estudio del distribuidor. Tal como lo explica el Ingeniero Colom:

Para nosotros era importante contar con un equipo externo, adicional al equipo de Sigla para asegurar la calidad de la supervisión de la CNEE sobre los estudios independientes que realizarían tanto Sigla como Bates White⁴⁰⁹.

324. Como ya se indicó, la contratación al inicio del procedimiento del consultor de EEGSA no sólo estaba prevista en la LGE sino que era necesaria para que la CNEE pudiera cumplir con su misión de control del estudio de EEGSA. Dicha contratación no fue, como lo argumenta TGH y su experto legal, “ilegal” porque aún no se sabía si el estudio de EEGSA iba a cumplir o no con los requerimientos legales⁴¹⁰. Es claro que si la CNEE esperara al final de la revisión tarifaria para

⁴⁰⁷ *Ibid.*, págs. 81-85.

⁴⁰⁸ *Ibid.*, págs. 46-47, (adjuntando carta de Miguel Francisco Calleja, Gerente de Planificación y Control, a Luis Sbertoli, Presidente de Sigla, 13 de octubre de 2005).

⁴⁰⁹ Colom, **Apéndice RWS-1**, párr. 83.

⁴¹⁰ Memorial de Demanda, párr. 111. Alegría, **Apéndice CER-1**, párr. 69.

contratar su propio estudio (i) no podría controlar el estudio de EEGSA; y (ii) no llegaría a tiempo para preparar un estudio en caso de que el de EEGSA no fuera aceptable.

6. El estudio preparado por Bates White para EEGSA

325. En su Memorial de Demanda, TGH alega reiteradamente que la CNEE no colaboró constructivamente con EEGSA o su consultor durante la revisión tarifaria⁴¹¹. Dichos argumentos son falaces. Fue EEGSA quien no presentó la información requerida, quien pidió reiteradas extensiones para presentar los informes de etapa (las cuales fueron acordadas), quien sistemáticamente se rehusó a implementar las directivas de los Términos de Referencia y quién se negó a presentar información que fuera auditable.

a. Los informes de etapa

326. De conformidad a los Términos de Referencia, Bates White debía presentar nueve informes de etapas preliminares antes de presentar su estudio tarifario completo⁴¹². Esto permitiría a la CNEE supervisar el avance del estudio tal como lo estipulaba el artículo 75 de LGE, y corregir lo más temprano posible cualquier apartamiento de los Términos de Referencia que el mismo evidenciare⁴¹³. Este mecanismo estaba diseñado para introducir predictibilidad y celeridad a la revisión tarifaria⁴¹⁴. A los mismos fines, la CNEE sostuvo el 21 de noviembre de 2007, varias semanas antes de que se hiciera entrega del informe de Etapa A, una

⁴¹¹ Memorial de Demanda, Sección III.F.3.

⁴¹² Términos de Referencia para la Realización del Estudio del Valor Agregado de Distribución para Empresa Eléctrica de Guatemala, S.A., Resolución CNEE 124-2007, enero de 2008, **Anexo R-53**, art. 1.4.

⁴¹³ Colom, **Apéndice RWS-1**, párrs. 41, 84. Cabe señalar que EEGSA se opuso sistemáticamente a la entrega de informes de etapa e insistió para que solo tuviera que entregarse un estudio final. Sin embargo, dado que para la CNEE era primordial ir analizando los estudios tarifarios de etapa para poder hacer una revisión más eficiente, los informes de etapa fueron mantenidos en los Términos de Referencia finales.

⁴¹⁴ *Ibid.*

reunión con EEGSA, su consultor y Sigla a fin de discutir cuestiones relativas al estudio tarifario⁴¹⁵.

327. Atendiendo a la complejidad del proceso, la CNEE acordó a EEGSA todas las prórrogas requeridas para la entrega de seis de los nueve informes de etapa⁴¹⁶. A pesar de la actitud de colaboración de la CNEE, EEGSA se negó desde el inicio a presentar la información requerida⁴¹⁷. La entrega temprana de la documentación, es decir, con anterioridad a la entrega de los informes de etapa, estaba prevista en los Términos de Referencia⁴¹⁸ y era fundamental no sólo para que la CNEE analizara el estudio del distribuidor, sino también para que la consultora Sigla pudiera preparar su estudio.
328. La actitud no colaborativa de EEGSA se ilustra fácilmente con un ejemplo, la carta de EEGSA de 17 de septiembre de 2007, en respuesta a una solicitud de información de la CNEE:

En respuesta a su oficio CNEE-14425-2007, DMT-Notas-424, adjunto le remito la Información Georeferencial y de Red de Distribución de EEGSA [...]

iv. Vinculación poste acometida al CT. No disponible.
C. Compras de Energía cinco años... no disponible.
[...] i. Longitud de líneas de AT. No disponible.

⁴¹⁵ Como lo indica el Ing. Colom no es cierto que EEGSA no haya recibido respuesta a lo expuesto por ella en dicha reunión, contrariamente a lo que indica TGH (párr. 112 del Memorial de Demanda). Por el contrario, intensos intercambios de opinión tuvieron lugar a partir de lo allí discutido. Colom, **Apéndice RWS-1**, párr. 85.

⁴¹⁶ Colom, **Apéndice RWS-1**, párr. 86 (ver tabla).

⁴¹⁷ La CNEE solicitó a EEGSA el envío de información que constituiría el *input* para la realización del Estudio Tarifario, EEGSA haciendo caso omiso a las mencionadas solicitudes no entregó, entregó parcialmente o fuera de plazo la información. Ver, *e.g.*, cartas de la CNEE a EEGSA, **Anexos R-41, R-43, R-47, R-48, R-49**; para más ejemplos y detalles, ver **Apéndice R-III**.

⁴¹⁸ Adendum a los Términos de Referencia para la Realización del Estudio del Valor Agregado de Distribución para Empresa Eléctrica de Guatemala, S.A., Resolución CNEE-124-2007, 11 de octubre de 2007, **Anexo R-44** (“1.6.5. [...] La Distribuidora deberá entregar a la CNEE previo a cada informe de etapa, la información base que traslade al consultor para elaborar cada fase del estudio, en la fecha en que la misma sea trasladada al consultor”) (Énfasis negrita en el original, énfasis subrayado añadido).

[...] Longitud vano medio urbano...no disponible
 Longitud vano medio rural...no disponible
 Número de postes urbano BT...no disponible
 Número de postes rural BT...no disponible
 [...] Longitud promedio tramo operable urbano...no disponible
 Longitud promedio tramo operable rural...no disponible
 [...] Longitud vano medio urbano...no disponible
 Longitud vano medio rural...no disponible
 [...] Número de postes rural...no disponible
 [...] Cantidad de empalmes por km...no disponible
 [...] Cantidad de clientes conectados...no disponible
 Longitud promedio alimentador de BT...no disponible
 Cantidad de terminales...no disponible
 Cantidad de empalmes...no disponible
 [...] Puntos de Inyección en Alta Tensión. No disponibles.
 [...] Todos con tensión primaria en 13.2 kV/7.62 kV, factor de utilización no disponible⁴¹⁹.

329. Más allá de las dificultades relativas al intercambio de información, los informes de etapa fueron eventualmente entregados por EEGSA a la CNEE. Tal como estaba previsto en los Términos de Referencia, la CNEE revisó junto con sus consultores los informes de etapa y realizó observaciones. Contrariamente a lo alegado por TGH en su Memorial de Demanda, las observaciones fueron debidamente fundamentadas tal como consta en cada una de las cartas enviadas a EEGSA⁴²⁰.

⁴¹⁹ Carta de Carlos Fernando Rodas a Carlos Colom Bickford (GAC-P&N-C-338-2007), 17 de septiembre de 2007, **Anexo R-42** (Énfasis añadido).

⁴²⁰ Carta de Carlos Colom Bickford a Luis Maté, 8 de febrero de 2008, **Anexo R-56** (Etapa B); Carta de Carlos Colom Bickford a Luis Maté, 12 de febrero de 2008, **Anexo C-161** (Etapa A); Carta de Carlos Colom Bickford a Luis Maté, 14 de marzo de 2008, **Anexo C-169** (Etapa C); Carta de Carlos Colom Bickford a Luis Maté, 14 de marzo de 2008, **Anexo C-170** (Etapa D); Carta de Carlos Colom Bickford a Luis Maté, 25 de marzo de 2008, **Anexo C-176** (Etapa E); Carta de Carlos Colom Bickford a Luis Maté, 25 de marzo de 2008, **Anexo C-175** (Etapa F).

b. El estudio tarifario de Bates White del 31 de marzo de 2008

330. Una vez realizadas las observaciones por la CNEE a los informes de etapa, correspondía al experto de EEGSA “efectuar” las correcciones⁴²¹ y entregar su estudio final. Sin embargo, el estudio supuestamente “final” de EEGSA de 31 de marzo de 2008 no contenía la mayoría de las correcciones solicitadas por la CNEE⁴²².
331. El VNR (base de capital) resultante del estudio del 31 de marzo de 2008 fue de US\$ 1.695 millones⁴²³. Este valor resultaba casi tres veces mayor que los US\$ 583,68 millones calculados en 2003 por el mismo consultor Lic. Giacchino, e implicaba un incremento del VAD del 245 por ciento respecto de 2007⁴²⁴. Este aumento del VAD representaba así un aumento de los cargos de distribución para los consumidores de casi tres veces. Era claro que para poder justificar un aumento de esta magnitud al consumidor, la CNEE debía contar con todos los elementos de apoyo. Más aún cuando, cómo lo indicaron los consultores del momento, Mercados Energéticos, estos valores aparecían altamente desproporcionados respecto de otras empresas con características similares:

Como puede observarse las diferencias son importantes aún comparándola con Luz del Sur que es la empresa que distribuye electricidad en la zona sur de Lima. En el caso de CAESS y DELSUR [de El Salvador] estas son efectivamente empresas más pequeñas que EEGSA, sin embargo las diferencias existentes en el VNR son del orden de 10 veces, mientras que la información física no muestra tal diferencia⁴²⁵.

⁴²¹ Reglamento, **Anexo R-36**, art. 98.

⁴²² Colom, **Apéndice RWS-1**, párrs. 96-100.

⁴²³ *Ibid.*, párr. 96.

⁴²⁴ L Giacchino, National Economic Research Associates, “Informe Etapa C: Proceso de Expansión y Cálculo de la Componente de Capital”, 17 de junio de 2003, revisado el 17 de julio de 2003, presentado el 30 de julio de 2003, **Anexo R-28**, págs. 1 y 10.

⁴²⁵ Mercados Energéticos, “Observaciones al Estudio de Optimización de la Red Presentado por EEGSA”, enero de 2008, **Anexo R-52**, pág. 6 (Énfasis añadido).

332. Sin embargo, la información entregada por Bates White no era auditable, dado que no proporcionaba el suficiente apoyo técnico y documental para una revisión apropiada y objetiva del soporte de las tarifas. Esto, a pesar de las observaciones al respecto realizadas por la CNEE a los informes de etapa y a las claras instrucciones de los Términos de Referencia⁴²⁶. La empresa modelo que sirve a la determinación de las tarifas se construye a través de modelos informáticos Excel. Para que un tercero pueda verificar los resultados del modelo, es necesario que haya trazabilidad, es decir, que puedan seguirse paso a paso los cálculos. Para ello, es necesario que las celdas del modelo estén vinculadas; y que no hayan valores “pegados” sino que los mismos surjan de fórmulas, a fin de permitir a quien audite replicar los cálculos y hacer sensibilidades⁴²⁷. El modelo presentado el 31 de marzo, no permitía ni replicar los cálculos ni hacer sensibilidades en violación a los puntos 1.5(3) y 1.6.4 de los TdR.
333. Asimismo, de acuerdo a los Términos de Referencia, EEGSA debía justificar la eficiencia de los costos incorporados en su modelo con al menos dos comparables nacionales y uno internacional, y presentar dicha información organizada en una base de datos sistematizada que permitiera una fácil revisión⁴²⁸. Además, el consultor debía presentar un análisis comparativo con otras empresas de magnitud similar (estudio tipo benchmarking) validando la eficiencia de los costos por comparación con otras empresas⁴²⁹. A pesar de haberse observado los informes de

⁴²⁶ Resolución CNEE 63-2008, 11 de abril de 2008, **Anexo R-63**, págs. 2-3.

⁴²⁷ Ver Damonte **Apéndice RER-2**. Estas observaciones fueron nuevamente enviadas a EEGSA por Resolución CNEE 63-2008, 11 de abril de 2008, **Anexo R-63**, págs. 2-3.

⁴²⁸ Términos de Referencia para la Realización del Estudio del Valor Agregado de Distribución para Empresa Eléctrica de Guatemala, S.A., Resolución CNEE 124-2007, enero de 2008, **Anexo R-53**, arts. 3.2-3.3.3.

⁴²⁹ Términos de Referencia para la Realización del Estudio del Valor Agregado de Distribución para Empresa Eléctrica de Guatemala, S.A., Resolución CNEE 124-2007, enero de 2008, **Anexo R-53**, Sección 7.5.3.1. Los mismos establecen:

Deberá diseñarse una estructura de empresa modelo adaptada cuyas grandes divisiones funcionales se correspondan con las necesarias para alcanzar el máximo nivel posible de eficiencia, según las enunciadas en el punto 7.5.2. A tal efecto sus costos deberán validarse mediante un análisis comparativo con otras

etapa por la falta de justificación de los costos, el estudio del 31 de marzo de 2008, continuaba sin presentar los datos ni las justificaciones requeridas⁴³⁰.

334. Al analizar el estudio, la CNEE comprobó que el sustancial incremento del VNR se debía en gran parte a la utilización de unidades constructivas no óptimas, tanto en calidad como en cantidad⁴³¹. Un análisis detallado de estas cuestiones se presenta en los párrafos 402-410 más abajo.
335. Vistas estas deficiencias, el estudio tarifario del 31 de marzo fue observado por la CNEE (con el asesoramiento de sus consultores) y declarado no procedente por no ajustarse a los Términos de Referencia⁴³².

c. EEGSA intentó que las nuevas tarifas se fijaran al margen del marco regulatorio y con prescindencia de su estudio tarifario, el cual consideraba poco fiable

336. Poco después de la entrega de las observaciones al estudio del 31 de marzo, en la CNEE recibieron una llamada de la secretaria de la Gerencia General de EEGSA quien les solicitaba una reunión a los Directores de la CNEE con el Presidente del Consejo de Administración de EEGSA (y Presidente de Iberdrola para Latinoamérica), el Sr. Gonzalo Pérez, quien estaba radicado en México. De acuerdo a lo explicado por el Ingeniero Colom, si bien era usual tener reuniones

empresas de magnitud similar actuando en un medio equivalente al del Distribuidor, utilizando para ello información reciente obtenida de instituciones u organismos de reconocido prestigio.

(Énfasis añadido).

⁴³⁰ Resolución CNEE 63-2008, 11 de abril de 2008, **Anexo R-63**, pág. 6.

⁴³¹ Resolución CNEE 63-2008, 11 de abril de 2008 **Anexo R-63**, págs. 8-9; Damonte **Apéndice RER-2**, Capítulo 4.1.3.1.

⁴³² Resolución CNEE 63-2008 del 11 de abril de 2008, **Anexo R-63**, pág. 2. Notamos que TGH objeta la rapidez con la que fueron preparadas las observaciones de la CNEE (solo 10 días a pesar de tener dos meses). Memorial de Demanda, párr. 119. Es importante tener en cuenta que la CNEE, habiendo trabajado intensamente sobre los informes de etapa, ya había analizado en detalle el informe de Bates White, lo que le permitió reformular sus observaciones sobre los puntos no corregidos en un corto tiempo. Por otro lado, EEGSA casi no había recogido ninguna de las observaciones de la CNEE y sus asesores por lo que el trabajo requerido fue mínimo.

con ejecutivos de EEGSA, esta reunión les llamó la atención debido a que Pérez no había estado involucrado hasta ese momento en el proceso de la revisión tarifaria de EEGSA, y además, EEGSA no anticipaba el motivo de dicha reunión⁴³³.

337. La reunión tuvo lugar el 22 de abril de 2008. En ella, el Sr. Pérez distribuyó una presentación en la que explicaba que la propuesta tarifaria del Lic. Giacchino en su próximo estudio que se presentaría el 5 de mayo arrojaría un **“incremento de remuneración aproximado del 100 %”**⁴³⁴. En este contexto, la presentación del Sr. Pérez contenía una “propuesta” a ser aplicada “por fuera” del estudio que reducía el incremento del 100 por ciento a un 10 por ciento⁴³⁵. Este aumento de ingresos para EEGSA podría incluso instrumentarse, según Pérez, sin que incidiera en un aumento de las tarifas⁴³⁶.

En consecuencia, **Distribuidora cobraría** (2007) prácticamente lo mismo (3 Mill USD menos) **de los usuarios** pero incrementaría un 10% la remuneración de su inversión dado que ya ha terminado de recaudar lo que la tarifa le pagaba para compensarle por costos de generación (incremento del 10% frente al incremento del 100% propuesto por el consultor). **175 Mill USD frente a 160 Mill USD (2007)**

[...]

DICHA PROPUESTA SERIA OFERTADA POR EL DISTRIBUIDOR A LA CNEE COMO UNA REDUCCION A LO PROPUESTO POR EL CONSULTOR Y POR FUERA DEL ESTUDIO

Dado que cumpliendo con lo establecido en la Ley es

⁴³³ Colom, **Apéndice RWS-1**, párr. 101.

⁴³⁴ Presentación sobre Requisitos de Ingreso del Estudio Tarifario, **Anexo R-65**, pág. 8 (Énfasis negrita en el original, énfasis subrayado añadido).

⁴³⁵ *Ibid*, págs. 12-13; Colom, **Apéndice RWS-1**, párr. 102.

⁴³⁶ Presentación sobre Requisitos de Ingreso del Estudio Tarifario, 22 de abril de 2008 **Anexo R-65**, pág. 12.

imposible adaptar el estudio concepto por concepto para llegar a esta cifra de ingresos⁴³⁷.

338. En otras palabras, habiendo requerido en el estudio del 31 de marzo un aumento del VAD de 245 por ciento respecto del 2007, EEGSA ahora se conformaba con sólo un aumento del 10 por ciento, acordado “por afuera del estudio” (una reducción de US\$ 326 millones por año)⁴³⁸.
339. TGH afirma en su Memorial de Demanda, que el origen de la propuesta del Sr. Pérez fue en un almuerzo en el que el Ing. Moller había consultado al Sr. Luis Maté, Gerente General de EEGSA, si EEGSA aceptaría un VAD 5 por ciento inferior al vigente. Según el Lic. Maté, en base a dicha propuesta, EEGSA habría preparado una contrapropuesta que consideraba un aumento del VAD sin incremento de tarifas⁴³⁹. Como lo explica el Ing. Moller, ello es simplemente falso⁴⁴⁰. Si bien ha almorzado en algunas oportunidades con el Sr. Maté (siempre a invitación del Sr. Maté), él jamás efectuó dicha propuesta, que no solo era contraria a las disposiciones de la LGE, sino que contrariaba todos los esfuerzos que él y sus colegas estaban llevando a cabo internamente (entre ellos, la modernización y ampliación de la División de Tarifas) para asegurar el respaldo técnico de los procesos de revisión de tarifas⁴⁴¹. Además, de haber existido una proposición de este tipo, la misma hubiera sido discutida internamente en EEGSA, TGH o Iberdrola previo a ser efectuada. TGH no ha presentado evidencia alguna de sus alegaciones.
340. Tampoco explica TGH por qué esta propuesta del Sr. Pérez fue hecha en una reunión sin agenda pre-establecida, en persona, a través de un documento en un solo ejemplar, sin ningún correo electrónico de introducción ni de seguimiento,

⁴³⁷ *Ibid.*, págs. 12-13 (Énfasis negrita en el original, énfasis subrayado añadido).

⁴³⁸ Colom, **Apéndice RWS-1**, párr. 105-106.

⁴³⁹ Memorial de Demanda, párrs. 120-121; Maté, **Apéndice CWS-6**, párr. 21.

⁴⁴⁰ Moller, **Apéndice RWS-2**, párr. 37.

⁴⁴¹ Moller, **Apéndice RWS-2**, párrs. 38.

sin membrete en el papel y sin mencionar los nombres reales de las personas y las compañías involucradas (la misma refiere a “Distribuidora” y a “Consultor”). No solamente es falsa la alegación de TGH de que dicho documento fue entregado en versión electrónica⁴⁴² (nótese que TGH no acompaña ninguna prueba de envío por correo electrónico), sino que la propia TGH presenta la misma versión del documento que Guatemala presentó en el arbitraje de Iberdrola⁴⁴³.

341. Cabe preguntarse cómo podría el Sr. Pérez justificar a TGH renunciar gratuitamente a una gran parte de sus ingresos, si realmente el valor calculado por su consultor reflejaba el valor técnicamente justo e incluso eficiente del VAD de acuerdo al marco regulatorio.
342. La respuesta es clara. Tal como lo explica el Ingeniero Colom, el Sr. Pérez mismo manifestó durante la reunión que el estudio de Bates White “no servía para nada”⁴⁴⁴. En efecto, la presentación acompañada por TGH es la versión que quedó en poder de la CNEE (y que Guatemala presentó en el arbitraje con Iberdrola), de la que puede leerse claramente la nota manuscrita del Ing. Colom en la que registra los dichos del Sr. Pérez:

⁴⁴² Memorial de Demanda, párr. 121 (“Al finalizar la reunión, los directores de la CNEE manifestaron que analizarían la presentación, de la que EEGSA les hizo entrega en formato electrónico”). En apoyo de esta afirmación, TGH cita la declaración del Ing. Maté, quien sin embargo no afirma lo anterior: “Al concluir la reunión, los Directores de la CNEE nos dieron las gracias y dijeron que analizarían la presentación que les entregamos y responderían a nuestra propuesta” Maté, **Apéndice CWS-6**, párr. 23; Colom, **Apéndice RWS-1**, párrs. 102-103.

⁴⁴³ La actitud objetable de TGH queda ilustrada también con el hecho que, a diferencia de lo que ocurrió en este arbitraje, ninguno de los señores Maté y Calleja se refirieron a esta irregular situación en sus primeras declaraciones como testigos de Iberdrola. Recién una vez que Guatemala relató lo sucedido y acompañó la propuesta recibida por el Sr. Pérez en dicho arbitraje, dichos testigos se refirieron a la irregular oferta del Sr. Pérez. *Iberdrola Energía, S.A. v. República de Guatemala* (Caso CIADI No. ARB/09/05), Declaraciones de Testigo Luis Maté, 14 de octubre de 2009 y 23 de septiembre de 2010, **Anexo R-149**; *Iberdrola Energía, S.A. v. República de Guatemala* (Caso CIADI No. ARB/09/05), Declaraciones de Testigo Miguel Francisco Calleja de 14 de octubre de 2009 y 25 de septiembre de 2010, **Anexo R-150**.

⁴⁴⁴ Colom, **Apéndice RWS-1**, párr. 103.

EEGSA: (que el estudio hecho por el consultor de EEGSA no servía para nada)⁴⁴⁵.

343. En definitiva, la visita del Sr. Pérez permite una sola lectura: al ofrecer semejante reducción en la tarifa del VAD, EEGSA y TGH no estaba haciendo caridad, sino que estaba mostrando que los valores avanzados por su consultor no eran reales, sino que funcionaban como un instrumento de negociación de la tarifa⁴⁴⁶. Los Directores de la CNEE fueron puestos así en una situación inapropiada, ya que la propuesta de una negociación de tarifas o “acuerdo negociado” estaba fuera de sus facultades y de lo previsto por la LGE. Por lo tanto, la propuesta fue ignorada y no fue sujeta a mayor consideración⁴⁴⁷.

d. El estudio tarifario del 5 de mayo

344. El 5 de mayo de 2008, Bates White, a través del Lic. Giacchino, presentó sus respuestas a las observaciones al estudio del 31 de marzo (en adelante “el estudio del 5 de mayo”)⁴⁴⁸. Dicho estudio incorporaba apenas 40 de las 125 correcciones ordenadas por la CNEE a través de sus observaciones. Entre las correcciones no “efectuadas”, se encontraban los modelos todavía “no auditables”, la justificación de los precios eficientes seguía sin contener comparables nacionales e

⁴⁴⁵ Ver nota manuscrita en Presentación sobre Requisitos de Ingreso del Estudio Tarifario, 22 de abril de 2008, **Anexo R-65**, pág. 8; Colom **Apéndice RWS-1**, párr. 103. Este documento es la copia de la presentación que quedó en poder de la CNEE y que fue luego presentada por Guatemala en el arbitraje iniciado por Iberdrola. Guatemala entiende que la copia de este documento fue entregada por Iberdrola a TGH en el contexto del acuerdo de intercambio de información que TGH se negó a entregar a Guatemala en este arbitraje.

⁴⁴⁶ Guatemala advierte que tal como sucediera en el arbitraje iniciado por Iberdrola, a pesar de que continúa trabajando para Iberdrola, el Sr. Pérez no ha sido presentado como testigo en este arbitraje (ni se han dado razones para su no presentación), prefiriendo TGH canalizar sus respuestas sobre este incidente a través de sus otros dos testigos, también empleados de Iberdrola, los Sres. Maté y Calleja.

⁴⁴⁷ Colom, **Apéndice RWS-1**, párr. 104.

⁴⁴⁸ Carta de Leonardo Giacchino a Carlos Colom Bickford y Miguel Francisco Calleja, 5 de mayo de 2008, **Anexo R-68**; Colom, **Apéndice RWS-1**, párr. 105.

internacionales, benchmarking ni una sistematización en una base de datos, y las unidades constructivas seguían sin ser óptimas⁴⁴⁹.

345. 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 Referencia⁴⁵⁰. Como ya se explicó (párr. 311 más arriba), los Términos de Referencia requerían al consultor “tener independencia de criterio” (artículo 1.5). Dicha independencia, sin embargo, era frente al distribuidor y no, cómo pretendió Bates White, frente a los Términos de Referencia. Los Términos de Referencia son el mapa de acción del distribuidor y su consultor y si se le diera otra interpretación a este artículo, los Términos de Referencia establecidos por CNEE no tendrían razón de existir. El siguiente extracto evidencia la actitud del consultor frente a esta norma:

Este consultor siguió los lineamientos incluidos en los [Términos de Referencia] pero usó su independencia de criterio cuando cierto lenguaje de los [Términos de Referencia] presenta apartamientos de la realidad guatemalteca, errores u omisiones, falta de consistencia con precedentes de la misma CNEE y apartamientos de la mejor práctica internacional regulatoria [...]. En dichos casos, este consultor aplicó su propio criterio independiente con el fin de justificar las soluciones presentadas [...]⁴⁵¹

346. Asimismo, Bates White hizo uso reiterado del artículo 1.10, el cual como se explicó, le permitía al consultor insertar algunas “variaciones” a la metodología, siempre que las mismas estuvieran justificadas y acordadas por la propia CNEE. El uso de estos artículos se entendía excepcional dado que el distribuidor ya había tenido oportunidad (y en este caso la había usado) de impugnar los Términos de Referencia. Además, el propio artículo 1.10 establecía que todo cambio a los

⁴⁴⁹ Ver abajo, Sección III.F.9

⁴⁵⁰ Colom, **Apéndice RWS-1**, párr. 108.

⁴⁵¹ Carta de Leonardo Giacchino a Carlos Colom Bickford y Miguel Francisco Calleja, 5 de mayo de 2008, **Anexo R-68**, págs. 1-2.

Términos de Referencia requería el consentimiento de la CNEE, única facultada bajo la LGE para establecer y, por lo tanto, modificar la metodología.⁴⁵²

347. Esta interpretación es la única consistente con el artículo 98 del Reglamento que dispone que el consultor debe “efectuar las correcciones” requeridas por el regulador. Cualquier interpretación de los Términos de Referencia permitiendo al consultor apartarse unilateralmente de los mismos, es ilegal, pues es contraria a la atribución exclusiva de la CNEE de definir la metodología para el cálculo de las tarifas establecida en la LGE. Sin embargo, durante el proceso de revisión tarifaria, Bates White invocó estos artículos y se apartó de la metodología ¡nada menos que 423 veces⁴⁵³! incluyendo para justificar la no presentación de información en formato auditable. Es claro que este abuso neutralizó el propósito mismo de los Términos de Referencia a aplicar.
348. La incorporación de apenas 40 de las 125 observaciones de la CNEE resultaron de todas maneras en una reducción del VNR del 23 por ciento (equivalentes a USD 395 millones) respecto del 31 de marzo⁴⁵⁴. Tal reducción habla por sí sola respecto de la validez de las cifras del primer estudio tarifario. TGH trata de justificar esta reducción por la exclusión de redes subterráneas (mucho mas caras que las aéreas y, mas importante aún, inexistentes en la red real de EEGSA)⁴⁵⁵, supuestamente incorporadas al primer estudio por un acuerdo con la CNEE⁴⁵⁶. No solo dicho acuerdo no existió, como lo demuestra la falta de evidencia presentada por TGH, sino que no pudo haber existido porque la LGE expresamente excluye la posibilidad de cargar las líneas subterráneas en la tarifa⁴⁵⁷.

⁴⁵² Colom, **Apéndice RWS-1**, párr. 109.

⁴⁵³ Extractos de Informes de Etapa en los cuales Bates White invoca los artículos 1.5 y 1.10 de los Términos de Referencia, **Apéndice-R-II**.

⁴⁵⁴ Memorial de Demanda, párr. 122.

⁴⁵⁵ Ver abajo, Sección III.F.9.d(i).

⁴⁵⁶ Memorial de Demanda, párr. 122; Giacchino, **Apéndice CWS-4**, párr. 30.

⁴⁵⁷ LGE, **Anexo R-8**, art. 52.

349. Este nuevo valor de VNR, de todos modos, era aún muy superior incluso al anunciado por el Sr. Pérez en su visita a la CNEE. En pocos días, el aumento del VAD no fue del 100 por ciento en relación al 2007 como “amenazó” el Sr. Pérez, sino del 184 por ciento⁴⁵⁸. Es claro entonces que el rechazo de la CNEE a la propuesta de EEGSA había tenido un “efecto inflacionario”.
350. Ante este panorama, era evidente que la CNEE no podía aceptar el estudio tarifario de Bates White.

7. El procedimiento ante la Comisión Pericial

a. Constitución de la Comisión Pericial

351. El 15 de mayo de 2008, en vista del rechazo por parte de la CNEE del estudio tarifario de Bates White por no ajustarse a los Términos de Referencia, la CNEE procedió mediante Resolución 96-2008 a conformar la Comisión Pericial prevista en el artículo 75 de la LGE y a referir las discrepancias a dicho órgano⁴⁵⁹. El rol de la Comisión Pericial fue claramente enunciado en el texto de la Resolución y estaba circunscrito a determinar la correcta aplicación de los Términos de Referencia en el estudio del distribuidor:

[...][V]erificando la correcta aplicación de los
Términos de Referencia[s] del Estudio del Valor

⁴⁵⁸ Colom, **Apéndice RWS-1**, párr. 105.

⁴⁵⁹ Resolución CNEE 96-2008, 15 de mayo de 2008, **Anexo R-71**. EEGSA, y ahora TGH, se quejó a la CNEE en esta comunicación indicando que la Resolución 96-2008 que había mandado conformar la Comisión Pericial, había incluido “discrepancias adicionales” que el distribuidor no habría podido analizar con anterioridad. Ello no es cierto. Si bien algunos de los títulos dados a las discrepancias mencionadas en la Resolución 96-2008 cambiaron, prácticamente todas las discrepancias habían sido objeto de comunicaciones anteriores de parte de la CNEE. Ver, v. gr. Resolución 63-2008, 11 de abril de 2008, **Anexo R-63**; Carta de Carlos Colom Bickford a Luis Maté (Etapa C), 14 de marzo de 2008, **Anexo C-169**, págs. 3-8. Solamente unas pocas cuestiones nuevas referidas a discrepancias menores surgieron de revisiones subsecuentes a un estudio que era altamente defectuoso. Lo que omite decir TGH (que sí reconoce su testigo el Lic. Calleja) es que las partes acordaron que la Comisión Pericial consideraría tanto las discrepancias señaladas por la CNEE en la Resolución 96-2008 como la respuesta de Bates White de 23 de mayo. Por tanto, aún si hubiere existido cualquier queja legítima respecto de las discrepancias identificadas por la CNEE para ser sometidas a la Comisión Pericial (que no la hubo), ello tampoco causó ningún perjuicio a EEGSA.

Agregado de Distribución aprobados por la Comisión Nacional de Energía Eléctrica”, listando a tal fin las 77 discrepancias a ser analizadas por la Comisión Pericial⁴⁶⁰.

352. La LGE no preveía en ese momento ningún requerimiento de imparcialidad o independencia para los miembros de la Comisión Pericial designados por cada una de las partes. Así, EEGSA inmediatamente informó a la CNEE que el propio Lic. Giacchino, autor del estudio tarifario objeto de la revisión, sería su representante en la Comisión Pericial⁴⁶¹. La CNEE, por su parte, designó a Jean Riubrugent, quien, como se señaló, la había asesorado en cuestiones específicas del análisis preparado por Sigla⁴⁶². El comportamiento de las dos partes (especialmente, de parte de EEGSA, al nombrar al mismo consultor que había preparado el estudio objeto del análisis) mostró claramente que nadie consideraba que dicha Comisión tenía que ser independiente o imparcial.

b. *Modificación del artículo 98 Bis*

353. Una vez que ambas partes hubieron designado a sus respectivos representantes en la Comisión Pericial, las partes debían ponerse de acuerdo sobre la designación del tercer perito que presidiría la Comisión Pericial. En los primeros intercambios entre las partes, sin embargo, no pudo lograrse un acuerdo sobre el tercer integrante. Curiosamente, no obstante la necesidad de contar con expertos ingenieros o economistas en el sector eléctrico, EEGSA propuso a Roberto Aguirre Luzi y Arif Hyder Ali, dos abogados especialistas en arbitraje de inversión internacional, practicantes en los Estados Unidos en las firmas King & Spalding y Crowell & Moring, respectivamente, y evidentemente sin el conocimiento ni experiencia que el análisis de las discrepancias técnicas relativas al cálculo del VAD sometidas a la Comisión Pericial requería. Más llamativo aún,

⁴⁶⁰ *Ibid.*, pág. 3.

⁴⁶¹ Colom, **Apéndice RWS-1**, párr. 116.

⁴⁶² *Ibid.*, párr. 117.

Crowell & Moring era uno de los clientes más grandes de Bates White⁴⁶³. Por estos motivos, la CNEE no aceptó tales candidatos. EEGSA también propuso a los Ingenieros José Luis Aburto Ávila y a Carlos Herrera Descalzi, pero la CNEE no entendió que estos tuvieran suficiente especialización en el tema. La CNEE, por su parte, propuso a ingenieros especialistas en el sector eléctrico, incluyendo a Carmenza Chahin, Rafael Moscote, Alejandro Sruoga y José Miranda Abdo. EEGSA rechazó sin embargo estos candidatos⁴⁶⁴.

354. Ante esta situación, el Ingeniero Colom explica la preocupación que se generó 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 indefinidamente⁴⁶⁵. 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 tiempo⁴⁶⁶. De acuerdo con esta reforma, las partes debían intentar acordar en un tercer perito en un plazo de tres días, luego del cuál, el MEM designaría dicho perito de entre los candidatos ofrecidos por cada parte.

⁴⁶³ Matthew E Raiff, un miembro fundador de Bates White, supervisa varios asuntos para los clientes más importantes de la firma, incluyendo Crowell y Moring LLP. Perfil de Matthew E. Raiff, PhD, Partner de Bates White, <http://www.bateswhite.com/professionals.php?PeopleID=54>, **Anexo R-156**.

⁴⁶⁴ Colom, **Apéndice RWS-1**, párr. 118.

⁴⁶⁵ Colom, **Apéndice RWS-1**, párr. 119.

⁴⁶⁶ Según esta reforma, para el nombramiento del tercer integrante de la Comisión Pericial, tanto la CNEE como el distribuidor deben proponer tres candidatos, quienes deben cumplir con los requisitos de ser especialistas en la materia eléctrica y de reconocido prestigio, y no deben haber tenido, durante los últimos cinco años, ninguna relación con entidades o empresas del sector eléctrico en Guatemala. Si al cabo de tres días de presentados los candidatos, las partes no se ponen de acuerdo sobre uno de ellos, corresponde al MEM seleccionarlo de entre los propuestos por las partes. Esta medida garantiza cierto grado de colaboración y cooperación con el proceso y evitaría eventuales maniobras que pudieran frenar el avance del proceso, además de garantizar que los candidatos fueran independientes y cumplirían con los requisitos mínimos de idoneidad y experiencia para cumplir con la tarea que se les encomendaba.

355. Ante el rechazo de EEGSA a la solución ofrecida, la CNEE aceptó no aplicar el artículo 98 Bis a la revisión en curso (tal como lo reconoce TGH)⁴⁶⁷. Afortunadamente, pocos días después las partes destrabaron el proceso al llegar a un acuerdo respecto del tercer integrante, nominación que recayó en el Ingeniero Carlos Bastos, de nacionalidad argentina⁴⁶⁸.
356. En definitiva, la extensa queja de TGH en su Memorial de Demanda respecto del artículo 98 Bis, que no le generó ningún perjuicio, es infundada y busca confundir al Tribunal. Como lo explica el Ingeniero Colom, contrariamente a lo alegado por TGH en su Memorial de Demanda⁴⁶⁹, 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, que corría el riesgo de quedar bloqueado como resultado de la laguna reglamentaria:

En todo caso, nuestra intención con la solicitud a la reforma del Reglamento no era perjudicar a la EEGSA sino destrabar, con una solución práctica, el proceso de nombramiento del tercer miembro de la Comisión Pericial⁴⁷⁰.

357. Vale mencionar que al ser contactado por las partes a fin de conocer su interés en integrar la Comisión Pericial, el Ing. Carlos Bastos les reveló que EEGSA era cliente suyo, habiendo realizado un trabajo para dicha compañía sobre el mercado eléctrico mayorista en Guatemala⁴⁷¹ en el pasado. Es claro que en estas circunstancias la CNEE jamás hubiese accedido a su nombramiento de haber entendido que el pronunciamiento de la Comisión Pericial podía ser vinculante.

⁴⁶⁷ Memorial de Demanda, párr. 135; Colom, **Apéndice RWS-1**, párr. 121.

⁴⁶⁸ Colom, **Apéndice RWS-1**, párr. 121.

⁴⁶⁹ Memorial de Demanda, párrs. 133-135.

⁴⁷⁰ Colom, **Apéndice RWS-1**, párr. 120.

⁴⁷¹ Declaración de Testigo Carlos Bastos, 21 de septiembre de 2011 (en adelante **Bastos**), **Apéndice CWS-1**, párr. 10.

c. *La CNEE no podía aceptar (y no aceptó) la Regla 12 ya que la misma violentaba sus facultades exclusivas asignadas por la LGE*

358. De forma simultánea con las discusiones entre los representantes de la CNEE y EEGSA en relación con el tercer integrante de la Comisión Pericial, las partes discutieron la posibilidad de adoptar un conjunto de reglas administrativas para ordenar el funcionamiento de la Comisión Pericial. La idea original fue emitir un reglamento de acuerdo al artículo 77 de la LGE⁴⁷². Ello, dado que las disposiciones de la LGE y del Reglamento no solo no establecen el mecanismo de constitución de la Comisión Pericial, sino que tampoco contienen directivas respecto de la manera en que tal Comisión Pericial debe llevar a cabo su tarea. Asimismo, era la primera vez en la historia de la CNEE que se conformaba tal órgano y, por lo tanto, no existían antecedentes que pudieran guiar su funcionamiento.
359. En su Memorial de Demanda, TGH afirma que las partes llegaron a un acuerdo sobre estas reglas, y en particular, respecto de la llamada “Regla 12”⁴⁷³. Esta regla establecía que luego de que se emitiera el pronunciamiento de la Comisión Pericial, el consultor del distribuidor ajustaría el estudio tarifario a dicho pronunciamiento y la misma Comisión Pericial revisaría dicho ajuste y confirmaría si el estudio corregido recogía el pronunciamiento. Debe quedar claro que las aseveraciones de TGH respecto de la supuesta aceptación de la CNEE de la Regla 12 son absolutamente falsas. Si 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. Tal como se explica debajo, 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

⁴⁷² Colom, **Apéndice RWS-1**, párr. 123.

⁴⁷³ Memorial de Demanda, párr. 137.

LGE y el Reglamento, que no preveían ningún acto o función adicional para la Comisión Pericial luego de su pronunciamiento sobre las discrepancias.

