
CENTRO INTERNACIONAL DE
ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES

TECO GUATEMALA HOLDINGS, LLC

Demandante

C.

LA REPÚBLICA DE GUATEMALA

Demandada

Caso CIADI N° ARB/10/23

MEMORIAL DE DEMANDANTE

WHITE & CASE LLP

Andrea J. Menaker

Jaime M. Crowe

Brody K. Greenwald

Kristen M. Young

Stephanie M. Early

Nicholas G. Nassim

701 Thirteenth Street, N.W.

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

23 de septiembre de 2011

Abogados de Demandante

Índice Ampliado

	<u>Página</u>
I. INTRODUCCIÓN	1
II. HECHOS	6
A. La politización y las ineficiencias generaron una la crisis en el sector guatemalteco de la electricidad y, finalmente, condujeron a su privatización	6
B. Cuando privatizó su sector eléctrico, Guatemala adoptó un régimen legal diseñado a atraer inversiones extranjeras al garantizar un retorno justo y un proceso despolitizado	18
1. La LGE establece que el VAD se calculará sobre el Valor Nuevo de Reemplazo de la base de capital de una empresa modelo, cada cinco años, y garantiza una tasa real de retorno mínima del 7%	18
2. La Ley dispone que las discrepancias entre la distribuidora y el regulador en cuanto al estudio sobre el VAD debe resolverlas una Comisión Pericial	25
C. La Demandante invirtió en EEGSA en función de las garantías y protecciones ofrecidas por el nuevo régimen legal, que fue adoptado para atraer inversiones extranjeras.....	29
D. El VAD para el primer período posterior a la privatización [1998-2003] fue un sustituto transitorio que paralizó financieramente a EEGSA	44
E. El VAD correspondiente al segundo período [2003-2008] le permitió a TECO obtener un retorno acorde a sus expectativas	48
F. Guatemala hizo caso omiso de todos los aspectos del marco legal al fijar de manera unilateral y en un nivel irrazonablemente bajo el VAD correspondiente al tercer período tarifario (2008-2013).....	53
1. Guatemala modificó el artículo 98 del RLGE para arrogarse el derecho a utilizar su propio estudio tarifario para volver a calcular el VAD de la distribuidora en determinadas circunstancias.....	53

2. La CNEE emitió Términos de Referencia que resultaban contrarios a la Ley y menoscababan el objetivo del proceso de revisión de las tarifas.....	60
3. La CNEE no colaboró constructivamente con EEGSA o su consultora e invocó arbitrariamente el artículo 98 del RLGE en perjuicio de EEGSA	68
4. Tras solicitar la constitución de una Comisión Pericial, Guatemala emprendió la manipulación del proceso en ventaja propia.....	79
5. La CNEE disolvió la Comisión Pericial unilateral e ilegalmente y estableció el nuevo pliego tarifario sobre la base de su propio estudio.....	93
a. La Comisión Pericial comenzó su labor de conformidad con las Reglas Operativas Acordadas	94
b. Con la Comisión Pericial a punto de presentar su informe, la CNEE afirmó públicamente que podía desestimar el pronunciamiento de la Comisión Pericial.	98
c. La Comisión Pericial emitió su pronunciamiento, la que favoreció ampliamente a EEGSA y Bates White	99
d. La CNEE disolvió la Comisión Pericial e impidió que su Perito Designado completara su trabajo	108
e. La Comisión Pericial confirmó que el Estudio Revisado de Bates White cumplía con las decisiones de la Comisión Pericial	118
f. La CNEE impuso el VAD y las tarifas según el estudio de su propia Consultora, que infringían las decisiones de la Comisión Pericial	122
6. Guatemala rechazó los esfuerzos de EEGSA de remediar la injusticia sufrida y ejercida contra EEGSA	129
7. El VAD, injustificablemente bajo e ilegal, tuvo un efecto devastador desde el punto de vista económico para los inversores de EEGSA y produjo la venta de la inversión de TECO con una pérdida considerable.....	144

III. GUATEMALA NO CUMPLIÓ CON EL ARTÍCULO 10.5 DEL RD-CAFTA.....149

A. El Artículo 10.5 del RD-CAFTA prohíbe a los Estados frustrar las expectativas legítimas o implementar medidas arbitrarias contra una inversión protegida.....	150
B. Numerosos tribunales determinaron la responsabilidad del Estado receptor cuando, como en el caso que nos ocupa, el Estado frustra las expectativas legítimas o actúa con arbitrariedad contra la inversión	161
C. 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	171
IV. DAÑOS.....	186
A. TECO tiene derecho al pago de una indemnización suficiente para eliminar todas las consecuencias financieras derivadas del incumplimiento de las obligaciones del Tratado por parte de Guatemala.....	186
B. TECO tiene derecho a recuperar su parte de los flujos de efectivo perdidos por EEGSA desde agosto de 2008 hasta octubre de 2010 y a percibir un monto que le permita compensar el valor deprimido al cual vendió sus acciones en octubre de 2010.....	189
1. Los métodos valuatorios aceptados confirman el valor real y el valor contrafáctico de EEGSA.....	191
2. Las medidas críticas convalidan las conclusiones valuatorias de Navigant	196
C. La indemnización debe incluir intereses sobre el monto del capital a una tasa comercial adecuada hasta la fecha de pago del laudo	200
V. CONCLUSIÓN	204

MEMORIAL DE DEMANDANTE

I. INTRODUCCIÓN

1. Demandante TECO Guatemala Holdings, LLC (“TECO” o “Demandante”) por la presente somete su Memorial en conforme con el programa procedimental, establecido por el Tribunal.¹ El memorial de demandante es apoyado por los siguientes testigos:

- *Carlos Manuel Bastos*: Tercer y integrante presidente de la Comisión Pericial establecido a resolver la disputa que se relaciona Empresa Eléctrica de Guatemala, S.A.’s (“EEGSA”) 2008-2013 revisión tarifaria;²
- *Sandra W. Callahan*: Senoir vicepresidente de Finanzas y Contabilidad, Director de Finanzas, por TECO Energy, Inc.;³
- *Miguel Francisco Calleja Mediano*: previo Director Planificación corporativa, Control y Regulación por EEGSA;⁴
- *Leonardo Giacchino*: Integrante de la Comisión Pericial establecido a resolver la disputa que se relaciona Empresa Eléctrica de Guatemala, S.A.’s (“EEGSA”) 2008-2013 revisión tarifaria; socio fundador Solutions Economics, LLC; socio previo de Bates White, LLC; vicepresidente previo NERA Economic Consulting;⁵
- *Gordon L. Gillette*: Presidente Tampa Electric and Peoples Gas; presidente previo de TECO Guatemala, Inc.;⁶
- *Luis Maté*: gerente previo EEGSA.⁷

2. Además, el Memorial del Demandante es apoyado por los siguientes periciales

¹ Ver Acta de la Primera Sesión del 23 de mayo de 2011, página 6.

² Declaración de Testigo de Carlos Bastos del 21 de septiembre de 2011 (más adelante “Bastos”) (CWS-1).

³ Declaración de Testigo de Sandra Callahan del 16 de septiembre de 2011 (más adelante “Callahan”) (CWS-2).

⁴ Declaración de Testigo de Miguel Calleja del 22 de septiembre de 2011 (más adelante “Calleja”) (CWS-3).

⁵ Declaración de Testigo de Leonardo Giacchino del 23 de septiembre de 2011 (más adelante “Giacchino”) (CWS-4).

⁶ Declaración de Testigo de Gordon Gillette del 23 de septiembre de 2011 (más adelante “Gillette”) (CWS-5).

⁷ Declaración de Testigo de Luis Maté del 21 de septiembre de 2011 (más adelante “Maté”) (CWS-6).