- (i) El intercambio de borradores entre la CNEE y EEGSA sobre las reglas de funcionamiento

360. TGH conveniente omite señalar que el proceso para intentar acordar unas reglas de funcionamiento había comenzado el 14 de mayo de 2008, cuando la CNEE envió a EEGSA una primera propuesta de reglamento de la Comisión Pericial, que en 17 artículos regularía la constitución y funcionamiento de este órgano⁴⁷⁴. Este reglamento, una vez adoptado con las formalidades oportunas, tendría carácter permanente, es decir, aplicaría a todos los futuros procedimientos de este tipo. Este reglamento solo preveía para la Comisión Pericial la función de pronunciarse sobre las discrepancias⁴⁷⁵, y en dos de sus artículos (el primero y el

⁴⁷⁴ Correo electrónico de Melvin Quijivix a Miguel Francisco Calleja, adjuntando la propuesta del Reglamento de la Comisión Pericial, 14 de mayo de 2008, **Anexo R-70**. Los arts. 1 y 17 estipularon:

Artículo 1. De la naturaleza y funciones. La Comisión Pericial es un órgano creado en los Artículos 75 y 77 de la Ley General de Electricidad, y 98 del Reglamento de la Ley, con competencia acotada, integrado por tres profesionales expertos, cuya función es pronunciarse, mediante dictámenes de efecto no vinculante, sobre aquellas discrepancias y conflictos que se susciten con motivo de la revisión de los Estudios Tarifarios Quinquenales.;

Artículo 17. Los dictámenes del Comisión Pericial no son vinculantes para todos los que participen en el procedimiento respectivo y no procederá a su respecto, ninguna clase de recursos [...]

(Énfasis negrita en el original, énfasis subrayado añadido).

⁴⁷⁵ *Ibid*, artículo 12. Ver Transcripciones audiencia final Caso CIADI N° ARB/09/5 (extractos), **Anexo R-140**, Tr., Día Tres, Colom, 769:9-22.

Nosotros enviamos a Empresa Eléctrica una primera versión con una propuesta de reglamento para el funcionamiento de la Comisión Pericial. [...] Fue la primera versión que se circuló porque la ley no contemplaba una forma de cómo debía ser el procedimiento para que esta comisión funcionara. La ley sí era muy clara, siempre ha sido clara que la función de la Comisión Pericial es la de pronunciarse sobre las discrepancias. Y por eso mandamos un primer borrador y este borrador es bien claro en dos de sus artículos en donde dice que pues la comisión es no vinculante, el pronunciamiento de la Comisión Pericial es no vinculante.

último) se explicitaba el carácter no vinculante del pronunciamiento de la Comisión Pericial⁴⁷⁶.

361. EEGSA se opuso a la propuesta de reglamento y sugirió acordar ciertas reglas específicas para la revisión 2008 en lugar de un reglamento general. La CNEE accedió a ello y en una reunión en la CNEE el 19 de mayo de 2008, el Lic. Calleja entregó en copia papel una propuesta conteniendo 17 reglas sugeridas para la futura Comisión Pericial⁴⁷⁷.
362. Esta primera propuesta de reglas circulada por EEGSA mencionaba que la Comisión Pericial dictaría una “Sentencia” y que ésta estaría a cargo de la “resolución de disputas”⁴⁷⁸. La CNEE rechazó dicha propuesta toda vez que contrariaba la LGE y el Reglamento, que disponían que la Comisión Pericial tenía por misión pronunciarse sobre las discrepancias y no era un tribunal o un órgano que resolviera disputas. EEGSA accedió a eliminar totalmente ese lenguaje de su propuesta y éste nunca volvió a aparecer en las sucesivas comunicaciones circuladas entre las partes⁴⁷⁹.

⁴⁷⁶ Por eso, las críticas de TGH en su Memorial hacia la CNEE donde acusa al Ing. Colom de querer socavar “la autoridad de la Comisión Pericial”, por haber respondido a la requisitoria periodística respecto de la interpretación que la CNEE hacía de las funciones de la Comisión Pericial son falsas e injustas. Memorial de Demanda, párrs. 151-154. El Ing. Colom simplemente expresaba la interpretación que el organismo hacía de sus facultades de acuerdo al marco regulatorio vigente. Misma interpretación, vale decir, que luego tendría la máxima autoridad judicial de Guatemala, la Corte de Constitucionalidad, al analizar este punto específico del marco regulatorio, tal como se explica en la Sección IV.B.5 abajo.

⁴⁷⁷ Reglas Propuestas para la Comisión Pericial, 19 de mayo de 2008, **Anexo R-73**; Colom, **Apéndice RWS-1**, párr. 125.

⁴⁷⁸ Reglas Propuestas para la Comisión Pericial, 19 de mayo de 2008, **Anexo R-73**, reglas 8, 12 y 13; Colom, **Apéndice RWS-1**, párr. 126.

⁴⁷⁹ Correo electrónico de Melvin Quijivix a Miguel Francisco Calleja, adjuntando las Reglas Operativas Propuestas para la Operación de la Comisión Pericial, 21 de mayo de 2008, **Anexo R-74**; Correo electrónico de Melvin Quijivix a Luis Maté y Miguel Francisco Calleja, adjuntando las Reglas Operativas Propuestas para la Comisión Pericial, 23 de mayo de 2008, **Anexo R-75**; Correo electrónico de Miguel Francisco Calleja a Leonardo Giacchino, adjuntando las Reglas Operativas Propuestas para la Comisión Pericial, 28 de mayo de 2008, **Anexo R-77**; Colom, **Apéndice RWS-1**, párr. 126.

363. Esta propuesta además fue la primera que incluyó la que más tarde sería identificada como Regla 12, estipulando que una vez que la Comisión Pericial emitiera su pronunciamiento, Bates White habría de corregir el estudio tarifario conforme dicho pronunciamiento para luego remitirlo a la Comisión Pericial, a fin de que ésta lo revisara y confirmara si, de acuerdo a su criterio, dicho estudio corregido recogía fielmente el fondo del pronunciamiento⁴⁸⁰. Tal como lo reconoce TGH en su Memorial de Demanda, las partes no llegaron a un acuerdo sobre este punto⁴⁸¹.
364. Como se indicó arriba, la razón principal para la oposición de la CNEE era que ni la LGE ni el Reglamento preveían un acto adicional luego del pronunciamiento de la Comisión Pericial sobre las discrepancias. Aceptar 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. Solo la CNEE tiene la facultad de resolver sobre la procedencia o improcedencia del estudio tarifario y aprobarlo⁴⁸². Pero existía además una imposibilidad desde el punto de vista práctico, dado que la Comisión Pericial no podía tampoco aprobar un estudio tarifario que no había revisado en su totalidad. Como indicó el Ing. Bastos al ser consultado sobre esta cuestión en la audiencia final del caso Iberdrola, la Comisión Pericial solo entendía sobre los puntos en desacuerdo pero no revisaba la totalidad del estudio tarifario, ni tenía los medios para hacerlo⁴⁸³.
365. A partir de la entrega del borrador de reglas por el Lic. Calleja el 19 de mayo tuvieron lugar en la CNEE varias reuniones con EEGSA para discutir el texto de

⁴⁸⁰ Reglas Propuestas para la Comisión Pericial, 19 de mayo de 2008, **Anexo R-73**, regla 14.

⁴⁸¹ Memorial de Demanda, párr. 129.

⁴⁸² Reglamento, **Anexo R-36**, art. 92 (“[...] Estos estudios deberán ser aprobados por la Comisión”) y art. 98 (“[...] [L]a [CNEE] [...] resolverá sobre la procedencia o improcedencia de los estudios efectuados por los consultores [...]”).

⁴⁸³ Transcripciones audiencia final Caso CIADI N° ARB/09/5 (extractos), **Anexo R-140**, Tr., Día Dos, Bastos, 647:14-648:12.

las reglas de funcionamiento⁴⁸⁴; y el Ing. Melvin Quijivix, como secretario de las reuniones, circuló varios borradores de reglas de funcionamiento que reflejaban el estado de las discusiones entre las partes luego de cada reunión. Ello incluyó los borradores de 21, 23 y 28 de mayo de 2008⁴⁸⁵. El 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.

366. De la revisión de los referidos borradores circulados, surge claramente que nunca existió entre las partes un acuerdo final sobre las reglas de funcionamiento. El borrador del 28 de mayo y sus versiones anteriores son típicos documentos “*work in progress*”, todos ellos con un formato muy similar, reflejando leves cambios en las discusiones luego de cada reunión, pero sin que exista ninguna evidencia de acuerdo al respecto. El detalle de estos borradores es el siguiente:

Documento	Fecha	Texto del Asunto en el correo electrónico	Texto encabezando la enumeración de las reglas en discusión
E-mail del Ing. Melvin Quijivix al Lic. Miguel Calleja adjuntando nueva versión de las reglas en discusión (R-74)	21 de mayo de 2008	<u>REGLAS PROPUESTAS PARA LA COMISIÓN PERICIAL</u>	REGLAS DE OPERACIÓN <u>PROPUESTAS PARA EL FUNCIONAMIENTO DE LA COMISIÓN PERICIAL</u>

⁴⁸⁴ Memorial de Demanda, párrs. 128-130, 132, 137.

⁴⁸⁵ Correo electrónico de Melvin Quijivix a Miguel Francisco Calleja, adjuntando las Reglas Operativas Propuestas para la Operación de la Comisión Pericial, 21 de mayo de 2008, **Anexo R-74**; Correo electrónico de Melvin Quijivix a Luis Maté y Miguel Francisco Calleja, adjuntando las Reglas Operativas Propuestas para la Comisión Pericial, 23 de mayo de 2008, **Anexo R-75**; Correo electrónico de Melvin Quijivix a Luis Maté y Miguel Francisco Calleja, adjuntando las Reglas Operativas Propuestas para la Comisión Pericial, 28 de mayo de 2008, **Anexo R-76** (este correo luego fue reenviado por M. Calleja a G. Pérez).

E-mail del Ing. Melvin Quijivix al Lic. Miguel Calleja adjuntando nueva versión de las reglas en discusión (R-75)	23 de mayo de 2008	<u>REGLAS CP</u>	REGLAS DE OPERACIÓN <u>PROPUESTAS</u> PARA EL FUNCIONAMIENTO DE LA COMISIÓN PERICIAL
E-mail del Ing. Melvin Quijivix al Lic. Miguel Calleja adjuntando nueva versión de las reglas en discusión (R-76)	28 de mayo de 2008	<u>REGLAS DE OPERACIÓN PROPUESTAS COMISIÓN PERICIAL</u>	REGLAS DE OPERACIÓN <u>PROPUESTAS</u> PARA EL FUNCIONAMIENTO DE LA COMISIÓN PERICIAL

367. Como se advierte del cuadro arriba, todas las versiones de las reglas que fueron circuladas por el Ing. Quijivix indicaron que se trataba de una propuesta: todas ellas utilizan de hecho la palabra “PROPUESTAS” en el encabezado. Más aún, el “Asunto” de los correos electrónicos de 21 y 28 de mayo incluyó específicamente este término. El hecho de que en cada una de estas ocasiones el Ing. Quijivix escribiera “propuestas” confirma que las reglas todavía estaban en discusión entre las partes al momento en que los correos eran redactados. El texto de la línea “asunto” en los correos reflejó ligeros cambios en cada envío, lo que demuestra que el Ing. Quijivix debió nuevamente mecanografiar el texto en el asunto y no hizo un simple “reenvío” o “responder” de un correo anterior.
368. En consecuencia, es claro que el Ing. Quijivix no envió el e-mail del 28 de mayo como un acuerdo final entre las partes como alega TGH⁴⁸⁶. No solo el Ing. Quijivix no estaba facultado para suscribir ningún acuerdo al respecto⁴⁸⁷, sino que es inverosímil que incluyere la palabra “propuesta”, si la intención era, como pretende TGH, que este e-mail fuera la culminación de un arduo proceso de

⁴⁸⁶ Memorial de Demanda, párr. 137.

⁴⁸⁷ Dicha tarea le corresponde con exclusividad al Directorio (ver LGE, **Anexo R-8**, art. 5).

negociación en torno a la Regla 12⁴⁸⁸. Mas aún, el correo del Ing. Quijivix no contiene ninguna mención al supuesto acuerdo alcanzado, ni indica que se trate de un documento final o vinculante, algo que podría esperarse en tales circunstancias (nótese además que tampoco EEGSA contestó a dicho correo en estos términos). Lo cierto como veremos, es que las partes siguieron adelante con el procedimiento ante la Comisión Pericial sin el acuerdo sobre la Regla 12 que alega TGH.

- (ii) A espaldas de la CNEE, EEGSA envió las reglas de funcionamiento (incluyendo la Regla 12) al Presidente de la Comisión Pericial indicando falsamente que las mismas habían sido acordadas con la CNEE

369. A pesar de la falta de acuerdo entre las partes, el 2 de junio de 2008, el Lic. Calleja reenvió — a espaldas de la CNEE, sin notificar o copiar a ésta— al presidente de la Comisión Pericial, Ing. Bastos el correo electrónico con el borrador en discusión que el Ing. Quijivix había enviado a EEGSA el 28 de mayo⁴⁸⁹. Para que se entienda: 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. El testigo Lic. Calleja falta a la verdad en su declaración cuando sostiene que luego de enviado el correo al Ing. Bastos “procedí a informarle al Sr. Quijivix que así lo había hecho”⁴⁹⁰. No acompaña ninguna constancia de ello y no explica de qué manera tuvo lugar ese contacto. Es notable que el Lic. Calleja no había referido a esta supuesta comunicación con el Ing. Quijivix en su declaración testimonial en el caso Iberdrola. La realidad es que la CNEE sólo se enteró de la

⁴⁸⁸ Memorial de Demanda, párrs. 129, 130, 132, 137.

⁴⁸⁹ Correo electrónico de Miguel Francisco Calleja a Carlos Bastos, 2 de junio de 2008, **Anexo R-79**; Colom, **Apéndice RWS-1**, párr. 132.

⁴⁹⁰ Calleja, **Apéndice CWS-3**, párr. 42. Nótese que el testigo Calleja no había referido a esta supuesta comunicación con el Ing. Quijivix en su declaración testimonial en el caso Iberdrola. *Iberdrola Energía, S.A. v. República de Guatemala* (Caso CIADI No. ARB/09/05), Declaración de Testigo Miguel Francisco Calleja, 14 de octubre de 2009, **Anexo R-150**, párr. 41.

existencia de este envío unilateral del Lic. Calleja al Ing. Bastos con el inicio de los respectivos arbitrajes por Iberdrola y TGH⁴⁹¹.

370. Pocos días después, ignorante de la irregular acción unilateral del Lic. Calleja, la CNEE aceptó sostener una llamada conjunta con EEGSA y el Ing. Bastos para discutir cuestiones administrativas del procedimiento⁴⁹². En esa discusión, el Ing. Quijivix y el Lic. Calleja mencionaron al Ing. Bastos las reglas de funcionamiento que habían sido discutidas y sobre las cuales había un principio de acuerdo⁴⁹³, dado que las mismas podían ser de utilidad a la Comisión Pericial⁴⁹⁴. Pero en ningún momento se le representó al Ing. Bastos que existiera un acuerdo sobre la Regla 12⁴⁹⁵.

371. Sobre este punto, cabe recordar un elemento fundamental: la CNEE no funciona ni toma sus decisiones en la manera en que un ente privado lo hace, sino que está regida por precisas normas de derecho público⁴⁹⁶. Una de los principios fundamentales de derecho administrativo que regulan este actuar es el de publicidad de los actos, que establece que la CNEE sólo exterioriza su voluntad mediante resoluciones oficiales (o mediante actas oficiales basadas en una resolución) suscritas por sus directores y con debido fundamento⁴⁹⁷. Esto por supuesto no era nuevo para EEGSA y sus abogados, quienes llevaban diez años operando en Guatemala bajo la supervisión de la CNEE y sabían que cualquier

⁴⁹¹ Colom, **Apéndice RWS-1**, párr. 132.

⁴⁹² *Ibid.*, párr. 131.

⁴⁹³ En sus reglas 1 a 11, las reglas de funcionamiento incorporaban cuestiones de procedimiento enteramente consistentes con las estipulaciones de la LGE y el Reglamento.

⁴⁹⁴ Colom, **Apéndice RWS-1**, párr. 131.

⁴⁹⁵ *Ibid.*

⁴⁹⁶ *Ibid.*, párr. 129.

⁴⁹⁷ *Ibid.* La CNEE se expide únicamente por resoluciones adoptadas por la mayoría de sus miembros, a decir del Artículo 5 de la LGE y no puede ni debe interpretarse que un correo electrónico implica una aprobación de la CNEE, correo que en todo caso, ni siquiera indica que tal aprobación se produjo y que lo que indica es un texto de propuesta.

acuerdo de la CNEE sobre unas reglas de funcionamiento debería ser formalizado de esta manera para ser válido.

372. Más aún, como es evidente, ninguna regla de funcionamiento, y mucho menos unas que no habían pasado de la etapa de discusión entre las partes, podían reformar la letra y espíritu de la LGE, el Reglamento o los Contratos (que requerían que cualquier cambio a las condiciones del marco legal se acordase por escrito). La Regla 12 no tenía ninguna base legal para su implementación, y constituía en los hechos una modificación al texto del Reglamento, al contemplar una tercera versión del estudio tarifario y un segundo pronunciamiento de la Comisión Pericial no previsto en la LGE o el Reglamento⁴⁹⁸. El propio Ing. Bastos reconoció en la audiencia del caso Iberdrola que la última palabra respecto a la aprobación o desaprobación del estudio tarifario necesariamente debía estar con la CNEE y no con la Comisión Pericial⁴⁹⁹.

(iii) El Acta de Nombramiento de la Comisión Pericial

373. El 6 de junio de 2008 se suscribió el Acta de Nombramiento de la Comisión Pericial (el *Acta de Nombramiento*)⁵⁰⁰ por parte de Carlos Colom, en

⁴⁹⁸ Reglamento, **Anexo R-36**, art. 98; LGE, **Anexo R-8**, art. 75.

⁴⁹⁹ Transcripciones audiencia final Caso CIADI N° ARB/09/5 (extractos), **Anexo R-140**, Tr., Día Dos, Bastos, 593:8-20.

R [...] “Las instrucciones precisas son que cuando finalicen todos los cálculos y modificaciones que deban ser hechos en los modelos, se tenga cuidado de que todo pueda ser corroborado por la CNEE”.

P Entonces existe un papel por la CNEE todavía después de esa supuesta -- del trabajo que usted dice que tiene que ser hecho por el consultor. Tienen que ser corroborados por la Comisión Nacional de Energía Eléctrica. ¿Correcto?

R Eso es lo que decimos.

P Y todo eso antes del 1° de agosto.

R Exactamente. Todo tiene que ser después de nuestro informe final.

(Énfasis añadido).

⁵⁰⁰ Acta Notarial de Nombramiento de la Comisión Pericial, 6 de junio de 2008, **Anexo R-80**.

representación de la CNEE y Luis Maté en representación de EEGSA. En el documento, ambas partes designaban a sus respectivos peritos para que conformaran la Comisión Pericial y emitían su acuerdo para que el Ing. Carlos Bastos presidiera la Comisión Pericial. El artículo primero del Acta de Nombramiento dejó bien claro cuál era el mandato de la Comisión Pericial:

Manifiestan los comparecientes que se conforma la **Comisión Pericial** para que se pronuncie sobre las discrepancias con el Estudio del [VAD] de [EEGSA] contenidas en la Resolución CNEE – noventa y seis – dos mil ocho (CNEE 96-2008) así como sobre las respuestas de [EEGSA] y de su consultor a la misma, conforme lo establecido en el artículo setenta y cinco (75) y noventa y ocho (98) de la [LGE] y el Reglamento [...] respectivamente, los cuales establecen que en caso de discrepancias formuladas por escrito, la [CNEE] y las distribuidoras deberán acordar el nombramiento de una Comisión Pericial [...] ⁵⁰¹.

374. No hubo ninguna mención de una segunda ronda de comentarios de parte de la Comisión Pericial. El Acta de Nombramiento fue el único documento oficial emanado de ambas partes en cumplimiento de la Resolución 96-2008 que mandó a constituir la Comisión Pericial. Allí no se estipuló ni expresa ni implícitamente ninguna otra función o tarea para la Comisión Pericial que la de pronunciarse sobre las discrepancias. Tampoco se hizo referencia alguna a las reglas de funcionamiento. No podría haberlo hecho, por otra parte, ya que no habían sido acordadas y la Regla 12 hubiese representado una extralimitación respecto de “lo establecido en el artículo setenta y cinco (75) y noventa y ocho (98) de la [LGE] y el Reglamento”⁵⁰².

⁵⁰¹ Acta Notarial de Nombramiento de la Comisión Pericial, 6 de junio de 2008, **Anexo R-80**, primero (Énfasis negrita en el original, énfasis subrayado añadido).

⁵⁰² *Ibid.*

375. Posteriormente, con fecha 12 de junio de 2008, los tres peritos notificaron la toma de posesión de sus cargos en la Comisión Pericial mediante una nota en la que confirmaban su entendimiento respecto del alcance de su tarea⁵⁰³.

(iv) Los contratos suscritos entre el Ing. Bastos y la CNEE, y entre él y EEGSA

376. Con fecha 26 de junio de 2008, el Ing. Bastos suscribió contratos por separado con la CNEE y EEGSA, quienes de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 98 del Reglamento, debían pagar los honorarios del Ing. Bastos (previstos en US\$ 100,000 para la totalidad de la tarea) por mitades.

377. Es importante resaltar que el contrato firmado entre la CNEE y el Ing. Bastos definía de forma expresa y detallada su función (que luego modificaría unilateralmente en su pronunciamiento, ver párrafo 414 más abajo), el cual era verificar la correcta aplicación de los Términos de Referencia:

TERCERA: OBJETO. [...] En su actuación como **“EL PERITO”** [Bastos] deberá verificar la correcta aplicación de la metodología y criterios establecidos en los Términos de Referencia (Resoluciones CNEE-124-2007 y CNEE-05-2008) en el Estudio del Valor Agregado de Distribución de la Empresa Eléctrica de Guatemala, Sociedad Anónima, 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] y de su Consultor.

CUARTA: ALCANCES. ‘EL PERITO’ deberá cumplir con lo siguiente: **a) Conformar la Comisión Pericial como tercer integrante, que tendrá a su cargo pronunciarse sobre las discrepancias** con el Estudio del Valor Agregado de Distribución, de la Empresa Eléctrica de Guatemala, Sociedad Anónima, establecidas en la Resolución CNEE-96-2008, de fecha 15 de mayo de 2008, Resolución notificada a dicha Distribuidora el 16 de mayo de 2008, la cual de conformidad con la ley de la materia, se encuentra

⁵⁰³ Carta de Jean Riubrugent, Carlos Bastos, y Leonardo Giacchino a Carlos Colom Bickford y Luis Maté, 12 de junio de 2008, **Anexo R-83**.

firme; sobre las respuestas a la misma, de [EEGSA] y de su Consultor; **b) Realizar el análisis técnico sobre las discrepancias establecidas en la Resolución CNEE 96-2008, surgidas con el Estudio del Valor Agregado de Distribución, de Empresa Eléctrica de Guatemala, Sociedad Anónima, debiendo utilizar su conocimiento y experiencia en la determinación de la posición de la Comisión Pericial, en relación a cada discrepancia, de acuerdo a los Términos de Referencia;** **c) Verificar la correcta aplicación de los Términos de Referencia (TdRs), aprobados por la Comisión Nacional de Energía Eléctrica, relativos al Estudio del Valor Agregado de Distribución;** **d)** 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 Empresa Eléctrica de Guatemala, Sociedad Anónima y de su Consultor; **e) Emitir 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 Valor Agregado de Distribución, de la Empresa Eléctrica de Guatemala, Sociedad Anónima⁵⁰⁴.

378. No hay ninguna mención a una supuesta segunda ronda de comentarios ni a un segundo pronunciamiento, ni tampoco se hace referencia a las reglas de funcionamiento supuestamente acordadas.
379. Respecto del contrato entre el Ing. Bastos y EEGSA, del cual la CNEE no era parte y en el que no tuvo participación de ningún tipo, éste presenta algunas particularidades que merecen ser destacadas. Por una parte, incorpora una versión de las reglas de funcionamiento, señalando que las mismas “han sido acordadas entre la CNEE y EEGSA”. Sin embargo, 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 (ver párrafo 368 más arriba). Así, en el contrato del Ing. Bastos, EEGSA no incorporó

⁵⁰⁴ Contrato entre Carlos Bastos y la CNEE, 26 de junio de 2008, **Anexo R-85** cláusulas tercera y cuarta (Énfasis negrita en el original, énfasis subrayado añadido).

varias de las reglas que TGH ahora sostiene fueron acordadas por las partes el 28 de mayo⁵⁰⁵.

380. Adicionalmente, debe notarse que cuando el Ing. Bastos suscribió su contrato con EEGSA ambas partes dejaron claro su entendimiento de que la Comisión Pericial emitiría un primer y único “Informe Final”. En efecto, este contrato preveía el pago del saldo del 70 por ciento de los honorarios del Ing. Bastos contra la entrega del Informe Final de la Comisión Pericial⁵⁰⁶. El término “Informe Final” es usado en dicho contrato en referencia al pronunciamiento de la Comisión Pericial⁵⁰⁷. Esto era además consistente con la oferta económica del Ing. Bastos que establecía que la Comisión Pericial finalizaría su labor con la entrega de tal pronunciamiento. Cumplido ello, el Ing. Bastos quedaba según el contrato, solo a disposición de las partes únicamente a título personal y a fin de realizar clarificaciones u otras tareas:

⁵⁰⁵ Ello incluye a la regla 1 que requería que todas las reuniones se hicieran con quórum completo de los tres miembros de la Comisión Pericial; la regla 2 que requería que la primera y la última reunión se hicieran en la ciudad de Guatemala; la regla 3 que requería a los miembros de la Comisión Pericial hacer un calendario y enviarlo a las partes; la regla 4 que prohibía las comunicaciones privadas dirigidas a los miembros de la Comisión Pericial y que requería que siempre se hicieran a todos; y la regla 6 que prohibía la asistencia de terceros a las reuniones distintas del staff. Ver Contrato entre Carlos Bastos y la CNEE, 26 de junio de 2008, **Anexo R-85**, tercera cláusula. Contrato entre Bastos y EEGSA, 26 de junio de 2008, **Anexo R-84**, cláusula cuarta.

⁵⁰⁶ Contrato entre Carlos Bastos y EEGSA, 26 de junio de 2008, **Anexo R-84**, cláusula tercera.

TERCERA: FORMA DE PAGO.

EEGSA efectuará un primer pago a Carlos Manuel Bastos, por la cantidad neta de QUINCE MIL DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (US\$ 15,000.00) a partir de la firma del presente contrato. Dicha cantidad constituye el 30% de la obligación de pago de EEGSA.

El restante 70%, equivalente a la cantidad neta de TREINTA Y CINCO MIL DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (US\$ 35.000), será pagado por EEGSA al Tercer Integrante de la Comisión Pericial, una vez ésta se haya pronunciado en el Informe Final sobre las discrepancias para la que fue constituida.

⁵⁰⁷ Ver Contrato entre Carlos Bastos y EEGSA, 26 de junio de 2008, **Anexo R-84**, cláusula cuarta, regla 6.

Mi desempeño [...] se extenderá [...] hasta el pronunciamiento de la Comisión Pericial que será comunicado oficialmente a la Comisión Nacional de Energía Eléctrica y a la Distribuidora por medio de un informe final. Sin perjuicio de ello quedará a vuestra disposición para cualquier aclaración o tarea adicional que surja de ese pronunciamiento y que sea necesaria para la aplicación efectiva de lo dispuesto.⁵⁰⁸

- (v) La referencia a la oferta presentada por el Ing. Bastos en el Contrato entre éste y la CNEE no refleja un acuerdo sobre la Regla 12

381. A falta de cualquier otra evidencia que la palabra de sus propios testigos Sres. Mate y Calleja, y sobre todo, a falta de cualquier evidencia documental, TGH intenta probar un supuesto acuerdo sobre la Regla 12 a través de una doble referencia cruzada en el contrato entre la CNEE y el Ing. Bastos, a la oferta económica cursada por éste a las partes en relación a su rol de presidente de la Comisión Pericial⁵⁰⁹.
382. Revisemos este argumento. Según TGH: la cláusula vigésimo segunda (b) del contrato entre la CNEE y el Ing. Bastos incluyó como documento parte del contrato a “la oferta económica” del Ing. Bastos del 6 de junio de 2008⁵¹⁰ (*referencia número 1*); a su vez, la referida oferta económica, que esencialmente describía los honorarios a percibir por el rol de presidente de la Comisión Pericial, preveía que su desempeño estaría sujeto a unas “Reglas de Arbitraje (sic) que [le] hicieran llegar oportunamente”⁵¹¹ (*referencia número 2*).

⁵⁰⁸ Carta de Carlos Bastos a Melvin Quijivix y Miguel Francisco Calleja, 6 de junio de 2008, **Anexo R-81** (Énfasis añadido).

⁵⁰⁹ Memorial de Demanda, párr. 141.

⁵¹⁰ Contrato entre Carlos Bastos y la CNEE, 26 de junio de 2008, **Anexo R-85**, cláusula vigésimo segunda, párr. b.

⁵¹¹ Carta de Carlos Bastos a Melvin Quijivix y Miguel Francisco Calleja, 6 de junio de 2008, **Anexo R-81**.

383. Así, TGH pretende argumentar que la CNEE aceptó como válidas las reglas de funcionamiento en su contrato con el Ing. Bastos, puesto que en el mismo hace referencia a la oferta económica, la que a su vez se hace referencia a unas “reglas de arbitraje” no adjuntadas y sin mayores especificaciones. El argumento carece de toda seriedad, máxime si consideramos que tanto TGH como el Ing. Bastos reconocen que la referencia del primero en su oferta económica a unas “Reglas de Arbitraje (sic) que [le] hicieran llegar oportunamente”⁵¹² es en realidad una referencia al correo electrónico que el Lic. Calleja envió al Ing. Bastos a espaldas de la CNEE representándole un falso acuerdo entre las partes con las reglas de funcionamiento, cuestión que hemos tratado en los párrafos 369 a 372 más arriba.
384. Es importante aclarar, no obstante, que la oferta económica del Ing. Bastos anexada al contrato con la CNEE no fue nunca analizada o discutida entre las partes previo a su envío por el Ing. Bastos. Así, lo concedió expresamente el Ing. Bastos en la audiencia del caso Iberdrola tras ser cuestionado por el presidente del Tribunal⁵¹³. De hecho, tal como explica el Ing. Colom, al suscribir el contrato con Bastos, el entendió la referencia a “oferta económica” como la mera incorporación de los términos económicos de la oferta de Bastos⁵¹⁴ (el “monto de la oferta”, tal como fue referido por el Ing. Bastos durante la audiencia del caso

⁵¹² Carta Carlos Bastos a Melvin Quijivix y Miguel Francisco Calleja, 6 de junio de 2008, **Anexo R-81**.

⁵¹³ Durante la audiencia del caso Iberdrola, en Ing. Bastos admitió que la carta en cuestión, en la que se mencionaban unas “reglas de arbitraje”, había sido un documento preparado por él mismo, sin que hubiera sido discutido o negociado con las partes:

PRESIDENTE ZULETA: Cuando usted dice que acompañaba lo que usted llama las Reglas de Arbitraje, ¿hubo alguna negociación sobre esa oferta? ¿Esa oferta fue aceptada tal como usted la presentó, hubo alguna discusión?

SEÑOR BASTOS: No, tal cual como yo la presenté. En realidad, el monto de la oferta lo conversamos por teléfono y la carta, digamos, asentaba la formalidad.

Transcripciones audiencia final Caso CIADI N° ARB/09/5 (extractos), Anexo R-140, Tr., Día Dos, Bastos, 651:15-652:2.

⁵¹⁴ Colom, **Apéndice RWS-1**, párr. 135.

Iberdrola), jamás hubiese aceptado el Ing. Colom incorporar “por doble referencia” unas reglas de funcionamiento que no había aprobado⁵¹⁵ y que habrían violado el marco regulatorio.

385. Debe notarse, adicionalmente, que si se lee con atención el texto de la oferta económica del Ing. Bastos, queda claro que al momento de su oferta, éste consideraba que la Comisión Pericial finalizaría su labor con la entrega del pronunciamiento. Cumplido ello, el Ing. Bastos quedaba solo a disposición de las partes a título personal a fin de realizar clarificaciones u otras tareas:

Mi desempeño [...] se extenderá [...] hasta el pronunciamiento de la Comisión Pericial que será comunicado oficialmente a la Comisión Nacional de Energía Eléctrica y a la Distribuidora por medio de un informe final. Sin perjuicio de ello quedará a vuestra disposición para cualquier aclaración o tarea adicional que surja de ese pronunciamiento y que sea necesaria para la aplicación efectiva de lo dispuesto⁵¹⁶.

386. Si el entendimiento del Ing. Bastos hubiera sido que la misión de la Comisión Pericial incluía realizar toda una segunda vuelta de revisión y aprobación del estudio final, así lo hubiera hecho constar en su oferta como parte de su desempeño.
387. Finalmente, y más importante aún, el contrato de la CNEE con el Ing. Bastos contiene reglas de procedimiento específicas que deben aplicar, en su caso, con prioridad a cualquier regla incorporada por doble referencia⁵¹⁷.

8. El retraso de la Comisión Pericial en la entrega del pronunciamiento

388. Tal como el Ing. Bastos confirma en su declaración, la fecha de entrega acordada para el pronunciamiento de la Comisión Pericial estaba pactada para mediados de

⁵¹⁵ Colom, **Apéndice RWS-1**, párrs. 135-136.

⁵¹⁶ Carta de Carlos Bastos a Melvin Quijivix y Miguel Francisco Calleja, 6 de junio de 2008, **Anexo R-81** (Énfasis añadido).

⁵¹⁷ Contrato entre Carlos Bastos y la CNEE, 26 de junio de 2008, **Anexo R-85**, cláusula cuarta

julio de 2008, precisamente para el día 18 de julio⁵¹⁸. Ello daría tiempo a la CNEE para revisar el pronunciamiento y aprobar o rechazar el estudio de Bates White previo al 1 de agosto, fecha en que el nuevo cuadro tarifario debía entrar en vigencia.

389. Sin embargo, luego de constituida, la Comisión Pericial pidió una extensión para la fecha de entrega del pronunciamiento, la cual finalmente quedó establecida para la semana del 21 de julio⁵¹⁹. Evidentemente ello complicaba la revisión del pronunciamiento por la CNEE, al reducir el tiempo disponible previo al 1 de agosto, fecha en que debía entrar en vigor el nuevo pliego tarifario. Ello se vio agravado cuando la Comisión Pericial terminó entregando a las partes su pronunciamiento sobre las discrepancias recién el viernes 25 de julio de 2008⁵²⁰, es decir sólo 3 días hábiles antes de la fecha de entrada en vigor de las nuevas tarifas.

9. El pronunciamiento de la Comisión Pericial confirmó que el estudio tarifario del 5 de mayo no era apto para la fijación de tarifas

390. Contrariamente a lo alegado por TGH⁵²¹, la Comisión Pericial dictaminó en la mayoría de las discrepancias (58 por ciento) –y, sobre todo en las más importantes–, a favor de la CNEE⁵²². Analizaremos los defectos más relevantes del estudio de Bates White identificados por la Comisión Pericial.

⁵¹⁸ Bastos, **Apéndice CWS-1**, párr. 9.

⁵¹⁹ Giacchino, **Apéndice CWS-4**, párr. 39. Ver también Colom, **Apéndice RWS-1**, párr. 122 y Bastos, **Apéndice CWS-1**, párr. 16.

⁵²⁰ Informe de la Comisión Pericial, 25 de julio de 2008, **Anexo R-87**.

⁵²¹ Memorial de Demanda, párr. 158.

⁵²² De las 72 finalmente decisiones consideradas por la CNEE, 42 fueran a favor de las objeciones de la CNEE y 30 fueran a favor del estudio tarifario de Bates White. Ver **Apéndice R-I**; Colom, **Apéndice RWS-1**, párr. 140.

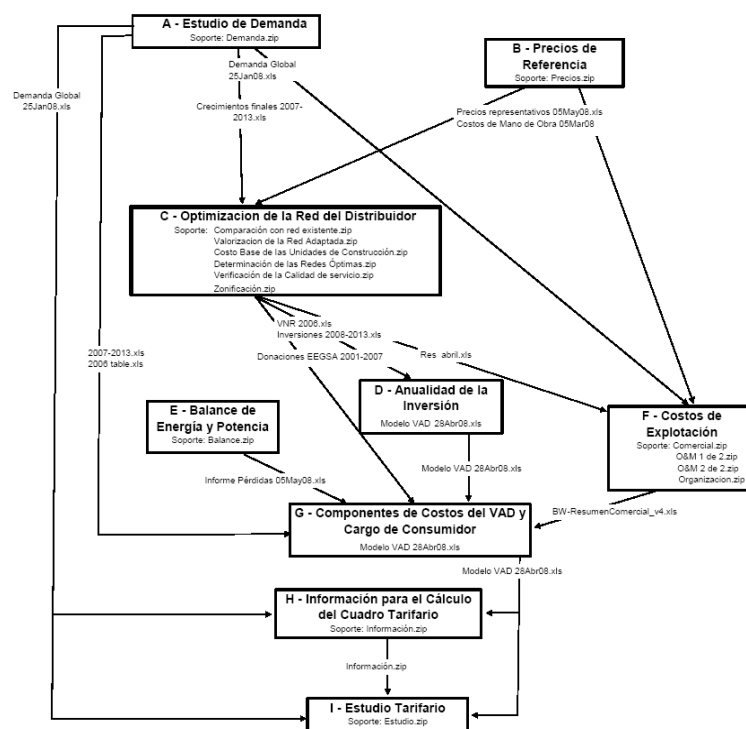
a. *Auditabilidad de los modelos*

391. Una de las discrepancias más importantes sometidas a la Comisión Pericial fue la cuestión sobre si los modelos de Bates White eran o no auditables. A pesar de haber recibido observaciones de la CNEE respecto de la falta de auditabilidad de los modelos en los informes de etapa y en el estudio de 31 de marzo, el modelo del estudio de 5 de mayo presentado por Bates White aún contenía planillas sin vincular, valores pegados, cálculos y factores de ajustes no justificados, entre otros⁵²³. Las explicaciones presentadas por Bates White para no presentar modelos auditables incluían la capacidad limitada de las computadoras y la cantidad de personas trabajando en el estudio al mismo tiempo⁵²⁴.
392. En respuesta a las observaciones de la CNEE, Bates White había presentado con el informe del 5 de mayo el siguiente diagrama mostrando como se relacionaban las planillas de las distintas etapas del estudio⁵²⁵. El consultor sostenía que así daba por cumplido el requerimiento de trazabilidad:

⁵²³ Resolución CNEE 96-2008, 15 de mayo de 2008, **Anexo R-71**, pág. 3; Damonte, **Apéndice RER-2**, Sección 4.1.1 (“Imposibilidad de Auditar el Modelo”).

⁵²⁴ Carta de Leonardo Giacchino a Carlos Colom Bickford y Miguel Francisco Calleja, 5 de mayo de 2008, **Anexo R-68**, págs. 4-5.

⁵²⁵ Carta de Leonardo Giacchino a Carlos Colom Bickford y Miguel Francisco Calleja, 5 de mayo de 2008, **Anexo R-68**, pág. 5.



393. Claramente este diagrama no permitía a la CNEE reproducir los cálculos ni hacer sensibilidades sobre el modelo. Es más, la complejidad de tal diagrama no hacía más que resaltar lo indispensable que era contar con un modelo electrónico interconectado. Por otra parte, la persistencia de Bates White en presentar modelos no auditables generaba naturalmente serias dudas sobre el contenido de la información provista y la buena fe del consultor de EEGSA.

394. La Comisión Pericial analizó los argumentos de cada una de las partes y, por unanimidad, es decir, aún con el voto del autor del estudio, Lic. Giacchino, dictaminó a favor de la CNEE⁵²⁶. Este pronunciamiento era vital para la CNEE ya que siendo ésta el único órgano responsable (*accountable*) ante terceros por la fijación de las tarifas, debía poder justificar los resultados del estudio ante cualquier cuestionamiento⁵²⁷.

⁵²⁶ Informe de la Comisión Pericial, 25 de julio de 2008, **Anexo R-87**, págs. 15-17.