- *Rodolfo Alegría Toruño*: pericial de derecho guatemalteco; Director y Socio en las prácticas de Impuestos, Ley Laboral, Ley Regulatoria, Telecomunicaciones, Energía y Ley en el bufete Carrillo & Asociados;⁸
- *Brent C. Kaczmarek*: Pericial de valoración y pericial en ; Director por Navigant Consulting, Inc.⁹

* * *

3. Nos encontramos ante un caso bastante simple. Guatemala tomó medidas que estuvieron expresamente destinadas a inducir, y en efecto, indujeron a la Demandante y a otros inversores extranjeros a invertir en su sector eléctrico en decadencia. Luego de que la Demandante realizara dicha inversión, Guatemala rompió sus promesas y procedió a dismantelar el mismo marco jurídico y regulatorio que había servido para inducirla. Específicamente, a fines de la década de los noventa, Guatemala pretendió y consiguió obtener de la Demandante y otros inversionistas extranjeros una elevada prima a cambio de una participación considerable en la compañía de distribución de electricidad de propiedad de la Demandada, Empresa Eléctrica de Guatemala, S.A. (“EEGSA”), que se encontraba en condiciones deplorables y de obsolescencia y cuyo desempeño era insatisfactorio. Guatemala obtuvo esa prima elevada prometiendo a la Demandante y a sus socios que recuperarían y recibirían un retorno razonable sobre su inversión, y que ello, en gran medida, se debería a la promulgación por parte de Guatemala de un nuevo régimen legal transparente y despolitizado que regiría el sector eléctrico. Habiendo obtenido el beneficio de una alta prima para EEGSA, y luego de proseguir induciendo a la Demandante y a sus socios a invertir millones de dólares más a efectos de mejorar la red de EEGSA, Guatemala dañó a la Demandante y a sus socios al aniquilar deliberadamente el régimen jurídico que había pregonado durante la privatización de EEGSA. Para Guatemala, el cálculo fue simple: una vez que hubo obtenido beneficios financieros significativos de parte de la Demandante y de sus socios, se sintió con total libertad para deshacer sus promesas y anotar puntos políticos fáciles reduciendo las tarifas de electricidad, asegurándose de ese modo de que EEGSA no pudiera cobrar montos suficientes a sus clientes que se tradujeran para los inversores extranjeros en

⁸ Dictamen Legal de Rodolfo Alegría del 22 de septiembre de 2011 (más adelante “Alegría”) (CER-1).

⁹ Informe Pericial de Brent Kaczmarek del 23 de septiembre de 2011 (más adelante “Kaczmarek”) (CER-2).

beneficios provenientes de su inversión. Las repercusiones financieras para la Demandante y sus socios fueron poco menos que desastrosas. Como se explica en el presente, mientras que Guatemala manipuló su régimen jurídico para evitar responder por su conducta, este Tribunal debería obligarla a asumir la responsabilidad por sus actos ilícitos y debería conceder a la Demandante todos los beneficios de su inversión.

* * *

4. Desesperada por atraer inversiones extranjeras que permitieran paliar la crisis eléctrica que azotaba al país, en 1996 Guatemala promulgó la Ley General de Electricidad (la “LGE”) y, poco tiempo después, dictó su Reglamento (el “RLGE”), como un paso necesario para la privatización de su principal compañía distribuidora de electricidad: EEGSA. Anteriormente, durante la misma década, Guatemala había sido advertida de que cualquier intento de privatizar EEGSA resultaría infructuoso y probablemente no atraería la inversión extranjera requerida debido a que el país no contaba con una ley de electricidad moderna ni con un entorno regulatorio estable, aislado de toda interferencia política. En razón de que padecía cortes del suministro eléctrico y bajadas de tensión durante varias horas por día, y que sólo una pequeña proporción del país tenía acceso al servicio de electricidad, Guatemala se embarcó en una reforma regulatoria orientada a remediar esas falencias y a invitar a los inversores extranjeros a rescatar a EEGSA y, con ello, las posibilidades de Guatemala de alcanzar un futuro económico más próspero.

5. La promulgación de la LGE le dio a Guatemala la oportunidad de obtener enormes ganancias por la privatización de EEGSA atrayendo a inversores extranjeros con la promesa de que podrían lograr un retorno razonable sobre su inversión. Sin embargo, al momento de la privatización, el desempeño financiero de EEGSA era lamentable puesto que, entre otros motivos, el Gobierno subsidiaba las tarifas de electricidad. Por ende, EEGSA no podía ser ni fue valuada en función de su desempeño financiero pasado, como tampoco se fijó su precio por referencia al valor de sus activos depreciados y deteriorados. Por el contrario, según explicó Guatemala a los potenciales inversores extranjeros, EEGSA fue valuada en un monto mucho mayor por cuanto la LGE disponía que (i) la distribuidora recibiría un retorno real (esto es, ajustado por inflación) de entre un 7% y un 13% sobre el valor de una empresa de

distribución modelo y (ii) al principio de cada período quinquenal tarifario, la red de la distribuidora modelo sería valuada como si se tratara de una red nueva. Desde el punto de vista de los inversores, estas garantías no habrían tenido prácticamente ningún sentido de no haber sido por la promesa de Guatemala de despolitizar el proceso de fijación de tarifas por medio de la creación de un sistema en el que tanto la distribuidora como el ente regulador participaran en el cálculo de las tarifas de distribución; en el que las tarifas se basaran en criterios técnicos y económicos volcados en un estudio encargado por la distribuidora, que contendría aportes del ente regulador y donde las diferencias entre las partes fueran resueltas por una Comisión Pericial independiente. Frente a este nuevo marco y a las promesas de Guatemala, en 1998 la Demandante y sus socios pagaron US\$ 520 millones por una participación del 80% en EEGSA, monto que correspondía al valor nuevo de reemplazo de la red de una compañía distribuidora modelo que prestara servicios a los clientes de EEGSA. Tras la adquisición de EEGSA, la Demandante y sus socios procedieron a invertir cuantiosas sumas de dinero en dicha compañía a fin de actualizar su red y ampliar su cobertura.

6. Si bien consiguió ingresos significativos y se benefició con las inversiones adicionales de la Demandante y sus socios extranjeros, Guatemala pretendía disminuir las tarifas eléctricas por motivos políticos. Por lo tanto, Guatemala se dispuso a desarticular el marco jurídico y regulatorio que había establecido para incitar a la Demandante a invertir en EEGSA y de manera arbitraria y unilateral impuso una tarifa de distribución inexcusablemente baja para el período 2008-2013, en total desconocimiento de la ley y de las expectativas legítimas de TECO.

7. Específicamente, justo antes del inicio de la revisión tarifaria de 2008 de EEGSA, Guatemala modificó el RLGE con el propósito de arrogarse el derecho de procurar que, en ciertas circunstancias, su propio consultor preparara el estudio en función del cual se establecerían las tarifas de distribución, a pesar de que la LGE preveía expresamente que era el consultor de la distribuidora (y no el del ente regulador) quien debía elaborar ese estudio fundamental. Según sus términos, dicha modificación inconstitucional sólo resultaba aplicable en situaciones en las que la consultora de la distribuidora omitiera mantener contacto con el ente regulador. Tales circunstancias nunca se verificaron en lo que respecta a EEGSA, dado que interactuó activamente con dicho ente a lo largo de la revisión de 2008. No obstante, en numerosas ocasiones durante la revisión de EEGSA del año 2008, el Gobierno invocó

indebidamente dicha modificación en un intento descarado de atentar contra el proceso de revisión tarifaria. Cuando EEGSA opuso resistencia contra dichos intentos, Guatemala redactó términos de referencia para el estudio de la distribuidora, en violación del régimen jurídico que había inducido a la Demandante a invertir. Además de predeterminedar el resultado del estudio, dichos términos de referencia contenían fórmulas y condiciones que contravenían la ley y aseguraban que la distribuidora no obtuviera el retorno garantizado y conferían al Gobierno el derecho de desestimar el estudio a su discreción. Luego de que los tribunales concedieran un recurso temporario a EEGSA en contra del uso indebido por parte de Guatemala de los términos de referencia, e indispuesto a aceptar el estudio que el consultor de EEGSA había preparado, Guatemala convocó a la creación de una Comisión Pericial y se abocó a manipular el proceso.