⁵²⁷ Ver Sección III.B.2.b arriba.

b. Justificación de los precios eficientes

395. Respecto de la justificación de precios eficientes, la CNEE había observado que con el estudio del 5 de mayo, Bates White y EEGSA aún (i) no habían presentado los comparables nacionales e internacionales necesarios para que la CNEE pudiera corroborar la eficiencia de los precios incorporados en el modelo; (ii) no habían entregado una base de datos conteniendo información de precios sistematizada, ni el estudio de benchmarking⁵²⁸. Bates White, por su parte, alegaba que era difícil obtener comparables y que los datos se habían presentado en un formato aceptable⁵²⁹.
396. La Comisión Pericial estudió los argumentos de ambas partes y nuevamente se pronunció a favor de la CNEE. La Comisión expresamente señaló la improcedencia de intentar fijar precios en base a precios reales del distribuidor. Más importante aún, la Comisión expresó su preocupación sobre posibles sobreprecios derivados de acuerdos con proveedores locales, así como posibles transferencias de utilidades con empresas relacionadas:

DISCREPANCIA 3. ETAPA “B” - PRECIOS DE REFERENCIA [...] La CP se pronuncia dando lugar a la objeción de la CNEE por mayoría⁵³⁰.

[...] Para dilucidar esta controversia se debe recordar que se está analizando un Estudio Tarifario basado en el mecanismo de ingresos máximos permitidos basado en

⁵²⁸ Informe de la Comisión Pericial, 25 de julio de 2008, **Anexo R-87**, págs. 33-35 y 40-41; *Iberdrola Energía, S.A. v. República de Guatemala* (Caso CIADI No. ARB/09/05), Declaraciones de Testigo Leonardo Giacchino, 19 de octubre de 2009 y 22 de septiembre de 2010, **Anexo R-151**, declaración de 22 de septiembre de 2010, nota del pie 93 (“Documentación para los precios domésticos se encuentra en las facturas y ofertas mandadas en papel el 28 de julio de 2008, mientras documentación por los precios internacionales se encuentra en los documentos ‘Prices database’ y ‘Quotation’”). Ver también Resolución CNEE 63-2008, 11 de abril de 2008, **Anexo R-63**, págs. 25-26; Damonte, **Apeéndice RER-2**, Sección 4.1.2 (“Precios de Referencia”).

⁵²⁹ Informe Bates White Etapa B: Precios de Referencia, 5 de mayo de 2008, **Anexo R-69**, págs. 27-29 y 40-43. Ver también Informe de la Comisión Pericial, 25 de julio de 2008, **Anexo R-87**, pág. 163.

⁵³⁰ El experto Giacchino votó en disidencia sobre esta cuestión. Informe de la Comisión Pericial, 25 de julio de 2008, **Anexo R-87**, págs. 33-36 (Énfasis en el original).

los costos de una empresa modelo eficiente. Ésta es una cuestión de alta relevancia ya que en el método seguido el estudio de los gastos de compra de la empresa regulada merecen un capítulo especial toda vez que los mecanismos de compra de materiales pueden ser una vía que tiene la empresa en derivar utilidades [...] En el análisis del proceso de compras de una empresa que no está obligada a competir, se debe tener en cuenta que, hipotéticamente, puede haber acuerdos con los proveedores de equipos y materiales para pagar precios más altos. La circunstancia que el mercado de proveedores de Guatemala sea reducido, puede ser proclive a situaciones de colusión y en consecuencia hay más posibilidad que los precios sean mayores. Por todo ello, hay más razón, para considerar que los precios de referencia internacionales son obligados. En consecuencia, el Estudio Tarifario tiene que completar las referencias de precios internacionales y para hacer los cálculos del VAD tiene que adoptar para cada material el menor de todos los precios informados.⁵³¹

397. En cuanto a la necesidad de la presentación de una base de datos que permitiera la auditoría de los precios presentados, la Comisión Pericial se pronunció también a favor de la CNEE por unanimidad⁵³². Respecto del estudio de benchmarking, la Comisión Pericial también se pronunció en forma unánime a favor de la CNEE, requiriendo a Bates White a realizar una comparación de costos, por lo menos: (i) con la empresa ideal a la cual se arribó en el Estudio Tarifario anterior; (ii) con la empresa ideal a la que se arriba en esta oportunidad; y (iii) la empresa real⁵³³.

c. Cálculo del retorno sobre la base de capital (VNR) depreciada

398. Otra discrepancia relevante fue la manera en la cual debía calcularse el retorno del inversor. Tal como se explicó en la Sección III.B.2 más arriba, de acuerdo al marco regulatorio y los principios básicos de economía, el retorno del inversor se calcula sobre la base de capital depreciada, es decir, neta de depreciaciones ya

⁵³¹ Informe de la Comisión Pericial, 25 de julio de 2008, **Anexo R-87**, pág. 35 (Énfasis añadido).

⁵³² Informe de la Comisión Pericial, 25 de julio de 2008, **Anexo R-87**, pág. 41.

⁵³³ Informe de la Comisión Pericial, 25 de julio de 2008, **Anexo R-87**, pág. 164.

- recibidas por el inversor. En caso contrario, el inversor sería remunerado por capital no puesto a disposición de la concesión⁵³⁴. En concordancia con ello, los Términos de Referencia estimaron que la base de capital de EEGSA se encontraba depreciada en un 50 por ciento⁵³⁵.
399. Ignorando los Términos de Referencia, para el cálculo del retorno de EEGSA, Bates White consideró que la base de capital a ser utilizada debía ser “bruta” (es decir, sin tomar en cuenta depreciaciones acumuladas). Como justificación para no seguir los Términos de Referencia, el consultor indicó que había considerado que había un “error de tipeo” en la fórmula incluida en los Términos de Referencia⁵³⁶. Esta insólita posición no sólo era contraria al marco regulatorio, los Términos de Referencia y principios de economía básica⁵³⁷, sino que además era inconsistente con la práctica del mismo Lic. Giacchino, quien en 2003, trabajando

⁵³⁴ Damonte, **Apéndice RER-2**, párr. 66-70.

⁵³⁵ Términos de Referencia para la Realización del Estudio del Valor Agregado de Distribución para Empresa Eléctrica de Guatemala, S.A., Resolución CNEE 124-2007, enero de 2008, **Anexo R-53**, art. 8.3.

⁵³⁶ Bates White, Estudio del Valor Agregado de Distribución para EEGSA: Informe Etapa D: Anualidad de la Inversión, 29 de febrero de 2008, revisado el 31 de marzo de 2008, corregido el 5 de mayo de 2008, **Anexo R-69**, pág. 11.

⁵³⁷ Ver párr. 190 más arriba. AE Kahn, *The Economics of Regulation, Principles and Institutions* (1996) Vol. 1, (Extracto) **Anexo R-7**, pág. 32.

The return to capital, in other words, has two parts: the return *of* the money capital invested over the estimated economic life of the investment and the return (interest and net profit) *on* the portion of investment that remains outstanding. The two are arithmetically linked, since according to the usual (but not universal) regulatory practice the size of the net investment, on which a return is permitted, depends at any given time on the aggregate amount of depreciation expense allowed in the previous years—that is, the amount of investment that remains depends on how much of it has been recouped by annual depreciation charges previously”); Asimismo, al describir los costos a ser recuperados por el inversor, el testigo de TGH, Lic. Giacchino, explica en su libro *Fundamentals of Energy Regulation*: “The cost of doing business will also include a fair return on the firm’s undepreciated capital investment, which is called the rate base, including interest payments on short- and long-term debt and a return on equity capital.

para NERA, había calculado el retorno sobre una base de capital neta de depreciaciones⁵³⁸.

400. Si EEGSA consideraba que no era correcto que su red estuviera depreciada en un 50 por ciento, tal como se había estipulado en los Términos de Referencia, EEGSA hubiera debido impugnar los Términos de Referencia antes de que quedaran firmes o al menos aportar información indicando el correcto nivel de depreciaciones. De hecho, las otras dos distribuidoras, Deorsa y Deocsa, lo hicieron y la CNEE les ajustó el factor de depreciación (de un cincuenta por ciento, es decir, un factor de depreciación 2 a un 42 por ciento, es decir, un factor de 1.73)⁵³⁹. Sin embargo, en todos sus estudios y a pesar de las observaciones de la CNEE, Bates White insistió en que el retorno fuera calculado sobre la base de capital no depreciada sin ofrecer una alternativa al nivel de depreciación propuesto en los Términos de Referencia⁵⁴⁰. Esta insistencia en obtener un retorno sobre el VNR bruto, cuando era contrario a cualquier principio básico y la misma práctica del Lic. Giacchino, no hace más que demostrar la falta de credibilidad del consultor.
401. Dicha discrepancia fue también llevada a la Comisión Pericial, la que, como bien lo admite TGH⁵⁴¹, confirmó que las depreciaciones deben ser tenidas en cuenta para el cálculo del retorno⁵⁴². Sin embargo, la Comisión Pericial, a pesar de que su mandato estaba limitado a opinar sobre si el estudio del consultor se adecuaba

⁵³⁸ Damonte **Apéndice RER-2**. También era inconsistente con los escritos del Lic. Giacchino. JA Lesser y LR Giacchino, *Fundamentals of Energy Regulation* (1ª ed. 2007) (Extracto), **Anexo R-34**, págs. 56-57 y 99.

⁵³⁹ Moller, **Apéndice RWS-2**, párr. 50; Quantum y Union Fenosa, DEOCSA: Informe de Etapa G: Componentes de Costos del VAD y Cargo de Consumidor, noviembre de 2008, **Anexo R-98**, Sección 4.1; Damonte, **Apéndice RER-2**, párr. 192.

⁵⁴⁰ Bates White, Estudio del Valor Agregado de Distribución para EEGSA: Informe Etapa D, 29 de febrero de 2008, revisado el 31 de marzo de 2008, **Anexo R-61**, págs. 4-9; Bates White, Estudio del Valor Agregado de Distribución para EEGSA: Informe Etapa D, 29 de febrero de 2008, revisado el 31 de marzo de 2008, corregido el 5 de mayo de 2008, **Anexo R-69**, págs. 6-12.

⁵⁴¹ Memorial de Demanda, párr. 161.

⁵⁴² Informe de la Comisión Pericial, 25 de julio de 2008, **Anexo R-87**, págs. 104-106.

a los Términos de Referencia o no⁵⁴³, se extralimitó en dicho mandato proponiendo una fórmula de recupero de capital alternativa a aquella propuesta por Bates White y establecida en los Términos de Referencia. El mismo el Ing. Bastos reconoció en su declaración testimonial que presentó en el arbitraje iniciado por Iberdrola (el extracto no forma parte de la declaración que presentó en este arbitraje) que la Comisión Pericial había decidido ir mucho más allá de su mandato⁵⁴⁴. Además de extralimitarse en su potestades, cabe notar que, como lo explica el Ing. Damonte, la fórmula propuesta por la Comisión Pericial contenía errores técnicos básicos, tanto conceptuales como algebraicos que la hacían inaplicable (ver Sección V.B.1 más abajo)⁵⁴⁵. De todos modos, lo relevante para el presente análisis es que respecto de este punto la Comisión Pericial también estimó que la posición de Bates White no era correcta.

⁵⁴³ Sección III.B.2.e más arriba.

⁵⁴⁴ *Iberdrola Energía, S.A. v. República de Guatemala* (Caso CIADI No. ARB/09/05), Declaraciones de Testigo, Declaración de Testigo Carlos Bastos, 13 de mayo de 2009, **Anexo R-102**, párr. 44:

Una solución simple a la que podía recurrir la Comisión Pericial, era decir, **sí o no**, el consultor, a la luz del modelo regulatorio y de la normativa vigente se había apartado justificadamente de los lineamientos contenidos en los TR, dando por finalizada la controversia al dar la razón a una de las partes. Sin embargo, de proceder de esta manera se hubiera arribado a una falsa solución ya que no indicaba al consultor cómo debía corregir el estudio y por lo tanto estancaba el proceso de sanción de la nueva tarifa. Nuestro cometido como peritos expertos, y en esta consideración los tres peritos estuvimos de acuerdo, era resolver sobre el fondo de la discrepancias y decidir si lo hecho por el consultor estaba bien o, en caso contrario, indicar a éste como debía rehacer el estudio en el tema en particular que estuviésemos tratando

(Énfasis negrita en el original, énfasis subrayado añadido).

Esta posición fue confirmada luego por los peritos en la parte introductoria de su pronunciamiento:

Por ese motivo, la Comisión Pericial resolverá las discrepancias considerando las posiciones de las Partes o adoptando una tercera posición de las presentadas por éstas, siempre según el leal saber y entender de sus integrantes.

Informe de la Comisión Pericial, 25 de julio de 2008, **Anexo R-87**, pág. 13 (Énfasis añadido).

⁵⁴⁵ Damonte, **Apéndice RER-2**, Capítulo 6.2.

d. Unidades constructivas no óptimas

402. La CNEE realizó una gran cantidad de observaciones respecto a las unidades constructivas utilizadas para crear la empresa modelo. La CNEE consideraba que muchas de las unidades constructivas no eran óptimas, es decir, su costo no se justificaba respecto de la realidad guatemalteca o las cantidades requeridas eran excesivas para el servicio a ser prestado⁵⁴⁶. Dicha sobrevaluación de las unidades constructivas aumentaba sustancialmente el valor del VNR (base de capital) utilizado para calcular las tarifas. Dada la cantidad y complejidad técnica de estas cuestiones, mencionaremos a continuación sólo algunas de las más ilustrativas.

(i) Redes subterráneas

403. Como ya se adelantó⁵⁴⁷, Bates White construyó una empresa modelo en la cual la totalidad de las redes aéreas existentes eran reemplazadas por redes subterráneas, las cuáles tienen un costo muy superior. Además, en la empresa modelo, Bates White instalaba dichas redes en ductos de hormigón⁵⁴⁸, en lugar de enterrarlas directamente, tal como es la práctica aún en países desarrollados como Canadá⁵⁴⁹. Como lo explica el Ing. Damonte, la construcción de ductos no solo es extremadamente costosa sino que no es económicamente justificable, salvo en casos donde sea imposible romper para hacer reparaciones, tales como lugares históricos protegidos o cruces de calles importantes. Lo más notorio, sin embargo, es que ningún plan de EEGSA conocido a esa fecha contemplaba reemplazar las redes aéreas por subterráneas. Por lo tanto, el costo adicional sería cargado a la tarifa sin que la infraestructura fuera mejorada para el consumidor. Si bien Bates White, siguiendo las observaciones de la CNEE a su estudio del 31 de marzo,

⁵⁴⁶ Damonte, **Apéndice RER-2**, Capítulo 4.1.3.

⁵⁴⁷ Ver párr. 358 más arriba.

⁵⁴⁸ Los ductos propuestos por Bates White están descritos en su Estudio del Valor Agregado de Distribución para EEGSA, Informe Etapa C: Optimización de la Red, 5 de mayo de 2008, **Anexo R-69**, pág. 81, párrs. c y d. Están formados por caños de PVC de 120 psi y 4 pulgadas de diámetro. Se instala un cable por caño y dichos caños se conectan a cámaras subterráneas.

⁵⁴⁹ Damonte, **Apéndice RER-2**, párr. 178.

había excluido cierta parte de las redes subterráneas en el informe del 5 de mayo, la CNEE no consideraba sus observaciones cumplidas hasta que no se retirara la totalidad de las redes subterráneas que no correspondieran a las existentes en la red real.

404. Luego de analizar los argumentos de ambas partes sobre esta cuestión, la Comisión Pericial se pronunció en forma unánime a favor de la CNEE, requiriendo a Bates White que retirara la totalidad de las redes subterráneas requeridas por la CNEE para cumplir por completo con el pronunciamiento⁵⁵⁰. Más importante aún, la Comisión Pericial confirmó que el reconocimiento de esos costos hubiera generado una renta extraordinaria para EEGSA:

La inclusión de estas redes subterráneas en el VNR, que finalmente conduce al VAD, le daría a la empresa una renta extraordinaria si es que no se llevaran a cabo las instalaciones subterráneas y la empresa quedase con instalaciones aéreas⁵⁵¹.

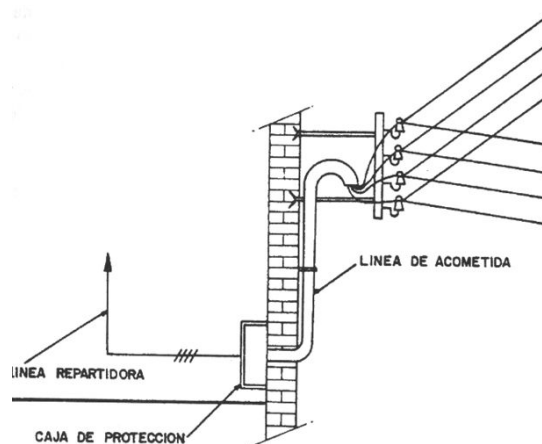
405. La insistencia injustificada del consultor de EEGSA de incluir redes subterráneas cuando las mismas son inexistentes en la red real y fueron reiteradamente rechazadas en 2008 son una clara muestra de la falta de transparencia del Bates White.

(ii) Acometidas de baja tensión

406. Como se ilustra en la figura más abajo, acometida es la línea de conexión desde la red de distribución hacia la vivienda.

⁵⁵⁰ Informe de la Comisión Pericial, 25 de julio de 2008, **Anexo R-87**, pág. 83.

⁵⁵¹ *Ibid.*



407. En su modelo, Bates White utilizó acometidas con longitudes y calibres mayores a los necesarios y, por lo tanto, no óptimas. En particular, el consultor sobredimensionó a más del doble la capacidad de las acometidas para unos 300.000 usuarios⁵⁵², incrementando así los costos unitarios de estas unidades. Esta cuestión, sumada a irregularidades en los precios declarados para estas unidades, fue analizada por la Comisión Pericial. La Comisión nuevamente se pronunció a favor de la CNEE⁵⁵³.

(iii) Cantidad de salidas por centro de transformación

408. En la siguiente fotografía se muestra un centro de transformación. Tal instalación posee, entre otros, un transformador que permite convertir la media tensión en baja tensión. Cada transformador a su vez tiene varias salidas que conectan el transformador con la red:

⁵⁵² Damonte, **Apendice RER-2**, párrs. 149-153.

⁵⁵³ Informe de la Comisión Pericial, 25 de julio de 2008, **Anexo R-87**, pág. 94.



Transformador

409. El número de salidas de cada transformador es crucial para la determinación del valor de las redes y de los transformadores⁵⁵⁴. En su modelo, Bates White propuso que cada centro de transformación tuviera dos salidas. Como lo explica el Ing. Damonte, con cuatro salidas se pueden cubrir más cuadras y se ahorra capital, ya que un transformador más potente es más económico que dos menos potentes⁵⁵⁵. Por dicho motivo, la CNEE objetó el modelo de Bates White por no ser óptimo⁵⁵⁶. La Comisión Pericial aceptó la preocupación de la CNEE y ordenó a Bates White proponer otras alternativas para poder elegir la más óptima⁵⁵⁷.
410. Si bien estos ejemplos son sólo una porción del 58 por ciento de las cuestiones en las cuáles el modelo de Bates White se encontraba sobrevaluado, sirven de ilustración para entender que la CNEE bajo ningún concepto podía fijar tarifas sobre este estudio tarifario. A pocos días de tener que fijar el nuevo pliego

⁵⁵⁴ Damonte, **Apéndice RER-2**, párrs. 142-146.

⁵⁵⁵ *Ibid.*

⁵⁵⁶ Resolución CNEE 63-2008, 11 de abril de 2008, **Anexo R-63**, págs. 9-10; Resolución CNEE 96-2008, 15 de mayo de 2008 **Anexo R-71**, págs. 9-10.

⁵⁵⁷ Informe de la Comisión Pericial, 25 de julio de 2008, **Anexo R-87**, págs. 78-79.

tarifario, la improcedencia de la mayor parte del estudio había entonces sido confirmada por la Comisión Pericial.

10. La disolución de la Comisión Pericial

411. TGH alega que una vez emitido el pronunciamiento de la Comisión Pericial, le correspondía a Bates White revisar el estudio y volver a someterlo a la Comisión Pericial para su aprobación de acuerdo con la Regla 12⁵⁵⁸. Como ya se explicó⁵⁵⁹, jamás existió ningún acuerdo entre la CNEE y EEGSA respecto de esta regla, que además es contraria al marco regulatorio⁵⁶⁰, y TGH no ha podido aportar ninguna evidencia que indique lo contrario. Por lo tanto, una vez recibido el pronunciamiento de la Comisión Pericial sobre las discrepancias, y por lo tanto cumplidas las funciones encomendadas a ésta en el Acta de Nombramiento, la CNEE procedió el 25 de julio a declarar disuelta la Comisión Pericial⁵⁶¹.
412. Contrariamente a lo argumentado por TGH, este accionar no fue ilegal ni arbitrario⁵⁶², 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, e incluso con el contrato suscrito entre la propia EEGSA y el Ing. Bastos que estipulaba el pago del honorario final contra la presentación de este informe⁵⁶³. Como lo explica el Dr. Aguilar:

La disolución de la COMISIÓN PERICIAL opera de “**pleno derecho**” al agotarse o cumplirse la función para la cual se constituyó, la cual no puede extenderse más allá de los 60 días a partir de su constitución, como

⁵⁵⁸ Memorial de Demanda, párr. 167.

⁵⁵⁹ Ver Sección más III.F.7.c arriba.

⁵⁶⁰ Conforme a los artículos 4 inciso c) y 63 de la LGE, no se podían incorporar al procedimiento tarifario normas que no estuvieran en la LGE o su Reglamento. LGE, **Anexo R-8**.

⁵⁶¹ Resolución CNEE GJ-Providencia-3121, 25 de julio de 2008, **Anexo R-86**; Colom, **Apéndice RWS-1**, párr. 138.

⁵⁶² Memorial de Demanda, párr. 167.

⁵⁶³ Ver párr. 376 arriba.

se indicó; en consecuencia no es ilegal que la CNEE haya resuelto, en cuanto a la disolución de la COMISIÓN PERICIAL, puesto que dicha resolución se fundamentó en lo que disponen los artículos 75 de la LEG y 98 Bis del Reglamento de la LGE;

La CNEE no disolvió, de manera unilateral, la COMISIÓN PERICIAL, como lo afirma el informante Alegría Toruño, toda vez que la disolución, como se indicó “**operó de pleno derecho**” al haberse agotado su función y haber concluido, además, el plazo de 60 días establecido en la LEG y su Reglamento⁵⁶⁴.

413. Al notificarles la disolución de la Comisión Pericial, la CNEE informó a los peritos Sres. Jean Riuburgent y Carlos Bastos que “las actividades correspondientes a la ejecución” de sus respectivos contratos habían finalizado con la entrega del pronunciamiento, y que procederían a tramitarles el pago de sus respectivos honorarios como peritos⁵⁶⁵.
414. EEGSA, por su parte no pagó al Ing. Bastos el saldo adeudado como se había estipulado en su contrato original con la presentación del “Informe Final” (o sea el pronunciamiento, ver párrafo 377 arriba), sino que retuvo el pago y condicionó éste a la firma de una conveniente adenda⁵⁶⁶, en la que se dejó constancia de que el pago había tenido lugar con posterioridad a que el perito emitiera la nota de “aprobación” al estudio de 28 de julio que se discute en la Sección III.F.12 abajo⁵⁶⁷.

⁵⁶⁴ Aguilar, **Apéndice RER-3**, párrs. 56-57.

⁵⁶⁵ La cédula de notificación con la entrega de este documento a Carlos Bastos fue recibida a las 13.40 horas del lunes 28 de julio. Jean Riuburgent recibió la notificación a las 13 horas con 45 minutos del mismo 28 de julio. Cédula de Notificación dictada por la CNEE, 28 de julio de 2008, **Anexo R-92**.

⁵⁶⁶ Contrato entre Carlos Bastos y EEGSA, 26 de junio de 2008, **Anexo R-84**, cláusula tercera; Modificación del Acuerdo para la Retribución del Tercer Integrante de la Comisión Pericial entre EEGSA y Carlos Bastos, 3 de septiembre de 2008, **Anexo C-302**.

⁵⁶⁷ El contrato original entre el Ing. Bastos y EEGSA preveía el pago del 70 por ciento de sus honorarios contra la entrega del Informe Final de la Comisión Pericial. Contrato entre Carlos Bastos y EEGSA, 26 de junio de 2008, **Anexo R-84**, cláusula tercera. El término “Informe Final” es usado en dicho contrato en referencia al pronunciamiento de la Comisión Pericial (ver **Anexo**

11. La fijación de tarifas por la CNEE en base al estudio de Sigla ante el pronunciamiento de la Comisión Pericial

415. Debido al retraso en la entrega del pronunciamiento de la Comisión Pericial⁵⁶⁸, la CNEE contaba con sólo tres días hábiles desde su recepción el viernes 25 de julio de 2008 para analizarlo y definir las tarifas. Considerando que el nuevo pliego tarifario debía entrar en vigor el 1 de agosto, éste tenía que ser publicado en el Diario de Centroamérica a más tardar el jueves 31 de julio⁵⁶⁹.
416. Bajo estas circunstancias, el equipo de la División de Tarifas de la CNEE trabajó arduamente ese fin de semana para informar sus conclusiones al Directorio de la CNEE a primera hora del lunes 28 de julio⁵⁷⁰. Ese lunes, se informó al Directorio que la Comisión Pericial había dado la razón a la CNEE en más del 58 por ciento de los casos⁵⁷¹ y que este porcentaje favorable incluía discrepancias claves como la cuestión de la trazabilidad de los modelos y justificación de precios, entre

R-84, cláusula cuarta, regla 6), y consistente con ello, el Ing. Bastos ha explicado que el “Informe Final” de la Comisión Pericial fue entregado el 25 de julio de 2008. *Iberdrola Energía, S.A. c. República de Guatemala* (Caso CIADI No. ARB/09/05), Declaración de Testigo Carlos Bastos, 13 de mayo de 2009, **Anexo R-102**, párr. 49. Lo sorprendente es que EEGSA no pagó al Ing. Bastos el saldo adeudado luego de emitido dicho Informe Final el 25 de julio, sino que le hizo suscribir una *addenda* en virtud de la cual se estableció 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 como condición de pago. A cambio de firmar dicha *addenda* (seguramente redactada por EEGSA, a juzgar por los reproches al accionar de la CNEE e interpretaciones jurídicas sobre la misión de la Comisión Pericial que contiene), el Ing. Bastos recibió un adelanto de una parte sustancial de lo que se le adeudaba. Modificación del Acuerdo para la Retribución del Tercer Integrante de la Comisión Pericial entre EEGSA y Carlos Bastos, 3 de septiembre de 2008, **Anexo C-302**, cláusula segunda. Consciente de esta irregularidad acusada por Guatemala en el Arbitraje Iberdrola, el Ing. Bastos eliminó en su declaración testimonial de este arbitraje, todas y cada una de las múltiples menciones al “Informe Final” de 25 de julio, al que ahora solo llama “Informe”.

⁵⁶⁸ Ver párr. 389.

⁵⁶⁹ Colom, **Apéndice RWS-1**, párr. 139.

⁵⁷⁰ Ver Agenda de reuniones mantenidas por la división tarifas de la CNEE entre el viernes 25 y el lunes 28, 25-28 de julio de 2008, **Anexo R-88**; Colom, **Apéndice RWS-1**, párr. 139.

⁵⁷¹ De las 72 decisiones finalmente consideradas por la CNEE, 42 fueron a favor de las objeciones de la CNEE y 30 fueron a favor del estudio tarifario de Bates White (ver **Apéndice R-I**). Como ya se explicó (ver nota al pie en párrafo 390), las partes difieren en la manera de contar los pronunciamientos. Más allá de estas diferencias, lo importante es que la Comisión Pericial confirmó que la CNEE tenía razón en más del 50 por ciento de las discrepancias, incluyendo las más relevantes, como la cuestión de la trazabilidad.

otros⁵⁷². Ante este escenario, la CNEE concluyó que el estudio de Bates White de 5 de mayo no podía servir de base para la fijación del pliego tarifario⁵⁷³.

417. Así, la CNEE analizó las opciones disponibles⁵⁷⁴. Una posibilidad era corregir el estudio. Sin embargo, dada la magnitud de las observaciones aceptadas por la Comisión Pericial, tanto en cantidad como entidad, se hacía imposible corregir el estudio en el tiempo que quedaba disponible⁵⁷⁵. Por otro lado, ciertos pronunciamientos de la Comisión Pericial, requerían contar con mayor información (comparables de precios nacionales e internacionales, opciones óptimas instalación de transformadores, entre otros). Una vez que esa información era obtenida, debía analizarse e incorporarse al modelo. Ello llevaría semanas. Por último y más importante aún, al no estar el modelo de Bates White “*linkeado*” era imposible incorporar cambios y realizar estas sensibilidades⁵⁷⁶. Ante este panorama, la CNEE visualizó que la opción más razonable era utilizar el estudio tarifario preparado por la consultora Sigla para fijar las tarifas⁵⁷⁷. Así, la División de Tarifas y el Departamento de Estudios de la CNEE se abocó ese mismo 28 a analizar la última versión del estudio de Sigla que sería tratado por el Directorio el día siguiente. Esta era una tarea relativamente sencilla dado que la CNEE venía revisado los informes de etapas e informes finales que Sigla había ido presentando en forma periódica desde 2007⁵⁷⁸ e incluso los había hecho revisar por otros

⁵⁷² Informe de la Comisión Pericial, 25 de julio de 2008, **Anexo R-87**, págs. 15-17 y 33-34 y págs. 40-41, respectivamente.

⁵⁷³ Colom, **Apéndice RWS-1**, párr. 145.

⁵⁷⁴ *Ibid.*

⁵⁷⁵ *Ibid.*, párrs. 145-147.

⁵⁷⁶ *Ibid.*, párr. 146, 89.

⁵⁷⁷ *Ibid.*, párr., 147.

⁵⁷⁸ Ver, por ejemplo, correo electrónico de Gerardo Manhard a Marcela Peláez, RE: EEGSA - Info Consultora Especializada - Precios de Referencia, 20 de diciembre de 2007, **Anexo R-50** (pidiendo que Gerardo Manhard envíe un Excel para poder “comparar los precios unitarios calculados por SIGLA y los que se usaron en el estudio anterior”). CNEE, Departamento de Estudios Tarifarios, Dictámenes Técnicos sobre los Pliegos Tarifarios para los Usuarios no Afectos a la Tarifa Social de EEGSA y los Pliegos Tarifarios de Tarifa Social de EEGSA para el quinquenio 2008-2013, **Anexo R-93**, pág. 2; CNEE, Gerencia Jurídica, GJ- Dictamen-1287 y GJ-

- consultores⁵⁷⁹. Cabe aclarar que Sigla había también preparado para la CNEE los estudios tarifarios de respaldo para las revisiones tarifarias de las otras dos grandes distribuidoras Deorsa y Deocsa⁵⁸⁰.
418. Ese mismo 28 por la tarde, sin embargo, la CNEE recibió una nueva versión del estudio tarifario de Bates White que supuestamente corregía el estudio de 5 de mayo y cumplía con los pronunciamientos de la Comisión Pericial. El VNR de este estudio resultaba aún en US\$ 1.053 millones. La celeridad con la que supuestamente se habían incluido todos los pronunciamientos llamó la atención de la CNEE⁵⁸¹. Incluso si -como argumenta TGH- el equipo técnico de Bates White había recibido la información del Lic. Giacchino a medida que deliberaba la Comisión Pericial, resulta difícil de creer⁵⁸².
419. Luego de una revisión preliminar realizada por la División de Tarifas de la CNEE se pudo comprobar, por ejemplo, que los modelos seguían sin estar vinculados ni completamente sustentados y la base de datos seguía siendo un archivo excel sin ningún tipo de automatización que permitiera acceder rápidamente a las fuentes de los precios eficientes⁵⁸³. Auditar el modelo seguía siendo imposible. Por otro lado, la CNEE había ya perdido confianza en el estudio de Bates White, quien durante más de siete meses se había mostrado reacio a presentar un informe transparente, y no tenía sustento legal para iniciar una revisión de un tercer estudio presentado por el distribuidor que no estaba previsto en la LGE o su Reglamento. Por lo tanto, se decidió seguir adelante con el plan de analizar y

Dictamen-12-88. Pliego Base de la Tarifa No Social de EEGSA y Pliego Base de la Tarifa Social de EEGSA, 29 de julio de 2008, **Anexo R-94**, pág. 2.

579 Colom, **Apéndice RWS-1**, párr. 150.

580 Estos estudios de respaldo del consultor de la CNEE no necesitaron ser utilizados en dichas revisiones, dado que los estudios presentados por el consultor de la distribuidora cumplieron con los Términos de Referencia aplicables. Ver Colom, **Apéndice RWS-1**, párr. 57; Moller, **Apéndice RWS-2**, párrs. 42-50.

581 Colom, **Apéndice RWS-1**, párr. 168.

582 Memorial de Demanda, párr. 168.

583 Colom, **Apéndice RWS 1**, párr. 149.

aprobar el estudio tarifario de Sigla⁵⁸⁴. Cabe aclarar 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 (ver Sección III.F.13 más abajo).

420. Así, el día martes 29 de julio, el equipo de la División de Tarifas le presentó al Directorio un análisis del estudio de Sigla basado en dos dictámenes jurídicos y dos dictámenes técnicos⁵⁸⁵. La CNEE entonces dictó la Resolución CNEE 144-2008 aprobando el estudio de Sigla para la fijación del pliego tarifario⁵⁸⁶. Continuando con el trámite legal, el 30 de julio de 2008 la CNEE aprobó los nuevos pliegos tarifarios para EEGSA por el quinquenio 2008-2013, los que serían publicados al día siguiente, el 31 de julio⁵⁸⁷ y entrarían en vigor el 1 de agosto, cumpliéndose así con todos los plazos establecidos por la LGE. Tal como se explica en la Sección III.F.14 más abajo, las tarifas fijadas en base al estudio de Sigla son razonables en tanto reflejan el costo eficiente del servicio de distribución de electricidad.

⁵⁸⁴ Colom, **Apéndice RWS-1**, párr. 149.

⁵⁸⁵ CNEE, Departamento de Estudios Tarifarios, Dictámenes Técnicos sobre los Pliegos Tarifarios para los Usuarios no Afectos a la Tarifa Social de EEGSA y los Pliegos Tarifarios de Tarifa Social de EESGA para el quinquenio 2008-2013, **Anexo R-93**, pág. 15:

Recomendaciones: Con base en el análisis técnico de lo anteriormente presentado se recomienda previo al análisis jurídico correspondiente, derogar las resoluciones CNEE-66-2003, CNEE-67-2003 y CNEE-69-2008; y emitir los pliegos tarifarios base [...] de acuerdo a los resultados obtenidos del Estudio efectuado por la asociación [SIGLA] y aprobado por la [CNEE] mediante Resolución CNEE 144-2008.

CNEE, Gerencia Jurídica, GJ-Dictamen-1287 y GJ-Dictamen-12-88. Pliego Base de la Tarifa No Social de EEGSA y Pliego Base de la Tarifa Social de EEGSA, 29 de julio de 2008, **Anexo R-94**.

⁵⁸⁶ Resolución CNEE 144-2008, 29 de julio de 2008, **Anexo R-95**.

⁵⁸⁷ Resolución CNEE 145-2008, 30 de julio de 2008, publicada en el Diario de Centro América el 31 de julio de 2008, **Anexo C-273**, y Resolución CNEE 146-2008, 30 de julio de 2008, publicada en el Diario de Centro América el 31 de julio de 2008, **Anexo C-274**.

12. Las cartas de los Lic. Giacchino y Bastos del 1 de agosto de 2008

421. A pesar de haberse disuelto la Comisión Pericial, el Lic. Giacchino insistía con lograr la aprobación de su estudio del 28 de julio. La no pertinencia de dicha tarea fue incluso señalada al Lic. Giacchino por el Ing. Bastos en un e-mail que le enviara ese mismo 28:

Leo, te copio para tu conocimiento. Me parece que esto impide lo que habíamos hablado y no quiero que te vayas a poner en una tarea que no tiene sentido. Me parece que deberías coordinar tu accionar [con] Bates White con EEGSA. Cualquier cosa que pueda ayudarte estoy a tu disposición⁵⁸⁸.

422. Sin embargo, el Lic. Giacchino insistió y, aceptando la “ayuda” ofrecida por el Ing. Bastos en su correo electrónico, Bates White solventó los gastos para que éste viajara a Washington DC y se reuniera con él en las propias oficinas del consultor de EEGSA para revisar su propia revisión del estudio del 28 de julio⁵⁸⁹. Esta insistencia no era casual. El Lic. Giacchino tenía una obligación contractual con EEGSA de “exponer, defender, y en general velar por la aprobación del Estudio Tarifario, hasta que el mismo sea aprobado por la CNEE”⁵⁹⁰. Asimismo, Bates White tenía un interés económico en dicha aprobación, dado que de no aprobarse el estudio, EEGSA podía denegar el pago de sus honorarios⁵⁹¹.
423. Así, según el propio relato de TGH⁵⁹², durante el 30 y 31 de julio, con varias interrupciones para tratar de convocar al Ing. Riubrigent, y comunicaciones varias

⁵⁸⁸ Correo electrónico de Carlos Bastos a Leonardo Giacchino, 28 de julio de 2008, **Anexo C-250**.

⁵⁸⁹ Transcripciones audiencia final Caso CIADI N° ARB/09/5 (extractos), **Anexo R-140**, Tr., Día Dos, Bastos, 631:17-632:1 (“P ¿En qué fecha usted se reunió con Leonardo Giacchino? R Entre el 30 y el 31 de julio. P ¿Y dónde se reunió? R Aquí en Washington. P ¿Y quién pagó el pasaje para esa visita? R Bates and White”).

⁵⁹⁰ Contrato entre EEGSA y Bates White LLC para la elaboración del Estudio Tarifario 2008-2013, 23 de enero de 2008, **Anexo R-55**, cláusula quinta, numeral 12, Obligaciones de la Firma Consultora.

⁵⁹¹ Contrato entre EEGSA y Bates White LLC para la elaboración del Estudio Tarifario 2008-2013, 23 de enero de 2008, **Anexo R-55**, cláusula cuarta, literal D, Facturación y Forma de Pago.

⁵⁹² Memorial de Demanda, párr. 178.

con EEGSA, el Lic. Giacchino “revisó” con el Ing. Bastos cómo se habían incluido los pronunciamientos de la Comisión Pericial en su propio estudio. Como resultado de esta revisión, el 1 de agosto ambos enviaron cartas a la CNEE confirmando que el estudio del 28 de julio incorporaba la totalidad de los pronunciamientos. Dado el volumen y complejidad del modelo (según el propio Ing. Bastos 137 hojas Excel y más de mil páginas⁵⁹³), 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. De hecho, él 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 imposible para él:

La extensión y complejidad del modelo en sí mismo me impiden seguir en detalle todos los pasos del cálculo que se efectúa. No obstante es posible afirmar que el resultado del VAD calculado en su estudio está calculado con un modelo que incorpora las decisiones tomadas por la Comisión Pericial⁵⁹⁴

424. Tal como surge de este texto, el Ing. Bastos se responsabiliza solo de la incorporación de los pronunciamientos al modelo, pero no le consta ni la forma de dicha incorporación ni la veracidad de los cálculos. Cabe señalar, además, que como surge del anexo 4 de su carta conteniendo todos los pronunciamientos revisados, el Ing. Bastos ni siquiera se percató de que no revisó la totalidad de los mismos⁵⁹⁵, ni que en ciertos casos el estudio del 28 de julio indicaba que

⁵⁹³ Transcripciones audiencia final Caso CIADI N° ARB/09/5 (extractos), **Anexo R-140**, Tr., Día Dos, Bastos, 635:3-636:4.

⁵⁹⁴ Carta de Carlos Bastos a Carlos Colom Bickford y Luis Maté, 1 de agosto de 2008, **Anexo R-97**, pág. 4 (Énfasis añadido). Ver también Transcripciones audiencia final Caso CIADI N° ARB/09/5 (extractos), **Anexo R-140**, Tr., Día Dos, Bastos, 635:3-9.

⁵⁹⁵ Ver Carta de Carlos Bastos a Carlos Colom Bickford y Luis Maté, 1 de agosto de 2008, **Anexo R-97**, pág. 4; Tabla de Correcciones Requeridas por la Comisión Pericial (adjunto a la Carta de Carlos Bastos a Carlos Colom Bickford y Luis Maté, 1 de agosto de 2008), **Anexo C-289**; Bastos, **Apéndice CWS-1**, párrs. 35-36:

[R]evisé el estudio tarifario corregido por Bates White y constaté que la consultora había incorporado íntegramente las decisiones de la Comisión Pericial [...] Por cada discrepancia con respecto a la

pronunciamientos que habían sido en realidad emitidos en favor de CNEE lo habían sido a favor de EEGSA⁵⁹⁶.