8. En las negociaciones sobre las Reglas de Operación que gobernarían la Comisión Pericial, Guatemala insistió en que, una vez que la Comisión Pericial se pronunciara, y después que el consultor de EEGSA hubiera hecho las correcciones al estudio que resultaran necesarias a fin de adaptarlo a la decisión de la Comisión, no sería ésta sino Guatemala quien determinaría si el estudio cumplía con dicho pronunciamiento y si, por consiguiente, podía utilizarse como base para fijar las tarifas. Al mismo tiempo, Guatemala de nuevo modificó el RLGE, esta vez con el objeto de arrogarse el derecho de designar a dos de los tres miembros de la Comisión Pericial. Ante los intentos flagrantes de Guatemala de tornar inefectivo el proceso de resolución de controversias independiente consagrado por la ley, EEGSA se opuso a la aplicación de ambas disposiciones y finalmente logró su cometido. No obstante, cuando la Comisión Pericial hubo dictado su decisión, que resultó ampliamente favorable a EEGSA, Guatemala la desintegró de forma unilateral y contraria a derecho. Inmediatamente después, Guatemala publicó tarifas basadas en un estudio que había encargado unilateralmente y que EEGSA nunca había podido ver ni comentar. Asimismo, por ser inconsistente con varias de las decisiones más importantes de la Comisión Pericial y violar disposiciones clave de la LGE que establecían que el retorno debía basarse en el valor nuevo de reemplazo de los activos de la distribuidora modelo, dicho estudio dio lugar a tarifas de distribución mucho más bajas que aquellas a las que la Demandante tenía derecho, e incluso más bajas que las vigentes en ese momento. Guatemala se escudó en las modificaciones del RLGE que había promulgado al comienzo de la revisión tarifaria de EEGSA para justificar sus actos, a pesar de que los cambios fueron no solamente inconstitucionales sino también inaplicables a la luz de sus propios términos.

9. La ilegalidad de los actos de Guatemala fue reconocida sin más por los tribunales inferiores, que le ordenaron abstenerse de interferir en el proceso acometido por la Comisión Pericial y rechazaron la invocación inapropiada por parte de Guatemala de la modificación del RLGE como fundamento de su accionar. Todas esas decisiones judiciales fueron finalmente revocadas por una Corte de Constitucionalidad movida por intereses políticos y dispuesta a hacer cuanto le pidiera la Demandada. Como consecuencia del fallo de la Corte, el proceso completo de la Comisión Pericial, que era un elemento central del marco jurídico adoptado por Guatemala para alentar a inversores extranjeros a invertir en su desventurado sector eléctrico, se volvió completamente inútil al conferirle discreción ilimitada a la Demandada para establecer las tarifas de EEGSA.

10. Las bajas tarifas que Guatemala impuso a EEGSA de forma unilateral e ilegal fueron demoledoras toda vez que obligaron a EEGSA a adoptar medidas drásticas, tendientes a recortar costos para evitar su ruina. EEGSA no sólo se vio afectada financieramente como consecuencia de los actos de Guatemala, sino que también fue víctima de la represalia del Estado contra sus gerentes extranjeros que, en última instancia, fueron obligados a abandonar el país. Frente a un entorno tan imprevisible como hostil y a rendimientos financieros mucho menores al costo de capital de EEGSA y a lo que Guatemala había prometido al momento de la privatización, TECO, junto con sus socios, vendió sus acciones en EEGSA a un precio muy inferior a lo que su inversión debería haber valido. Como se demuestra acabadamente en el presente, los actos arbitrarios de Guatemala, que frustraron las expectativas legítimas de TECO, constituyeron un incumplimiento de su obligación de conformidad con el Tratado de Libre Comercio entre la República Dominicana, Centroamérica y los Estados Unidos de acordar un trato justo y equitativo a la inversión de TECO. Como consecuencia directa de las medidas de Guatemala, TECO sufrió pérdidas por la suma de US\$ 249.524.000, monto cuyo pago a la Demandante debería ordenarse en el laudo.

II. HECHOS

A. **La politización y las ineficiencias generaron una la crisis en el sector guatemalteco de la electricidad y, finalmente, condujeron a su privatización**

11. A principios de la década de 1990, Guatemala enfrentó una crisis en el sector eléctrico con cortes y bajas de tensión de hasta ocho horas diarias porque la demanda superaba

considerablemente la oferta de energía eléctrica disponible en el país¹⁰. Para ocuparse de la crisis y mejorar los niveles de funcionamiento de su sector eléctrico, Guatemala decidió privatizar ciertos activos del sector y, con miras a alentar la inversión privada, estableció un nuevo marco legal y regulatorio para desagregar y despolitizar la generación, transmisión y distribución de electricidad.

12. En esa época, el Instituto Nacional de Electrificación (“INDE”)¹¹, entidad estatal creada en 1959 principalmente para construir y desarrollar la infraestructura eléctrica de Guatemala¹², era el principal organismo a cargo de la generación, transmisión y distribución de electricidad en todo el país¹³. No obstante, en las décadas de 1970 y 1980, la eficiencia del sector eléctrico había caído considerablemente, lo que amplió la brecha entre suministro y demanda de electricidad¹⁴. Como se explica en el dictamen jurídico del profesor Rodolfo Alegría Toruño, esta brecha fue, en gran parte, resultado del hecho que INDE no tenía el incentivo para operar de una manera eficiente debido a su rol de regulador del sector eléctrico (responsable por la determinación de las tarifas de la electricidad) y, a su vez, entidad regulada¹⁵. La renuencia del Gobierno a aumentar las tarifas había generado una política tarifaria altamente subsidiada, así como niveles tarifarios que no reflejaban los costos reales¹⁶. Con las crisis de los precios del petróleo de la década de 1970, la depreciación de la moneda guatemalteca y las demoras en terminar la construcción de nuevas centrales hidroeléctricas, los suministros eléctricos eran

¹⁰ Ver Banco Interamericano de Desarrollo, *Keeping the Lights On: Power Sector Reform in Latin America* (2003), páginas 218-220 (C-61).

¹¹ En español, el *Instituto Nacional de Electricidad*, por lo tanto el acrónimo “INDE.”

¹² Ver Alegría, párrafo 9 (CER-1); *Quiénes somos*, sitio web del INDE, disponible en <http://www.inde.gob.gt> (C-323); HÉCTOR ALEXANDER CUELLAR SCHAART, EL AMBIENTE ECONÓMICO, FINANCIERO Y ELEMENTOS DE AUDITORÍA DE LAS EMPRESAS GENERADORAS DE ELECTRICIDAD, tesis de graduación, Universidad Francisco Marroquín (Ciudad de Guatemala, 1997) (“CUELLAR SCHAART”), página 8 (C-19).

¹³ Ver Alegría, párrafo 9 (CER-1). En 1983, el Gobierno transfirió al INDE las acciones de EEGSA, con lo cual el INDE pasó a ser la principal entidad responsable del sector de la electricidad en Guatemala. Ver *ib.*

¹⁴ Ver *ib.*; Banco Interamericano de Desarrollo, *Keeping the Lights On: Power Sector Reform in Latin America*, páginas 218-219 (C-61).

¹⁵ Alegría, párrafo 10 (CER-1).

¹⁶ Banco Interamericano de Desarrollo, *Keeping the Lights On: Power Sector Reform in Latin America*, página 219 (C-61).

menos fiables¹⁷. La calidad del servicio eléctrico también sufrió a raíz de condiciones climáticas adversas, como sequías, el uso excesivo de las centrales hidroeléctricas en el verano, que acabó con las reservas de agua, y la falta de mantenimiento adecuado de las centrales eléctricas e instalaciones de transmisión por parte del INDE¹⁸. Como lo explica el profesor Alegría, la influencia y el control políticos que se ejercieron sobre el INDE a lo largo de estas dos décadas potenciaron aún más sus ineficiencias, lo que dio por resultado una administración burocrática y altamente politizada que carecía de una política energética y era objeto de corrupción¹⁹.

13. En la década de 1980, al igual que ocurrió en ese entonces con otros países latinoamericanos, Guatemala enfrentó una crisis de endeudamiento debido a su imposibilidad de cancelar los préstamos que había tomado de acreedores internacionales²⁰. La presión de la crisis de la deuda afectó a varios sectores de la economía guatemalteca, el sector eléctrico entre ellos²¹. A partir de 1986, la crisis de la deuda obligó al INDE a congelar los programas de inversión y reducir los subsidios estatales que sostenían al sector de la electricidad²². Para compensar por la reducción de los subsidios estatales, el INDE eventualmente aumentó las tarifas²³. Sin embargo, esos incrementos tarifarios eran inadecuados para generar suficientes fondos y, para principios de la década de 1990, la situación financiera del INDE se había visto afectada considerablemente²⁴. En efecto, para el año 1991, las instituciones financieras y bancarias de

¹⁷ *Ib.*

¹⁸ Alegría, párrafo 10 (CER-1); HERNAN DEL VALLE PEREZ, HISTORIA DE LA EEGSA 1894-1994 (Ediciones América, Guatemala 1995) (“DEL VALLE PEREZ”), página 183 (C-12).

¹⁹ Alegría, párrafo 10 (CER-1); DEL VALLE PEREZ, página 239 (C-12).

²⁰ Ver Kaczmarek, párrafo 25 (CER-2); Alegría, párrafo 11 (CER-1); Banco Interamericano de Desarrollo, *Keeping the Lights On: Power Sector Reform in Latin America*, página 2 (C-12).

²¹ Ver Kaczmarek, párrafo 25 (CER-2); Banco Interamericano de Desarrollo, *Keeping the Lights On: Power Sector Reform in Latin America*, página 219 (C-61).

²² Ver Kaczmarek, párrafo 26 (CER-2); Banco Interamericano de Desarrollo, *Keeping the Lights On: Power Sector Reform in Latin America*, páginas 219-220 (C-61); DEL VALLE PEREZ, página 302 (C-12).

²³ Ver Kaczmarek, párrafo 26 (CER-2); Susan Berger, *Guatemala: Coup and Countercoup*, in NACLA REPORT ON THE AMERICAS, Vol. 27(1993) (C-10).

²⁴ Ver Kaczmarek, párrafo 26 (CER-2); Banco Interamericano de Desarrollo, *Keeping the Lights On: Power Sector Reform in Latin America*, páginas 219-220 (C-61); DEL VALLE PEREZ, página 302 (C-12).

Guatemala habían cortado todo crédito y préstamo al INDE por falta de pago²⁵ y, para 1992, la generación y el suministro de electricidad efectuados por el INDE se habían vuelto tan inestables que dicho organismo se vio obligado a racionar la electricidad diariamente, lo que generó cortes y bajas de tensión sistemáticos²⁶.

14. En respuesta a esta inestabilidad, Guatemala empezó a considerar la posibilidad de privatizar ciertos activos del sector²⁷. Como se explicó en el dictamen pericial de Brent C. Kaczmarek, de Navigant Consulting, Inc., la decisión de Guatemala de privatizar coincidió con decisiones similares tomadas en muchos otros países latinoamericanos en la década de 1990²⁸. En general, cuatro factores comunes motivaban estas decisiones: (i) el mal desempeño de las empresas manejadas por el Estado y caracterizadas por sus altos costos, la inadecuada ampliación del acceso al servicio y el suministro no confiable; (ii) la incapacidad del sector manejado por el Estado de financiar los gastos requeridos para mantener y ampliar el sistema; (iii) la necesidad de eliminar los subsidios del Estado al sector de modo tal de liberar más fondos públicos; y (iv) el deseo de generar ingresos adicionales para el gobierno mediante la venta de los activos (*es decir*, la privatización)²⁹.

15. En 1990, mediante la Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional (“USAID”, por sus siglas en inglés), el presidente de Guatemala, Jorge Serrano, solicitó un estudio de opciones de privatización para EEGSA, la mayor distribuidora de

²⁵ Ver Alegría, párrafo 11 (CER-1); DEL VALLE PEREZ, página 302 (C-12).

²⁶ Ver Alegría, párrafo 11 (CER-1); CUELLAR SCHAART, página 7 (C-19).

²⁷ Ver Kaczmarek, párrafo 26 (CER-2); Banco Interamericano de Desarrollo, *Keeping the Lights On: Power Sector Reform in Latin America*, páginas 219-220 (C-61).

²⁸ Kaczmarek, párrafo 27 (CER-2); ver también Banco Interamericano de Desarrollo, *Keeping the Lights On: Power Sector Reform in Latin America*, páginas 1-3 (C-61).

²⁹ Ver Kaczmarek, párrafo 27 (CER-2); R.W. Bacon y J. Besant-Jones, *Global Electric Power Reform, Privatization and Liberalization of the Electric Power Industry in Developing Countries*, The International Bank for Reconstruction and Development/The World Bank (2001), página 332 (C-51).

electricidad de Guatemala³⁰. En aquel entonces, el INDE era titular del 91,7% de las acciones de EEGSA³¹.

16. El estudio contable Price Waterhouse confeccionó un estudio sobre la privatización de EEGSA entre septiembre y noviembre de 1990³². Como lo refleja el estudio, Price Waterhouse concluyó que era demasiado pronto para privatizar EEGSA, y ello así debido a cuatro factores fundamentales: (i) la dependencia continua, por parte de EEGSA, de los subsidios estatales; (ii) la falta de mecanismos regulatorios para el sector eléctrico; (iii) el bajo precio de privatización debido a la situación en que se encontraba EEGSA en aquel momento; y (iv) su dependencia del INDE, que generaba importantes riesgos de intervención del Estado³³. Como lo explicó Price Waterhouse, los dos obstáculos más importantes para la privatización de EEGSA eran:

- La estructura regulatoria – en otras palabras, la forma en que los inversionistas serán regulados. Si los inversionistas creen que el Gobierno aún tendrá control sobre EEGSA, aún después de los esfuerzos de privatización, estarán muy reticentes a invertir. El esquema regulatorio directamente afectará la forma en que valorarán las acciones de EEGSA, porque ello determinar[á] la rentabilidad potencial de EEGSA. Las valoraciones variarán, dependiendo del esquema regulatorio que se asume.
- La confiabilidad de las fuentes de energía – si EEGSA se vuelve privada e INDE permanece siendo propiedad del estado, a los inversionistas les preocuparían los suministros de energía porque EEGSA continuaría estando casi totalmente dependiente de INDE para su energía eléctrica. Entonces, los inversionistas requerirían contratos de suministro de largo

³⁰ Ver Kaczmarek, párrafo 28 (CER-2); Price Waterhouse, *Estudio de la Empresa Eléctrica de Guatemala*, del 11 de enero de 1991 (C-7).

³¹ Ver Price Waterhouse, *Estudio de la Empresa Eléctrica de Guatemala*, del 11 de enero de 1991, página 8 (C-7). Como lo explica el profesor Alegría, el Estado adquirió el control mayoritario de EEGSA cuando, en el año 1972, venció la concesión de 50 años que se le había otorgado a esta última. Ver Alegría, párrafo 8 (CER-1).

³² Ver Price Waterhouse, *Estudio de la Empresa Eléctrica de Guatemala*, del 11 de enero de 1991 (C-7).

³³ Kaczmarek, párrafo 29 (CER-2); ver también Price Waterhouse, *Estudio de la Empresa Eléctrica de Guatemala*, del 11 de enero de 1991, Resumen Ejecutivo (C-7).

plazo entre EEGSA e INDE, así como un compromiso de INDE de garantizar la disponibilidad de electricidad³⁴.

17. Price Waterhouse destacó la necesidad de que Guatemala liberalizara el sector eléctrico más ampliamente (generación, así como también distribución) y seleccionara un régimen regulatorio bajo el cual los inversores privados pudieran determinar correctamente el valor de EEGSA³⁵. Como lo explicó Price Waterhouse, “[h]asta que se establezca un esquema regulatorio para EEGSA y se garantice su relación a largo plazo con INDE, los inversionistas vacilarían en invertir en EEGSA”³⁶. Respecto del valor de la tenencia del INDE del 91,7% del capital de EEGSA, la conclusión de Price Waterhouse fue que,

Si bien se basan en valor neto de activos, las acciones de EEGSA serán valoradas en aproximadamente Q297,8 millones (alrededor de \$59,6 millones), un avalúo más apropiado con base en devengamientos indicados a un valor mucho más bajo de aproximadamente Q69,6 millones (cerca de \$13,9 millones)³⁷.

Así pues, Price Waterhouse recomendó que “el Gobierno de Guatemala e INDE adopten un enfoque medido y planificado hacia cualquier decisión final en cuanto al futuro de EEGSA”³⁸.

18. En el año 1991, Guatemala comenzó a ocuparse de las recomendaciones efectuadas por Price Waterhouse. De 1991 a 1993, Guatemala incrementó las tarifas de la electricidad de modo tal de reducir la necesidad de subsidios estatales, a pesar de la poca popularidad política de los incrementos tarifarios³⁹. A partir de 1992, después de que Enron Corporation pusiera en funcionamiento el primer nuevo proyecto privado de generación

³⁴ Price Waterhouse, *Estudio de la Empresa Eléctrica de Guatemala*, del 11 de enero de 1991, página 17 (C-7).