425. Como ya se adelantó⁵⁹⁷, además, parte de los pronunciamientos de la Comisión Pericial implicaban aportar más información para (i) verificar si los precios aportados eran eficientes o (ii) analizar si existían unidades constructivas más óptimas que las propuestas. Es claro que el Ing. Bastos no realizó un análisis de estas cuestiones. Además, una vez realizados todos los cambios, el modelo debía ser optimizado. El Ing. Bastos no menciona en ningún momento si pudo comprobar si dicha optimización fue realizada. En dos días, es claro, que no lo hizo. Interrogado durante la audiencia del caso Iberdrola sobre la naturaleza de su “revisión” el Ing. Bastos explicó el real alcance de su tarea:

R El último párrafo de la carta dice: "La extensión y complejidad del modelo en sí mismo me impiden seguir en detalle todos los pasos del cálculo que se efectúa. No obstante es posible afirmar que el resultado del VAD calculado en su estudio está calculado con un modelo que incorpora las decisiones tomadas por la Comisión Pericial". [...] Para mí era imposible corroborar todos los pasos de cálculo del modelo⁵⁹⁸.

426. Por todas estas razones, el valor final del estudio del 28 de julio no fue, ni pudo ser, validado por la aprobación del Ing. Bastos, realizada, además, a “título personal” y no en nombre de la Comisión Pericial⁵⁹⁹. Por su parte, la aprobación

cual se exigía una corrección, indiqué en qué parte de las planillas Excel Bates White había incorporado las correcciones a su modelo

(Énfasis añadido).

- ⁵⁹⁶ La “Tabla de Correcciones Requeridas por la Comisión Pericial” omite incluir tres discrepancias – C.9.b., C.4, y E.4 – cada una de las cuales fueron decididas a favor de la CNEE por la Comisión Pericial. *Ibid.*
- ⁵⁹⁷ Ver Sección III.F.9 más arriba.
- ⁵⁹⁸ Transcripciones audiencia final Caso CIADI N° ARB/09/5 (extractos), **Anexo R-140**, Tr., Día Dos, Bastos, 635:3-636:4 (Énfasis añadido).
- ⁵⁹⁹ Transcripciones audiencia final Caso CIADI N° ARB/09/5 (extractos), **Anexo R-140**, Tr., Día Dos, Bastos, 580:22-581:2 (“Y yo hice el análisis de las correcciones efectuadas por el consultor ya a título personal”).

del Lic. Giacchino, juez y parte, y con obligaciones contractuales de defender el estudio, no merece mayor consideración.

427. Pretender, como lo hace TGH, que esta aprobación de dos miembros de la Comisión Pericial, fuera “vinculante” para la CNEE y, por lo tanto, la obligara a fijar las tarifas en base al estudio del 28 de julio, carece de todo sustento.

13. El informe del 28 no incorporó la totalidad de los pronunciamientos de la Comisión Pericial

428. Más allá de la revisión preliminar realizada por la CNEE antes de determinar las tarifas en base al estudio de Sigla ya mencionada, el estudio de Bates White del 28 de julio fue sometido posteriormente por la CNEE a revisión de la consultora independiente Mercados Energéticos. La conclusión de Mercados Energéticos fue que el estudio del 28 de julio no incorporaba la totalidad de los pronunciamientos de la Comisión Pericial⁶⁰⁰.
429. Respecto de los modelos, Mercados Energéticos concluyó que los mismos no eran trazables ni auditables y no contaban con el soporte requerido:

Respecto de los modelos se puede concluir que EEGSA ha presentado un conjunto de planillas Excel agrupadas en carpetas denominadas “modelos” [...] El conjunto de planillas Excel presentadas no constituye un modelo y por lo tanto no permite realizar un seguimiento ordenado y sistemático que permita corroborar y reproducir todos los cálculos realizados.

[...] El Estudio presentado por EEGSA, el día veintiocho de julio de dos mil ocho, es materialmente imposible de verificar y corregir, conforme a los

⁶⁰⁰ Mercados Energéticos Consultores, “Revisión del Estudio del Valor Agregado de Distribución de EEGSA en Relación al Pronunciamiento de la Comisión Pericial”, julio de 2009, **Anexo R-103**, págs. 5-6 y 13. Ver también Declaración Testimonial de Alejandro Alberto Arnau Sarmiento, Mariana Álvarez Guerrero y Edgardo Leandro Torres de Mercados Energéticos Consultores S.A., 24 de enero de 2012 (*Mercados Energéticos*), **Apéndice RWS-3**.

Términos de Referencia elaborados por la CNEE y el pronunciamiento de la CP, en el término de dos días, debido a que las inconsistencias técnicas expuestas anteriormente, hacen el mismo incalculable. Por ello se puede, consecuentemente, concluir que dicho Estudio no es apto, ni concluyente⁶⁰¹.

430. Aún en los casos donde Bates White aseguró haber trabajado en “vincular y documentar” el modelo, Mercados Energéticos observó que:

Respecto a los vínculos, cabe mencionar que en primer lugar el esquema presentado en el Anexo D del Informe de Etapa C del consultor de EEGSA –el cual presenta una descripción de los archivos soporte del estudio tarifario- no tiene ninguna relación con las planillas de cálculo y los archivos soporte realmente enviados. Los archivos constituyen planillas de cálculo con algunas relaciones entre sí, pero no forman un modelo integrado y ordenado que permita su trazabilidad adecuadamente. El ordenamiento de los archivos y los directorios no tiene ninguna lógica aparente con las distintas etapas del Estudio Tarifario.

Adicionalmente, se encontraron valores pegados, y fórmulas que no se entienden.

En la revisión realizada no fue posible encontrar los archivos de cálculo que reflejen la evaluación numérica que justifique económicamente la tecnología adaptada.

Respecto a la documentación, no se encontró ninguna documentación que justifique y respalde los cálculos relacionados a la selección de las tecnologías óptimas seleccionadas, ni dentro del Informe de Etapa C, ni formando parte de los archivos soporte⁶⁰².

⁶⁰¹ Mercados Energéticos Consultores, “Revisión del Estudio del Valor Agregado de Distribución de EEGSA en Relación al Pronunciamiento de la Comisión Pericial”, julio de 2009, **Anexo R-103**, págs. 5 y 13. Ver también Mercados Energéticos, **Apéndice RWS-3**.

⁶⁰² Mercados Energéticos Consultores, “Revisión del Estudio del Valor Agregado de Distribución de EEGSA en Relación al Pronunciamiento de la Comisión Pericial”, julio de 2009, **Anexo R-103**, pág. 28. Ver también Mercados Energéticos, **Apéndice RWS-3**.

431. Respecto del pronunciamiento de la Comisión Pericial que ordenó completar las referencias de precios internacionales y usar el precio menor para hacer los cálculos, Mercados Energéticos confirmó que existían aun irregularidades en los precios de referencia, incluyendo falta de documentación de respaldo, por lo que no se podía “asegurar que los precios adoptados de los materiales para el VAD constituy[eran] el menor de todos los precios informados”⁶⁰³. Sobre el resto del estudio, Mercados Energéticos concluye que el mismo no refleja un 64 por ciento de los pronunciamientos de la Comisión Pericial (25 puntos de 39, de los cuales la mayoría responden a pronunciamientos a favor de la CNEE)⁶⁰⁴. Asimismo, concluye que los pronunciamientos relativos a las discrepancias C.3.C; C.3.F y C.4 decididos a favor de la CNEE, fueron tergiversados (es decir, habiendo sido decididos a favor de la CNEE, Bates White los presentó como un pronunciamiento decidido a favor de EEGSA y por lo tanto no realizó los cambios requeridos) y aun en casos donde la Comisión Pericial decidió en contra de la CNEE, el consultor realizó cambios no requeridos⁶⁰⁵.
432. La no incorporación de la totalidad de los pronunciamientos fue también confirmada por el Ing. Damonte, quien luego de incorporar 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 llega a una cifra de VNR de US\$ 629 millones en lugar de los US\$ 1.053 millones estimados por Bates White en su reporte del 28 de julio⁶⁰⁶.
433. TGH, con el soporte de su experto Kaczmarek⁶⁰⁷, intenta justificar el incremento sustancial en los valores del VNR de 2003 y los propuestos en el estudio del 28 de

⁶⁰³ Mercados Energéticos Consultores, “Revisión del Estudio del Valor Agregado de Distribución de EEGSA en Relación al Pronunciamiento de la Comisión Pericial”, julio de 2009, **Anexo R-103**, págs. 16 y 17. Ver también Mercados Energéticos, **Apéndice RWS-3**.

⁶⁰⁴ *Ibid.*, págs. 6 y 12.

⁶⁰⁵ *Ibid.*, págs 6 y 12.

⁶⁰⁶ Damonte, **Apéndice RER-2**, párr. 173.

⁶⁰⁷ Kaczmarek, **Apéndice CER-2**, párrs. 104-106.

julio mayormente sobre la base de la inflación. Este enfoque, como lo explica en detalle el Ing. Damonte, adolece de errores técnicos básicos. Más allá que no todos los elementos incluidos en el índice inflacionario utilizado por Kaczmarek son aplicables a Guatemala y a EEGSA, sino a Estados Unidos⁶⁰⁸, y que este análisis asume que el valor determinado en 2003 es eficiente⁶⁰⁹, lo más importante es que este análisis ignora totalmente las bases principales del sistema de empresa modelo. El sistema de empresa modelo no toma la base tarifaria anterior y la ajusta por inflación. El sistema de empresa modelo construye una nueva empresa (una nueva base tarifaria) cada cinco años e intenta hacerla más eficiente⁶¹⁰.

434. Como bien lo indica Kaczmarek, la metodología utilizada en el 2003 partió de la empresa real y ajustó algunas eficiencias (*SER top-down approach*). Esa metodología fue dejada de lado en 2008 y fue reemplazada por el *bottom-up approach* que crea una empresa modelo desde cero (*green field*)⁶¹¹. Utilizando el método *top-down* el sistema replica necesariamente algunas de las ineficiencias de base de la estructura de la empresa real. Con el sistema *bottom-up*, en cambio, esas ineficiencias no son tomadas en cuenta ya que se construye una empresa modelo desde cero (*green field*). Es por eso que al crear una empresa modelo totalmente desde cero y eficiente (ignorando toda ineficiencia reflejada en la revisión tarifaria anterior), es de esperar que los valores de base y actualizados sean menores que la base tarifaria anterior indexada por inflación⁶¹².

⁶⁰⁸ Damonte, **Apéndice RER-2**, párr. 224.

⁶⁰⁹ Como lo explica el Ing. Damonte en su reporte, mas allá de que el ajuste por inflación no es un enfoque aceptable en la metodología de empresa modelo, es importante notar además que no hay evidencia respecto de que el valor del VNR del estudio NERA 2003 sea eficiente. El mismo. Ing. Giacchino reconoce que en su declaración testimonial que el estudio contuvo errores sustanciales. Damonte, **Apéndice RER-** Capítulo 7.2.

⁶¹⁰ Damonte, **Apéndice RER-2**, Capítulo 7.2.

⁶¹¹ Kaczmarek, **Apéndice CER-2**, párr. 98. Ver también Damonte, **Apéndice RER-2**, párrs. 37-39.

⁶¹² Damonte, **Apéndice RER-2**, párrs. 35-43. Como lo explica el Ing. Damonte, notamos que ambos métodos son utilizados por diferentes países y son igualmente válidos. Por ejemplo el Top Down ha sido el más utilizado en el pasado en Argentina, Chile, Perú, El Salvador, además de Guatemala. El Botton up ha sido utilizado por Argentina, Chile, Perú, El Salvador, Uruguay,

14. Las tarifas fijadas por la CNEE son razonables en tanto que reflejan el costo eficiente de la distribución de electricidad

435. Más allá de las ya descritas cuestiones procesales que habilitaron a la CNEE a declarar el estudio tarifario de Bates White improcedente y a fijar las tarifas en base al estudio Sigla, es importante señalar que estas tarifas fueron establecidas con un criterio técnico y respetando el procedimiento y principios de la LGE y el Reglamento. Las mismas fueron calculadas por un consultor independiente, precalificado, que había incluso ya trabajado satisfactoriamente para EEGSA⁶¹³ y, lo que es más importante, en base a los Términos de Referencia aceptados por EEGSA oportunamente.
436. TGH se queja en su Memorial de Demanda de que no tuvo ninguna participación en la preparación del estudio de Sigla⁶¹⁴. El argumento es infundado, precisamente porque dicha participación no está prevista en la LGE o el Reglamento. El marco regulatorio prevé la utilización del estudio tarifario del consultor de la CNEE como una herramienta de último recurso a ser usada únicamente si (i) el consultor del distribuidor se niega a “efectuar” las correcciones al estudio; y (ii) el estudio no es apto para ser modificado. Asimismo, el argumento de TGH de que el encargo de CNEE a Sigla del estudio tarifario independiente al inicio de la revisión tarifaria es evidencia de la intención pre-establecida de la CNEE de rechazar el estudio de EEGSA no es serio⁶¹⁵. Como ya se explicó, la CNEE encargó estudios tarifarios independientes para las revisiones tarifarias de EEGSA, Deorsa y Deocsa, de modo de contar con un *benchmark* a la hora de revisar los estudios de las distintas distribuidoras según las recomendaciones del experto chileno, el Ing. Bernstein. En el caso de Deorsa y

además de Guatemala. Los cambios de metodologías tienen lugar porque los reguladores han buscado metodologías más seguras, basadas en la teoría económica y en las herramientas matemáticas de optimización y sobre todo que puedan tener resultados reproducibles.

⁶¹³ Ver párr. 319 arriba.

⁶¹⁴ Memorial de Demanda, párrs. 197.

⁶¹⁵ Calleja, **Apéndice CWS-3**, párr. 49.

Deocsa, ante el cumplimiento por éstas compañías del procedimiento legal y los Términos de Referencia aplicables, la CNEE no tuvo necesidad de utilizar el estudio paralelo de Sigla para fijar las tarifas respectivas. Pretender que el estudio de soporte de la CNEE sea encargado recién cuando se rechaza el estudio del distribuidor, es decir, al límite del vencimiento del plazo para publicar el nuevo pliego tarifario es contrario a toda lógica. No solo ello llevaría a una publicación tardía de las nuevas tarifas, sino que implicaría un grave desbalance en la capacidad de análisis de la CNEE, dado que el estudio de su consultor independiente es posiblemente la mejor herramienta con que cuenta la CNEE a la hora de analizar los estudios tarifarios que preparan los distribuidores.

437. Además de respetar los principios legales, y más importante aún, a diferencia de los valores propuestos en el estudio de Bates White del 28 de julio, las tarifas fijadas de acuerdo con el estudio de Sigla reflejan valores eficientes.
438. El experto Kaczmarek intenta desacreditar el estudio tarifario de Sigla, entre otros⁶¹⁶, mostrando únicamente la evolución de las tarifas de EEGSA a nivel de media tensión y comparándolas con empresas de El Salvador. Según el experto, los VADs resultantes de las tarifas fijadas de acuerdo al estudio de Sigla, son dos o tres veces inferiores a las de distribuidores “potencialmente” comparables de El Salvador⁶¹⁷.
439. Este enfoque es incorrecto. Primero, tendenciosamente el experto expone sólo la evolución de la tarifa de EEGSA a nivel de media tensión, ignorando por completo la de baja tensión, que claramente invalida su análisis⁶¹⁸. Segundo, los “potenciales” comparables de El Salvador que utiliza el experto no son, como lo explica el experto Damonte, comparables para EEGSA⁶¹⁹. Por último, el experto

⁶¹⁶ Para un análisis detallado del resto de los argumentos de Kaczmarek respecto del nivel tarifario establecido en 2008, ver Damonte, **Apéndice RER-2**, Capítulo 7.2.

⁶¹⁷ Kaczmarek, **Apéndice CER-2**, párr.124.

⁶¹⁸ Kaczmarek, **Apéndice CER-2**, párr. 124.

⁶¹⁹ Damonte, **Apéndice RER-2**, párr. 234.

está siendo parcial al no referirse al mismo tiempo a las tarifas que surgen del estudio tarifario de Bates White que él sostiene debieron ser aplicadas, las cuales exceden altamente los niveles tarifarios de El Salvador⁶²⁰.

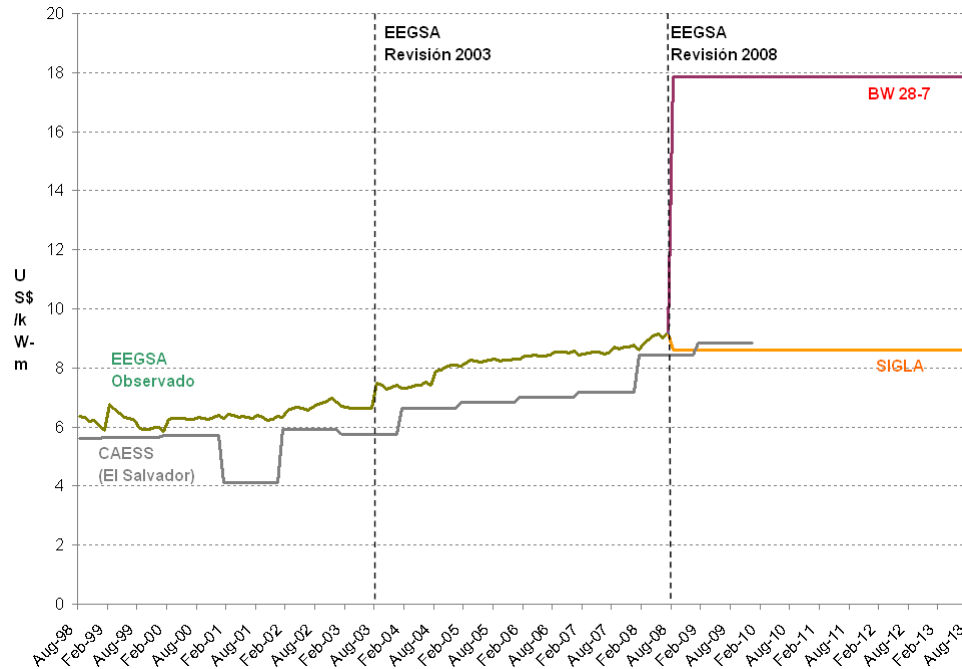
440. Contrariamente a lo alegado por el experto Kaczmarek⁶²¹, estos valores están en línea con el VAD de CAESS, el distribuidor de El Salvador más comparable con EEGSA⁶²². El siguiente gráfico muestra esta consistencia en el caso de baja tensión, y a su vez la desproporción del VAD propuesto por EEGSA en el estudio del 28 de julio.

⁶²⁰ Ver Sección V.B abajo.

⁶²¹ Kaczmarek, **Apéndice CER-2**, párr. 124. El experto Kaczmarek alega que las tarifas de empresas comparables de El Salvador son el doble o el triple de las fijadas para EEGSA. Como lo explica el experto Damonte (Damonte, **Apéndice RER-2**, 234), el experto Kaczmarek utiliza empresas que no son comparables con EEGSA. La empresa mas adecuada para realizar esta comparación es CAESS.

⁶²² Damonte, **Apéndice RER-2**, 234.

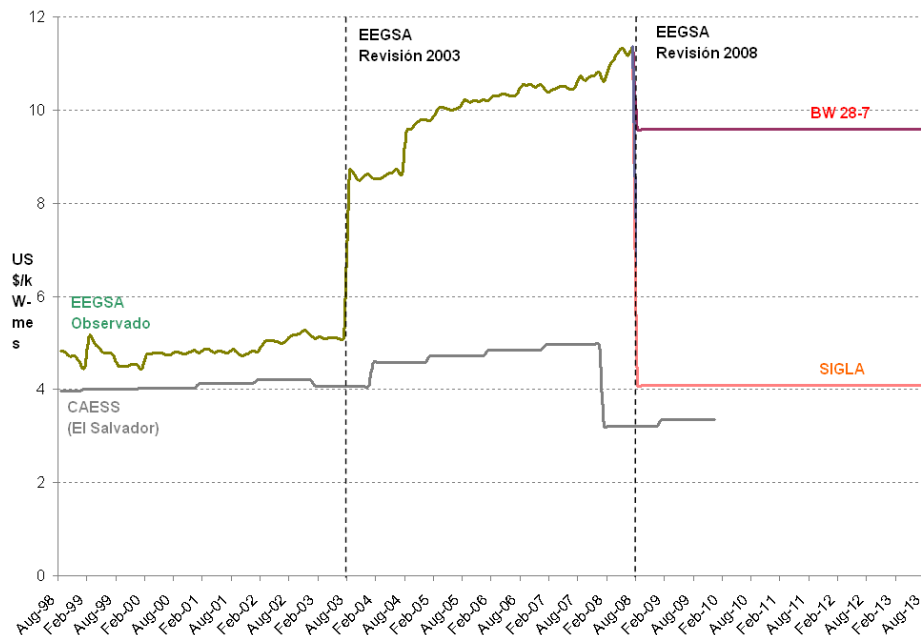
VAD Baja Tensión (BT) - EEGSA vs. CAESS (El Salvador)⁶²³



441. En el caso de media tensión, puede verse que el VAD resultante del estudio de Sigla está muy por encima de aquellos del CAESS. La desproporción de las tarifas pretendidas por Bates White continúa siendo aparente:

⁶²³ M Abdala y M Schoeters, **Apéndice RER-1**, Sección IV.2.2.

VAD Media Tensión (MT) -EEGSA vs. CAESS (El Salvador)⁶²⁴



442. Más ilustrativo aún, los valores se encuentran en línea con toda la región. De acuerdo a un estudio de *benchmarking* realizado por el Ing. Damonte a fin de comparar los VNRs de 60 distribuidoras Latinoamericanas, el VNR EEGSA determinado según el estudio Sigla, coincide con el VNR del *benchmark* (sólo 1 por ciento menor)⁶²⁵. Asimismo, si se toma el valor contable de la base de activos de EEGSA (incluso incluyendo el crédito mercantil que es la diferencia entre valor contable y el valor pagado por Teco)⁶²⁶, resulta en un valor muy similar al *benchmarking* y al de Sigla, lo que confirma su razonabilidad⁶²⁷. Cabe aclarar

⁶²⁴ *Ibid.*

⁶²⁵ Damonte, **Apéndice RER-2**, 249. Notamos que los Términos de Referencia le requerían la presentación de un estudio de *benchmarking* que Bates White nunca presentó y que la Comisión Pericial se pronunció unánimemente sobre la necesidad de presentar comparaciones a fin de validar los cálculos del estudio (Informe de la Comisión Pericial, 25 de julio de 2008, **Anexo R-87**, pág. 164).

⁶²⁶ Mas el valor de los inventarios. Notamos que este es un análisis conservador dado que el valor ofertado por Teco en la privatización es un riesgo propio (los eventuales sobrepagos pagados por los oferentes no pueden ser trasladados al consumidor). Damonte, **Apéndice RER-2**, párr. 253.

⁶²⁷ Damonte, **Apéndice RER-2**, párr. 253.

que, como lo explica en Ing. Damonte, salvo excepciones, el valor del VNR contable es siempre inferior al VNR regulatorio, puesto que éste debe ser más eficiente⁶²⁸. Al solo efecto de proporcionar una comparación adicional, notamos que el VNR propuesto por Bates White el 28 de julio resulta, en cambio, un 124 por ciento superior que el VNR del *benchkmarking*⁶²⁹. En el gráfico a continuación pueden verse ilustrados estos valores⁶³⁰:

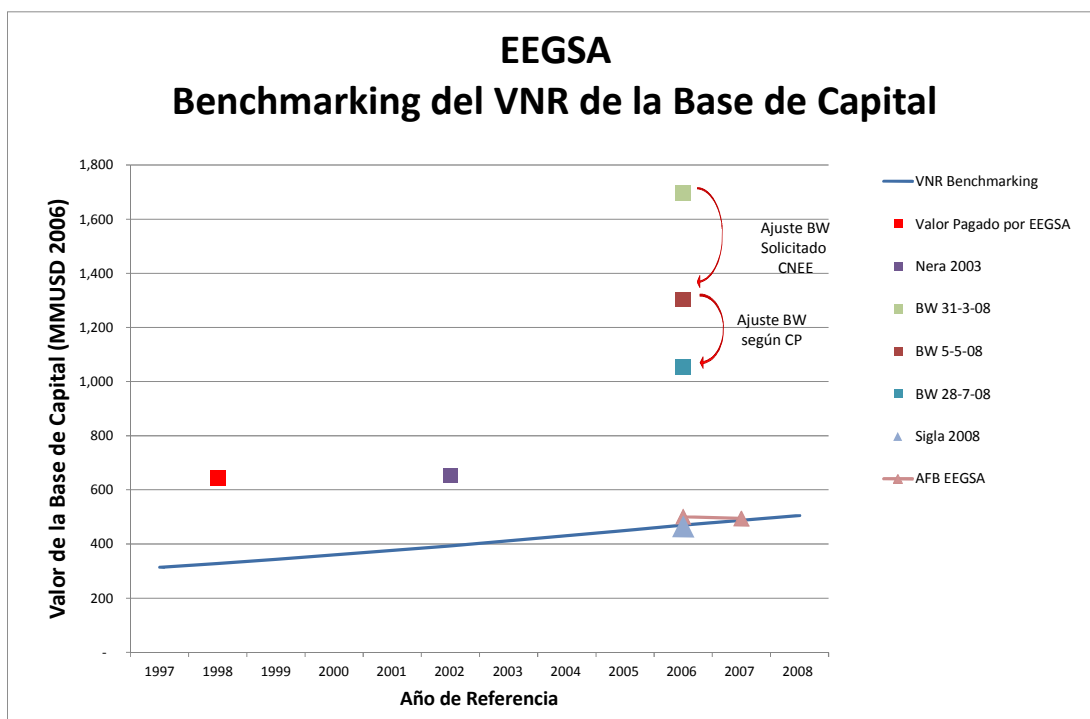
⁶²⁸ Damonte, **Apéndice RER-2**, 27-30 y 39.

[E]l Regulador siempre tiene en consideración a la empresa real, a la hora de juzgar la razonabilidad del VNR y de los costos de la empresa modelo que utilizará para el cálculo de las tarifas. Los costos y las instalaciones de la empresa real representan (no solo en Guatemala, sino en la mayor parte de Latinoamérica) un límite superior a los costos de la empresa modelo que se utilizará en el cálculo de las tarifas. La razonabilidad de este principio es obvia, ya que el principal objetivo es la equidad, tanto para los consumidores como así también para el prestador del servicio. Si el regulador reconociera un costo superior al real, estaría permitiendo que empresa obtenga ingresos por encima de sus costos, por lo que la empresa lograría rentabilidad extra normal. Por otra parte, los consumidores estarían pagando tarifas superiores a las necesarias para prestar el servicio en forma eficiente. Es importante tener en consideración que el VNR unitario de la empresa modelo siempre será menor, o a la sumo igual al de la empresa real, salvo que el mayor valor se vea mas que compensado por menores costos asociados de los otros componentes.

(Énfasis añadido).

⁶²⁹ Damonte, **Apéndice RER-2**, 252.

⁶³⁰ Notamos lo elevado de los valores del VNR de 2003 en relación con el benchmarking (72 por ciento superior), Damonte, **Apéndice RER-2**, 251.



15. Las tarifas aprobadas por la CNEE no privaron a Teco de su derecho a ganar un retorno razonable

443. El experto Kaczmarek sostiene que las tarifas adoptadas por la CNEE no le permitieron a EEGSA percibir una tasa de retorno como la prevista en por la LGE⁶³¹. El razonamiento del experto, sin embargo, esta plagado de graves errores y basado en presunciones faltas.
444. Como ya se explicó, al realizar su análisis de rentabilidad, el Sr. Kaczmarek lo hace sobre los montos invertidos en las acciones de EEGSA⁶³², cuando la LGE no reconoce rentabilidad sobre la inversión real ni el precio pagado por las acciones sino sobre la base de capital de la empresa modelo. Por lo tanto, la tasa de rentabilidad de entre 7% y 13% asegurada por la LGE debe medirse sobre la base de capital regulada y en el período de la concesión por ser una inversión a largo plazo. Asimismo, y más importante aún, en su análisis, el experto Kaczmarek

⁶³¹ Kaczmarek, **Apéndice CER-2**, párrs. 230-231.

⁶³² Kaczmarek, **Apéndice CER-2**, párr. 230.

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 y otras actividades a empresas afiliadas⁶³³

16. Las tarifas actuales atrajeron compradores para las acciones de EEGSA

445. Evidencia adicional de que las tarifas establecidas por la CNEE en base al estudio Sigla no afectaron, como lo alega TGH, adversamente a EEGSA o sus accionistas, es la venta por Teco de sus acciones en EEGSA a EPM luego del establecimiento de las nuevas tarifas. El monto total pagado (en efectivo) por el 100 por ciento de las acciones de DECA II por EPM fue de US\$ 605 millones, precio en el que se incluyó la asunción por el comprador de la deuda de DECA II y sus subsidiarias⁶³⁴. Al ofrecer EEGSA a los interesados, los miembros del Consorcio caracterizaban a la compañía nada menos que como: “EEGSA, una de las mejores y más sólidas empresas del país”⁶³⁵.
446. Como bien lo confirmaron en el momento los compradores de EEGSA, éstos compraron EEGSA por considerarlo “el negocio de distribución y comercialización de energía más grande y más sólido de Centroamérica”⁶³⁶. Asimismo, como lo confirmó Federico Restrepo, directivo de EPM, ésta compró EEGSA “sobre la base que el modelo y esquema tarifario que hay hoy es el que está [...] y no tenemos ninguna expectativa que vaya a ver modificaciones en otro sentido”⁶³⁷. EPM es una de las empresas de servicios públicos más grandes de

⁶³³ Ver Sección III.C.1 arriba y M Abdala y M Schoeters, **Apéndice RER-1**, Sección III.2.5.

⁶³⁴ En el caso de EEGSA la deuda asumida fue de US\$ 87,6 millones. Ver Oferta Vinculante presentada por Empresas Públicas de Medellín, E.S.P. a Iberdrola Energía, S.A., TP de Ultramar LTD y EDP – Energías de Portugal, S.A. (versión con omisiones), 6 de octubre de 2010, **Anexo C-352**, anexo 2.

⁶³⁵ Deca II - Presentación Gerencia, septiembre de 2010, **Anexo R-127**, pág. 22.

⁶³⁶ Boletín Informativo de EPM, “EPM adquiere el negocio de distribución y comercialización de energía más grande y más sólido de Centroamérica”, 21 de octubre de 2010, **Anexo R-129**.

⁶³⁷ “No llevamos bandera, respetamos el arraigo”, *Prensa Libre*, 23 de octubre de 2010, **Anexo R-133** y Carta de EPM a Iberdrola sobre la oferta no vinculante, 26 de julio de 2010, **Anexo R-126**. Cabe aclarar que al aceptar el precio ofertado, TGH se basó en una opinión favorable de sus

Latinoamérica, con amplia experiencia en el sector y un ejemplo de gestión y operación en la región. Su adquisición de EEGSA es una muestra de confianza y aprobación de la gestión regulatoria y tarifaria realizada por la CNEE.

447. Vale la pena resaltar que, mientras en sus escritos TGH reclama que la venta de su participación en EEGSA habría sido motivada por un supuesto maltrato de parte de Guatemala, los comunicados de prensa de esa compañía y de sus socios en EEGSA no hicieron ninguna referencia al respecto. Por el contrario, TGH anunció públicamente que la venta de su participación en EEGSA se debió a su interés en concentrarse en sus activos de generación en Guatemala, destacando sus “continued good operations and strong earnings and cash flow”⁶³⁸. Consistente con ello, Iberdrola y EDP, por su parte, explicaron a sus accionistas que la venta de EEGSA respondía exclusivamente a políticas corporativas que no tenían ninguna relación con el proceso de revisión tarifaria de EEGSA en 2008⁶³⁹.

asesores financieros Citi que excluía todo incremento tarifario antes de 2014 (ver carta de Citi al Directorio de Teco Energy, Inc., 14 de octubre de 2010, **Anexo R-128**).

- 638 Comunicado de Prensa de Teco: “TECO Energy reports third quarter results”, 28 de octubre de 2010, **Anexo R-134**, pág. 1.

- 639 Iberdrola explicó a sus accionistas que la venta de EEGSA se debía a su necesidad de asegurar la disponibilidad de capital para efectuar inversiones en México y Brasil:

El objetivo de IBERDROLA es centrar su presencia en Latinoamérica en México y Brasil, que se han convertido en países clave para el crecimiento futuro del Grupo, al ser una de las regiones más dinámicas del mundo. [...].

La venta de las participadas en Guatemala se enmarca en el plan de desinversiones de IBERDROLA, cuyo objetivo es mantener la fortaleza financiera del Grupo, optimizar su estructura de capital y asegurar el ritmo de inversión comprometido a los mercados.

La operación se suma a otras anunciadas en 2010 por IBERDROLA [...] en Estados Unidos, [...] en Chile y en [Guatemala].

Comunicado de Prensa de Iberdrola Energía S.A., 22 de octubre de 2010, **Anexo R-132** (Énfasis añadido).

EDP, por su parte, explicó que la venta obedecía a su estrategia de desinversión en activos no estratégicos en los que la compañía no puede ejercer control. Dijo EDP a sus inversores:

448. Es más, recientemente Teco ha adquirido las bases de licitación para una importante inversión en el sector eléctrico en Guatemala, lo que demuestra que su decisión en 2010 no decía relación con una discrepancia con el marco regulatorio o las autoridades de dicho sector⁶⁴⁰.

G. EEGSA Y SUS ACCIONISTAS EJERCIERON PLENAMENTE SU DERECHO A IMPUGNAR LAS TARIFAS JUDICIALMENTE

449. Como lo explica TGH en su Memorial de Demanda⁶⁴¹, EEGSA y sus accionistas decidieron impugnar judicialmente las decisiones de la CNEE. En particular, EEGSA decidió presentar recursos de amparo contra la Resolución CNEE 144-2008 que fijó las tarifas para el quinquenio 2008-2013 y contra la Resolución GJ-providencia-3121 que disolvió la Comisión Pericial⁶⁴². Si bien las decisiones de las cortes de primera instancia fueron favorables a EEGSA, la CNEE apeló fundadamente dichas decisiones y las mismas fueron revocadas por la Corte de Constitucionalidad de Guatemala mediante sentencias de 18 de noviembre de 2009 y 24 de febrero de 2010⁶⁴³.
450. Según TGH y su experto legal, profesor Alegría, las decisiones de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala que rechazaron los reclamos de EEGSA fueron incorrectas y tuvieron un sesgo político⁶⁴⁴. Sin embargo, dichas acusaciones

The sale of these assets is in line with EDP's strategy of divesting non-core assets, such as minority stakes with no synergies with other assets in EDP and where EDP cannot have a relevant role in the management of the company.

Comunicado de Prensa de EDP: "EDP sells its stake in DECA II", 21 de octubre de 2010, **Anexo R-130**.

⁶⁴⁰ Colom, **Apéndice RWS-1**, párr. 163.

⁶⁴¹ Memorial de Demanda, párrs. 204, 207-219.

⁶⁴² Memorial de Demanda, párrs. 207 y 209.

⁶⁴³ Sentencia de la Corte de Constitucionalidad, Expedientes Acumulados Nos. 1836-1846-2009, 18 de noviembre de 2009, **Anexo R-105**, Sentencia de la Corte de Constitucionalidad, Expediente No. 3831-2009, 24 de febrero de 2010, **Anexo R-110**.

⁶⁴⁴ Memorial de Demanda, párr. 275. Alegría, **Apéndice CER-1**, párrs. 75-76. Notamos que si bien la vía para cuestionar la decisión de la corte más alta de Guatemala ante un tribunal internacional es

carecen de fundamento. El procedimiento y los fundamentos de las decisiones de la Corte de Constitucionalidad respetaron los derechos de TGH y EEGSA, como ya se ha analizado arriba y se reitera más abajo⁶⁴⁵.

451. Las críticas de TGH 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 Gobierno de Guatemala.
452. Ya se ha explicado que la CNEE no tiene ningún interés político u otro, para que las tarifas de distribución no se incrementen. Su única obligación es asegurar el cumplimiento de la LGE. Firme evidencia de que ni la CNEE ni el Estado guatemalteco intervienen políticamente en la determinación de las tarifas es que en 2010, la CNEE, bajo el mismo Directorio que fijó las tarifas en 2008, aprobó un aumento tarifario trimestral a favor de EEGSA, Deocsa y Deorsa ya que el mismo correspondía de acuerdo a los términos de la LGE. En el caso de EEGSA, dicho aumento fue de 9.8% para la tarifa no social y de un notable 30% en la tarifa social (la tarifa subsidia para los estratos más pobres del país)⁶⁴⁶. No sólo la CNEE aprobó estos aumentos, sino que ésta además intervino activamente para defenderlos, cuando se generó una batalla judicial con el Procurador de los Derechos Humanos, quien había petitionado y obtenido un amparo provisional suspendiendo dichos aumentos. En apelación, la Corte de Constitucionalidad hizo

la vía de la denegación de justicia, TGH no ha invocado, ni podría hacerlo, una violación de este estándar. Ver Sección IV.B.

⁶⁴⁵ Ver Secciones II.B.2 y IV.

⁶⁴⁶ “Deplora [Álvaro] Colom fallo de juez que suspende aumentos en electricidad”, *Publimetro*, 12 de mayo de 2010, **Anexo R-117**:

La CNEE aprobó un alza de entre seis y 30 por ciento a las tarifas de la luz para el trimestre mayo-junio-julio, rechazando por amplios sectores de la población. El procurador de los Derechos Humanos, Sergio Morales, interpuso un amparo contra la medida por considerar que elevaría el costo de la canasta básica.

En el caso de EEGSA, dicho aumento fue de 9.8% para la tarifa no social (llegando a 1,94 Q/kWh) y de un notable 30% en la tarifa social, esto es, en la tarifa subsidiada para los estratos más pobres del país (hasta a 1,68 Q/kWh). “Tarifa social de electricidad sube entre 25 y 30 por ciento a partir de mayo”, *Prensa Libre*, 29 de abril de 2010, **Anexo R-114**.

lugar a los argumentos de EEGSA y la CNEE contra el amparo provisional y lo revocó, permitiendo así la implementación de los aumentos tarifarios tal como lo había dispuesto la CNEE⁶⁴⁷. Es importante señalar que en este caso el propio Presidente de Guatemala se manifestó públicamente en contra de la suspensión judicial de los aumentos tarifarios eléctricos⁶⁴⁸.

453. Otro ejemplo de la independencia de la Corte de Constitucionalidad, lo constituye el que el 25 de febrero de 2010, solamente un día después de dictada la sentencia revocando el amparo de que se queja TGH, esta misma Corte de Constitucionalidad dispuso la remoción del Ministro de Educación, Sr. Bienvenido Argueta, uno de los Ministros con mejor imagen del Gobierno, debido al incumplimiento en la entrega de información sobre planes educativos que le había sido requerida por una Congresista⁶⁴⁹.

454. Finalmente, fue esta misma Corte de Constitucionalidad la que recientemente puso fin a las aspiraciones presidenciales de la ex esposa del entonces Presidente Álvaro Colom, al rechazar su candidatura presidencial⁶⁵⁰.

H. LOS INTENTOS DE TGH DE “POLITIZAR” LA PRESENTE DISPUTA A FIN DE ELEARLA AL PLANO INTERNACIONAL

455. Es necesario finalmente referir brevemente a los intentos de TGH por politizar la presente disputa a fin de darle un “color” internacional. Para ello, refiere TGH en su Memorial de Demanda a supuestas campañas de presión y hostigamiento de parte de Guatemala contra EEGSA y sus directivos. Pero hay una falta total de elementos sustanciales para probar sus alegaciones.

⁶⁴⁷ Sentencia de la Corte de Constitucionalidad, Expedientes Acumulados Nos. 719-2010, 721-2010, 722-2010, 723-2010y 724-2010), 3 de marzo de 2010, **Anexo R-113**, pág. 6.

⁶⁴⁸ “Deplora [Álvaro] Colom fallo de juez que suspende aumentos en electricidad”, *Publimetro*, 12 de mayo de 2010, **Anexo R-117**.

⁶⁴⁹ Sentencia de la Corte de Constitucionalidad, Expediente No. 4255-2009, 25 de febrero de 2010, **Anexo R-111**.

⁶⁵⁰ Sentencia de la Corte de Constitucionalidad, Expediente 2906-2011, 8 de agosto de 2011, **Anexo R-141**.