³⁵ *Ver ib.*, páginas 29-32.

³⁶ *Ib.*, página 17.

³⁷ *Ib.*, página 26.

³⁸ *Ib.*, página 27.

³⁹ *Ver Kaczmarek*, párrafo 30 (CER-2); Susan Berger, *Guatemala: Coup and Countercoup*, en NACLA REPORT ON THE AMERICAS, Vol. 27 (1993) (C-10).

eléctrica, Guatemala empezó a dividir el INDE y reducir su rol en la generación de electricidad⁴⁰. En el año 1994, el Congreso guatemalteco sancionó la Ley Orgánica del INDE (Decreto 64-94), que incluyó modificaciones destinadas a desmonopolizar la generación eléctrica y liberalizar parcialmente el sector de la electricidad⁴¹. Tras la sanción de la Ley Orgánica del INDE, INDE y EEGSA celebraron contratos de compra de energía eléctrica con varias empresas privadas⁴². Si bien estos acuerdos terminaron por facilitar la generación de electricidad por parte de inversores privados⁴³, el precio de la electricidad convenido en los contratos de compra de energía eléctrica era elevado, lo que reflejaba el riesgo de invertir en una industria controlada por el Estado y el hecho de que los contratos se habían negociado como medidas de emergencia⁴⁴. Ello agravó las dificultades financieras del INDE (y del Gobierno) y los niveles deficitarios anuales del INDE siguieron creciendo⁴⁵.

19. Así, Guatemala comenzó a evaluar formas de reestructurar más ampliamente el sector de la electricidad. Con la ayuda de USAID, el INDE contrató a los consultores chilenos Juan Sebastián Bernstein y Jean Jacques Descazeaux para la confección de un informe para la

⁴⁰ Ver Kaczmarek, párrafo 30 (CER-2); Banco Interamericano de Desarrollo, *Keeping the Lights On: Power Sector Reform in Latin America*, página 220 (C-61).

⁴¹ Ver Alegría, párrafo 11 (CER-1); *Energización de la Cadena Alimentaria Convergencia entre Políticas Energéticas y Agrícolas*, página 3, disponible en <http://www.fao.org/docrep/006/ad098s/AD098S07.htm> (C-397).

⁴² Ver Alegría, párrafo 12 (CER-1); Banco Interamericano de Desarrollo, *Keeping the Lights On: Power Sector Reform in Latin America*, página 220 (C-61). En 1995, Tampa Centro Americana de Electricidad, Limitada, una subsidiaria de TECO Energy, construyó la Alborada Power Station, localizada en Escuintla, Guatemala, y entró en un acuerdo de compra de energía con EEGSA. Ver Gillette, párrafo 5 (CWS-5).

⁴³ Ver Kaczmarek, párrafo 30 (CER-2); Banco Interamericano de Desarrollo, *Keeping the Lights On: Power Sector Reform in Latin America*, páginas 219-220 (C-61).

⁴⁴ Ver Alegría, párrafo 12 (CER-1); Héctor Vinicio España González, *Generación Distribuida por Medio de Energías Alternas Renovables y su Influencia en la Evolución del Sistema Eléctrico Secundario de Distribución Tradicional*, tesis de graduación, Universidad San Carlos de Guatemala (Guatemala 2008), página 9 (C-304); DEL VALLE PEREZ, página 303 (C-12).

⁴⁵ Ver Alegría, párrafo 12 (CER-1).

reestructuración y desregulación del sector eléctrico⁴⁶. En su informe de junio de 1993, Bernstein y Descazeaux observaron que

el marco institucional del sector [eléctrico], la presión política a la que se lo sometió y la deficiente respuesta del INDE a sus obligaciones sumieron al sector energético de Guatemala, hasta hace poco, en una grave crisis que se ha manifestado en una baja cobertura del servicio, una grave ineficiencia en la construcción de centrales eléctricas, un exceso de personal en el INDE, una escasa confianza en el servicio, tarifas de electricidad distorsionadas y un grave déficit financiero, junto con un alto nivel de deuda del sector⁴⁷.

Bernstein y Descazeaux también señalaron que el nuevo Gobierno guatemalteco y la administración del INDE, junto con otros sectores sociales y políticos, debían trabajar juntos para concebir un nuevo marco institucional para el sector eléctrico, “en el cual el INDE dejara de ser el monopolio estatal del sector y las empresas privadas empezaran a desempeñar un papel principal”⁴⁸.

20. Respecto de la legislación existente en Guatemala en aquella época, Bernstein y Descazeaux advirtieron que la normativa resultaba “absolutamente insuficiente” y que “obstruirá la participación de los inversores privados externos en la generación y distribución competitivas”⁴⁹. Según explicaron, Guatemala necesitaba contar con “normas objetivas que definan los derechos y las obligaciones de las partes a fin de prevenir la intervención arbitraria de las entidades regulatorias”⁵⁰. Bernstein y Descazeaux también señalaron que “sería posible minimizar la intervención de un organismo regulatorio en los temas más sensibles a la regulación, como la regulación de los precios en los segmentos con características de naturaleza

⁴⁶ Juan Sebastián Bernstein y Jean Jacques Descazeaux, *Reestructuración del Sector Energético de Guatemala: Análisis de la Descentralización y los Mecanismos de Participación Privada, Informe Final* del mes de junio de 1993 (“Bernstein y Descazeaux”) (C-9).

⁴⁷ *Ib.*, página 2.

⁴⁸ *Ib.*

⁴⁹ *Ib.*, página 34.

⁵⁰ *Ib.*

monopólica: la transmisión y la distribución”⁵¹. Para lograr este objetivo, Bernstein y Descazeaux recomendaron “un Comité integrado por los Ministros de Hacienda y Energía y Minas, a los efectos de supervisar un estudio de tarifas externo encargado por los concesionarios y realizado por cualquier consultora prestigiosa”⁵². También recomendaron que “[l]a función regulatoria permanente se limitaría a controlar el cumplimiento de la ley en cuestiones tales como la seguridad de las instalaciones” y que el arbitraje de las controversias “pueda ser sometida a tribunales arbitrales designados por las partes”⁵³.

21. Tras emitir su informe, Bernstein y Descazeaux confeccionaron un proyecto de la nueva Ley General de Electricidad y su reglamentación⁵⁴. Como queda reflejado en la nota de presentación del proyecto de ley, el proyecto del sector debía “adecuarse a los objetivos de desconcentración y desmonopolización definidos por el Gobierno y por una gran cantidad de estamentos sociales y políticos del país, y crear las condiciones para atraer inversión privada en generación, transmisión y distribución de electricidad”⁵⁵. Bernstein y Descazeaux también explicaron que

[s]i bien el objetivo principal del trabajo realizado consistió en preparar los proyectos de ley de electricidad y de reglamento, parte importante de las tareas realizadas consistió en presentar y discutir la forma en que funcionan en el mundo los sistemas eléctricos descentralizados, con fuerte participación privada y operando bajo condiciones de mercado competitivo en generación. Particular énfasis se dio al funcionamiento de los mercados mayoristas a nivel generación y a la necesidad de establecer regulaciones transparentes y objetivas para aquellas actividades con características de monopolio natural, tales como la transmisión y la distribución⁵⁶.

⁵¹ *Ib.*

⁵² *Ib.*

⁵³ *Ib.*

⁵⁴ *Ver* Borrador Final de la Ley General de Electricidad y de su Reglamento, República de Guatemala (Proyecto de USAID No. 520-0353), del 4 de abril de 1995 (“Proyecto de LGE”) (C-13).

⁵⁵ *Ib.*, página 2.