1. Las denuncias (privadas) contra directivos de EEGSA

456. Uno de los puntos que TGH presenta en su desesperado intento de politizar la presente disputa refiere a una supuesta persecución penal de que fueron víctimas dos de los directivos de EEGSA en Guatemala. Explica TGH que en virtud de ciertas denuncias iniciadas en agosto de 2008, por Generadora del Sur S.A., una empresa privada generadora de Guatemala, un Juzgado de primera instancia en lo criminal de la pequeña ciudad de Amatitlán, en las afueras de la Ciudad de Guatemala, emitió una orden de aprehensión contra dos funcionarios de EEGSA, Luis Maté, Gerente General de EEGSA, y el ex empleado de la compañía, Gonzalo Gómez⁶⁵¹.
457. El relato que TGH efectúa de esta situación es engañoso, y vale la pena aclararlo brevemente. La orden de aprehensión contra los Sres. Maté y Gómez, emitida hacia finales de agosto de 2008, fue el resultado de la disputa de varios meses que EEGSA mantenía con una empresa privada, Generadora del Sur S.A. Para el momento en que se libró la referida orden de aprehensión, los pliegos tarifarios del VAD ya estaban vigentes hacia casi un mes. En todo caso, sólo días después de emitida tal orden de aprehensión, la misma fue suspendida por la Sala Tercera de la Corte de Apelaciones del Ramo Penal, con sede en Ciudad de Guatemala y finalmente desestimada⁶⁵². El mismo Luis Maté reconoce en su declaración que las denuncias son iniciadas por un particular, y que el Ministerio Público ha ido desestimando cada una de estas demandas.
458. Demostrativo del hecho que este tipo de denuncias iniciadas por particulares está fuera del control de la CNEE, es el hecho que el propio Ing. Moller y otros Directores han sido víctimas de denuncias igualmente sin fundamento por parte de una empresa que contrata el suministro de Empresa Comercializadora Eléctrica

⁶⁵¹ Memorial de Demanda, párr. 205; Juzgado de Primera Instancia Penal Narcoactividad y Delitos Contra El Ambiente Orden de Aprehensión contra Luis Maté y Gonzalo Gómez, 26 de agosto de 2008, **Anexo C-296**; Maté, **Apéndice CWS-6**, párrs 66-. 72; Calleja **Apéndice CWS-3**, párr. 55.

⁶⁵² Maté, **Apéndice CWS-6**, párrs. 71-72.

del Sur S.A.⁶⁵³. El deber de someterse a procesos judiciales es una consecuencia inevitable de vivir en un estado de derecho y desempeñar funciones ligadas a los servicios públicos. El Estado, al contrario y tal como lo reconoce el testigo Maté, protegió a los ejecutivos de EEGSA a través de su Poder Judicial.

2. El robo del *laptop* del Lic. Calleja

459. Si las quejas de TGH en relación a las denuncias privadas a los directivos de EEGSA llaman la atención por su falta de fundamento, el relato respecto del robo del *laptop* del Lic. Calleja que denuncia TGH resulta aún más inverosímil. Según TGH, el 1 de septiembre de 2008 luego que el Lic. Calleja diera una entrevista radial, “[c]uando regresó a su coche, tras haber brindado la entrevista, se encontró con que su auto había sido forzado y le habían robado su computadora *laptop*”⁶⁵⁴. El Lic. Calleja ni siquiera acompaña evidencia documental alguna de la denuncia del supuesto robo. Cualquiera sabe que dejar una *laptop* en un auto estacionado, incluso en un país desarrollado, implica asumir el riesgo de un robo, con más razón lo implica en una capital latinoamericana. La frivolidad y lo ridículo de pretender cargar al Estado guatemalteco con la responsabilidad de un robo en un “parking” eximen de mayores comentarios.

⁶⁵³ “Comercializadora acusa a la EEGSA de prácticas monopólicas”, *El Periódico*, 9 de junio de 2008, **Anexo R-82**; Moller **Apéndice RWS-2**, párr. 51.

⁶⁵⁴ Memorial de Demanda, párr. 206.

IV. GUATEMALA NO HA VIOLADO EL ESTÁNDAR MÍNIMO INTERNACIONAL DE TRATO DEL ARTÍCULO 10.5 DEL TRATADO

A. EL ESTÁNDAR MÍNIMO INTERNACIONAL NO CENSURA UNA CONDUCTA REGULATORIA SUPUESTAMENTE CONTRARIA AL DERECHO INTERNO, SALVO DENEGACIÓN DE JUSTICIA

1. El estándar mínimo internacional protege solo contra conductas muy graves, como las manifiestamente arbitrarias o que repudian flagrantemente un marco regulatorio

460. El texto del Artículo 10.5 del CAFTA-RD no deja duda que el estándar de trato garantizado es el estándar mínimo del derecho consuetudinario internacional. El Artículo 10.5 establece:

Nivel Mínimo de Trato

1. Cada Parte otorgará a las inversiones cubiertas un trato acorde con el derecho internacional consuetudinario, incluido el trato justo y equitativo, así como protección y seguridad plenas.

2. Para mayor certeza, el párrafo 1 prescribe que el nivel mínimo de trato a los extranjeros según el derecho internacional consuetudinario es el nivel mínimo de trato que se le otorgará a las inversiones cubiertas. Los conceptos de “trato justo y equitativo” y “protección y seguridad plenas” no requieren un tratamiento adicional o más allá de aquél exigido por ese nivel, y no crean derechos substantivos adicionales. La obligación en el párrafo 1 de otorgar:

(a) “trato justo y equitativo” incluye la obligación de no denegar justicia en procedimientos criminales, civiles, o contencioso administrativos, de acuerdo con el principio del debido proceso incorporado en los principales sistemas legales del mundo; y

(b) “protección y seguridad plenas” exige a cada Parte otorgar el nivel de protección policial que es exigido por el derecho internacional consuetudinario.

3. La determinación de que se ha violado otra disposición de este Tratado, o de otro acuerdo internacional, no establece que se ha violado este Artículo. (Énfasis añadido).

461. Por lo tanto, bajo el Artículo 10.5 del CAFTA-RD lo que el Estado debe garantizar es el nivel mínimo de trato, que es el “nivel mínimo de trato a los extranjeros según el derecho internacional consuetudinario”. Se especifica en modo expreso que el concepto de “trato justo y equitativo”, que invoca TGH, junto a la “protección y seguridad plenas”, “no requieren un tratamiento adicional o más allá de aquél exigido por ese nivel, y no crean derechos substantivos adicionales”.

462. En el Anexo 10-B del CAFTA-RD, las partes además:

[C]onfirman su común entendimiento que el “derecho internacional consuetudinario” referido de manera general y específica en los Artículos 10.5, 10.6, y el Anexo 10-C resulta de una práctica general y consistente de los Estados, seguida por ellos en el sentido de una obligación legal. Con respecto al Artículo 10.5, el nivel mínimo de trato a los extranjeros del derecho internacional consuetudinario se refiere a todos los principios del derecho internacional consuetudinario que protegen los derechos e intereses económicos de los extranjeros. (Énfasis añadido).

463. TGH debe, por lo tanto, demostrar que Guatemala ha infringido el nivel mínimo de trato a los extranjeros del derecho internacional consuetudinario. Ello exige, en primer lugar, presentar evidencia sobre la “práctica general y consistente de los Estados, seguida por ellos en el sentido de una obligación legal” para dar contenido al nivel mínimo de trato. Como han aclarado los tribunales, la carga de la prueba respecto al derecho internacional consuetudinario recae en la Demandante⁶⁵⁵. TGH no presenta absolutamente ninguna alegación, y ni mucho

⁶⁵⁵ *Cargill, Incorporated c. Estados Unidos Mexicanos* (Caso CIADI No. ARB(AF)/05/2) Laudo, 18 de septiembre de 2009, **Anexo CL-12**, párr. 273; *Glamis Gold Ltd. c. Estados Unidos de América* (Caso CNUDMI) Laudo, 8 de junio de 2009, **Anexo CL-23**, párr. 601.

menos prueba alguna, de cual sería dicha práctica general y consistente de los Estados Unidos y Guatemala, seguida por ellos en el sentido de una obligación legal, sobre el nivel mínimo de trato. La argumentación de TGH carece por lo tanto de toda base jurídica desde el comienzo.

464. TGH se limita a citar algunos casos que se refieren al estándar mínimo internacional de trato, pero lo hace de manera superficial⁶⁵⁶. En particular, TGH omite las declaraciones de los tribunales que han confirmado que la conducta del Estado debe ser particularmente grave en contra de los intereses del inversor, para constituir una violación del estándar mínimo internacional de trato. Así decidió, por ejemplo, el tribunal en *Cargill c. México* después de hacer un análisis detallado del contenido del estándar mínimo internacional, incluso de los fallos de otros tribunales sobre el tema⁶⁵⁷. En las palabras del tribunal en *Cargill*:

Para determinar si una medida no cumple el requisito de trato justo y equitativo, todo tribunal debe examinar cuidadosamente si las medidas sujetas a reclamación fueron manifiestamente injustas, ilícitas o idiosincrásicas; 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 fines y objetivos de una política, o de otro modo subvierte gravemente una ley o política nacional por un motivo oculto [...] ⁶⁵⁸.

465. En el mismo sentido falló el tribunal en el asunto *Glamis Gold c. Estado Unidos*. En *Glamis Gold* se planteaba si la denegación de permisos para una actividad minera, que supuestamente rompían con la práctica anterior de la administración, había constituido una violación del estándar de trato justo y equitativo. El tribunal dijo:

⁶⁵⁶ Ver Memorial de Demanda, párrs. 232-234, 240-243.

⁶⁵⁷ *Cargill, Incorporated c. Estados Unidos Mexicanos* (Caso CIADI No. ARB(AF)/05/2) Laudo, 18 de septiembre de 2009, **Anexo CL-12**, párrs. 284-286.

⁶⁵⁸ *Ibid.*, párr. 296. (Énfasis añadido).

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

[...] a breach requires something greater than mere arbitrariness, something that is surprising, shocking, or exhibits a manifest lack of reasoning⁶⁵⁹.

466. También el tribunal en *Thunderbird c. México* impuso la exigencia de gravedad de la conducta:

Notwithstanding the evolution of customary law since decisions such as *Neer Claim* in 1926, the threshold for finding a violation of the minimum standard of treatment still remains high, as illustrated by recent international jurisprudence. For the purposes of the present case, the Tribunal views acts that would give rise to a breach of the minimum standard of treatment prescribed by the NAFTA and customary international law as those that, weighed against the given factual context, amount to a gross denial of justice or manifest arbitrariness falling below acceptable international standards⁶⁶⁰.

467. También fuera del contexto del TLCAN los tribunales han mantenido la exigencia de la gravedad manifiesta de la conducta. Por ejemplo, en *Genin c. Estonia* el tribunal analizó alegaciones de conducta regulatoria incorrecta por parte del regulador del sector de servicios financieros en Estonia, el Banco Central de Estonia, incluyendo la revocación de una licencia bancaria. El tribunal rechazó la reclamación considerando que el estándar mínimo no censuraba meras irregularidades internas: “Acts that would violate this minimum standard would

⁶⁵⁹ *Glamis Gold Ltd. c. Estados Unidos de América* (Caso CNUDMI) Laudo, 8 de junio de 2009, **Anexo Anexo CL-23**, párrs. 616-617. (Énfasis añadido).

⁶⁶⁰ *International Thunderbird Gaming Corporation c. Estados Unidos Mexicanos* (Caso CNUDMI) Laudo, 26 de enero de 2006, **Anexo Anexo CL-25**, párr. 194. (Énfasis añadido).

include acts showing a wilful neglect of duty, an insufficiency of action falling far below international standards, or even subjective bad faith”⁶⁶¹.

2. El estándar mínimo internacional no se aplica a meras conductas supuestamente contrarias al derecho interno, sino que reconoce un amplio margen de apreciación al Estado, y dichas irregularidades internas son para los tribunales locales

468. TGH argumenta que “numerosos tribunales determinaron la responsabilidad del Estado receptor” en un escenario “como en el caso que nos ocupa”⁶⁶². Nada más lejos de la realidad. La jurisprudencia es clara en afirmar que los tribunales internacionales no están para juzgar supuestas irregularidades regulatorias que esencialmente plantean una disputa sobre la interpretación y aplicación de un marco regulatorio de derecho nacional. Los tribunales, en cambio, deben de acordar un amplio margen de apreciación al Estado cuando lo que se les presenta como fundamento de una reclamación son dichas meras irregularidades internas.
469. En este sentido es relevante la decisión del tribunal TLCAN en el asunto *SD Myers c. Canadá*, donde se alegaba que Canadá había violado el estándar mínimo internacional de trato al haber limitado el transporte de sustancias peligrosas para la salud del medio ambiente, y ello había dañado el negocio de tratamiento de residuos del demandante:

⁶⁶¹ *Genin et al. c. República de Estonia* (Caso CIADI No. ARB/99/2) Laudo, 25 de junio de 2001, **Anexo RL-3**, párrs. 365, 367. TGH cita casos como *Biwater Gauff c. Tanzania*, *Rumeli c. Kazakhstan*, *Azurix c. Argentina* y *Saluka c. República Checa* con el objetivo de respaldar su posición de que el estándar mínimo bajo el derecho consuetudinario internacional debe equipararse al estándar autónomo de trato justo y equitativo. Sin embargo, en ninguno de estos asuntos los tratados en cuestión contenían lenguaje similar al del artículo 10.5 del RD-CAFTA que se refiere categóricamente al nivel de trato (y no más) del derecho internacional consuetudinario. Los tribunales centraron su análisis en el significado de la expresión “trato justo y equitativo,” en modo autónomo respecto al derecho internacional consuetudinario, y no en el estándar mínimo internacional, al que se refirieron solo de forma breve en *dicta* (*Rumeli Telekom A.S. y Telsim Mobil Telekomikasyon Hizmetleri A.S. c. República de Kazajistán* (Caso CIADI No. ARB/05/16) Laudo, 29 de julio de 2008, **Anexo CL-39**, párrs. 609-611; *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. c. República Unida de Tanzania* (Caso CIADI No. ARB/05/22) Laudo, 24 de julio de 2008, **Anexo CL-10**, párrs. 591-592; *Saluka Investments B.V. c. República Checa* (Caso CNUDMI) Laudo Parcial, 17 de marzo de 2006, **Anexo CL-42**, párrs. 296-309; *Azurix Corp. c. República Argentina* (Caso CIADI No. ARB/01/12) Laudo, 14 de julio de 2006, **Anexo CL-8**, párrs. 359-361).

⁶⁶² Memorial de Demanda, título de la Sección III.B.

When interpreting and applying the “minimum standard”, a Chapter 11 tribunal does not have an open-ended mandate to second-guess government decision-making. Governments have to make many potentially controversial choices. In doing so, they may appear to have made mistakes, to have misjudged the facts, proceeded on the basis of a misguided economic or sociological theory, placed too much emphasis on some social values over others and adopted solutions that are ultimately ineffective or counterproductive. The ordinary remedy, if there were one, for errors in modern governments is through internal political and legal processes, including elections.

[...]

The Tribunal considers that a breach of Article 1105 occurs only when it is shown that an investor has been treated in such an unjust or arbitrary manner that the treatment rises to the level that is unacceptable from the international perspective. That determination must be made in the light of the high measure of deference that international law generally extends to the right of domestic authorities to regulate matters within their own borders⁶⁶³.

470. En *Thunderbird c. México* se planteaba una controversia sobre la prohibición que había impuesto el Gobierno (la Secretaría de Gobernación, o SEGOB) a los juegos de apuestas que quería comercializar la subsidiaria local del inversor (EDM). El inversor consideraba que la prohibición constituía una violación del estándar mínimo internacional de trato. El tribunal lo rechazó, como sigue:

In the present case, the Tribunal is not convinced that Thunderbird has demonstrated that Mexico's conduct violated the minimum standard of treatment, for the following reasons.

[...]

⁶⁶³ *SD Myers Inc c. Canadá* (Caso CNUDMI) Primer Laudo Parcial, 13 de noviembre del 2000, **Anexo CL-41**, párrs. 261, 263. (Énfasis añadido).

The Tribunal does not exclude that the SEGOB proceedings may have been affected by certain irregularities. Rather, the Tribunal cannot find on the record any administrative irregularities that were grave enough to shock a sense of judicial propriety and thus give rise to a breach of the minimum standard of treatment. [...] [I]t does not attain the minimum level of gravity required under Article 1105 of the Nafta under the circumstances⁶⁶⁴.

471. En *GAMI c. México* también se llegó a una conclusión similar en relación a las quejas de un inversor sobre el modo como las autoridades mexicanas habían aplicado una regulación interna sobre la producción de azúcar de caña. El tribunal se basó en *Waste Management II*, y concluyó que, “la falta de cumplimiento de los objetivos de los reglamentos administrativos” y “de los requisitos de la leyes nacionales” sin más “no es necesariamente una violación del derecho internacional”⁶⁶⁵. Para una violación de la obligación de trato mínimo internacional, lo fundamental es si una “acción por mala administración” alcanza “el nivel de ‘repudiación directa e injustificada’ de la normativa relevante”⁶⁶⁶. Es decir, la mera mala administración no es suficiente para demostrar tal infracción.
472. El análisis que el tribunal en *GAMI* hizo de los hechos presentados deja aún más clara la conclusión de que simples irregularidades en la aplicación del derecho interno no resultan en violación del estándar mínimo internacional de trato. De acuerdo con el tribunal:

GAMI ha dado claros ejemplos de incumplimiento en la aplicación de importantes elementos de las reglamentaciones mexicanas. Ha aportado pruebas contundentes confirmando que el Gobierno mexicano

⁶⁶⁴ *International Thunderbird Gaming Corporation c. Estados Unidos Mexicanos* (Caso CNUDMI) Laudo, 26 de enero de 2006, **Anexo CL-25**, párrs. 195, 200. (Énfasis añadido).

⁶⁶⁵ *GAMI Investments, Inc c. México* (Caso CNUDMI) Laudo Final, 15 de noviembre de 2004, **Anexo RL-7**, párr. 97. (Traducción al español del tribunal en *Cargill, Incorporated c. Estados Unidos Mexicanos* (Caso CIADI No. ARB(AF)/05/2) Laudo, 18 de septiembre de 2009, **Anexo CL-12**, párr. 287).

⁶⁶⁶ *Ibid.*, párr. 103.

está obligado constitucionalmente a ejecutar sus reglamentaciones⁶⁶⁷.

473. Sin embargo, el tribunal concluyó que:

Las acciones por mala administración podrían ser interpuestas ante los tribunales mexicanos. De hecho como incumplimientos del derecho administrativo mexicano no pueden ser interpuestas en ninguna otra jurisdicción.

[...] GAMI no ha logrado probar en lo más mínimo que haya existido una “repudiación directa e injustificada” de las normas pertinentes⁶⁶⁸.

474. Las conclusiones del tribunal en *GAMI* fueron citadas con aprobación por el tribunal en *Cargill*⁶⁶⁹, que además añadió:

El Tribunal coincide con el Demandado en que el hecho de que un acto de una autoridad pública pueda haber sido ilícito en derecho municipal no significa necesariamente que el hecho sea ilícito en derecho internacional⁶⁷⁰.

475. También es relevante *ADF c. Estados Unidos*, donde la cuestión era si una autoridad pública había correctamente aplicado la regulación de los Estados Unidos a un proyecto de construcción de una carretera:

[E]ven if the U.S. measures were somehow shown or admitted to be *ultra vires* under the internal law of the United States, that by itself does not necessarily render the measures grossly unfair or inequitable under the customary international law standard of treatment embodied in Article 1105(1). An unauthorized or *ultra vires* act of a governmental entity of course remains, in

⁶⁶⁷ *GAMI Investments, Inc c. México* (Caso CNUDMI) Laudo Final, 15 de noviembre de 2004, **Anexo RL-7**, párr. 103.

⁶⁶⁸ *Ibid.*, párrs. 103-104.

⁶⁶⁹ *Cargill, Incorporated c. Estados Unidos Mexicanos* (Caso CIADI No. ARB(AF)/05/2) Laudo, 18 de septiembre de 2009, **Anexo CL-12**, párr. 287.

⁶⁷⁰ *Ibid.*, párr. 303.

international law, the act of the State of which the acting entity is part, if that entity acted in its official capacity. But something more than simple illegality or lack of authority under the domestic law of a State is necessary to render an act or measure inconsistent with the customary international law requirements of Article 1105(1), even under the Investor's view of that Article. That "something more" has not been shown by the Investor⁶⁷¹.

476. En *Genin c. Estonia*, por poner otro ejemplo, el tribunal consideró que aunque una conducta regulatoria pudiera ser criticada, no por ello se conformaba una violación del tratado, en concreto del estándar mínimo internacional de tratamiento justo y equitativo:

[W]hile the Central Bank's decision to revoke the EIB's licence invites criticism, it does not rise to the level of a violation of any provision of the BIT.

[...]

Article II(3)(a) of the BIT requires the signatory governments to treat foreign investment in a "fair and equitable" way. [...] Acts that would violate this minimum standard would include acts showing a wilful neglect of duty, an insufficiency of action falling far below international standards, or even subjective bad faith. [...] ⁶⁷².

477. Es decir, una decisión de un órgano regulador, aunque pueda ser objeto de crítica, o sea incluso ilegal desde el punto de vista del derecho interno no por ello viola el estándar mínimo internacional. Para ello se exige más, 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.

⁶⁷¹ *ADF Group Inc c. Estados Unidos de América* (Caso CIADI No. ARB(AF)/00/1) Laudo, 9 de enero de 2003, **Anexo CL-4**, párr. 190.

⁶⁷² *Genin et al. c. República de Estonia* (Caso CIADI No. ARB/99/2) Laudo, 25 de junio de 2001, **Anexo RL-3**, párrs. 365 y 367. (Énfasis añadido).

478. También es relevante *Glamis Gold*, que sintetiza la cuestión en modo claro:

[T]he Tribunal first notes that it is not for an international tribunal to delve into the details of and justifications for domestic law. If Claimant, or any other party, believed that [the] interpretation of [the civil servant of] the undue impairment standard was indeed incorrect, the proper venue for its challenge was domestic court.

[...]

It is not the role of this Tribunal, or any international tribunal, to supplant its own judgment of underlying factual material and support for that of a qualified domestic agency⁶⁷³.

479. En suma, que 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. La labor de los tribunales internacionales al decidir si hubo una violación del estándar mínimo de trato no es la de sustituirse a dichas decisiones, juicios u opiniones internas. El remedio para los errores administrativos que se cometan son los procesos legales internos. De acuerdo con el margen de apreciación que debe ser acordado al Estado, el estándar no cubre irregularidades administrativas, ilicitudes, o acciones de mala administración, sino aquéllas que revelen clara y manifiestamente la repudiación directa y chocante de la normativa aplicable. Esto, por definición, no puede ocurrir cuando el asunto versa sobre una divergencia de enfoque entre el inversor y el regulador sobre el alcance de la normativa aplicable, como es el caso frente a este Tribunal. Como dijo el tribunal en *EnCana c. Ecuador*: “los Gobiernos no repudian sus obligaciones meramente impugnando su existencia”⁶⁷⁴.

⁶⁷³ *Glamis Gold Ltd. c. Estados Unidos de América* (Caso CNUDMI) Laudo, 8 de junio de 2009, **Anexo CL-23**, párrs. 762, 779.

⁶⁷⁴ *EnCana Corporation c. República del Ecuador* (Caso LCIA No. UN3481, Reglas CNUDMI) Laudo, 3 de febrero de 2006, **Anexo RL-9**, párr. 194.

3. Cuando se alegan irregularidades internas, sólo puede plantearse una reclamación por el estándar mínimo internacional si los tribunales han denegado de justicia

480. Por lo tanto, una controversia de naturaleza regulatoria como la que plantea TGH no puede dar lugar nunca a una violación del estándar mínimo internacional. De acuerdo con el margen de apreciación y deferencia que el derecho internacional otorga al Estado a la hora de aplicar este estándar, este tipo de controversia es una cuestión de derecho local que debe ser sometida a los tribunales nacionales. Sólo si estos han denegado justicia puede plantearse una reclamación por tratamiento injusto e inequitativo.

481. La jurisprudencia es clara a este respecto. En *Waste Management* el tribunal examinó la jurisprudencia aplicable sobre el estándar mínimo internacional de tratamiento justo y equitativo y definió el estándar como sigue:

[...] Taken together, the *S.D. Myers*, *Mondev*, *ADF* and *Loewen* cases suggest that the minimum standard of treatment of fair and equitable treatment is infringed by conduct attributable to the State and harmful to the claimant if the conduct is arbitrary, grossly unfair, unjust or idiosyncratic, is discriminatory and exposes the claimant to sectional or racial prejudice, or involves a lack of due process leading to an outcome which offends judicial propriety [...]⁶⁷⁵.

482. El deber de tratamiento según el estándar mínimo internacional es quebrantado cuando la conducta imputable al Estado es “arbitraria, notoriamente injusta, antijurídica o idiosincrática”, “discriminatoria”, o “si involucra ausencia de debido proceso que lleva a un resultado que ofende el sentido de justicia”, como una ausencia manifiesta de justicia natural. Una irregularidad administrativa, regulatoria o contractual no infringe la obligación de trato mínimo.

⁶⁷⁵ *Waste Management Inc. c. Estados Unidos Mexicanos* (Caso CIADI No. ARB(AF)/00/3) Laudo, 30 de abril de 2004, **Anexo CL-46**, párr. 158. (Énfasis añadido).

483. El tribunal continuó, examinando la medida que se reprochaba a la municipalidad, que si bien violaba el marco contractual:

[I]s not to be equated with a violation of Article 1105 [NAFTA's fair and equitable treatment provision], provided that it does not amount to an outright and unjustified repudiation of the transaction and provided that some remedy is open to the creditor to address the problem. [...]

The importance of a remedy, agreed on between the parties, for breaches of the Concession Agreement bears emphasis. [...] [T]he availability of local remedies to an investor faced with contractual breaches is nonetheless relevant to the question whether a standard such as Article 1105(1) have been complied with by the State. Were it not so, Chapter 11 would become a mechanism of equal resort for debt collection and analogous purposes in respect of all public (including municipal) contracts, which does not seem to be its purpose.

For these reasons the Tribunal is not satisfied that the City's breaches of contract rose to the level of breaches of Article 1105(1) of NAFTA⁶⁷⁶.

484. Por consiguiente, una violación de derecho interno por parte de una autoridad estatal no infringe el estándar mínimo internacional de trato, a no ser que sea una repudiación manifiesta e injustificada de un derecho y siempre que no exista un remedio abierto a la parte que se sienta agraviada. Tal remedio es el acceso a los tribunales locales.
485. El tribunal en *Waste Management* pasó pues a analizar los procedimientos judiciales relativos al asunto en cuestión, para determinar “whether these proceedings involved a denial of justice in terms of Article 1105”.⁶⁷⁷ El tribunal concluyó:

⁶⁷⁶ *Ibid*, párrs. 115-117. (Énfasis añadido).

⁶⁷⁷ *Ibid*, párr. 128.

Turning to the actual reasons given by the federal courts, the Tribunal would observe that it is not a further court of appeal, nor is Chapter 11 of NAFTA a novel form of *amparo* in respect of the decisions of the federal courts of NAFTA parties. Certain of the decisions appear to have been founded on rather technical grounds, but [...] [i]n any event, and however these cases might have been decided in different legal systems, the Tribunal does not discern in the decisions of the federal courts any denial of justice as that concept has been explained by NAFTA tribunals, notably in the *Azinian*, *Mondev*, *ADF* and *Loewen* cases. The Mexican court decisions were not, either *ex facie* or on closer examination, evidently arbitrary, unjust or idiosyncratic. There is no trace of discrimination on account of the foreign ownership of Acaverde, and no evident failure of due process. The decisions were reasoned and were promptly arrived at. Acaverde won on key procedural points, and the dismissal in the second proceedings, in particular, was without prejudice to Acaverde's rights in the appropriate forum⁶⁷⁸.

486. En el contexto de una controversia regulatoria o contractual, sólo puede alegarse violación del estándar mínimo internacional si los tribunales locales deniegan justicia a la parte que se siente agraviada.

4. A estas mismas conclusiones han llegado tribunales que han interpretado el estándar de trato justo y equitativo como autónomo del derecho consuetudinario internacional

487. El estándar de trato justo y equitativo del Tratado es el estándar del derecho consuetudinario internacional, el llamado estándar mínimo internacional.⁶⁷⁹ El estándar de tratamiento justo y equitativo, interpretado autónomamente del derecho consuetudinario internacional es más exigente para el Estado que el estándar mínimo internacional.

⁶⁷⁸ *Ibid*, párrs. 129-130.

⁶⁷⁹ Ver Sección IV.A.1 arriba.

488. Así lo explicó el tribunal en *Saluka c. República Checa*, que TGH pretende incorrectamente citar a su favor⁶⁸⁰:

[T]he minimum standard of “fair and equitable treatment” may in fact provide no more than “minimal” protection. Consequently, in order to violate that standard, States’ conduct may have to display a relatively higher degree of inappropriateness.

[...] [I]nvestors’ protection by the “fair and equitable treatment” standard is meant to be a guarantee providing a positive incentive for foreign investors. Consequently, in order to violate the standard, it may be sufficient that States’ conduct displays a relatively lower degree of inappropriateness⁶⁸¹.

489. También lo sostuvo el tribunal en los casos de *Suez y otros c. Argentina* en relación a una cláusula de trato justo y equitativo que se refería al “derecho internacional” pero no especificaba, como ocurre con el artículo 10.5 del DR-CAFTA, que el estándar fuera el del derecho consuetudinario internacional:

[E]l Tribunal debe ceñirse al lenguaje específico de cada uno de los TBIs aplicables. Con respecto al TBI Argentina-Francia, cabe señalar que el texto de ese tratado se refiere simplemente a “los principios de Derecho Internacional”, y no al “estándar mínimo en el marco del derecho internacional consuetudinario”. Esta última formulación, o simplemente la de “estándar mínimo internacional”, es tan conocida y está tan firmemente establecida en el derecho internacional que se puede suponer que, si Francia y Argentina hubieran tenido la intención de limitar el contenido del tratamiento justo y equitativo al estándar mínimo internacional, la habrían utilizado expresamente.

[...] Por lo tanto, el Tribunal rechaza el argumento de la Demandada de que el contenido del estándar de tratamiento justo y equitativo que figura en el TBI

⁶⁸⁰ Memorial de Demanda, nota a pie de página 908.

⁶⁸¹ *Saluka Investments B.V. c. República Checa* (Caso CNUDMI) Laudo Parcial, 17 de marzo de 2006, **Anexo CL-42**, párrs. 292-293.

Argentina-Francia se limita al estándar mínimo internacional⁶⁸².

490. Por lo tanto, cuando la formulación del tratado de protección de inversiones sí es clara, como en el presente Tratado, el contenido del trato justo y equitativo sí se encuentra limitado al estándar mínimo internacional.
491. De todas formas, los tribunales que han interpretado el estándar de trato justo y equitativo en modo autónomo del derecho consuetudinario internacional han rechazado que cuestiones regulatorias como las que plantea TGH en este caso puedan dar lugar a violaciones de dicho estándar.
492. Por ejemplo, en el asunto *Saluka*⁶⁸³, el tribunal entendió que el tratamiento justo y equitativo del TBI aplicable no era el estándar mínimo internacional, porque la cláusula relevante del TBI no hacía referencia al derecho consuetudinario internacional (en cambio aquí sí que existe tal referencia y muy precisa)⁶⁸⁴. Sin embargo, aun interpretado autónomamente del derecho internacional consuetudinario, el tribunal estableció que la regla de tratamiento justo y equitativo no era infringida por meras irregularidades administrativas o regulatorias, que deben ser sometidas a los tribunales nacionales⁶⁸⁵.
493. El mismo concepto emerge del laudo *Parkerings*, donde el tribunal interpretó y aplicó la regla de tratamiento justo y equitativo sin referirse en absoluto al estándar mínimo internacional. El tribunal rechazó que supuestas irregularidades

⁶⁸² *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., y Vivendi Universal S.A. c. República Argentina* (Caso CIADI No. ARB/03/19) y *AWG Group c. República Argentina* (Caso CNUDMI), Decisión de Responsabilidad, 30 de julio de 2010, **Anexo RL-16**, párrs. 184-185; *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. e InterAgua Servicios Integrales del Agua S.A. c. República Argentina* (Caso CIADI No. ARB/03/17) Decisión de Responsabilidad, 30 de julio de 2010, **Anexo RL-17**, párrs. 177-178.

⁶⁸³ *Saluka Investments B.V. c. República Checa* (Caso CNUDMI) Laudo Parcial, 17 de marzo de 2006, **Anexo CL-42**.

⁶⁸⁴ *Ibid*, párr. 294. Ver Sección IV.A.1 arriba.

⁶⁸⁵ *Ibid*, párrs. 442-443 (“The Treaty cannot be interpreted so as to penalise each and every breach by the Government of the rules or regulations to which it is subject and for which the investor may normally seek redress before the courts of the host State”). Ver párrs. 85 arriba, y 553 abajo.

de una municipalidad, en relación a la verificación del cumplimiento y posterior terminación de un contrato administrativo, pudieran dar lugar a violación del tratamiento justo y equitativo sin que existiera queja de denegación de justicia⁶⁸⁶.

494. En síntesis, cuando una demanda plantea una disputa de derecho nacional, regulatoria o contractual, no puede haber habido tratamiento injusto e inequitativo salvo que, presentada la cuestión ante los tribunales internos, los mismos no hayan dispensado justicia a la parte agraviada. Es así tanto para el estándar mínimo del derecho internacional consuetudinario, como para la regla de tratamiento justo y equitativo interpretada autónomamente del derecho consuetudinario internacional.

B. LA DEMANDA DE TGH, DE QUE LAS SUPUESTAS IRREGULARIDADES DE LA CNEE VIOLAN EL ESTÁNDAR MÍNIMO INTERNACIONAL, SIN ALEGAR DENEGACIÓN DE JUSTICIA, ES POR LO TANTO INFUNDADA

495. Como se ha dicho anteriormente, la demanda de TGH está basada en supuestas irregularidades, a las cuales TGH se refiere como arbitrariedades y ilicitudes⁶⁸⁷, que la CNEE habría cometido al aplicar el marco regulatorio guatemalteco durante el proceso de revisión quinquenal de las tarifas de EEGSA en 2008. Las alegaciones de TGH respecto a como Guatemala habría violado el estándar mínimo internacional se encuentran en la Sección III.C de su Memorial de Demanda. El primer párrafo de dicha sección resume la argumentación de TGH como sigue:

[...] Por ende, la CNEE impuso su propio VAD de manera arbitraria y ilegítima, en lugar del VAD que debía aplicar conforme a derecho. Al hacerlo, la CNEE ignoró deliberadamente tanto el Informe de la Comisión

⁶⁸⁶ *Parkerings-Compagniet AS c. Lituania* (Caso CIADI No. ARB/05/8) Laudo, 11 de septiembre de 2007, **Anexo RL-10**, párrs. 315-320 (“many tribunals have stated that not every breach of an agreement or of domestic law amounts to a violation of a treaty. [...] In most cases, a preliminary determination by a competent court as to whether the contract was breached under municipal law is necessary. [...]”). Ver párrs. 95 arriba, y 553 abajo.

⁶⁸⁷ Memorial de Demanda, título de la Sección III.C y párrs. 228, 259, 268, 270-273, 280.

Pericial como el estudio tarifario corregido de Bates White y se basó en su propio estudio [...] Ello dio como resultado un VAD que no brindó a los inversores extranjeros de EEGSA una tasa de retorno que se encontrara dentro del rango garantizado por la LGE. Tanto el proceso como el resultado de la revisión tarifaria fueron ilícitos y arbitrarios, y contrarios a las expectativas legítimas de TECO [...] ⁶⁸⁸.

496. Se desprende de esto que TGH considera como violación del estándar mínimo internacional, las siguientes medidas de la CNEE:
- (a) Que la CNEE no considerase el informe de la Comisión Pericial como vinculante para la determinación del VAD y las tarifas, y que considerase que las funciones de la Comisión Pericial no se extendían a la aprobación del estudio Bates White;
 - (b) Que la CNEE considerase que estaba facultada para rechazar el estudio Bates White, y aprobar el estudio de Sigla;
 - (c) Que la CNEE aprobara un VAD demasiado bajo.
497. Todos estos temas se refieren a la interpretación y aplicación del marco regulatorio por parte de la CNEE, lo que es su función y responsabilidad. Aunque la CNEE hubiera cometido algún error en algunas de estas cuestiones (que no lo hizo), a lo sumo estaríamos en el ámbito de irregularidades internas y no en un supuesto de violación por parte del Estado guatemalteco del estándar mínimo internacional.
498. Las supuestas irregularidades de la CNEE fueron sometidas a los tribunales competentes para estas cuestiones, los tribunales guatemaltecos, que dieron la razón a la CNEE. En este escenario, Guatemala solo podría haber violado el estándar mínimo internacional si hubiera denegado justicia a EEGSA/TGH. En

⁶⁸⁸ Memorial de Demanda, párr. 259. Ver también párrs. 228, 268, 270-273, 280.

cualquier caso a continuación examinamos las tres quejas de TGH en mayor detalle, así como las sentencias de la Corte de Constitucionalidad.

1. La queja relativa a la Comisión Pericial es una cuestión regulatoria y no da lugar a violación del estándar

499. La queja de TGH respecto a la Comisión Pericial comienza con referencias a hechos que no ocurrieron: la aplicación del artículo 98 Bis para nombrar al tercer miembro de la Comisión Pericial, y que la CNEE planteara a la Comisión Pericial asuntos que las partes no habían discutido anteriormente. Dice: “si la lista de discrepancias de la CNEE hubiera sido aceptada” y si se hubiera aplicado el artículo 98 Bis se “habría” “manipula[do] el proceso”⁶⁸⁹. El uso de la forma verbal condicional es indicativo: nada de esto ocurrió, por lo que la alegación de TGH carece de relevancia.
500. La verdadera queja de TGH es que la CNEE considerara el informe de la Comisión Pericial como una opinión técnica pero que no le vinculaba a tener que aceptar el estudio Bates White corregido según dicho informe, y que considerara que las funciones de la Comisión Pericial no se extendían a la aprobación final de dicho estudio⁶⁹⁰.
501. La posición de la CNEE es correcta de acuerdo a la regulación. La función de la Comisión Pericial está regulada en el artículo 75 de la LGE con la escueta frase “la Comisión Pericial se pronunciará sobre las discrepancias”. Esto es todo lo que dice el marco regulatorio. TGH querría que se dijera también que la CNEE está obligada a aceptar el VAD que surja de aplicar el informe de la Comisión Pericial al estudio tarifario del distribuidor. Querría que dijera además que corresponde a la Comisión Pericial verificar tal incorporación y dar la aprobación final al estudio, relegando la CNEE a simple ejecutor publicando las tarifas sobre la base de lo ya decidido por la Comisión Pericial.

⁶⁸⁹ Memorial de Demanda, párr. 267.

⁶⁹⁰ Memorial de Demanda, párrs. 267, 268, 273.

502. Pero el marco regulatorio no hace nada de todo esto, sino que circunscribe la Comisión Pericial a una labor de asesoría técnica y además no contempla ninguna otra función de la Comisión Pericial después de emitir su informe, como la de aprobar el estudio tarifario. Así lo explica el experto Dr. Aguilar en su informe.⁶⁹¹

- (a) Es la CNEE, como regulador, la que tiene las potestades y responsabilidades en materia de aprobación de las tarifas (artículos 61 y 71 de la LGE, y artículos 3, 82 y 99 del Reglamento) y del VAD (artículo 60 de la LGE y artículos 83, 92, 98(3), y 99 del Reglamento), como órgano responsable de cumplir y hacer cumplir la ley (artículo 4 de la LGE), y responsable de su aplicación (artículo 3 del Reglamento), y por lo tanto también responsable de que el VAD sea correcto según la regulación;
- (b) En efecto, la LGE define estrictamente cual debe ser el VAD (“corresponde al costo medio de capital y operación de una red de distribución de una empresa eficiente”, artículo 71), y establece que la CNEE use el VAD para estructurar las tarifas, de modo que las tarifas cumplan con la LGE (“Estas tarifas deberán reflejar en forma estricta el costo económico de adquirir y distribuir la energía eléctrica”, artículo 76). Por lo tanto, la CNEE es quien debe asegurarse que el VAD aprobado sea el correcto y cumpla con la LGE. De otra forma no estaría cumpliendo con el mandato legal que tienen encomendado. No puede delegar esta responsabilidad en ningún otro órgano o entidad;
- (c) Por el contrario, no hay en la regulación ninguna disposición específica expresa que confiera carácter vinculante al informe de la Comisión Pericial para la determinación del VAD y de las tarifas. Dicha disposición expresa sería absolutamente necesaria para conferir efecto vinculante al informe de la Comisión Pericial, dado que derogaría de las atribuciones de

⁶⁹¹ Aguilar, **Apéndice RER-3**, párrs. 10, 28-29, 46-58.

la CNEE como regulador, que necesariamente incluye el determinar el VAD que cumple con la regulación y que por lo tanto puede ser utilizado como base para las tarifas;

- (d) La interpretación del marco regulatorio guatemalteco debe realizarse de acuerdo a lo establecido por la Ley del Organismo Judicial Guatemalteco. Esta ley establece que las leyes deben interpretarse primeramente con referencia al texto y luego su contexto⁶⁹². En relación al la interpretación textual, la ley remite al Diccionario de la Real Academia Española (**RAE**)⁶⁹³. El uso del vocablo “pronunciarse” en el artículo 75 de la LGE, según el Diccionario de la RAE, en su acepción puramente pronominal significa “declararse o mostrarse a favor o en contra de alguien o de algo”⁶⁹⁴ y según el Diccionario Panhispánico de Dudas de la RAE “manifestar la opinión sobre algo”⁶⁹⁵;
- (e) El uso del vocablo “pericial” en el artículo 75 de la LGE deriva de perito, término que, de nuevo según el diccionario de la RAE, significa “persona que poseyendo determinados conocimientos científicos, artísticos y técnicos o prácticos informa, bajo juramento, al juzgador sobre puntos litigiosos en cuanto se relacionan con su especial saber o experiencia”⁶⁹⁶;
- (f) El dictamen de peritos según el ordenamiento procesal civil guatemalteco tiene, por definición, naturaleza consultiva;
- (g) Las funciones de la Comisión Pericial se circunscriben a pronunciarse sobre las discrepancias, pero en ningún lugar confiere la regulación la potestad a la Comisión Pericial de aprobar los estudios tarifarios de los

⁶⁹² Ley del Organismo Judicial, Decreto 2-89, 4 de febrero de 2005, **Anexo R-31**, art. 10.

⁶⁹³ Ley del Organismo Judicial, Decreto 2-89, 4 de febrero de 2005, **Anexo R-31**, art. 11.

⁶⁹⁴ Diccionario de la Real Academia Española, **Anexo C-50**.

⁶⁹⁵ Real Academia Española, Diccionario Pan-Hispánico de Dudas, **Anexo R-154**.

⁶⁹⁶ Diccionario de la Real Academia Española, **Anexo R-153**.

distribuidores. Es a la CNEE a quien le corresponde tal decisión, en ejercicio de sus funciones como regulador. TGH alega que las funciones de la Comisión Pericial bajo la LGE fueron ampliadas en este caso por medio de unas supuestas “Reglas de Operación” acordadas entre EEGSA y la CNEE, pero este acuerdo no existió y además resulta incomprensible como un acuerdo privado hubiera podido modificar la LGE.

503. Por lo tanto TGH se equivoca en cuanto al papel que quiere asignarle a la Comisión Pericial en general, y también en este caso concreto. Como concluye el experto Dr. Aguilar:

La LGE no puede haber dispuesto que la COMISION PERICIAL sea la que apruebe el estudio tarifario a ser utilizado por la CNEE para fijar las tarifas. Esto derogaría a los principios fundamentales de la propia ley, según la cual es la CNEE la que es responsable de que se cumpla la ley, incluido en el cálculo del VAD, y la que determina las tarifas. Por lo menos, para una tal interpretación sería necesario lenguaje explícito al respecto. En cambio el artículo 75 de la LGE es claro en definir el carácter limitado de la tarea de la COMISION PERICIAL que es pronunciarse sobre “las discrepancias”. Corresponde a la CNEE, como responsable frente a terceros por la definición de la tarifa y la legalidad del VAD, decidir sobre las consecuencias del informe de la COMISION PERICIAL. Aunque se pensara que el dictamen de la COMISION PERICIAL es vinculante, una vez la COMISION PERICIAL se pronuncia sobre las discrepancias, corresponde a la CNEE la función ejecutiva de aplicar la ley y decidir en base a ella sobre la posibilidad o no de modificar el estudio tarifario de la consultora del Distribuidor en función del dictamen de la COMISION PERICIAL, y si es posible o no adaptar dicho estudio para las tarifas⁶⁹⁷.

504. La Comisión Pericial dictaminó que el estudio Bates White no incorporaba todas las modificaciones legítimamente requeridas por la CNEE. Por ejemplo, no era ni

⁶⁹⁷ Aguilar, **Apéndice RER-3**, párr. 48.

- auditable ni trazable como ya explicado⁶⁹⁸. Correspondía después a la CNEE decidir sobre las consecuencias de dicho dictamen, y en concreto sobre la posibilidad o no de modificar el estudio tarifario de Bates White o la adopción del estudio independiente de la consultora contratada por la CNEE.
505. Todo esto, sin embargo, es irrelevante para este Tribunal. Lo que aquí importa es que TGH plantea una controversia de derecho guatemalteco sobre el alcance de ciertas disposiciones de la LGE y su Reglamento. TGH interpreta a su modo estas normas y dice que le dan la razón. La CNEE interpretó las mismas disposiciones, junto con otras, y mantuvo que apoyaban su posición. Más allá de los vocablos que usa TGH como “arbitrariedad”, “manipulación”, alteración del “entorno jurídico y comercial”, “burla”, etc.⁶⁹⁹, lo que hay en realidad es una divergencia sobre como había que interpretar y aplicar ciertas normas de la LGE y su Reglamento.
506. Curiosamente, TGH cita continuamente en apoyo a su argumento el laudo *Waste Management*⁷⁰⁰. Olvida que en este asunto precisamente el tribunal dijo que una medida de un órgano administrativo que violaba el marco contractual o regulatorio no puede ser equiparada a una violación del estándar mínimo internacional⁷⁰¹. Esto sólo puede ocurrir si hay denegación de justicia⁷⁰².
507. TGH también cita los casos *CMS c. Argentina* y *LG&E c. Argentina*⁷⁰³, asuntos en los que Argentina había totalmente desmantelado y destruido el régimen tarifario del sector de transporte y distribución del gas mediante las medidas

⁶⁹⁸ Ver Sección III.F.9.

⁶⁹⁹ Por ejemplo, Memorial de Demanda, párrs. 269, 270, 272, 273.

⁷⁰⁰ Memorial de Demanda, párrs. 233-234, 236-237, 243.

⁷⁰¹ *Waste Management Inc. c. Estados Unidos Mexicanos* (Caso CIADI No ARB(AF)/00/3) Laudo, 30 de abril de 2004, **Anexo CL-46**, párr. 115. Ver párrs. 82 y 88 arriba.

⁷⁰² *Ibid*, párrs. 129-130.

⁷⁰³ Memorial de Demanda, párrs. 270-271.

legislativas de emergencia dictadas en el año 2002⁷⁰⁴. Estos casos se examinan con mayor detalle más adelante⁷⁰⁵. Pero baste destacar que son muy distintos del caso presente, en el que se alega un mero desacuerdo en el modo de interpretar y aplicar ciertos aspectos de la regulación en materia de revisión tarifaria, no su eliminación y ni siquiera una modificación sustancial del marco regulatorio como en los asuntos argentinos citados. Además, ninguno de estos casos se refiere a la aplicación del estándar mínimo internacional, sino del estándar de trato justo y equitativo autónomo respecto al derecho internacional consuetudinario.

508. TGH cita también los casos *CME c. República Checa* y *PSEG c. Turquía*⁷⁰⁶, pero tampoco estos casos conciernen el estándar mínimo internacional⁷⁰⁷. Además, en *CME* existieron cambios legislativos fundamentales que convertían en ilegal el contrato entre el inversor extranjero y su socio local, de modo que el contrato fue rescindido. En *PSEG*, el tribunal censuró los “continuing legislative changes”, del derecho societario y fiscal en Turquía, así como los cambios continuos y directos requeridos por el gobierno al contrato de concesión y al estatus del proyecto, que condujeron a que el mismo tuviera que ser abandonado completamente⁷⁰⁸. Nada de esto ha ocurrido en este caso. Tampoco es este un caso en que la autoridad administrativa haya “simply ignored” una “Constitutional Court decision upholding the rights under a contract”, como en *PSEG*⁷⁰⁹. Todo lo contrario, las

⁷⁰⁴ *CMS Gas Transmission Company c. República Argentina* (Caso CIADI No. ARB/01/8) Laudo, 12 de mayo de 2005, **Anexo CL-17**; *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. y LG&E International Inc. c. República Argentina* (Caso CIADI No. ARB/02/1) Decisión sobre Responsabilidad, 3 de octubre de 2006, **Anexo CL-27**.

⁷⁰⁵ Ver Sección IV.C.2.b.

⁷⁰⁶ Memorial de Demanda, párrs. 269-270.

⁷⁰⁷ *CME Czech Republic B.V. c. Republica Checa* (Caso CNUDMI) Laudo Parcial, 13 de septiembre 2001, **Anexo CL-16**; *PSEG Global Inc. y Konya Ilgin Elektrik Üretim ve Ticaret Limited Şirketi c. República de Turquía* (Caso CIADI No. ARB/02/5) Laudo, 19 de enero de 2007, **Anexo CL-37**.

⁷⁰⁸ *PSEG Global Inc. y Konya Ilgin Elektrik Üretim ve Ticaret Limited Şirketi c. República de Turquía* (Caso CIADI No. ARB/02/5) Laudo, 19 de enero de 2007, **Anexo CL-37**, párrs. 250, 254.

⁷⁰⁹ *PSEG Global Inc. y Konya Ilgin Elektrik Üretim ve Ticaret Limited Şirketi c. República de Turquía* (Caso CIADI No. ARB/02/5) Laudo, 19 de enero de 2007, **Anexo CL-37**, párr. 249.

decisiones de la Corte de Constitucionalidad confirmaron la posición adoptada por la CNEE.

509. El caso presente, en cambio, concierne un desacuerdo en la interpretación y aplicación del marco regulatorio por parte del regulador, en particular respecto del papel de la Comisión Pericial, en el que el regulador es respaldado además por los tribunales, y en el que el marco regulatorio continua vigente y sin alteraciones fundamentales. La jurisprudencia citada anteriormente es clara respecto a que este escenario de controversia meramente regulatoria no constituye una violación del estándar mínimo internacional, salvo denegación de justicia, que TGH no alega.

2. La queja relativa a que la CNEE considerase que estaba facultada para rechazar el estudio Bates White, y aprobar el estudio de Sigla, es también una cuestión regulatoria y tampoco da lugar a violación del estándar

510. TGH dice que la regulación, en particular el artículo 98 del Reglamento, obligaba a la CNEE a aprobar el estudio del VAD de Bates White, presentado por EEGSA, y le impedía aprobar en cambio el estudio de otra firma precalificada e independiente, el estudio Sigla⁷¹⁰. Curiosamente, TGH se queja también de la reforma del artículo 98 de 2007⁷¹¹, lo cual contradice su argumento que el artículo modificado no permitía a la CNEE rechazar el estudio Bates White. La realidad es que TGH se queja de la interpretación de la CNEE del artículo 98, no de la reforma en sí. Como ya se ha explicado y se reitera más abajo, la reforma del artículo 98 de 2007 no alteró los principios del marco regulatorio.
511. TGH se equivoca al argumentar que la CNEE no podía rechazar el estudio Bates White y aprobar el estudio Sigla. Ignora las funciones, atribuciones y responsabilidades de la CNEE. La CNEE es el regulador. Es el órgano que debe asegurarse que la LGE y su Reglamento sean cumplidos y aplicados

⁷¹⁰ Memorial de Demanda, párrs. 266-274.

⁷¹¹ Memorial de Demanda, párr. 264.

correctamente⁷¹². Bajo la LGE y el Reglamento, la CNEE es la encargada de: (i) definir la metodología de cálculo de las tarifas⁷¹³; (ii) revisar dicha metodología cada cinco años⁷¹⁴; (iii) elaborar los Términos de Referencia⁷¹⁵; (iv) contratar asesoría profesional para la definición de las tarifas⁷¹⁶; (v) aprobar o rechazar el estudio tarifario del VAD preparado por el distribuidor tomando en cuenta el pronunciamiento de la Comisión Pericial⁷¹⁷; (vi) calcular, determinar, definir, fijar y estructurar las tarifas de distribución eléctrica⁷¹⁸; y (vii) asegurarse que las tarifas reflejen “en forma estricta el costo económico de adquirir y distribuir la energía eléctrica”, es decir, que el VAD sea el correcto según la LGE⁷¹⁹. Simple y llanamente, la CNEE no puede aprobar un VAD que según ella no cumpla con los criterios de la LGE.

512. Como bien indica el experto Dr. Aguilar:

Que la CNEE es el órgano regulador que debe “**cumplir y hacer cumplir**” la LGE y sus reglamentos (artículo 4 literal (a) de la ley) y es el órgano responsable de aplicar la LGE y el Reglamento (artículo 3 del Reglamento), incluyendo los principios y criterios legales que debe cumplir el VAD según la ley. Por lo tanto, quien debe asegurarse del cumplimiento de la LGE y su Reglamento, incluyendo todo lo relativo al VAD, es la CNEE, y esta responsabilidad es indelegable a cualquier órgano o entidad. [...]

[...]

⁷¹² LGE, **Anexo R-8**, art. 4(a); Reglamento, **Anexo R-36**, art. 3.

⁷¹³ LGE, **Anexo R-8**, arts. 4(c), 61; Reglamento, **Anexo R-36**, art. 97.

⁷¹⁴ LGE, **Anexo R-8**, art. 77.

⁷¹⁵ LGE, **Anexo R-8**, art. 74; Reglamento, **Anexo R-36**, art. 98.

⁷¹⁶ LGE, **Anexo R-8**, art. 5; Reglamento, **Anexo R-36**, art. 32.

⁷¹⁷ LGE, **Anexo R-8**, art. 76; Reglamento, **Anexo R-36**, arts. 92, 98.

⁷¹⁸ LGE, **Anexo R-8**, arts. 4(c), 71, 76, 61; Reglamento, **Anexo R-12**, art. 99.

⁷¹⁹ LGE, **Anexo R-8**, art. 76.

[L]a LGE asignó a la CNEE el papel de regulador y de cumplir y hacer cumplir la ley y sus reglamentos, incluyendo la responsabilidad de que las tarifas en todos sus componentes, incluido el VAD, cumplieran y se ajustaran a los criterios legales. Por ello, de acuerdo con el diseño de la LGE, es la CNEE la que es responsable de la aprobación de los estudios del VAD y las tarifas. El artículo 76 de la LGE es claro en el exigir que las tarifas que apruebe la CNEE “deberán reflejar en forma estricta el costo económico de adquirir y distribuir la energía eléctrica”, lo cual significa que la CNEE es responsable que las tarifas se basen en el VAD correcto según la LGE⁷²⁰.

513. En el caso presente, EEGSA y Bates White sabotearon continuamente en proceso de revisión tarifaria, de modo que el estudio Bates White no era confiable para la CNEE. Vale la pena destacar algunos episodios:

- (a) EEGSA y Bates White se negaron desde el inicio a presentar la información y documentación de soporte del estudio, a pesar de que la entrega temprana de la documentación, es decir, con anterioridad a la entrega de los informes de etapa, estaba prevista en los Términos de Referencia y era fundamental para que la CNEE pudiera analizar el estudio del distribuidor. Es decir, el estudio no era auditable por parte de la CNEE⁷²¹;
- (b) El estudio de Bates White, en sus diferentes versiones, nunca fue trazable. Es decir, las celdas de las planillas Excel conteniendo los datos, no estaban vinculadas entre sí y además contenían datos pegados que hacían imposible entender de donde provenían los datos. Esto hacía que el estudio no pudiera ser comprendido por la CNEE⁷²²;

⁷²⁰ Aguilar, **Apéndice RER-3**, párrs. 10(n), 28.

⁷²¹ Ver párrs. 391-393.

⁷²² *Ibid.*

- (c) Las diversas versiones del estudio presentaban serias deficiencias técnicas, como por ejemplo el calcular entre los costos a ser reconocidos en el VAD (y por lo tanto en la tarifa) de EEGSA, los costos de construir y mantener redes eléctricas subterráneas (mucho mas caras que las aéreas), que sin embargo no existen en la red real de EEGSA, ni estaban previstas en los Términos de Referencia⁷²³;
- (d) Los estudios daban resultados inconcebibles, lo que impedía siquiera tomarlos en cuenta. El primero, de 31 de marzo 2008 concluía con un aumento del 245% del VAD de EEGSA (es decir, requería más que triplicar la tarifa); un mes después el segundo estudio determinaba un aumento del VAD del 184%; en medio, el Presidente del Consejo de Administración de EEGSA, Sr. Gonzalo Pérez, había realizado una extraña visita a la CNEE diciendo que EEGSA se conformaba con un 10% de aumento del VAD⁷²⁴. La CNEE no podía confiar en estudios que daban resultados dispares y que no se correspondían para nada con lo que EEGSA estaba extrañamente dispuesta a aceptar aparentemente en una “negociación” directa con la CNEE.
514. Estos, y otros defectos en el modo de actuar de EEGSA y Bates White, caracterizaron el proceso de elaboración del estudio de Bates White, y muestran las dificultades a las que tuvo que hacer frente la CNEE en su tarea de supervisión.
515. La Comisión Pericial confirmó las deficiencias del estudio Bates White. En concreto, afirmó que este estudio no era confiable puesto que ni el modelo ni la base de datos presentados por Bates White eran auditables, carecían de la vinculación y trazabilidad necesaria⁷²⁵, y de la base de datos de soporte⁷²⁶. En su

⁷²³ Ver párrs. 403-405.

⁷²⁴ Ver Sección .III.F.6.c.

⁷²⁵ Informe de la Comisión Pericial, 25 de julio de 2008, **Anexo R-87**, págs. 15-17, 41, 71.

- dictamen, la Comisión Pericial afirmó que, “deb[ían] estar los vínculos entre todos los modelos realizados de manera que dichos cálculos pueden ser reproducidos” y deberán poder “ser corroborados por la CNEE”⁷²⁷. Tampoco contaba el estudio con los precios de referencia internacionales necesarios para que la CNEE evaluara los precios computados por Bates White en el modelo⁷²⁸. Además, el VNR estaba sobrevaluado⁷²⁹.
516. A la luz de todo esto, la CNEE consideró que no podía utilizar el estudio Bates White para establecer el VAD y las tarifas. Si no podía auditar el modelo, comprobar los costos presentados con la base de datos, cotejar los precios utilizados, etc., hubiera resultado descabellado utilizar el estudio Bates White y hacerse responsable de los errores contenidos en el mismo. La CNEE estimó que la regulación no solo le permitía sino que le exigía aprobar un estudio tarifario que le resultara confiable.
517. El VAD aprobado por la CNEE fue calculado bajo criterios estrictamente técnicos, sobre la base de un estudio de un consultor independiente, precalificado, la conocida empresa Sigla, que había incluso ya trabajado anteriormente y satisfactoriamente para EEGSA⁷³⁰. La Corte de Constitucionalidad dio la razón a la CNEE en sus sentencias de 18 de noviembre 2009 y 24 de febrero de 2010.
518. De todas maneras, la realidad es que TGH plantea una serie de supuestas irregularidades o incumplimientos por parte de la CNEE del marco regulatorio. La jurisprudencia no censura este tipo de actos como violatorios del estándar mínimo internacional de trato. Son cuestiones de derecho interno a ser sometidas a los

⁷²⁶ *Ibid*, pág. 41.

⁷²⁷ *Ibid*, pág. 17.

⁷²⁸ *Ibid*, págs. 34-36.

⁷²⁹ Ver Informe de la Comisión Pericial, 25 de julio de 2008, **Anexo R-87**, pág. 83 (Redes Subterráneas); págs. 78-79 (Salidas por Centro de Transformación), pág. 94 (Acometidas).

⁷³⁰ Ver párr. 319.

tribunales nacionales. Sólo si estos no dispensan justicia, puede haber una alegación de violación del estándar mínimo internacional de trato.

519. Como dijo el tribunal en *Waste Management*, un incumplimiento “is not to be equated with a violation of Article 1105 [estándar mínimo internacional]” si “some remedy is open to the [claimant] to address the problem”, y si no se puede “discern in the decisions of the [local] courts any denial of justice”⁷³¹. A pesar de esto, TGH no alega denegación de justicia.

3. La queja sobre el cálculo del VAD es, igualmente, una cuestión regulatoria, que tampoco da lugar a violación del estándar

520. TGH se queja de que el VAD aprobado por la CNEE fue, según TGH, demasiado bajo. TGH se equivoca como ya se ha explicado arriba⁷³².
521. El cálculo del VAD es una operación técnica compleja que la LGE regula como sigue: debe corresponder al “costo medio de capital y operación de una red de distribución de una empresa eficiente de referencia, operando en un área de densidad determinada” (artículo 71); debe contemplar como componentes básicos los “[c]ostos asociados al usuario, independiente de su demanda de potencia y energía”, “[p]érdidas medias de distribución”, “[c]ostos de capital, operación y mantenimiento asociados a la distribución” (artículo 72); el costo de capital se calcula en base al “Valor Nuevo de Reemplazo de una red de distribución dimensionada económicamente” (artículo 73)⁷³³.
522. Es curioso que TGH, aun quejándose del VAD aprobado por la CNEE, y fundando su reclamación de daños sobre el VAD que según ella debía haber sido aplicado en su lugar⁷³⁴, no presente ninguna prueba pericial de un experto en

⁷³¹ *Waste Management Inc. c. Estados Unidos Mexicanos* (Caso CIADI No. ARB(AF)/00/3) Laudo, 30 de abril de 2004, **Anexo CL-46**, párrs. 115, 130.

⁷³² Ver Sección III.F.

⁷³³ LGE, **Anexo R-8**, arts. 71-73.

⁷³⁴ Memorial de Demanda, párrs. 288-292.

tarifas eléctricas y del cálculo del VNR de una red de distribución, que explique como debían aplicarse las disposiciones indicadas en el párrafo precedente. Relega esta cuestión a un perito financiero y valuador que se limita a aplicar el estudio Bates White de 28 de julio de 2008 sin un análisis mínimamente crítico del mismo⁷³⁵. Guatemala presenta en cambio el informe del ingeniero Damonte que concluye como sigue:

Los principales resultados de este reporte son que, habiendo estudiado los antecedentes del Caso, especialmente el Memorial de Demanda y el Reporte de B. Kaczmarek, llego a las siguientes conclusiones:

- a) Que el estudio de BW 5-5-08 es inaplicable para el cálculo de tarifas de la EEGSA, por incumplir reiteradamente los Términos de Referencia de la CNEE aplicables a tal estudio.
- b) Que el estudio de BW 5-5-08 viola un principio básico de matemática financiera: Calcula el retorno de EEGSA sobre una Base de Capital sin depreciar.
- c) Que el estudio de BW 5-5-08, como resultado de la aplicación de una cantidad de supuestos inaceptables, resulta en un VNR y VAD notoriamente sobrevaluados.
- d) Que el estudio de BW 28-7-08 no cumplió adecuadamente en incorporar todos los pronunciamientos de la Comisión Pericial, por lo que no es posible aplicar sus resultados para la determinación de tarifas de la EEGSA. La omisión en aplicar varios de los pronunciamientos y la aplicación equivocada de otros, perpetúa algunas de las importantes sobrevaluaciones del VNR y del VAD, presentes en los estudios de BW anteriores, por lo que la aplicación del BW 28-7-08 produciría un injustificado e importante daño económico a los consumidores atendidos por la EEGSA.
- e) Que analizados los valores de VNR y VAD sancionados por la CNEE para el tercer período tarifario, utilizando herramientas de Benchmarking

⁷³⁵ Kaczmarek, **Apéndice CER-2**, párr. 153.

basadas en una muestra representativas de 60 empresas latinoamericanas, se llega a las siguientes conclusiones:

Los valores aplicados por la CNEE en el tercer período tarifario son razonables [...]736.

523. Por lo tanto, el VAD aprobado por la CNEE era el correcto. De todas formas, otra vez salta a la vista que la cuestión radica en la interpretación y aplicación de la regulación, esta vez en relación a cuestiones técnicas como cálculo del costo económico del servicio y la rentabilidad normal que el inversor debe poder obtener. Lo que dice TGH es que la CNEE fijó un VAD que no se ajusta a lo prescrito por la regulación. No es cierto, pero aunque lo fuera, lo que se habría producido es una infracción por parte de la CNEE de la regulación. No por ello se habría violado el estándar mínimo internacional.
524. Es importante subrayar como la Corte de Constitucionalidad en su sentencia de 18 de noviembre 2009 reafirmó sin tapujos el derecho de EEGSA a una tarifa justa de acuerdo al marco regulatorio⁷³⁷. Este marco no ha cambiado en nada fundamental y EEGSA goza plenamente de sus derechos tarifarios. La adquisición de EEGSA por parte de EPM corrobora todo esto.

4. Consciente de los defectos en su reclamación, TGH intenta etiquetar la conducta de la CNEE como de “arbitraria” sin definir dicho concepto y sin demostración alguna

525. Una muestra de cómo TGH es consciente de las limitaciones de su argumentación es el intento de subir el tono de la cuestión que presenta a este Tribunal, calificando las posiciones legítimamente tomadas por la CNEE como de “arbitrarias”, pero sin aportar ni un solo elemento de análisis del concepto de arbitrariedad.

⁷³⁶ Damonte, **Apéndice RER-2**, párr. 8.

⁷³⁷ Sentencia de la Corte de Constitucionalidad, Expedientes Acumulados Nos. 1836-1846-2009, 18 de noviembre de 2009, **Anexo R-105**, págs. 32-33.

526. TGH utiliza el término arbitrariedad no menos de veinte veces en relación con las medidas de las que se queja⁷³⁸, y el concepto de arbitrariedad es central en su argumentación jurídica. Tanto es así que el título de la sección donde intenta demostrar que Guatemala incumplió el Tratado se titula “Guatemala incumplió la obligación contemplada en el Tratado de brindar a la inversión de Teco un trato justo y equitativo al ignorar el informe de la Comisión Pericial y fijar tarifas en base a sus propios estudios, de manera arbitraria y haciendo caso omiso al marco legal correspondiente”⁷³⁹.
527. Ante esto, la ausencia de cualquier análisis jurídico de la arbitrariedad es muy revelador. Es claro que detrás de esta etiqueta emotiva y oportunista, no hay sustancia alguna. TGH pretende que el utilizar este término le baste para camuflar su demanda como reclamación bajo el Tratado a sabiendas que, de por sí, ni los hechos ni el derecho internacional dan fundamento alguno a su reclamación.
528. En cualquier caso, no ha existido arbitrariedad alguna en este asunto. Primeramente, es importante definir el concepto de arbitrariedad en derecho internacional. La Corte Internacional de Justicia en el asunto *ELSI* se refirió al concepto de arbitrariedad bajo el derecho internacional como sigue:

Arbitrariness is not so much something opposed to a rule of law, as something opposed to the rule of law [...].

Thus, the Mayor’s order was consciously made in the context of an operating system of law and of appropriate remedies of appeal, and treated as such by the superior administrative authority and the local courts. These are not at all the marks of an “arbitrary” act⁷⁴⁰.

⁷³⁸ Memorial de Demanda, párrs. 6, 10, 108, 167, 189, 225, 227, 228, 258, 259, 263, 266-268, 272, 276 y títulos de las Secciones II.F.3, III.A, III.C.

⁷³⁹ Memorial de Demanda, título de la Sección III.C. (Énfasis añadido).

⁷⁴⁰ *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI) (USA v. Italy)* [1989] ICJ Rep 15, 20 de julio de 1989, **Anexo RL-1**, párrs. 128-129.

529. La CIJ entendió que la arbitrariedad existe no simplemente cuando los actos de un órgano público puedan ser irregulares, o incumplan una norma jurídica, sino cuando muestran desprecio por los principios del Estado de derecho, es decir el principio de sometimiento de todos los poderes públicos al imperio de la ley. En concreto, no hay arbitrariedad cuando los actos, aun criticables, hayan sido tomados sobre la base de un sistema jurídico que funciona, y que otorga recursos judiciales apropiados.
530. La jurisprudencia internacional, además, ha rechazado que se pueda hablar de arbitrariedad cuando el acto atacado de un ente público “constituted the normal exercise of the regulatory duties”⁷⁴¹, o sea “producto de procesos racionales de toma de decisión”⁷⁴², o haya sido tomado “in the course of exercising its statutory obligations to regulate”⁷⁴³.
531. Como se ha evidenciado arriba⁷⁴⁴ y se recapitula en seguida abajo, las acciones de la CNEE sobre las cuales TGH basa su reclamación están bien fundamentadas en la ley y los principios de derecho guatemalteco, lo que además fue confirmado por la más alta autoridad judicial de Guatemala, la Corte de Constitucionalidad.
532. Pero es que además, aunque la CNEE hubiera podido cometer alguna equivocación o incluso irregularidad o ilicitud, que no lo hizo, la misma no podría constituir ninguna arbitrariedad de acuerdo con el derecho internacional, por la siguientes razones:

⁷⁴¹ *Ronald S. Lauder c. República Checa* (Caso CNUDMI) Laudo final, 3 de septiembre de 2001, **Anexo CL-38**, párr. 255.

⁷⁴² *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. y LG&E International Inc. c. República Argentina* (Caso CIADI No. ARB/02/1) Decisión sobre Responsabilidad, 3 de octubre de 2006, **Anexo CL-27**, párr. 158.

⁷⁴³ *Genin et al. c. República de Estonia* (Caso CIADI No. ARB/99/2) Laudo, 25 de junio de 2001, **Anexo RL-3**, párr. 370.

⁷⁴⁴ Ver Sección III.F.

- (a) La CNEE actuó en el ejercicio normal de sus deberes, facultades y responsabilidades regulatorias;
 - (b) Sus decisiones fueron producto de procesos racionales de toma de decisión;
 - (c) La CNEE interpretó y aplicó el marco regulatorio según su mejor entender, y se sometió en todo momento a los principios del Estado de derecho y de imperio de la ley, defendiendo su posición ante la justicia guatemalteca;
 - (d) Las decisiones de la CNEE fueron tomadas sobre la base de un sistema jurídico y de recursos judiciales disponibles; y
 - (e) La posición de la CNEE fue avalada por la Corte de Constitucionalidad de acuerdo con el derecho guatemalteco, en decisiones razonadas y fundadas.
533. Todos estos elementos no son, como dijo la CIJ en *ELSI*, “the marks of an ‘arbitrary’ act”⁷⁴⁵.
534. Además de todo ello, el estándar mínimo internacional no es infringido por cualquier arbitrariedad sino por aquella que sea particularmente manifiesta y chocante. Como dijo el tribunal en *Glamis Gold c. Estado Unidos*:

[T]o violate the customary international law minimum standard of treatment codified in Article 1105 of the NAFTA, [...] a breach requires something greater than mere arbitrariness, something that is surprising, shocking, or exhibits a manifest lack of reasoning⁷⁴⁶.

⁷⁴⁵ *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI) (USA v. Italy)* [1989] ICJ Rep 15, 20 de julio de 1989, **Anexo RL-1**, párr. 129.

⁷⁴⁶ *Glamis Gold Ltd. c. Estados Unidos de América* (Caso CNUDMI) Laudo, 8 de junio de 2009, **Anexo CL-23**, párrs. 616-617. Ver también *Cargill, Incorporated c. Estados Unidos Mexicanos* (Caso CIADI No. ARB(AF)/05/2) Laudo, 18 de septiembre de 2009, **Anexo CL-12**, párr. 293 (donde el tribunal sostuvo que para que haya arbitrariedad es necesario “una repudiación

5. Las sentencias de la Corte de Constitucionalidad son correctas y TGH no alega denegación de justicia

535. TGH se queja de las sentencias de la Corte de Constitucionalidad de 18 de noviembre de 2009 y 24 de febrero de 2010⁷⁴⁷, pero, como ya se ha dicho, no alega denegación de justicia. Al margen de especular con que la Corte “parece haber sido ‘influenciada por consideraciones políticas [...]’”⁷⁴⁸, sin dar fundamento o evidencia alguna, se limita a alegar que la Corte falló “erróneamente”⁷⁴⁹. Como se ha explicado arriba, aunque fuera verdad, un mero error judicial no es suficiente para constituir una violación de un tratado de protección de inversiones. Debe probarse denegación de justicia⁷⁵⁰, que TGH no intenta siquiera alegar, y que no existió.
536. TGH, además, se equivoca al tildar las sentencias de erróneas basándose en el informe del profesor Alegría. El profesor Alegría se centra en particular en la manera en que la Corte Constitucional interpretó la expresión “pronunciarse” del

imprevista y chocante de los propios fines y objetivos de una política”, o una subversión grave de “una ley o política nacional por un motivo oculto”).

⁷⁴⁷ Sentencia de la Corte de Constitucionalidad, Expedientes Acumulados Nos. 1836-1846-2009, 18 de noviembre de 2009, **Anexo R-105**; Sentencia de la Corte de Constitucionalidad, Expediente No. 3831-2009, 24 de febrero de 2010, **Anexo R-110**.

⁷⁴⁸ Memorial de Demanda, párr. 212. Ver también párrs. 275, 277.

⁷⁴⁹ Memorial de Demanda, párrs. 218. Ver también párrs. 212, 213, 215.

⁷⁵⁰ *Robert Azinian y otros c. Estados Unidos Mexicanos* (Caso CIADI No. ARB(AF)/97/2) Laudo, 1 de noviembre de 1999, **Anexo RL-2**, párr. 99 (“La posibilidad de considerar a un Estado internacionalmente responsable por decisiones judiciales no otorga, sin embargo, al demandante el derecho a solicitar una revisión internacional de las decisiones judiciales nacionales como si el tribunal internacional que conoce del caso tuviera plena competencia de apelación. Esto no es así generalmente, y tampoco en el caso del TLCAN. *Lo que debe demostrarse es que la propia decisión judicial constituye una infracción del tratado*. Aún si los demandantes convencieran a este Tribunal Arbitral de que los tribunales mexicanos actuaron incorrectamente con respecto a la nulidad del Contrato de concesión, esto no constituiría per se una infracción del TLCAN. Se necesita más; los demandantes deben acreditar una denegación de justicia o una pretensión de forma para conseguir un fin internacionalmente ilícito”. (Énfasis en el original).).

- artículo 75 de la LGE referido a la función de la Comisión Pericial⁷⁵¹. Según Alegría, el significado ordinario de “pronunciarse” es dar una decisión final⁷⁵².
537. Como se ha dicho arriba⁷⁵³, en lo referido a la interpretación textual, la ley guatemalteca remite al Diccionario de la RAE⁷⁵⁴. El Diccionario de la RAE da seis acepciones para el verbo “pronunciar”. El propio Diccionario de la RAE explica que la “acepción” es “[c]ada uno de los significados de una palabra según los contextos en que aparece.”⁷⁵⁵ En consecuencia, es claro que la acepción correcta de cualquier palabra depende del contexto en que esta sea usada.
538. Del análisis de las acepciones provistas para “pronunciar” por el Diccionario de la RAE, surge que la única acepción puramente pronominal (“se pronuncie”, tal como reza el artículo 75 de la LGE) del verbo es “[d]eclararse o mostrarse a favor o en contra de alguien o de algo”⁷⁵⁶. Esta fue la acepción que la Corte de Constitucionalidad hizo suya al analizar este término en el artículo 75 de la LGE⁷⁵⁷. De igual manera, el Diccionario Panhispánico de Dudas de la RAE explica que “pronunciar(se)” significa “manifestar la opinión sobre algo”⁷⁵⁸. Ello es precisamente la tarea de una comisión de peritos, congruente con la apreciación y declaración del mismo Ing. Bastos en su declaración en la audiencia del caso Iberdrola⁷⁵⁹.

⁷⁵¹ Alegría, **Apéndice CER-1**, párrs. 76-78. Ver también Secciones III.B.2.e y IV.B.1 arriba.

⁷⁵² Alegría, **Apéndice CER-1**, párr. 76.

⁷⁵³ Ver párr. 502.

⁷⁵⁴ Ley del Organismo Judicial, Decreto 2-89, 4 de febrero de 2005, **Anexo R-31**, art. 11.

⁷⁵⁵ Diccionario de la Real Academia Española, **Anexo R-153**. (Énfasis añadido).

⁷⁵⁶ Diccionario de la Real Academia Española, **Anexo C-50**. (Énfasis añadido).

⁷⁵⁷ Sentencia de la Corte de Constitucionalidad, Expedientes Acumulados Nos. 1836-1846-2009, 18 de noviembre de 2009, **Anexo R-105**, pág. 23.

⁷⁵⁸ Real Academia Española, Diccionario Panhispánico de Dudas, **Anexo R-154**. (Énfasis añadido).

⁷⁵⁹ Transcripción audiencia final Caso CIADI N. ARB/09/5, **Anexo R-140**, Tr., Día Dos, Bastos, págs. 650:8-11 (“La verdad es que la equivocación viene de decir “arbitraje” en vez de “pericia”. En realidad nuestro trabajo no era un arbitraje; era una pericia”).

539. El profesor Alegría se equivoca cuando favorece la acepción de “pronunciarse” que define a este término como “publicar la sentencia o auto”, por el mero hecho de que el diccionario de la RAE la califica como una acepción jurídica. Como ya se explicó más arriba⁷⁶⁰, la regla de interpretación contextual obliga a interpretar la palabra pronunciarse junto con la palabra “pericial”, puesto que quien se pronuncia según el artículo 75 es una comisión de peritos, quienes no están habilitados para publicar sentencia o auto alguno, sino mas bien, para “[d]eclararse o mostrarse a favor o en contra de alguien o de algo”⁷⁶¹.
540. La Corte de Constitucionalidad interpretó las funciones de la Comisión Pericial en el único modo posible de acuerdo con las responsabilidades de la CNEE como regulador en materia tarifaria y de determinación del VAD, como concluye el experto Dr. Aguilar:

En síntesis, las Sentencias de la Corte de Constitucionalidad de 18 de noviembre 2009 y 24 de febrero 2010 son adecuadamente razonadas y bien fundadas, y en mi opinión son absolutamente correctas desde el punto de vista del marco regulatorio y el ordenamiento jurídico guatemalteco en general. Las Sentencias se basan en el principio indiscutible de que la CNEE es el órgano regulador que debe “**cumplir y hacer cumplir**” la LGE y sus reglamentos (artículo 4 literal (a) de la LGE), incluyendo los principios y criterios legales que debe cumplir el VAD según la ley. Según reza el artículo 76 de la LGE las tarifas que apruebe la CNEE “**deberán reflejar en forma estricta el costo económico de adquirir y distribuir la energía eléctrica**”. La CNEE no podría cumplir con esta función en el caso que fuera la COMISIÓN PERICIAL la que finalmente aprobara los Estudios del VAD, y la CNEE tuviera que someterse a lo resuelto por la Comisión Pericial⁷⁶².

⁷⁶⁰ Ver párr. 212 arriba.

⁷⁶¹ Diccionario de la Real Academia Española, **Anexo R-153**. (Énfasis añadido).

⁷⁶² Aguilar, **Apéndice RER-3**, párr. 68.

C. TGH NO DEMUESTRA NINGUNA VIOLACIÓN DE EXPECTATIVAS LEGÍTIMAS POR DEROGACIONES FUNDAMENTALES DEL MARCO REGULATORIO

1. TGH se refiere a presuntas expectativas legítimas que habría adquirido en el momento de la privatización de EEGSA, cuando TGH ni siquiera existía

541. TGH alega también que la CNEE violó sus expectativas legítimas y así infringió el estándar mínimo internacional de trato justo y equitativo⁷⁶³. Curiosamente, TGH se refiere enteramente a presuntas expectativas legítimas que habría adquirido o que se le habrían generado en el momento de la privatización de EEGSA, cuando TGH ni siquiera existía.
542. Guatemala descubrió esto durante el proceso de solicitud de documentos de TGH por parte de Guatemala, basado en el punto 14 de las Minutas de la Primera Sesión del Tribunal. En su Notificación de Arbitraje, TGH se limitó a afirmar en modo escueto que su inversión en EEGSA era “indirecta”, sin aportar explicación o documentación alguna al respecto⁷⁶⁴. En su Memorial de Demanda TGH no hizo ni siquiera una mención a este tema. En consecuencia, Guatemala solicitó documentación sobre la estructura societaria de la inversión⁷⁶⁵. TGH envió varios diagramas sin dar ninguna explicación adicional⁷⁶⁶. De dichos diagramas, Guatemala pudo deducir que la estructura societaria de la inversión había sufrido abundantes cambios desde la privatización de EEGSA en 1998. En concreto, Guatemala pudo descubrir que TGH fue creada solo en 2005 y adquirió su participación indirecta en EEGSA en el mismo 2005.

⁷⁶³ Memorial de Demanda, párrs. 259-280.

⁷⁶⁴ Notificación de Arbitraje, párrs. 14, 26.

⁷⁶⁵ Carta de Freshfields a White & Case de 7 de noviembre de 2011, **Anexo R-142**.