⁵⁶ *Ib.*

22. El día 19 de septiembre de 1996, la Comisión de Energía y Minas del Congreso (“Comisión del Congreso”) emitió un dictamen en el que recomendaba la aprobación del Decreto 93-96, que contenía la nueva Ley General de Electricidad de Guatemala (“LGE”)⁵⁷. El Decreto 93-96 estuvo basado en el informe y el proyecto de ley confeccionados por Bernstein y Descazeaux⁵⁸. En su informe, la Comisión del Congreso advirtió que el modelo monopólico no había logrado suministrar electricidad a la ciudadanía guatemalteca y que la LGE representaba “la respuesta [que la Comisión del Congreso ha] considerado más eficaz y viable” que “promueva aceleradamente [... la] electrificación nacional” que les ofrecería a los ciudadanos de Guatemala un “nivel de calidad de vida superiores a los hoy existentes”⁵⁹. La Comisión del Congreso destacó la politización que había afectado el sistema eléctrico de Guatemala y desalentado la inversión privada⁶⁰. Como lo señaló dicha Comisión, “[e]l agotamiento de los sistemas que se han venido practicando en el subsector eléctrico, sistemas basados en el monopolio estatal y las contrataciones privadas casuísticas o polémicas, no solamente han conducido a la paralización del Estado como ente promotor de la electrificación nacional, sino que han desincentivado la inversión privada”⁶¹

23. La Comisión del Congreso advirtió que uno de los principales objetivos de la LGE sería el de atraer inversiones extranjeras:

[L]os objetivos de esta ley son . . . el establecimiento de un marco legal de aplicación general que proporcione certeza jurídica a la inversión pública y privada en el subsector [eléctrico], como condición básica para la obtención de financiamientos de entes internacionales de crédito y de capitales nacionales, que . . . busca incentivar en condiciones de igualdad y competitividad de tal manera que puedan asegurarse los máximos beneficios de calidad y precio del servicio de electricidad a los usuarios y la urgencia de llevar el servicio a la mayoría de la población – 70%

⁵⁷ Decreto No. 93-96, Ley General de Electricidad, del 16 de octubre de 1996, vigente desde el 15 de noviembre de 1996 (“LGE”) (C-17).

⁵⁸ Ver Alegría, párrafo 13 (CER-1).

⁵⁹ Informe de la Comisión de Energía y Minas del Congreso, del 19 de septiembre de 1996, página 1 (C-15).

⁶⁰ *Ib.*

⁶¹ *Ib.*

aproximadamente – que hoy carece de tal servicio y que es también la población más abandonada y necesitada⁶².

La Comisión del Congreso advirtió también que la LGE estaba destinada a despolitizar el sector y establecer la seguridad jurídica:

Los objetivos de la ley además incluye la desmonopolización y despolitización a las actividades del subsector, al crear los entes y las instancias que regulan y evitan las injerencias políticas que tantas distorsiones y perjuicios han causado y pueden causar, si no se establece disposiciones legales claras y de aplicación general que es lo que pretende precisamente esta ley, buscando ante todo el bien común⁶³.

24. En octubre de 1996, siguiendo la recomendación de la Comisión del Congreso, el Congreso guatemalteco debatió el Decreto 93-96. Como lo explica el profesor Alegría, el debate dejó en claro que el Congreso entendía que el objetivo de la LGE era mejorar la calidad y cobertura de los servicios eléctricos de Guatemala pero que probablemente la LGE también conduciría a mayores tarifas de la electricidad⁶⁴. Así, por ejemplo, el diputado R. Morales Veliz expresó su apoyo a la LGE porque dicha ley “permit[iría] que la energía sea permanente en este país. Si no hay energía, no hay desarrollo”⁶⁵. El diputado Veliz también apoyó la LGE porque, en cuanto al sistema existente en ese momento, “sabemos positivamente que no tiene la capacidad de ampliar la cobertura y de darle a la población guatemalteca, principalmente al área rural, ese 70% de población, darle la energía que también necesitan”⁶⁶. De modo similar, el diputado Ruano Herrera expresó su apoyo a la LGE y advirtió que los Estados centralizados con economías planificadas eran “estructuras rígidas que no permitían el crecimiento ni estimulaban la inversión, prueba de ello ha sido la ineficiencia de los aparatos burocráticos acompañado de costos altos de operación y del más alto de los costos, que es el costo de la escasez”⁶⁷. Por el otro

⁶² *Ib.*

⁶³ *Ib.*

⁶⁴ *Ver* Alegría, párrafo 17 (CER-1).

⁶⁵ Diario de las Sesiones del Congreso, Período Ordinario 1996-1997, Diario de la Sesión No. 074, del 16 de octubre de 1996, página 100 (C-16).

⁶⁶ *Ib.*

⁶⁷ *Ib.*, página 102.

lado, el diputado R. Crespo Villegas declaró que el “Frente Republicano Guatemalteco, tal como lo hemos manifestado en los medios de comunicación, nosotros votamos en contra de esta iniciativa de ley, porque consideramos que la Ley General de Electricidad producirá nueva alza a la tarifa de energía eléctrica”⁶⁸.

25. El 16 de octubre de 1996, tras el debate, el Congreso de Guatemala sancionó la LGE, que cobró vigencia el día 15 de noviembre de 1996⁶⁹. Como lo explica el profesor Alegría, los considerandos de la LGE se hacen eco de gran parte de las conclusiones de la Comisión del Congreso, al señalar, por ejemplo, que:

- [L]a oferta de energía eléctrica no satisface las necesidades de la mayor parte de la población guatemalteca, que no son proporcionales los requerimientos de una mayor oferta en relación con su creciente demanda y que la deficiencia de dicho sector es un obstáculo en el desarrollo integral del país, por lo que es necesario aumentar la producción, transmisión y distribución de dicha energía mediante la liberalización del sector⁷⁰; y
- [E]l Gobierno de la República de Guatemala, como coordinador y ente subsidiario del desarrollo nacional, considera de urgencia nacional, tal como se preceptúa en la Constitución Política de la República de Guatemala en su Artículo 129, y debido a que el Gobierno no cuenta con los recursos económico-financieros, para una empresa de tal envergadura, lo que hace necesaria la participación de inversionistas que apoyen la creación de las empresas de generación, transmisión y distribución de energía eléctrica y optimicen el crecimiento del subsector eléctrico⁷¹.

⁶⁸ *Ib.*, página 97.

⁶⁹ LGE (C-17).

⁷⁰ Alegría, párrafo 18 (CER-1); LGE, primer considerando (C-17).

⁷¹ Alegría, párrafo 18 (CER-1); LGE, segundo considerando (C-17).

Como lo contemplaba la LGE⁷², en marzo de 1997 el Presidente de Guatemala y el Ministerio de Energía y Minas (“MEM”) emitieron reglamentaciones referentes a la LGE (el “RLGE”)⁷³.

26. Como se muestra más adelante, de conformidad con lo recomendado por Bernstein y Descazeaux y para alentar las inversiones extranjeras en el sector eléctrico guatemalteco, la LGE y su reglamentación establecieron un nuevo marco legal para la generación, transmisión y distribución de electricidad en Guatemala, que buscaba atraer inversiones extranjeras mediante la despolitización del sector y el establecimiento de un régimen regulatorio estable y predecible.

B. Cuando privatizó su sector eléctrico, Guatemala adoptó un régimen legal diseñado a atraer inversiones extranjeras al garantizar un retorno justo y un proceso despolitizado

1. La LGE establece que el VAD se calculará sobre el Valor Nuevo de Reemplazo de la base de capital de una empresa modelo, cada cinco años, y garantiza una tasa real de retorno mínima del 7%

27. Para atraer las inversiones que tanto se necesitaban en el sector de distribución de energía eléctrica, la LGE consagró un marco de regulación de los precios de la electricidad a la vez que aseguraba una tasa razonable de retorno para las distribuidoras. Como lo explica Kaczmarek, los importantes costos fijos en los que incurren las distribuidoras de energía eléctrica al establecer su red de distribución hacen que a los competidores no les resulte económico establecer redes alternativas, por lo que se genera un monopolio natural⁷⁴. Como los monopolios naturales no tienen competidores, se los sujeta rutinariamente a la regulación de sus precios, con el objetivo de evitar precios exorbitantes y, al mismo tiempo, permitir que el monopolio obtenga un nivel razonable de ganancias⁷⁵. Los monopolios naturales con altos costos fijos iniciales, como las distribuidoras de energía eléctrica, enfrentan un riesgo de inversión sustancial ya que

⁷² LGE, Título VII, Disposiciones Transitorias, Capítulo Único, Art. 4 (“En el plazo de noventa (90) días, contados a partir de la fecha de publicación de esta ley, el Organismo Ejecutivo deberá emitir el reglamento de la misma”) (C-17).

⁷³ Acuerdo Gubernativo No. 256-97, Reglamento de la Ley General de Electricidad del 21 de marzo de 1997 (“RLGE”) (C-21).

⁷⁴ Kaczmarek, párrafo 43 (CER-2).

⁷⁵ *Ib.*, párrafo 44.

deben recuperar a lo largo del tiempo la considerable inversión efectuada, además de obtener ganancias razonables, no obstante lo cual el servicio que prestan es de amplio consumo y, por ello, suele ser objeto de presiones políticas para reducir los precios⁷⁶. Como lo advierten respetados analistas:

La razón por la politización del precio de infraestructura es triple.

Primero, el hecho de que un componente grande de las inversiones en infraestructura está hundido implica que una vez se comprometa la inversión, el operador estará dispuesto a continuar operando siempre que los ingresos operativos superen los costos operativos. Como los costos operativos no incluyen un retorno sobre inversiones hundidas (solamente sobre el valor alternativo de estos activos), la empresa operadora continuará dispuesta a operar aún si los precios están abajo del total de costos promedios.

Segundo, las economías de escala implican que en la mayoría de los servicios públicos, habrá pocos suministradores en cada localidad. Por lo tanto, la sensación de monopolio siempre estará presente en las operaciones de la empresa ser *[sic]* servicios públicos.

Finalmente, el hecho de que los servicios públicos tienden a ser consumidos masivamente, y que el conjunto de consumidores se aproxima bastante al conjunto de votantes, implica que a los políticos y a los grupos de interés les importará el nivel de los precios de las empresas públicas. Por lo tanto, el consumo masivo, las economías de escala y las inversiones hundidas brindan a gobiernos (ya sean nacionales o locales) la oportunidad de comportarse en forma oportunista ante la empresa inversionista. Por ejemplo, después de hundida la inversión, el gobierno podría intentar restringir la flexibilidad de los precios de la empresa operadora, podría requerir a la empresa comprometerse a inversiones, compras o patrones de empleo especiales o podría restringir el movimiento de capital. Estos son intentos de expropiar los costos hundidos de la empresa por medio de medidas administrativas⁷⁷.

⁷⁶ *Ib.*, párrafo 45.

⁷⁷ Pablo Spiller y Mariano Tommasi, *The Institutions of Regulation: An Application to Public Utilities*, del mes de marzo de 2004, páginas 6-7 (se omitieron las citas) (C-86); Kaczmarek, párrafo 45 (donde se cita el mismo trabajo) (CER-2); ver también *ib.*, párrafo 33 (“la importancia de [la] función [del regulador] suele ser crítica

28. El marco regulatorio adoptado por Guatemala para el sector eléctrico buscaba ocuparse de estas inquietudes al asegurar que las tarifas de la electricidad se determinaran de conformidad con criterios económicos y técnicos, que estuvieran equilibrados los derechos del regulador y de la empresa regulada y que no hubiera intervención política en el proceso tarifario.

29. La LGE faculta al MEM para “aplicar esta ley y su reglamento para dar cumplimiento a sus obligaciones”⁷⁸ a la vez que crea una nueva entidad, la Comisión Nacional de Energía Eléctrica (“CNEE”)⁷⁹ como cuerpo “técnico”, más que político, del MEM, dotado de “independencia funcional” para ejercer sus facultades a efectos de regular a las distribuidoras y determinar las tarifas⁸⁰.

30. La LGE dispone que las tarifas se fijarán cada cinco años⁸¹, con ajustes transitorios periódicos destinados a reflejar la inflación y los costos de combustible, entre otras cosas⁸². La tarifa de la electricidad, abonada por el consumidor final, comprende el costo de generación, transporte y distribución⁸³. De conformidad con la LGE, las tarifas deben “reflejar en forma estricta el costo económico de adquirir y distribuir la energía eléctrica”⁸⁴. La empresa distribuidora paga por el costo de la electricidad proveniente de la generadora y le paga además un peaje de transporte a la transportista⁸⁵. Estos costos se trasladan al consumidor⁸⁶. La porción

cuando se privatizan monopolios naturales que antes estaban en manos del estado, especialmente aquellos que cobraban precios bajos debido a que recibían subsidios otorgados por el gobierno. En estos casos, los precios suelen incrementarse en forma significativa cuando el monopolio se transfiere a manos privadas y se eliminan los subsidios. Estos aumentos de precio pueden generar disconformidad social y amenazar la capacidad de los inversores privados de recuperar el precio de adquisición de su inversión”) (CER-2).

⁷⁸ LGE, Art. 3 (C-17); Alegría, párrafo 22 (CER-1).

⁷⁹ En español, la *Comisión Nacional de Energía Eléctrica*, por lo tanto el acrónimo “CNEE”.

⁸⁰ LGE, Art. 4 (C-17); Alegría, párrafos 22-23 (CER-1).

⁸¹ LGE, Art. 77 (C-17); RLGE, Art. 95 (C-21); Kaczmarek, párrafo 83 (CER-2).

⁸² RLGE, Arts. 79, 86 y 87 (C-21); *ver también* Kaczmarek, párrafo 83 (CER-2).

⁸³ LGE, Art. 71 (“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”) (C-17); *ver también* Alegría, párrafo 25 (CER-1); Giacchino, párrafo 6 (CWS-4); Calleja, párrafo 5 (CWS-3).

⁸⁴ LGE, Art. 76 (C-17).

⁸⁵ *Ver* Calleja, párrafo 5 (CWS-3).

de la tarifa que retiene la distribuidora es el Valor Agregado de Distribución, o “VAD”⁸⁷, mediante el cual la distribuidora recupera su inversión y obtiene su ganancia⁸⁸.

31. El VAD retribuye a la distribuidora tanto por los costos operativos (es decir, aquellos en que se incurre al distribuir la energía eléctrica) como por los costos de capital (es decir, el costo financiero del capital). Los costos operativos tienen tres componentes principales⁸⁹. El primero de ellos está dado por los costos del usuario, que dependen de la cantidad de clientes independientemente de la cantidad de energía eléctrica consumida, como por ejemplo los costos de medición y facturación⁹⁰. La segunda categoría de costos engloba al capital, la operación y el mantenimiento⁹¹. Se trata de costos que tienden a incrementarse a media que aumenta el consumo, e incluyen los costos de operar las instalaciones, mantener los equipos y pagar los salarios⁹². La tercera categoría consiste en las pérdidas medias de energía⁹³. Cuando la electricidad viaja por el cableado, se pierde una cierta cantidad, además de la cantidad adicional que se pierde por robos de energía⁹⁴. En consecuencia, la distribuidora compra más

⁸⁶ LGE, Art. 61 (C-17); RLGE, Arts. 86, 88 (C-21); Empresa Eléctrica de Guatemala S.A., Memorándum de Venta confeccionado por Salomon Smith Barney, de 1998 (“Memorándum de Venta”), páginas 61-62 (“El compromiso de la Comisión . . . al momento de determinar las tarifas finales al público, es traspasar el precio medio de potencia y energía . . . para garantizar el concepto de ‘pass-through’ del valor total de las compras, contenido en la ley”) (C-29); Alegría, párrafo 25 (donde se advierte que “el costo de energía, es decir, el costo que tiene cada distribuidor para obtener electricidad de las empresas generadoras y transportadoras” se “traslada al usuario”) (CER-1); ver también Kaczmarek, párrafo 69 (CER-2); Calleja, párrafo 5 (CWS-3).

⁸⁷ En español, el *Valor Agregado de Distribución*, por lo tanto el acrónimo “VAD”.

⁸⁸ Ver Alegría, párrafo 25 (CER-1); Giacchino, párrafo 6 (CWS-4); Kaczmarek, párrafo 70 (CER-2); Calleja, párrafo 5 (CWS-3).

⁸⁹ LGE, Art. 72 (C-17); Alegría, párrafo 26 (CER-1); Kaczmarek, párrafo 72-75 (CER-2).

⁹⁰ LGE, Art. 72 (que dispone que el VAD “deberá contemplar . . . costos asociados al usuario, independiente de su demanda de potencia y energía”) (C-17); Alegría, párrafo 26 (CER-1); Kaczmarek, párrafos 73 (CER-2).

⁹¹ LGE, Art. 72 (que dispone que el VAD “deberá contemplar . . . pérdidas medias de distribución, separadas en sus componentes de potencia y energía”) (C-17); Alegría, párrafo 26 (CER-1); Kaczmarek, párrafo 74 (CER-2).

⁹² Kaczmarek, párrafo 74 (CER-2).