⁷⁶⁶ Carta de White & Case a Freshfields de 18 de noviembre de 2011, **Anexo R-143**. Véanse diagramas en **Anexo R-158**.

543. Guatemala expuso este hecho a TGH y requirió documentación adicional sobre los cambios societarios ocurridos⁷⁶⁷, haciendo presente la inexactitud de la afirmación de TGH en su Solicitud de Arbitraje de que “[d]esde 1998, TGH, junto con Iberdrola y EDP, han poseído una participación controlante de aproximadamente 81% en EEGSA”⁷⁶⁸.
544. Dada a negativa de TGH de presentar dicha documentación⁷⁶⁹, Guatemala recurrió al Tribunal en base al punto 14 de las Minutas de la Primera Sesión del Tribunal, para que se ordenara a TGH presentar la documentación relevante⁷⁷⁰. Fue entonces que TGH accedió a presentar alguna documentación por carta de 13 de enero de 2012, y reconoció que había cometido “inadvertent misstatements” al afirmar que había poseído su participación en EEGSA desde 1998⁷⁷¹.
545. Como quiera que sea, gracias a su insistencia, Guatemala pudo aclarar esta cuestión, y darse cuenta también de que el error reconocido por TGH no es el único que ha cometido TGH respecto a la cuestión del momento en que realizó su inversión. Su Memorial de Demanda está plagada de afirmaciones incorrectas relativas a supuestas acciones de TGH y presuntas expectativas suyas en 1998. Por ejemplo, utilizando las definiciones “la Demandante” y “TECO” usadas por TGH para referirse a sí misma⁷⁷²:
- “A fines de la década de los noventa, Guatemala pretendió y consiguió obtener de la Demandante [...]”⁷⁷³;

⁷⁶⁷ Carta de Freshfields a White & Case de 29 de diciembre de 2011, **Anexo R-145**.

⁷⁶⁸ Notificación de Arbitraje, párr. 14.

⁷⁶⁹ Carta de White & Case a Freshfields de 3 de enero de 2012, **Anexo R-146**.

⁷⁷⁰ Carta de Freshfields a White & Case de 4 de enero de 2012, **Anexo R-147**.

⁷⁷¹ Carta de White & Case a Freshfields de 13 de enero de 2012, **Anexo R-148**.

⁷⁷² Según el párrafo 1 del Memorial de Demanda, la Demandante es también referida como “TECO” en el Memorial.

⁷⁷³ Memorial de Demanda, párr. 3.

- “La Demandante [TGH] decidió invertir en EEGSA como parte de un consorcio [...]”⁷⁷⁴;
- “En abril de 1998, Salomon Smith Barney confeccionó un Memorandum Informativo Preliminar [...], que se envió a los inversores estratégicos, incluida TECO [TGH]”⁷⁷⁵;
- “[A] TECO [TGH] le interesaba invertir en EEGSA y ‘considerábamos que esta privatización [...]’”⁷⁷⁶;
- “‘Las leyes [...] desempeñaron un papel fundamental en nuestra [TGH] decisión de participar en la subasta para privatizar EEGSA [...]’”⁷⁷⁷;
- “TECO [TGH] realizó un exhaustivo proceso de *due diligence* [...]”⁷⁷⁸;
- “[A]l promover la privatización de EEGSA, Guatemala informó a los posibles inversores, incluso TECO [TGH], [...]”⁷⁷⁹.

546. De hecho, todas las expectativas que, en su Memorial de Demanda, TGH dice tener respecto al marco regulatorio se fundan aparentemente en su supuesto entendimiento de dicho marco en 1998 y en las presuntas seguridades o promesas dadas a TGH, cuando fue privatizada EEGSA. Es obvio que esto es imposible. TGH no puede tener ninguna expectativa, ni tampoco pudo ser receptora de

⁷⁷⁴ Memorial de Demanda, párr. 45.

⁷⁷⁵ *Ibid.*, párr. 49.

⁷⁷⁶ *Ibid.*, párr. 56.

⁷⁷⁷ *Ibid.*, párr. 57. Véase la versión en inglés del Memorial donde queda claro que “nuestra decisión” se refiere a Teco.

⁷⁷⁸ *Ibid.*, párr. 59.

⁷⁷⁹ *Ibid.*, párr. 278.

- ninguna garantía, seguridad o promesa que surja en el momento de la privatización de EEGSA, cuando TGH ni siquiera existía.
547. En su carta de 13 de enero 2012, TGH sugiere que de algún modo ello no importa y que las expectativas que otras compañías del grupo tenían en 1998 son compartidas por TGH⁷⁸⁰, en modo automático y con carácter retroactivo cuando esta compañía nació en 2005. No explica como puede suceder un fenómeno de esta naturaleza.
548. La tesis de las expectativas legítimas aparece como esencial en la reclamación de TGH. No es posible que una cuestión tan central para este caso, según la propia TGH, se pretenda solventar con una teoría de contagio de expectativas, que no se entiende como habría operado. La jurisprudencia es clara que las expectativas legítimas que puedan ser protegidas por el derecho internacional son las de cada inversor en el momento en que se realizó la inversión inicial⁷⁸¹.
549. En síntesis, TGH no presenta ni demuestra la existencia de ninguna expectativa legítima propia en este caso.

2. En cualquier caso, el argumento de expectativas legítimas de TGH no tiene ningún soporte jurídico ni fáctico

550. En su análisis jurídico de la cuestión de pretendidas expectativas legítimas, TGH 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. Cita solo casos relativos a la regla de tratamiento justo y equitativo autónoma del derecho internacional consuetudinario⁷⁸².

⁷⁸⁰ Carta de White & Case a Freshfields de 13 de enero de 2012, **Anexo R-148**.

⁷⁸¹ *Parkerings-Compagniet AS c. Lituania* (Caso CIADI No. ARB/05/8) Laudo, 11 de septiembre de 2007, **Anexo RL-10**, párr. 331.

⁷⁸² Memorial de Demanda, párrs. 245-258.

551. En cualquier caso, la jurisprudencia, ya sea ésta basada en el tratamiento justo y equitativo como estándar mínimo internacional, o como autónomo del mismo y por tanto como estándar potencialmente más exigente para el Estado, no reconoce una violación de expectativas legítimas en un caso en el que a lo sumo habría (si TGH tuviera razón, que no la tiene) un incumplimiento de la regulación. Tampoco cuando a lo sumo haya habido reformas puntuales del marco regulatorio que no hayan derogado o abolido las premisas básicas de la regulación.

a. *El estándar de tratamiento justo y equitativo no protege cualquier expectativa sino solo aquellas basadas en compromisos específicos de estabilidad jurídica, que no existen en este asunto*

552. De todas maneras, el estándar de tratamiento justo y equitativo autónomo (que no es el estándar relevante en este caso) no protege cualquier expectativa del inversor. En particular, no protege las meras expectativas ordinarias que tiene todo inversor de que una autoridad pública no incumplirá un contrato administrativo o no cometerá alguna irregularidad bajo la regulación aplicable. Estas son controversias de derecho interno sobre las que son competentes los tribunales nacionales.

553. Esto deriva de la jurisprudencia citada anteriormente relativa a que una mera ilegalidad interna por parte de un regulador no da lugar a una violación del estándar mínimo internacional o la regla de tratamiento justo y equitativo⁷⁸³:

(a) *Genin c. Estonia*:

[W]hile the Central Bank's decision to revoke the EIB's licence invites criticism, it does not rise to the level of a violation of any provision of the BIT⁷⁸⁴.

(b) *ADF*:

⁷⁸³ Ver párrs. IV.A arriba.

⁷⁸⁴ *Genin et al. c. República de Estonia* (Caso CIADI No. ARB/99/2) Laudo, 25 de junio de 2001, **Anexo RL-3**, párr. 365.

[S]omething more than simple illegality or lack of authority under the domestic law of a State is necessary to render an act or measure inconsistent with the customary international law requirements of Article 1105(1). [...] ⁷⁸⁵.

(c) *SD Myers*:

[A] Chapter 11 tribunal does not have an open-ended mandate to second-guess government decision-making.[...] The ordinary remedy, if there were one, for errors in modern governments is through internal political and legal processes [...] ⁷⁸⁶.

(d) *Thunderbird*:

[A]cts that would give rise to a breach of the minimum standard of treatment prescribed by the NAFTA and customary international law as those that, weighed against the given factual context, amount to a gross denial of justice or manifest arbitrariness falling below acceptable international standards ⁷⁸⁷.

(e) *Saluka*:

[...] The Treaty cannot be interpreted so as to penalise each and every breach by the Government of the rules or regulations to which it is subject and for which the investor may normally seek redress before the courts of the host State ⁷⁸⁸.

(f) *GAMI*:

⁷⁸⁵ *ADF Group Inc c. Estados Unidos de América* (Caso CIADI No. ARB(AF)/00/1) Laudo, 9 de enero de 2003, **Anexo CL-4**, párr. 190.

⁷⁸⁶ *SD Myers Inc c. Canadá* (Caso CNUDMI) Primer Laudo Parcial, 13 de noviembre del 2000, **Anexo CL-41**, párrs. 261-263.

⁷⁸⁷ *International Thunderbird Gaming Corporation c. Estados Unidos Mexicanos* (Caso CNUDMI) Laudo, 26 de enero de 2006, **Anexo CL-25**, párr. 194.

⁷⁸⁸ *Saluka Investments B.V. c. República Checa* (Caso CNUDMI) Laudo Parcial, 17 de marzo de 2006, **Anexo CL-42**, párr. 442.

GAMI ha dado claros ejemplos de incumplimiento en la aplicación de importantes elementos de las reglamentaciones mexicanas. [...] Las acciones por mala administración podrían ser interpuestas ante los tribunales mexicanos. De hecho como incumplimientos del derecho administrativo mexicano no pueden ser interpuestas en ninguna otra jurisdicción. [...] GAMI no ha logrado probar en lo más mínimo que haya existido una “repudiación directa e injustificada” de las normas pertinentes. [...] ⁷⁸⁹.

(g) *Waste Management*:

[Failure to perform] is not to be equated with a violation of Article 1105, provided that it does not amount to an outright and unjustified repudiation of the transaction and provided that some remedy is open to the creditor to address the problem. [...] ⁷⁹⁰.

(h) *Parkerings*:

[M]any tribunals have stated that not every breach of an agreement or of domestic law amounts to a violation of a treaty. [...] In most cases, a preliminary determination by a competent court as to whether the contract was breached under municipal law is necessary. [...] ⁷⁹¹.

554. Si los tratados de protección de inversiones protegieran cualquier expectativa, cualquier incumplimiento regulatorio y contractual, o pequeña reforma de la regulación, sería automáticamente una violación del derecho internacional. Esto no es así. De otro modo se equipararían las protecciones internacionales con la mera aplicación del derecho doméstico, y se impediría cualquier adaptación o evolución de un marco regulatorio.

⁷⁸⁹ *GAMI Investments, Inc c. México* (Caso CNUDMI) Laudo Final, 15 de noviembre de 2004, **Anexo RL-7**, párrs. 100, 103, 104.

⁷⁹⁰ *Waste Management Inc. c. Estados Unidos Mexicanos* (Caso CIADI No. ARB(AF)/00/3) Laudo, 30 de abril de 2004, **Anexo CL-46**, párr. 115.

⁷⁹¹ *Parkerings-Compagniet AS c. Lituania* (Caso CIADI No. ARB/05/8) Laudo, 11 de septiembre de 2007, **Anexo RL-10**, párrs. 315-316.

555. El asunto *Parkerings c. Lituania* es ilustrativo. En *Parkerings* el tribunal analizó si el hecho de que la municipalidad se hubiera comportado irregularmente, en relación a la verificación del cumplimiento y posterior terminación de un contrato administrativo, constituía una violación del tratamiento justo y equitativo por haber frustrado las expectativas legítimas del inversor. El tribunal dijo:

The Claimant alleges a violation by the Municipality of Vilnius of its obligation to use its best efforts to ensure that the Government's laws and decrees furthered the successful development of the parking system. The Claimant alleges that following the different modifications of laws, it was deprived of various sources of income in violation of the Agreement. Moreover, the Claimant accuses the Representative of the Municipality and notably the Mayor of failing to act in good faith to protect and respect the Agreement and especially the economic interest of the Claimant in the performance of the Agreement.

It is evident that not every hope amounts to an expectation under international law. The expectation a party to an agreement may have of the regular fulfillment of the obligation by the other party is not necessarily an expectation protected by international law. In other words, contracts involve intrinsic expectations from each party that do not amount to expectations as understood in international law. Indeed, the party whose contractual expectations are frustrated should, under specific conditions, seek redress before a national tribunal. As stated by the Tribunal in *Saluka*, “[t]he Treaty cannot be interpreted so as to penalise each and every breach by the Government of the Rules or regulations to which it is subject and for which the investor may normally seek redress before the courts of the host State.”

In the case at hand, the Claimant alleges that the Municipality of Vilnius frustrated its legitimate expectation in violation of Article III of the Treaty [...] However, the Tribunal considers that the Claimant's expectations are, in substance, of a contractual nature. The acts and omissions of the Municipality of Vilnius, in particular any failure to advise or warn the claimant

of likely or possible changes to Lithuanian law, may be breaches of the Agreement but that does not mean they are inconsistent with the Treaty.

In conclusion, the Arbitral Tribunal finds that the Claimant has not been deprived of any legitimate expectation in violation of Article III of the Treaty⁷⁹².

556. Esto es plenamente aplicable al caso presente. Todo el mundo espera que la contraparte en un contrato o en un procedimiento regulatorio cumpla con las reglas y normas aplicables. Esta expectativa, no es la expectativa legítima que el derecho internacional protege a través del estándar de trato justo y equitativo. Cuando este tipo de expectativa contractual o regulatoria haya sido frustrada, el remedio es el acceso a los tribunales nacionales.
557. Como dijo el tribunal en *Glamis Gold*, “[m]erely not living up to expectations cannot be sufficient to find a breach of Article 1105 of the NAFTA”.⁷⁹³
558. Las expectativas legítimas que protege la obligación de trato justo y equitativo son otra cosa. Para generar estas expectativas, el inversor debe haber recibido garantías o compromisos específicos por parte del Estado respecto al mantenimiento del marco jurídico existente al momento en que se realizó la inversión. Lo clásico es una cláusula de estabilidad jurídica en los acuerdos contractuales que hayan servido como base para la inversión. En las palabras del tribunal en *Parkerings*:

It is each State’s undeniable right and privilege to exercise its sovereign legislative power. A State has the right to enact, modify or cancel a law at its own discretion. Save for the existence of an agreement, in the form of a *stabilisation* clause or otherwise, there is

⁷⁹² *Parkerings-Compagniet AS c. Lituania* (Caso CIADI No. ARB/05/8) Laudo, 11 de septiembre de 2007, **Anexo RL-10**, párrs. 343-346. (Subrayado añadido; cursiva en el original). Ver también *Gustav F W Hamster GmbH & Co KG c. República del Gana* (Caso CIADI No. ARB/07/24) Laudo, 18 de junio de 2010, **Anexo RL-14**, párrs. 335-337.

⁷⁹³ *Glamis Gold Ltd. c. Estados Unidos de América* (Caso CNUDMI) Laudo, 8 de junio de 2009, **Anexo CL-23**, párr. 620. (Énfasis añadido).

nothing objectionable about the amendment brought to the regulatory framework existing at the time an investor made its investment. As a matter of fact, any businessman or investor knows that laws will evolve over time. [...]

[...] an investor must anticipate that the circumstances could change, and thus structure its investment in order to adapt it to the potential changes of legal environment⁷⁹⁴.

559. En el mismo sentido, el tribunal en *EDF c. Rumania* dijo:

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

Further, in the Tribunal's view, the FET obligation cannot serve the same purpose as stabilization clauses specifically granted to foreign investors⁷⁹⁵.

560. En este caso no se han dado los compromisos específicos de estabilidad jurídica. Baste recordar que los Contratos establecen textual y expresamente que EEGSA:

[S]e obliga a cumplir con todas las disposiciones previstas en la Ley General de Electricidad y su Reglamento o modificaciones que estos sufran y demás

⁷⁹⁴ *Parkerings-Compagniet AS c. Lituania* (Caso CIADI No ARB/05/8) Laudo, 11 de septiembre de 2007, **Anexo RL-10**, párrs. 332-333. (Énfasis en el original).

⁷⁹⁵ *EDF Services (limited) v. Rumania* (Caso CIADI No. ARB/05/13) Laudo, 8 de octubre de 2009, **Anexo RL-13**, párrs. 217-218.

reglamentos y normas que sean de aplicación general.
[...]⁷⁹⁶.

561. Es decir no hay compromisos de estabilidad jurídica. Más bien al contrario: hay una aceptación de EEGSA, y por lo tanto de TGH, de que los cambios legislativos y reglamentarios le son plenamente aplicables. Dicha flexibilidad es además crítica en un contrato de 50 años donde habrá la necesidad de hacer mejoras al sistema regulatorio, consistentemente con las lecciones aprendidas en la operación del marco regulatorio.
562. Ante esta evidencia TGH intenta ampararse en el Memorándum Informativo Preliminar y el Memorándum de Venta confeccionados por Salomon Smith Barney, y el *Roadshow*⁷⁹⁷. Sin perjuicio de que se trata de documentos todos ellos no vinculantes⁷⁹⁸, en los mismos no se abordan tampoco las cuestiones que alega TGH. Estos documentos se limitan a describir el marco regulatorio en general y desde luego no establecen ninguna cláusula de estabilidad. Nada hay en ninguno de estos documentos especificando que:
- (a) La CNEE no tenga facultades para aprobar estudios tarifarios independientes que según ella mejor se ajusten a la regulación;

⁷⁹⁶ Contrato de Autorización para los Departamentos de Guatemala, Sacatepéquez y Escuintla, suscrito entre EEGSA y el Ministerio de Energía y Minas, 15 de mayo de 1998, **Anexo C-31**, Cláusula 20; Contrato de Autorización Definitiva de Distribución de Energía Eléctrica para los Departamentos de Chimaltenango, Santa Rosa y Jalapa, 2 de febrero de 1999, **Anexo R-20**, Cláusula 20. (Énfasis añadido).

⁷⁹⁷ Ver Memorial de Demanda, párrs. 260-261, y notas a pie de página 994, 1001.

⁷⁹⁸ Como reza el Memorándum de Venta:

Only such representations and warranties as contained in a final purchase agreement shall have legal effects. No information contained herein is or should be regarded as a future promise or statement. [...] Potential buyers shall carry out their own research, conducting an analysis of the terms of the corporate capitalization and the sale of EEGSA's shares owned by the State, in addition to the assets, the business and the market described herein.

Salomon Smith Barney, "EEGSA: Memorándum de Venta", mayo de 1998, **Anexo R-16**, pág. 2.

- (b) El pronunciamiento de la Comisión Pericial sea vinculante o esta Comisión sea la que apruebe los estudios tarifarios; o
 - (c) Ni mucho menos cual debe ser el resultado concreto de cada revisión tarifaria estableciendo de antemano los montos del VAD o del VNR en cada caso.
563. Todo lo contrario, los documentos citados enfatizan las facultades de la CNEE para aprobar los estudios del VAD y fijar las tarifas. Por ejemplo, el Memorándum de Venta explicó en términos inequívocos a los inversores que la CNEE, como órgano técnico e independiente (funcional y presupuestariamente) del MEM, sería el ente regulador y fiscalizador del sector, con la potestad de hacer cumplir la LGE y fijar las tarifas⁷⁹⁹.
564. TGH alega que entendió de esta documentación que el dictamen de la Comisión Pericial era vinculante y la CNEE no podía descartar el informe del consultor del distribuidor. Sin embargo, y a pesar de que Guatemala pidió, en su solicitud de documentos⁸⁰⁰, la documentación de respaldo, TGH fue incapaz de producir un solo documento. TGH alega haber efectuado un proceso de *due diligence* sobre el marco regulatorio guatemalteco⁸⁰¹, pero se ha negado a presentar información y documentación al respecto.

⁷⁹⁹ Salomon Smith Barney, “EEGSA: Memorándum de Venta”, mayo de 1998, **Anexo R-16**, págs. 54-55, donde se explica:

Las funciones básicas de la [CNEE] son, entre otros, [...] fijar las tarifas que determina la ley [...]. La Comisión, formalmente un órgano técnico del MEM con independencia funcional y presupuestaria, es el órgano regulador y fiscalizador del sector eléctrico. Las funciones básicas de la Comisión son: (1) hacer cumplir la Ley [...], (4) regular las tarifas de transmisión y distribución [...].

⁸⁰⁰ Ver Carta de Freshfields a White & Case de 7 de noviembre de 2011, **Anexo R-142**, Documentación A.2.

⁸⁰¹ Memorial de Demanda, párr. 59; Gillette, **Apéndice CWS-5**, párr. 8.

565. Por lo tanto, no se entiende que expectativa de estabilidad habría podido tener TGH en este caso. La cláusula 20 de los Contratos de Autorización de EEGSA es clara y meridiana de que no hay ninguna cláusula de estabilidad. Tampoco se entiende de donde TGH puede haber sacado su entendimiento del marco regulatorio hace 14 años sin ningún documento de respaldo. Nunca nadie, ni nada, estableció que la CNEE no pudiera ejercer su papel de regulador en relación a la determinación del VAD que según ella fuera acorde con la regulación, y debiera en cambio delegar esta función en un órgano contingente y temporal como la Comisión Pericial.
566. El experto Dr. Aguilar, que fue asesor jurídico en el proceso de redacción de la LGE, lo explica claramente en su informe. La garantía de “despolitización” del proceso de fijación de tarifas eléctricas bajo el nuevo marco regulatorio guatemalteco fue la creación de la CNEE como órgano técnico e independiente con responsabilidades tarifarias y de determinación del VAD, no la delegación de funciones en una Comisión Pericial. Nunca se le pudo crear ninguna expectativa legítima distinta a ningún inversor:

[C]on el objeto de garantizar la transparencia en el cumplimiento de la ley, se creó la CNEE, como un órgano técnico del MINISTERIO DE ENERGÍA Y MINAS – MEM en lo sucesivo-, a la que se le asignó, entre otras funciones, la de “definir las tarifas de transmisión y distribución de energía eléctrica y la metodología para su cálculo”, así como la de aprobar los costos de la actividad de distribución.

La creación de la CNEE, con sus atribuciones y funciones, fue la garantía de despolitización del sector eléctrico del país en la aplicación de la ley;

[...] como parte de su “**independencia funcional**”, **ninguna** entidad u órgano, distinto a la CNEE, conforme la LGE, sus reglamentos y disposiciones legales aplicables, tiene facultades para determinar o condicionar (más allá de la emisión de una opinión técnica-consultiva) las funciones de dicha comisión y mucho menos de atribuirse las mismas, lo que incluye,

pero no se limita, a la COMISION PERICIAL a que se refiere el artículo 75 de la LGE;⁸⁰².

b. *El estándar de tratamiento justo y equitativo censura sólo derogaciones fundamentales del marco regulatorio en contra de expectativas legítimas, que no han existido en este asunto*

567. Además de la necesidad de que hayan compromisos específicos para que se formen expectativas legítimas, la frustración de estas expectativas 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 específicos. En este asunto no existen tales compromisos específicos, pero además tampoco ha habido derogaciones legislativas y reglamentarias que podrían haber desmantelado las premisas fundamentales del marco jurídico.
568. Los asuntos relativos a la legislación de emergencia argentina de 2002 son representativos. Estos asuntos ilustran el tipo de medidas que sí pueden frustrar las expectativas legítimas del inversor. Nótese que TGH cita varios de esos laudos como si apoyaron su posición⁸⁰³, lo cual es incorrecto. Vale la pena examinar más en profundidad los casos argentinos.
569. En los casos sobre la emergencia argentina, los demandantes se quejaban de la destrucción fundamental del marco regulatorio y contractual del sector de los servicios públicos en Argentina por medio de la legislación de emergencia, incluyendo el servicio de transmisión y distribución de electricidad. En concreto, Argentina había abolido legislativamente las disposiciones sobre el cálculo de las tarifas en los servicios públicos y su revisión en caso de devaluación e inflación. Como se puede observar, se trata de un escenario mucho más grave que el presente. La reclamación de TGH concierne fundamentalmente una controversia

⁸⁰² Aguilar, **Apéndice RER-3**, párrs. 10 (b), (c), (f).

⁸⁰³ Ver Memorial de Demanda, párrs. 249-252, 270-271.

sobre la interpretación y alcance de ciertos derechos del distribuidor (y del regulador) en el contexto de una revisión tarifaria, y no su abolición.

570. En el primer laudo que fue emitido contra Argentina, el laudo *CMS*, relativo al régimen tarifario en el sector de transporte de gas, el tribunal analizó la jurisprudencia internacional sobre la regla de tratamiento justo y equitativo. El tribunal dijo:

Las medidas de que se reclama en efecto transformaron y modificaron totalmente el entorno jurídico y empresarial en relación al cual la decisión de invertir fue adoptada y llevada a la práctica. El análisis anteriormente hecho acerca del régimen tarifario y su relación con el patrón dólar y sus mecanismos de ajuste, demuestra inequívocamente que esos elementos ya no están presentes en el régimen que regula las actividades de negocios del Demandante.

[...]

El problema no es que sea necesario congelar el marco jurídico pues éste siempre puede evolucionar y ser adaptado a los cambios de las circunstancias, pero tampoco es que pueda eliminarse ese marco por completo cuando se han asumido compromisos específicos en sentido contrario. El derecho aplicable a las inversiones extranjeras y su protección ha sido desarrollado con el objetivo específico de evitar esos efectos jurídicos adversos⁸⁰⁴.

571. El marco regulatorio y contractual había sido “modificado totalmente”, o “eliminado por completo,” como dice textualmente el tribunal en *CMS*. Es este tipo de derogación fundamental, como en el caso *CMS* la eliminación del régimen tarifario que permitía el cálculo de las tarifas en dólares y sus mecanismos de ajuste, lo que frustra las expectativas legítimas y viola la obligación de tratamiento justo y equitativo.

⁸⁰⁴ *CMS Gas Transmission Company c. República Argentina* (Caso CIADI No. ARB/01/8) Laudo, 12 de mayo de 2005, **Anexo CL-17**, párrs. 275, 277. (Énfasis añadido).

572. Nótese también que el tribunal en *CMS* distingue estos cambios fundamentales de las adaptaciones y reformas normales y necesarias en todo sistema regulatorio: “no es que sea necesario congelar el marco jurídico pues éste siempre puede evolucionar y ser adaptado a los cambios de las circunstancias”⁸⁰⁵. Una regulación no puede quedar congelada durante 50 años y habrá, necesariamente, modificaciones menores, y adaptaciones, sobretodo en los primeros años de un nuevo régimen regulatorio.
573. En la misma línea, en *LG&E c. Argentina*, el tribunal estimó que Argentina había violado la regla de trato justo y equitativo por las derogaciones fundamentales del marco regulatorio y contractual, frustrando las expectativas legítimas del inversor:

Específicamente, fue injusto e inequitativo sancionar una ley revocando la garantía [...] relativa al cálculo de las tarifas en dólares americanos para luego ser convertidos a pesos. [...]

Argentina actuó de manera injusta e inequitativa cuando prematuramente abandonó el sistema de ajuste de tarifas por PPI y congeló las tarifas [...] se rehusó a reasumir los ajustes, [...] Los antecedentes han demostrado que el ajuste por PPI, que inicialmente sólo iba a ser pospuesto, fue abandonado por completo y luego derogado mediante “negociación”.

[...]

Asimismo, la Resolución N° 38/02, publicada el 9 de marzo de 2002, en la cual se ordenó a ENARGAS suspender todas las revisiones de las tarifas y abstenerse de hacer cualquier ajuste de tarifas o precios, constituye una violación del estándar del trato justo y equitativo.

[...] en el presente caso, este Tribunal estima que Argentina se extralimitó desmontando totalmente el marco jurídico establecido, el cual había sido

⁸⁰⁵ *CMS Gas Transmission Company c. República Argentina* (Caso CIADI No. ARB/01/8) Laudo, 12 de mayo de 2005, **Anexo CL-17**, párr. 277. (Énfasis añadido).

establecido precisamente para atraer a los inversionistas⁸⁰⁶.

574. Del mismo modo podemos citar el laudo *BG Group c. Argentina*:

Argentina [...] alteró completamente el entorno legal y comercial con la adopción de medidas radicales, comenzando en 1999 [...] La derogación por parte de Argentina del régimen de tarifas, del mecanismo de ajuste y de la aplicación del dólar estaba y está en contradicción con el Marco Regulatorio y con los compromisos específicos otorgados por Argentina, en los cuales BG se basó cuando decidió realizar la inversión. Con ello, Argentina violó los principios de estabilidad y previsibilidad inherentes al principio de trato justo y equitativo.

[...]

[...] la Ley de Emergencia y la legislación posterior se promulgaron para promover un nuevo pacto con las licenciatarias, impidiendo la aplicación y ejecución del Marco Regulatorio original. [...]

En resumen, [...] Argentina modificó fundamentalmente el Marco Regulatorio de inversiones [...]⁸⁰⁷.

575. Así pues, está claro que son solo alteraciones fundamentales del marco jurídico las que son censuradas por la regla de trato justo y equitativo⁸⁰⁸. No hay una

⁸⁰⁶ *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. y LG&E International Inc. c. República Argentina* (Caso CIADI No. ARB/02/1) Decisión sobre Responsabilidad, 3 de octubre de 2006, **Anexo CL-27**, párrs. 134, 136, 138-139. (Énfasis añadido).

⁸⁰⁷ *BG Group Plc. c. República Argentina* (Caso CNUDMI) Laudo Final, 24 de diciembre de 2007, **Anexo CL-9**, párrs. 307, 309-310. (Énfasis añadido).

⁸⁰⁸ TGH cita *Biwater Gauff c. Tanzania*. Memorial de Demanda, párrs. 257, 280. Este asunto concierne un cambio radical en el marco regulatorio, puesto que en lugar de un regulador independiente como requerido por la ley, Tanzania estableció como regulador nada menos que a un ministro y miembro del Parlamento. *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. c. República Unida de Tanzania* (Caso CIADI No. ARB/05/22) Laudo, 24 de julio de 2008, **Anexo CL-10**, párrs. 537-539, 542, 610, 615. Esto no se ha dado en absoluto en este asunto. TGH también cita *ADC c. Hungría* (Memorial de Demanda, párr. 254) que tampoco tiene nada en común con el presente asunto. En *ADC* hubo un claro cambio legislativo que resultó en la cancelación de los contratos con el inversor y en una pérdida total de la inversión. *ADC Affiliate Ltd. y ADC & ADMC Mgmt.*

- violación de expectativas legítimas en un caso en el que a lo sumo habría (si TGH tuviera razón, que no la tiene) un incumplimiento de la regulación. Tampoco cuando a lo sumo haya habido reformas parciales del marco regulatorio que no hayan derogado o abolido las premisas básicas de la regulación.
576. TGH no puede alegar derogaciones fundamentales del marco regulatorio en este caso. Como se ha explicado arriba, la argumentación de TGH, según sus propias palabras es que Guatemala incumplió la obligación de trato mínimo “al ignorar el informe de la Comisión Pericial y fijar tarifas en base a sus propios estudios, de manera arbitraria y haciendo caso omiso al marco legal correspondiente”⁸⁰⁹, todo ello en contra de “las expectativas legítimas de TECO”⁸¹⁰. Según la propia TGH es la forma en la que la CNEE interpretó y aplicó el marco regulatorio, incumpléndolo según TGH, lo que determina la frustración de las expectativas legítimas, no la abolición o alteración fundamental de dicho marco regulatorio.
577. Las únicas reformas de la regulación que se produjeron en este caso fueron las relativas a los artículos 98 y 98 Bis del Reglamento (la segunda, ni siquiera fue aplicada a EEGSA). Estas modificaciones no alteraron la sustancia del marco legal original ni la naturaleza, las atribuciones o el rol de la CNEE, como parece alegar TGH⁸¹¹.

i La reforma del artículo 98

578. Como se ha explicado arriba⁸¹², la reforma del artículo 98 reflejó una ordinaria evolución regulatoria para adaptar mejor el texto del artículo a los principios de la LGE. De hecho, la idea recogida en la reforma del artículo 98 del Reglamento en 2007 estaba ya contemplada en el artículo 99 del Reglamento, reformado en 2003.

Ltd c. La República de Hungría (Caso CIADI No. ARB/03/16) Laudo, 2 de octubre de 2006, **Anexo CL-3**, párr. 181, 184-189.

⁸⁰⁹ Memorial de Demanda, título de la Sección III.C.

⁸¹⁰ *Ibid.*, párr. 259.

⁸¹¹ *Ibid.*, párrs. 264-267.

⁸¹² Ver Sección III.E.

Así, en 2007 el artículo 98 pasó a establecer, como ya lo hacía el artículo 99 desde 2003, que ante una actuación obstruccionista del distribuidor, “la CNEE queda 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 el distribuidor”.

579. Aunque el referido cambio ya estaba, para todos los efectos, en vigor desde el 2003, EEGSA nunca recurrió ante la justicia contra esta reforma, que ahora se alega era “contraria a las disposiciones expresas de la LGE” y “inconstitucional” y, por lo tanto, constituye una modificación del marco regulatorio⁸¹³. Tampoco ningún otro distribuidor presentó ningún recurso contra la norma reformada. Contrariamente a lo que dice TGH, no existe ninguna “disposición expresa” en la LGE en contra del referido cambio. Tan es así que la propia TGH en realidad admite que no se queja de la reforma en sí, sino de la aplicación del artículo 98 por la CNEE: “la CNEE luego interpretaría y aplicaría la versión modificada del artículo 98 del RLGE de manera contraria a su sentido corriente”⁸¹⁴. Si la alegación es que la CNEE erró en la aplicación del artículo 98, entonces no es la reforma en sí la que causa agravio a TGH.
580. No sólo no hubo tal alteración del marco regulatorio, pero tampoco la aplicación de la norma en cuestión por la CNEE fue inconsistente con los postulados de la LGE. La facultad y responsabilidad de la CNEE sobre la aprobación de los estudios tarifarios de los distribuidores, y por tanto la posibilidad de descartar dichos estudios, está plenamente contemplada en la función de regulador de la CNEE que vela por “hacer cumplir” la LGE y es “responsable” de su aplicación⁸¹⁵. Los VADs solo son legales si cumplen los criterios de eficiencia según los Términos de Referencia aprobados. La CNEE puede y debe aprobar

⁸¹³ Memorial de Demanda, párr. 264.

⁸¹⁴ Memorial de Demanda, párr. 93.

⁸¹⁵ LGE, **Anexo R-8**, art. 4(c); Reglamento, **Anexo R-12**, art. 3. Ver e.g. párrs. 56, 202, 501, 510, arriba.

únicamente un estudio tarifario que cumpla con los requisitos legales, y no uno que no lo haga. Es de destacar que la Corte de Constitucionalidad respaldó la actuación de la CNEE en este caso en base a las atribuciones de ésta como órgano decisorio en materia tarifaria y el carácter no vinculante del dictamen de la Comisión Pericial, sin basarse directamente en la letra del artículo 98 reformado en 2007.

581. Como concluye el experto Dr. Aguilar:

Esta reforma, que en nada disminuye, incrementa, tergiversa o contraría las disposiciones contenidas en la Ley en cuanto a las facultades de la CNEE para la fijación de las tarifas por la prestación del servicio de distribución de energía eléctrica, tuvo por objeto evitar que el Distribuidor pudiera manipular, determinar o limitar las 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, con lo cual la reforma cumplió con el mandato legal establecido en: i) el artículo 60 de la LGE que establece que los costos propios de la actividad de distribución que apruebe la Comisión deberán corresponder a costos estándares de distribución de empresas eficientes; ii) el artículo 61 de la LGE que establece que las tarifas se estructurarán de modo que promuevan la eficiencia económica del sector; y iii) el artículo 76 de la LGE que establece que las tarifas deberán reflejar en forma estricta el costo económico de adquirir y distribuir la energía eléctrica⁸¹⁶.

582. No debe olvidarse una vez más que las reformas de un reglamento son normales y necesarias en una regulación que se aplica a concesiones de larga duración (aquí, 50 años). De hecho, las reformas estaban contempladas y aceptadas por la propia EEGSA en la Cláusula 20 de los Contratos de Autorización⁸¹⁷. El derecho

⁸¹⁶ Aguilar, **Apéndice RER-3**, párr. 38(c).

⁸¹⁷ Contrato de Autorización para los Departamentos de Guatemala, Sacatepéquez y Escuintla, suscritos entre EEGSA y el Ministerio de Energía y Minas, 15 de mayo de 1998, **Anexo C-31**,

internacional no censura en absoluto estas adaptaciones. Como dijo el tribunal en CMS: “el marco jurídico [...] siempre puede evolucionar y ser adaptado a los cambios de las circunstancias”⁸¹⁸.

ii *La reforma del artículo 98 Bis*

583. En el 2008, el Reglamento fue modificado añadiéndose un nuevo artículo 98 Bis⁸¹⁹. Como se ha explicado anteriormente, este artículo colmaba una laguna de la regulación⁸²⁰. Hasta ese momento, el mecanismo de la Comisión Pericial podía quedar bloqueado si las partes (la CNEE y el distribuidor) no se ponían de acuerdo sobre el tercer integrante de la Comisión Pericial. La reforma dispuso que las partes debían proponer tres candidatos cada uno que reunieran ciertos criterios de independencia respecto de las partes. Si no hubiera acuerdo, sería el Ministerio de Energía y Minas el que realizara el nombramiento de entre las personas indicadas por las partes.
584. Como explica el perito Dr. Aguilar, esta reforma no contradice los principios de la LGE, entre otras cosas porque la función de la Comisión Pericial es de orden técnico y auxiliar de la CNEE, que es órgano decisor:

Respecto al procedimiento para la selección del tercer miembro de la COMISIÓN PERICIAL, es de señalar que la reforma colmaba la laguna existente en el Reglamento en este punto. El Reglamento no establecía que sucedía si las partes no nombraban el tercer integrante de la COMISIÓN PERICIAL de común acuerdo. El proceso podía, así, quedar bloqueado. El artículo 98 BIS salvó esta situación, posibilitando la formación de la COMISIÓN PERICIAL. En cualquier

Cláusula 20; Contrato de Autorización Definitiva de Distribución de Energía Eléctrica para los Departamentos de Chimaltenango, Santa Rosa y Jalapa, 2 de febrero de 1999, **Anexo R-20**, Cláusula 20.

⁸¹⁸ CMS Gas Transmission Company c. República Argentina (Caso CIADI No. ARB/01/8) Laudo, 12 de mayo de 2005, **Anexo CL-17**, párrs. 277.

⁸¹⁹ Acuerdo Gubernativo del MEM 145-2008, 19 de mayo de 2008, publicado en el Diario de Centro América el 31 de julio de 2008, **Anexo R-72**.

⁸²⁰ Ver III.F.7.b.arriba.

caso, el MEM nombra el tercer integrante solo en caso de falta de acuerdo entre las partes y solo de entre los nombres propuestos por ellas, que deben ser personas que cumplan ciertos requisitos de independencia. Además, el nombramiento por parte del MEM es una solución lógica dado el papel de asesor de la CNEE que tiene la COMISION PERICIAL⁸²¹.

585. En cualquier caso, el artículo 98 Bis no fue aplicado a EEGSA en el caso presente, como reconoce TGH⁸²², por lo que no pudo causarle agravio.

D. CONCLUSIÓN: GUATEMALA NO HA VIOLADO EL ESTÁNDAR MÍNIMO INTERNACIONAL DE TRATO DEL ARTÍCULO 10.5 DEL TRATADO

586. En síntesis, el estándar mínimo internacional, que no es el estándar autónomo de trato justo y equitativo, protege solo contra conductas muy graves, como las manifiestamente arbitrarias o que repudian flagrantemente un marco regulatorio. Dicho estándar no censura una conducta regulatoria supuestamente contraria al derecho interno, salvo denegación de justicia. Reconoce un amplio margen de apreciación al Estado, y dichas irregularidades internas son para los tribunales locales.
587. TGH somete a este Tribunal la conducta de la CNEE supuestamente irregular bajo el marco regulatorio. Las alegaciones de TGH son incorrectas, pero aunque la CNEE se hubiera equivocado al interpretar el marco regulatorio, ello no podría en ningún caso constituir una violación del estándar mínimo internacional. Estas supuestas ilegalidades fueron sometidas a los tribunales locales, y en última instancia la Corte de Constitucionalidad falló a favor de la CNEE. Sin embargo, TGH no alega denegación de justicia, que, reiteramos, es lo único que hipotéticamente, si hubiera ocurrido (que no ocurrió), podría suponer una violación del estándar.

⁸²¹ Aguilar, **Apéndice RER-3**, párr. 44.

⁸²² Memorial de Demanda, párr. 135.

588. Respecto de su argumento de expectativas legítimas, TGH se refiere a presuntas expectativas que habría adquirido en el momento de la privatización de EEGSA, cuando TGH ni siquiera existía. No son por tanto expectativas propias que TGH pueda hacer valer. En cualquier caso, TGH no explica de donde podría surgir una expectativa de que la CNEE no tuviera facultades para aprobar estudios tarifarios independientes que según ella mejor se ajustaran a la regulación. Tampoco prueba donde se dijo que el pronunciamiento de la Comisión Pericial fuera vinculante o que esta Comisión fuera la que aprobara los estudios tarifarios. Nada en la regulación lo establece, y en realidad los poderes regulatorios de la CNEE, que siempre conoció TGH, excluyen que TGH haya podido tener las expectativas a las que se refiere.
589. Los fundamentos jurídicos de la teoría de TGH sobre expectativas legítimas también presentan serias deficiencias. 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. En los casos sobre el estándar autónomo de tratamiento justo y equitativo, además, la jurisprudencia es clara de que el estándar no protege cualquier expectativa sino solo aquellas basadas en compromisos específicos de estabilidad jurídica, que no existen en este asunto. Más bien al contrario, bajo los Contratos de Autorización, EEGSA aceptó explícitamente que las reformas de la regulación le serían plenamente aplicables.
590. Más allá de todo esto el estándar autónomo de tratamiento justo y equitativo censura sólo derogaciones fundamentales del marco regulatorio en contra de expectativas legítimas, que no han existido en este asunto. La comparación con los casos argentinos, que TGH invoca, es ilustrativa: aquí no se ha desmantelado ni destruido el régimen tarifario y las únicas reformas que hubo concernieron el Reglamento que por definición no pudieron modificar los principios de la LGE, y así lo expone la propia TGH.

V. EL CÁLCULO DE LOS SUPUESTOS DAÑOS DE TGH

591. A la luz de las consideraciones factuales y legales (tanto jurisdiccionales como sustantivas) desarrolladas en este Memorial de Contestación, ha quedado demostrado que Guatemala no ha violado el Tratado. Pero aún si este Tribunal considerara que (i) tiene jurisdicción para entender de esta disputa; y (ii) que Guatemala ha cometido una violación internacional al definir las tarifas para el quinquenio 2008-2013 en base al estudio Sigla, tal como explicamos a continuación, TGH no ha sufrido ningún daño.

A. LA METODOLOGÍA DE CÁLCULO UTILIZADA POR EL EXPERTO KACZMAREK

592. El experto de TGH, Brent Kaczmarek de Navigants Consulting Inc. (*NCI*), divide el cálculo de los supuestos daños a TGH en daño histórico y daño futuro.

593. El daño histórico (llamado por el experto “pérdida de flujo efectivo”), comprende el daño supuestamente sufrido entre el 1 de agosto de 2008 (momento de entrada en vigencia del cuadro tarifario 2008-2013) y el 21 de octubre de 2010 (fecha de la venta de las acciones de Teco en EEGSA). Para realizar este cálculo, el experto de TGH utiliza el método de flujo de fondos descontados (*FFD o flujo de fondos*), en dos escenarios distintos:

594. El escenario contra-fáctico, que es el escenario que supone que la CNEE utilizó el estudio de Bates White de 28 de julio de 2008 para determinar las tarifas 2008-2013. Kaczmarek basa su cálculo de FFD combinando los resultados de dicho estudio con proyecciones propias acerca de la evolución de los principales componentes de los flujos de fondos⁸²³.

⁸²³ Kaczmarek, **Apéndice CER-2**, párrs. 153-155 y Capítulo IX.

595. El escenario real, que es el escenario en que la CNEE aprueba las tarifas en base al estudio Sigla. Para el escenario real, el experto basa su cálculo de FFD principalmente en los estados contables de EEGSA⁸²⁴.
596. El daño futuro (llamado por el experto “pérdida de valor”), consiste en 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). Para calcular el valor de EEGSA, y de la participación de TGH en EEGSA, en dichos escenarios, Kaczmarek utiliza los siguientes métodos de valuación:
- por FFD; y
 - por múltiplos de comparables (usando empresas “abiertas” y por múltiplos de transacciones comparables) (**Comparables**).
597. Para realizar este cálculo de daños futuros, Kaczmarek luego promedia los resultados obtenidos con estos dos métodos de valuación (FFD y Comparables), tanto en el escenario real como contra-fáctico, en base a una serie de ponderadores *ad hoc*⁸²⁵.
598. En base a estos cálculos, Kaczmarek estima los daños históricos en US\$ 17,8 millones y los futuros en US\$ 219,3 millones, llegando a un total de presuntos daños de TGH de US\$ 237,1 millones⁸²⁶.

⁸²⁴ Kaczmarek, **Apéndice CER-2**, párrs. 153-155 y Capítulo IX.

⁸²⁵ *Ibid.*, párr. 218. Kaczmarek pondera un 60 por ciento al método de FFD, 30 por ciento al método de empresas abiertas comparables y el 10 por ciento restante al método de operaciones comparables. El experto fundamenta estos valores en base al nivel de confianza que tiene de cada uno de los métodos, la cual se relaciona con la cantidad de información disponible para el cálculo a la que tuvo acceso en cada uno de los métodos. Sin embargo, no fundamenta cuánticamente los ponderadores elegidos.

⁸²⁶ *Ibid.*, párr. 17.

B. LOS PRINCIPALES ERRORES EN LA VALUACIÓN REALIZADA POR EL EXPERTO KACZMAREK

1. Valuación por FFD (escenario contra-fáctico)

599. El principal problema de la valuación realizada por el experto Kaczmarek es la sobre-estimación del valor de EEGSA en el escenario contra-fáctico, es decir, el valor que EEGSA tendría si la CNEE hubiera fijado las tarifas en base al estudio de Bates White del 28 de julio en lugar de en base al de Sigla.
600. Como bien lo explican los expertos Abdala y Schoeters en su reporte, la valuación de Kaczmarek tiene tres fallas fundamentales respecto de las premisas que toma para hacer su valuación según el método de FFD⁸²⁷.

a. Costos operativos y de inversión proyectados por Kaczmarek

601. Para el cálculo de los daños históricos y futuros en el escenario contra-fáctico, Kaczmarek usa como premisa principal a fin de definir los ingresos, las proyecciones de ingresos del estudio de Bates White del 28 de julio⁸²⁸. Estos ingresos están calculados, teóricamente, para que EEGSA pueda hacer frente a los gastos de operación e inversión esperados en el futuro. Luego, sin embargo y curiosamente, cuando pasa a calcular los costos que efectivamente tendrá EEGSA en el futuro, Kaczmarek asume en su modelo costos de inversión y de operación significativamente más bajos (alrededor de 65 por ciento menores en inversiones y 26 por ciento menores en costos operativos). Esto resulta en un aumento artificial del valor de la empresa. En otras palabras, el “truco” de Kaczmarek es exigir ingresos tarifarios para mantener cierto nivel de costos de operación e inversiones, pero luego considerar que dichos costos no se producen, de modo que la empresa se ahorra costos y hace una ganancia injustificada.

⁸²⁷ M Abdala y M Schoeters, **Apéndice RER-1**, Sección III.2.1.

⁸²⁸ *Ibid.*, párr. 41.

602. A modo de ejemplo, en el caso de los costos de inversión, esta sobre-estimación de ingresos alcanza unos US\$ 50 millones por año⁸²⁹. Dado que como ya se explicó el sistema regulatorio guatemalteco tiende a la eficiencia, es claro que el regulador no le daría a EEGSA una tarifa que exceda en tal magnitud las inversiones eficientes⁸³⁰. El experto de TGH hubiera debido utilizar tanto los ingresos como los egresos reflejados en los estudios tarifarios utilizados para su valuación⁸³¹.

b. Proyecciones de Kaczmarek en base al VAD del estudio de Bates White del 28 de julio en el escenario contra-fáctico

(i) Kaczmarek utiliza el estudio del 28 de julio sin analizar su razonabilidad

603. El experto Kaczmarek utiliza como base de sus proyecciones de FFD para el cálculo de los daños históricos y futuros en el escenario contra-fáctico el VAD que surge del estudio de Bates White del 28 de julio. El experto, sin embargo, aplica este estudio sin verificar si sus premisas son razonables ni si incorpora la totalidad y correctamente los pronunciamientos de la Comisión Pericial⁸³². Como ya se explicó en la Sección III.F.13 más arriba, dicho informe no refleja correctamente la totalidad de los pronunciamientos. Así lo confirmaron tanto los consultores de la CNEE, Mercados Energéticos⁸³³, como el experto Damonte, quien realizó un análisis exhaustivo de la cuestión. Al incorporar los pronunciamientos posibles al estudio de Bates White del 5 de mayo, el Ing. Damonte llega a un valor de VNR aproximadamente un 40 por ciento inferior al del estudio del 28 de julio de Bates White, lo que resulta directamente en una

⁸²⁹ M Abdala y M Schoeters, **Apéndice RER-1**, párr. 20.

⁸³⁰ *Ibid.*, párr. 43.

⁸³¹ *Ibid.*, párrs. 45.

⁸³² *Ibid.*, Sección III.2.2.

⁸³³ Mercados Energéticos Consultores, “Revisión del Estudio del Valor Agregado de Distribución de EEGSA en Relación al Pronunciamiento de la Comisión Pericial”, julio de 2009, **Anexo R-103**. Ver también Mercados Energéticos, **Apéndice RWS-3**.

reducción sustancial del VAD⁸³⁴. Remarcamos que este valor solo refleja los cambios “posibles”⁸³⁵.

(ii) Kaczmarek utiliza un nivel de depreciación del VNR inadecuada

604. Como ya explicamos, la Comisión Pericial rechazó la postura mantenida por Bates White durante todo el proceso de revisión tarifaria respecto de que el retorno de EEGSA debía ser calculado sobre una base de capital (VNR) bruta (es decir, excluyendo depreciaciones acumuladas).
605. Sin embargo, la Comisión Pericial también rechazó la aplicación de los Términos de Referencia que consideraban que la base de capital sobre la cuál debía calcularse el retorno de EEGSA se encontraba depreciada en un 50 por ciento. Así, la Comisión Pericial propuso una fórmula alternativa que contemplaba depreciaciones sólo por cinco años para volver luego a tomar en cuenta un valor nuevo de las instalaciones.
606. Al utilizar el estudio de Bates White del 28 de julio, el experto Kaczmarek acepta, sin analizarla, la fórmula de recupero de capital alternativa de la Comisión Pericial. Como ya se explicó⁸³⁶, al proponer una fórmula alternativa para calcular el retorno de la inversión de EEGSA, la Comisión Pericial se extralimitó en sus poderes. Mas importante aún, como lo explican los expertos Damonte⁸³⁷ y Abdala y Schoeters⁸³⁸, esta fórmula contiene graves errores tanto conceptuales como de implementación algebraica y sobre-remunera al inversor. En las palabras del Ing. Damonte:

⁸³⁴ Damonte, **Apéndice RER-2**, Capítulo 5 y M Abdala y M Schoeters, **Apéndice RER-1**, párr. 50.

⁸³⁵ 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, Damonte, **Apéndice RER-2**, párr. 176.

⁸³⁶ Ver Sección III.F.9.c más arriba.

⁸³⁷ Damonte, **Apéndice RER-2**, Capítulo 6.

⁸³⁸ M Abdala y M Schoeters, **Apéndice RER-1**, Sección III.2.3.

La fórmula propuesta por la CP calcula el promedio de las depreciaciones más la renta del capital partiendo, en cada revisión tarifaria, de un capital sin depreciar y restando cada año las depreciaciones acumuladas, durante cinco años. [...] Conceptualmente significa que en cada período tarifario se comenzará con las depreciaciones acumuladas en cero y se depreciará durante cinco años solamente. Al siguiente período se repetirá el ciclo. Mi conclusión es que al aplicarla durante varios períodos tarifarios, estará depreciando los activos durante cinco años y luego se reincorporan al activo todas las depreciaciones devengadas durante los cinco años en el siguiente período tarifario. Ese procedimiento es claramente erróneo, como lo demuestra el Test del Valor Presente Neto⁸³⁹.

607. Dado que la fórmula propuesta por la Comisión Pericial implica una sobre-remuneración de EEGSA en el largo plazo, y que EEGSA nunca proporcionó el valor estimado de depreciación de su base de capital, el experto Damonte propone calcular el retorno de EEGSA aplicando una fórmula alternativa, que es la fórmula teórica de la Anualidad Constante. Este es un método comúnmente utilizado en la regulación y, en particular, fue utilizado en la revisión tarifaria de 2003. El ejercicio realizado por el Ing. Damonte resulta en un factor de depreciación de la base de capital de EEGSA de 1,42, lo que implica que la depreciación acumulada de la red es un 30 por ciento (es decir, que el retorno es calculado sobre el 70 por ciento restante sin depreciar)⁸⁴⁰.
608. Como ya explicamos⁸⁴¹, si EEGSA hubiera aportado el valor de la depreciación de sus activos en lugar de mantener su posición de que se la remunerara sobre el valor bruto de su base de capital, no sería necesaria esta estimación. El enfoque utilizado por el Ing. Damonte es conservador cuando se lo compara con los valores acordados por la CNEE con Deorsa y Deocsa cuando cuestionaron el 50

⁸³⁹ Damonte, **Apéndice RER-2**, párrs. 178-179. Ver también Capítulo 6.2.

⁸⁴⁰ 1,42 en baja tensión y 1,41 en media tensión, Abdala y Schoeters, **Apéndice RER-1**, Sección III.2.3; párr. 71 y Damonte, **Apéndice RER-2**, Capítulo 6.3.

⁸⁴¹ Ver párr. 400 más arriba.

por ciento de depreciación establecido en los Términos de Referencia. En las palabras del Ing. Damonte:

Cabe notar que en el caso de la revisión tarifaria de Deorsa y Deocsa de 2008, en la cual mi consultora Quantum participó como consultor de esas distribuidoras, consideramos que el 50 por ciento de depreciación establecidos en los TdR no reflejaban la realidad de las empresas. En este contexto, presentamos a la CNEE las explicaciones pertinentes y la CNEE aceptó cambiar el nivel de depreciación acumulada al 42.2%, lo que equivale a un $f=1.73$. Entiendo que EEGSA nunca realizó un análisis similar dado que su objetivo no era obtener el reconocimiento de un nivel mayor de depreciación sino simplemente pretendía calcular la renta sobre el valor bruto de la base de capital, sin depreciar⁸⁴².

2. Valuación por Comparables (escenario contra-fáctico y real)

609. Además de los problemas mencionados anteriormente, el informe de Kaczmarek contiene errores en su valuación de daños futuros por Comparables en los escenarios contra-fáctico y real. Si bien dichos métodos pueden resultar útiles en ciertos contextos, no son relevantes en el presente caso por los siguientes motivos⁸⁴³:

- El reducido número de observaciones en las muestras utilizadas por Kaczmarek en cada una de sus valuaciones por Comparables (*i.e.*, 12 empresas abiertas y 9 transacciones) hacen que las mismas sean volátiles y poco confiables⁸⁴⁴.

⁸⁴² Damonte, **Apéndice RER-2**, párr. 192.

⁸⁴³ M Abdala y M Schoeters, **Apéndice RER-1**, Sección III.2.4.(a)

⁸⁴⁴ *Ibid.*, párr. 73. Incluso el propio Kaczmarek reconoce no confiar plenamente en sus cálculos de valuaciones por comparables dada la poca disponibilidad y la baja calidad de la información, Kaczmarek, párr. 218.

- Las empresas y operaciones seleccionadas son comparables lejanos, los cuales poseen características diferentes a las de EEGSA. Ello fue incluso reconocido por TGH, en los reportes anuales de su casa matriz⁸⁴⁵.
- Las valuaciones por Comparables en el escenario contra-fáctico se basan en el EBITDA estimado por Kaczmarek a través del método de FFD, el cual, como ya se explicó, adolece de errores que invalidan su aplicación⁸⁴⁶.
- La ponderación *ad hoc* utilizada por Kaczmarek para realizar el promedio entre los resultados de los métodos FFD y Comparables no solo carece de fundamento si no que es tendenciosa. El experto Kaczmarek le asigna una mayor ponderación a las empresas o transacciones de múltiplos más elevados resultando así en una mayor valuación de EEGSA, lo cual trae como resultado un aumento artificial de su estimación del presunto daño⁸⁴⁷.

610. En conclusión, el uso de Comparables no es recomendable para el presente caso. Al ser EEGSA una empresa altamente regulada, una vez dirimidas las diferencias en los parámetros clave de la revisión tarifaria, los FFD pueden ser proyectados con un grado de certidumbre aceptable y, por lo tanto, debe ser el método preferido.

⁸⁴⁵ Reporte Anual 2009 en formato 10-K de TECO Energy, Inc., p.117, **Anexo R-112**. (“Mientras que precios cotizados en mercados activos proporcionan la mejor evidencia del valor justo, estos no están disponibles ya que TECO Guatemala no ha recibido ninguna oferta para la compra de su inversión en DECA II. Adicionalmente, los múltiplos de ganancias o cualquier otra medida de rendimiento para determinar el valor justo no se encuentran disponibles ya que no hay entidades comparables en Guatemala que hayan sido vendidas recientemente. Si bien ha habido ventas similares en América Central, estas ventas no son comparables a la inversión de TECO Guatemala debido a los diferentes entornos regulatorios, económicos y de crecimiento a lo largo de América Central. Por lo tanto, en la realización de la evaluación de deterioro de la inversión de la compañía en DECA II, la empresa utiliza flujos de fondos descontados del modelo de negocio de cada grupo de activos significativo de DECA II.” [traducción propia]. Abdala y Schoeters, **Apéndice RER-1**, párr. 73 y 76.

⁸⁴⁶ M Abdala y M Schoeters, **Apéndice RER-1**, párr. 74.

⁸⁴⁷ | M Abdala y M Schoeters, **Apéndice RER-1**, párr. 75.

3. La venta de DECA II refleja el valor correcto de EEGSA en el escenario real

611. Como ya se explicó, el experto Kaczmarek calcula el valor de EEGSA en el escenario real en base a (i) proyecciones de flujo de fondos basados en los estados contables de EEGSA para los daños históricos; y (ii) y una combinación de proyecciones de flujo de fondos en base al estudio Sigla y Comparables, para los daños futuros. Todas estas valuaciones implican, sin embargo, además de los problemas ya identificados, presunciones y riesgos que son innecesarios en el presente caso en el que existe una transacción de venta en el escenario real.
612. Como ya se adelantó, en 2010, EPM adquirió el interés indirecto de TGH en EEGSA. En este contexto, el precio pagado por EPM para adquirir el paquete accionario de DECA II es la mejor referencia disponible del valor de EEGSA, ya que ha sido acordada entre dos partes independientes en condiciones libres de mercado (*i.e.*, bajo el principio *arm's length*). Asimismo, dicha transacción se encuentra libre de posibles errores en los supuestos utilizados en la valuación de FFD y, en especial, libre de las desventajas de la falta de comparación con EEGSA que tienen las empresas seleccionadas en el método de Comparables. Por ello, como lo explican los expertos Abdala y Schoeters, la información sobre la venta a EPM es la que debe ser utilizada como información primaria para calcular el valor de EEGSA en el escenario real y no los métodos utilizados por Kaczmarek⁸⁴⁸.
613. Aclarado este punto, es importante analizar cómo se determina el valor de EEGSA a partir del precio pagado por EPM por la *holding* DECA II. En sus presentaciones iniciales, TGH (al igual que su socio Iberdrola en su arbitraje en curso), se negó a proveer valuaciones internas o externas reflejando el precio pagado por EPM por EEGSA. Tanto TGH como Iberdrola sostuvieron que la

⁸⁴⁸ M Abdala y M Schoeters, **Apéndice RER-1**, párr. 80. Si bien Kaczmarek reconoce que el precio pagado por EPM es una buena aproximación del valor de EEGSA en el escenario real, lo utiliza como *benchmark* para justificar sus valuaciones pero lo descarta en su cálculo del presunto daño, sin justificación alguna.

oferta realizada por el comprador fue global y que no era posible identificar el precio pagado por EEGSA de esta transacción. En este contexto, ambos socios en sus respectivos arbitrajes solicitaron a sus expertos que realizaran una estimación del valor implícito de EEGSA en la venta de DECA II⁸⁴⁹.

614. El experto Kaczmarek, calculó este valor en US\$ 498 millones⁸⁵⁰. Como lo explican los expertos Abdala y Schoeters, el experto de TGH sub-estimó el valor de EEGSA, utilizando información del EBITDA de EEGSA correspondiente al ejercicio fiscal del año 2009. Así, el experto omitió utilizar información más actualizada y disponible al momento de la venta de DECA II, la cual refleja en forma más precisa y contemporánea la realidad del negocio de EEGSA. Utilizando la información de EBITDA disponible de los últimos 12 meses previos a la venta de DECA II, los expertos Abdala y Schoeters llegan a un valor de EEGSA de US\$ 518,0 millones⁸⁵¹.
615. Ahora bien, en el contexto del procedimiento de producción de documentos (y a pedido expreso de Guatemala), TGH envió un documento preparado por su asesor financiero en el contexto de la venta de sus acciones de EEGSA, Citibank, del que surge un valor de EEGSA en US\$ 582 millones⁸⁵². Este valor es, por lo tanto, el que debería utilizarse como el valor de EEGSA en el escenario real ya que es el valor proporcionado por el mismo TGH. Como se explica en detalle más abajo, utilizando este valor en el escenario real muestra que TGH no sufrió ningún daño. Los expertos Abdala y Schoeters, de todos modos, han aportado el cálculo inferido de la venta como lo propone TGH, pero con información actualizada (US\$ 518,0), para el caso que el Tribunal decidiera utilizar un valor de EEGSA

⁸⁴⁹ Memorial de Demanda, párr. 305; Kaczmarek, **Apéndice CER-2**, párr. 241.

⁸⁵⁰ Kaczmarek, **Apéndice CER-2**, párr. 241.

⁸⁵¹ M Abdala y M Schoeters, **Apéndice RER-1**, párr. 81.

⁸⁵² Esto surge de considerar la participación de la valuación del capital de EEGSA (mínimo de US\$ 373,2 y máximo de US\$ 448,2) en el capital de DECA II (mínimo de US\$ 572,1 y máximo de US\$ 669,6) Ver Carta de Citi al Directorio de Teco Energy, Inc., 14 de octubre de 2010, **Anexo R-128**, pág. 7 y Abdala y Schroeters, párr. 82.

inferido en lugar del proporcionado por el propio asesor financiero de TGH Citibank en el contexto real de la venta de su participacion en EEGSA. No hay mejor prueba⁸⁵³.

C. VALUACIÓN CORREGIDA DEL PRESUNTO DAÑO DE TGH

616. Como hemos explicado en la sección anterior, la valuación de TGH adolece de varios errores fundamentales⁸⁵⁴.

617. Para corregir dichos errores, los expertos Abdala y Schoeters realizan lo siguiente⁸⁵⁵:

- Escenario contra-fáctico: reemplazan las proyecciones del experto Kaczmarek realizadas en base al estudio de Bates White del 28 de julio por proyecciones basadas en el recálculo proporcionado por el Ing. Damonte del estudio de Bates White del 5 de mayo incorporando todos los pronunciamientos “posibles” de la Comisión Pericial y utilizando, en lugar de la FRC propuesta por la Comisión Pericial, la FRC propuesta por el Ing. Damonte basada en el método de Anualidad Constante⁸⁵⁶. Asimismo, en sus proyecciones utilizan un nivel de gastos de inversión y operativos consistentes con el estudio tarifario utilizado evitando así sub-estimar o sobre-estimar el valor de EEGSA en este escenario.
- Escenario real: utilizan el valor de EEGSA proporcionado por Citibank y proporcionan como alternativa, el valor derivado de la transacción calculado con la metodología de EBITDA propuesta por Kaczmarek pero utilizando valores actualizados.

⁸⁵³ M Abdala y M Schoeters, **Apéndice RER-1**, párr. 81.

⁸⁵⁴ Los expertos M Abdala y M Schoeters, han identificado otros errores menos relevantes y los desarrollan en detalle en su reporte. M Abdala y M Schoeters, **Apéndice RER-1**, Sección III.2.4.c.

⁸⁵⁵ M Abdala y M Schoeters, **Apéndice RER-1**, párr. 81.

⁸⁵⁶ M Abdala y M Schoeters, **Apéndice RER-1**, párrs. 37-38, 58 y Damonte, **Apéndice RER-2**, Capítulo 6.

618. Una vez enmendados estos errores por los expertos de Guatemala, el presunto daño calculado originalmente por el experto Kaczmarek en US\$ 237,1 millones, se reduce a cero si se utiliza el valor de EEGSA proporcionado por Citibank o a US\$ 5,3 millones, en US\$ de octubre de 2010, utilizando en un valor inferido de la Venta en el escenario real. Debajo se resumen los resultados obtenidos luego de aplicar las correcciones necesarias a la valuación de Kaczmarek⁸⁵⁷.

Valuación del Presunto Daño: Modelo NCI Corregido
– US\$ MM de octubre de 2010

Valuación de EEGSA (al 21-oct-10)	Contra-fáctico	Real	
		FFD Citibank	EBITDA pro-rata
Valor Empresa	587,6	582,0	518,2
Deuda Neta de EEGSA	87,6	87,6	87,6
Valor del Capital Accionario	500,0	494,4	430,6
Valor del Capital Accionario de TGH (24,26%)	121,3	120,0	104,5
Flujos a TGH			
Flujos Históricos	12,8	24,4	24,4
Flujos Futuros	121,3	120,0	104,5
Total	134,1	144,3	128,8
Presuntos Daños Totales a TGH		0,0	5,3

Fuente: Abdala Schoeters

Nota: Los totales puede diferir de la suma de los componentes individuales debido a redondeos.

619. Asimismo, si este Tribunal considerara que EEGSA y su consultor tenían la obligación legal de presentar la información que justificara una modificación de la FRC establecida en los Términos de Referencia y que reflejaba una depreciación de los activos del 50 por ciento (tal como lo hicieron Deorsa y Deocsa), y en tanto y en cuanto éstos mantuvieron injustificadamente el requerimiento de que su base de capital fuera remunerada de acuerdo al valor bruto de sus activos y no neto de

⁸⁵⁷ M Abdala y M Schoeters, **Apéndice RER-1**, párr. 95.

depreciaciones acumuladas, los Términos de Referencia deben prevalecer, los presuntos daños en el presente caso serían también nulos⁸⁵⁸.

D. RAZONABILIDAD DE LA VALUACIÓN DE LOS EXPERTOS ABDALA Y SCHOETERS

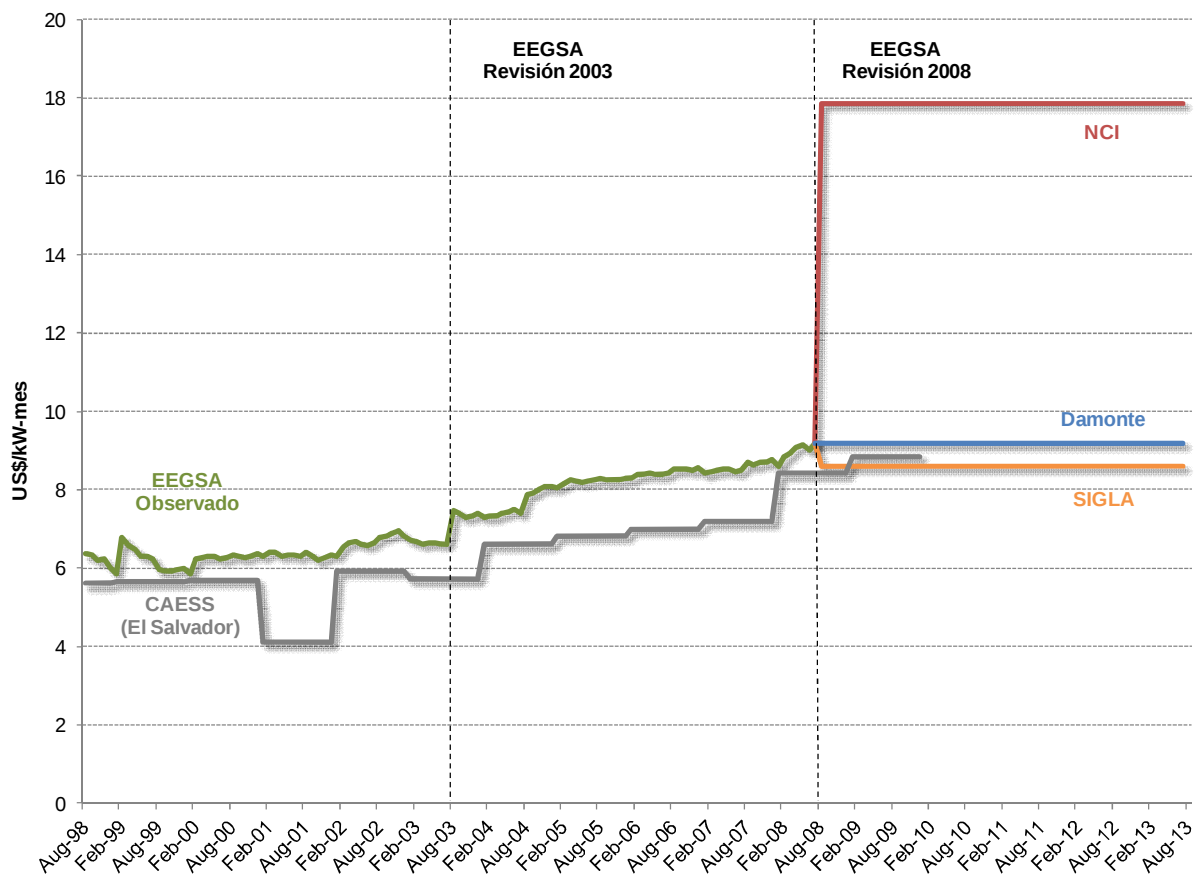
620. A fin de proporcionar al Tribunal un parámetro objetivo para juzgar la razonabilidad de los resultados obtenidos por los expertos Abdala y Schoeters en su valuación, éstos presentan en su reporte una comparación de las tarifas que se desprenden de su valuación con las de una empresa comparable en El Salvador. Así, los expertos Abdala y Schoeters presentan una comparación tanto del VAD histórico de EEGSA en baja tensión hasta la revisión tarifaria de 2008, como de las tarifas calculadas por Kaczmarek, Sigla y ellos.
621. Como puede observarse en el gráfico más abajo, el VAD que se desprende del enfoque propuesto por Abdala y Schoeters continúa con la tendencia histórica, mientras que el VAD obtenido por Bates White y utilizado por Kaczmarek en su valuación se encuentra muy por encima del VAD histórico de EEGSA. A su vez, y para poner estos resultados en contexto, en el gráfico también se comparan estos VADs (tanto antes como después de la fijación tarifaria de 2008) con el VAD de CAESS, la principal distribuidora eléctrica de El Salvador, país usado como referencia para establecer las tarifas de EEGSA en el primer quinquenio 1998-2003⁸⁵⁹. Como se puede observar, tanto la evolución histórica del VAD de EEGSA, como el VAD implementado por el análisis de Abdala y Schoeters, están en línea con el VAD de CAESS⁸⁶⁰.

⁸⁵⁸ M Abdala y M Schoeters, **Apéndice RER-1**, párr. 96.

⁸⁵⁹ Damonte, **Apéndice RER-2**, párr. 234.

⁸⁶⁰ M Abdala y M Schoeters, **Apéndice RER-1**, párrs. 104-105.

Valor Agregado de Distribución (VAD) – Baja Tensión



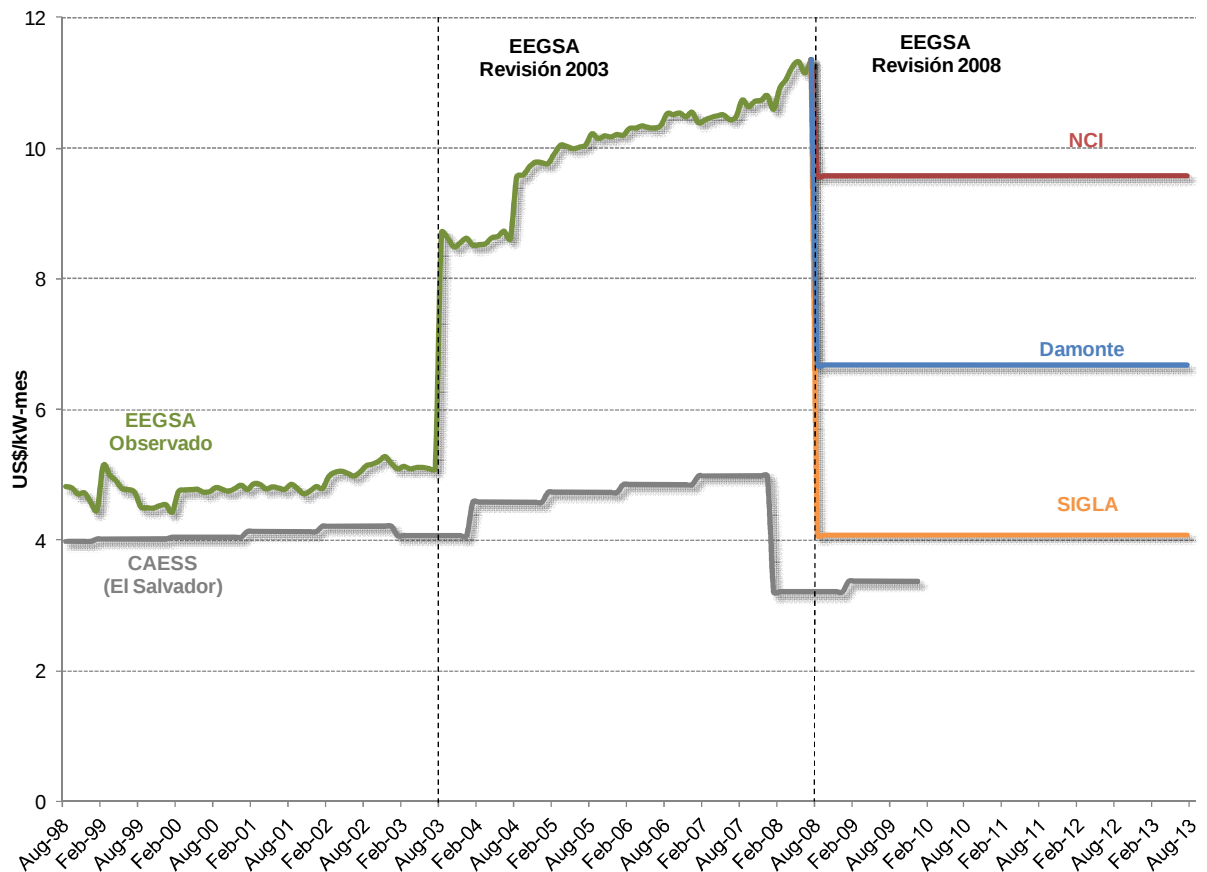
Fuente: Abdala y Schoeters (A&S)

Nota: Desde agosto de 2008 en adelante las tarifas corresponden a la tarifa inicial expresada en US\$ de agosto de 2008.

622. En el gráfico más abajo, que muestra el VAD de media tensión, se puede observar que en la fijación tarifaria de 2003 dicho VAD sufrió un importante incremento con respecto a los años anteriores. Es interesante ver cómo el VAD computado por Damonte y utilizado por Abdala y Schoeters, si bien es más bajo que el VAD de las tarifas determinadas para 2003-2008, continúa la tendencia de los años previos, aunque con un leve aumento. A su vez, tanto VAD que se desprende del

las correcciones realizadas por el Ing. Damonte al estudio del 5 mayo, como el de Sigla implementado por la CNEE, está aún por encima del de CAESS⁸⁶¹.

Valor Agregado de Distribución (VAD) – Media Tensión



Fuente: Abdala Schoeters (A&S).

Nota: Desde agosto de 2008 en adelante las tarifas corresponden a la tarifa inicial expresada en US\$ de agosto de 2008.

E. INTERESES PRE Y POST LAUDO

623. Para actualizar los presuntos daños hasta la fecha del laudo, el experto Kaczmarek propone tres alternativas, pero no explica ni fundamenta el criterio por el cual

⁸⁶¹ M Abdala y M Schoeters, **Apéndice RER-1**, párr. 863.

seleccionó las mismas, ni se inclina por alguna en particular. Estas alternativas implican utilizar como tasa de interés:⁸⁶²

- o El rendimiento de los bonos soberanos de Guatemala;
- o La tasa que cobran los bancos de EE.UU. a las empresas más solventes de dicho país (“tasa preferencial”) más una prima de 2%⁸⁶³; o
- o La tasa LIBOR más una prima de 4%⁸⁶⁴.

624. Para llevar las pérdidas a moneda del 21 de octubre de 2010, se deben actualizar los supuestos daños por flujos de fondos desde el momento en el cual ocurrieron hasta la mencionada fecha. Como lo explican Abdala y Schoeters, para ello, es necesario utilizar un factor de actualización basado en el costo de capital de EEGSA (mejor representado por el “WACC”), el cual refleja correctamente el riesgo enfrentado por EEGSA al encontrarse la empresa aún operando en el mercado⁸⁶⁵.

625. La lógica económica de este razonamiento se apoya en que si Guatemala hubiese adoptado el estudio tarifario de Bates White con las correcciones implementadas por Damonte, EEGSA hubiese generado sumas de dinero adicionales a las obtenidas con el cuadro tarifario implementado en agosto de 2008 (basado en el

⁸⁶² Kaczmarek, párrs. 221-223.

⁸⁶³ Kaczmarek reconoce que esta tasa de interés no es de amplia aplicación y le adiciona una prima de 2% para convertir la tasa en una de mayor aplicación en el mercado. Sin embargo, el experto no presenta ninguna información que respalde dicho ajuste.

⁸⁶⁴ Kaczmarek menciona que históricamente la tasa LIBOR más 2% ha seguido de cerca a la tasa preferencial. Es por ello que incluye un 2% adicional, hasta llegar a una tasa LIBOR más una prima de 4%. Kaczmarek no ha presentado evidencia alguna del mencionado comportamiento histórico. Aún en caso de ser correcto dicho comportamiento, Kaczmarek no presenta los motivos por los cuales esta tasa debería ser presentada como una alternativa a la tasa preferencial más 2%.

⁸⁶⁵ M Abdala y M Schoeters, **Apéndice RER-1**, Sección V.

estudio de Sigla). Estas sumas habrían sido utilizadas en sus respectivos negocios, recibiendo un retorno normal equivalente al WACC sobre esos fondos⁸⁶⁶.

626. Por el contrario, desde el 21 de octubre en adelante se deben llevar las supuestas pérdidas hasta la fecha de laudo utilizando un factor de actualización basado en una tasa libre de riesgo, para reflejar que desde el momento en que TGH se desprende de su participación indirecta en EEGSA, no estuvo más expuesto al riesgo de operar dicha compañía⁸⁶⁷

VI. PETITORIO

627. La Republica de Guatemala respetuosamente solicita que este Tribunal:
- (a) DECLARE que no tiene jurisdicción sobre la controversia planteada por TGH y/o que la reclamación de TGH es inadmisibile;
 - (b) Alternativamente a la petición (a) anterior, RECHACE en el fondo todas y cada una de las reclamaciones de TGH;
 - (c) OTORGUE cualquier otra satisfacción a Guatemala que el Tribunal estime oportuna y conveniente; y
 - (d) ORDENE que TGH pague todos los costos de este procedimiento, incluyendo los costos de la representación legal de Guatemala con intereses.
 - (e) Respetuosamente presentado por la República de Guatemala el 24 de enero de 2012.

⁸⁶⁶ Las técnicas de valuación estándar dan por sentada la reinversión de los flujos de fondos a la tasa del costo de capital. En otras palabras, el valor de la firma se mantiene constante en el tiempo, expresado en términos del año 0, sólo si los flujos de fondos históricos se reinvierten al costo del capital.

⁸⁶⁷ M Abdala y M Schoeters, **Apéndice RER-1**, Sección V.

A stylized, cursive handwritten signature in black ink, featuring a prominent horizontal stroke across the middle.

Nigel Blackaby

A cursive handwritten signature in black ink, with a large, sweeping initial 'A' and a horizontal line extending to the right.

Alejandro Arenales

A cursive handwritten signature in black ink, with a large, stylized initial 'A' and a horizontal line extending to the right.

Alfredo Skinner Klée

A cursive handwritten signature in black ink, with a large, stylized initial 'R' and a horizontal line extending to the right.

Rodolfo Salazar