⁹³ LGE, Art. 72 (que dispone que el VAD “deberá contemplar . . . costos de capital, operación y mantenimiento asociados a la distribución, expresados por unidad de potencia suministrada”) (C-17); Alegría, párrafo 26 (CER-1); Kaczmarek, párrafo 75 (CER-2).

⁹⁴ Ver Giacchino, párrafo 80 (CWS-4).

energía eléctrica de la que finalmente consumen los clientes que pagan, y ello representa un costo para aquella⁹⁵. Por último, el componente del VAD dado por el costo del capital le permite a la distribuidora recuperar una porción del capital invertido, es decir, el retorno del capital, y también recibir una ganancia, es decir, el retorno sobre el capital⁹⁶.

32. El VAD no retribuye a la distribuidora por los costos reales en los que incurre al distribuir la electricidad o su costo real del capital. En lugar de ello, con la LGE Guatemala adoptó el enfoque de la empresa modelo⁹⁷. Así, el artículo 71 de la LGE dispone que 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”⁹⁸. En otras palabras, la LGE “establece . . . que el VAD se calcula usando como referencia una empresa hipotéticamente eficiente”, en lugar de los costos reales de capital y operación de la distribuidora⁹⁹. Como lo explica Kaczmarek, “la Regulación por Empresa Modelo . . . no . . . requiere la realización de revisiones detalladas de los costos de la empresa regulada ya que los costos y la base de activos regulados se basan en una ‘empresa modelo’. La Regulación por Empresa Modelo se centra en lo que es ideal en vez de en lo que realmente existe”¹⁰⁰. Quienes defienden este enfoque sostienen

⁹⁵ Kaczmarek, párrafo 75 (CER-2).

⁹⁶ *Ib.*, párrafos 76-77; Giacchino, párrafo 6 (CWS-4).

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

⁹⁸ LGE, Art. 71(C-17); *ver también* RLGE, Art. 91 (lo mismo) (C-21).

⁹⁹ Alegría, párrafo 25 (CER-1); *ver también* LGE, Art. 73 (“El costo de operación y mantenimiento corresponderá al de una gestión eficiente de la red de distribución de referencia.”) (C-17); Giacchino, párrafo 8 (CWS-4).

¹⁰⁰ Kaczmarek, párrafo 56 (CER-2); *ver también ib.*, párrafo 54 (donde se advierte que, en los sistemas de regulación por empresa modelo, “la base de activos regulados normalmente se establece como el valor de los activos fijos que tendría una empresa ‘hipotética’ o ideal”); Informe de la Comisión Pericial del 25 de julio de 2008 (“Informe de la CP”), Introducción, página 10 (donde se señala que “no necesariamente el VAD calculado representa los costos reales de la empresa ya que la red diseñada en cada oportunidad difícilmente coincide con la red real y puede estar en exceso o en defecto de los costos en los que incurra la empresa real”) (se omitió el subrayado) (C-246).

que “crea mayor incentivos para que la empresa regulada opere o desarrolle sus actividades a un nivel alto”¹⁰¹

33. Para calcular los costos de operación y capital de la empresa modelo se debe determinar el valor de la base de activos de esa empresa. En este sentido, la LGE dispone en su artículo 67 que el VAD es “calculad[o] sobre la base del Valor Nuevo de Reemplazo” – es decir, el “VNR”¹⁰² – “de las instalaciones, óptimamente dimensionadas”¹⁰³ Así pues, el VNR representa el valor de los activos que necesitaría una empresa modelo eficiente para servir el área y la base de clientes de la distribuidora, y se asienta en el presupuesto de que se trata de activos nuevos¹⁰⁴.

34. El principal de los beneficios que recibe un Estado que adopta el enfoque de la empresa modelo al basar el VAD sobre el valor nuevo de reemplazo de la base de activos es la posibilidad de obtener un precio elevado al privatizar la distribuidora, aun si sus activos son obsoletos o están deteriorados¹⁰⁵. Esto se debe a que “la base de activos regulados reflejaría una empresa de distribución ‘modelo’” y, por consiguiente, los inversores pagarían por la base de activos de la distribuidora modelo, en lugar de pagar por el valor real de los activos de la empresa¹⁰⁶. Adoptar este enfoque también “implica[] la aplicación de tarifas eléctricas más

¹⁰¹ Kaczmarek, párrafo 56 (CER-2); ver también Bastos, párrafo 20 nota 17 (CWS-1).

¹⁰² En español, el *Valor Nuevo de Reemplazo*, por lo tanto el acrónimo “VNR”.

¹⁰³ LGE, Art. 67 (C-17); ver también Alegría, párrafo 25 (CER-1); Kaczmarek, párrafo 80 (CER-2).

¹⁰⁴ En el artículo 67 de la LGE el VNR queda definido como “el costo que tendría construir las obras y bienes físicos de la autorización, con la tecnología disponible en el mercado, para prestar el mismo servicio. 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 requiere” LGE, Art. 67 (C-17); ver también Alegría, párrafo 25 (CER-1); Bastos, párrafo 20 (CWS-1); Kaczmarek, párrafo 80 (CER-2); Giacchino, párrafo 7 (CWS-4); Informe de la CP, Introducción, nota 3 (donde se advierte que el VNR “por definición . . . es el costo que tiene que reemplazar totalmente a nuevo la red e instalaciones calculadas para lo cual hay que multiplicar la totalidad de cada tipo de equipo por el valor unitario del mismo vigente a la fecha del Estudio”) (C-246).

¹⁰⁵ Kaczmarek, párrafo 59 (CER-2); Giacchino, párrafo 7 (CWS-4).

¹⁰⁶ Kaczmarek, párrafo 59 (CER-2); ver también Giacchino, párrafo 7 (CWS-4).

elevadas, ya que el [inversor] necesitaría recuperar una base de activos regulados mucho más alta”¹⁰⁷.

35. Los costos de capital de la distribuidora, es decir, el retorno del capital y el retorno sobre el capital, son producto del VNR y es lo que se denomina Factor de Recuperación del Capital (“FRC”)¹⁰⁸. La porción del FRC correspondiente al retorno del capital se calcula en función de la vida útil estimada de los activos¹⁰⁹. Así, si damos por sentado que los activos tienen una vida útil de 30 años, el retorno del capital del inversor sería 1/30 del valor nuevo de reemplazo de la base de activos, de modo tal de permitirle a la distribuidora recuperar el valor total de la base de activos regulados a lo largo de la vida de los activos¹¹⁰. En cuanto al componente de ganancias del FRC, o el retorno de la distribuidora sobre su capital, la LGE dispone que el costo del capital debe ubicarse entre 7% y 13% en términos reales (es decir, ajustado por inflación)¹¹¹. Este costo del capital se aplica al VNR para obtener el retorno sobre el capital, o la ganancia, de la distribuidora¹¹². Así, por ejemplo, si el costo del capital es 10%, la distribuidora recibe como ganancia 10% del valor nuevo de reemplazo de la base de activos de la empresa modelo. El modelo de privatización que adoptó Guatemala le permitió así recibir un precio elevado por los activos inferiores de EEGSA pero les aseguró a los inversores que recibirían un retorno basado en los activos como si fueran nuevos.

¹⁰⁷ Kaczmarek, párrafo 59 (CER-2); ver también Giacchino, párrafo 7 (CWS-4).

¹⁰⁸ En español, el *Factor de Recuperación de Capital*, por lo tanto el acrónimo “FRC”. Ver Kaczmarek, párrafos 55 y 79 (CER-2); Bastos, párrafo 20 (CWS-1); Giacchino, párrafo 6 (CWS-4).

¹⁰⁹ LGE, Art. 73 (“El costo de capital por unidad de potencia 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 que se utilice en el cálculo de las tarifas”) (C-17); Kaczmarek, párrafo 82 (CER-2).

¹¹⁰ Kaczmarek, párrafo 116 (CER-2).

¹¹¹ LGE, Art. 79 (“En cualquier caso, si la tasa de actualización resultare inferior a siete por ciento real anual o bien superior al trece por ciento real anual, se aplicarán estos últimos valores, respectivamente”) (C-17); ver también Alegría, párrafo 24 (CER-1); Kaczmarek, párrafo 77 (CER-2); Giacchino, párrafo 6 (CWS-4)

¹¹² Kaczmarek, párrafos 50 y 77 (CER-2); Bastos, párrafo 20 (CWS-1); Giacchino, párrafo 6 (CWS-4).

2. La Ley dispone que las discrepancias entre la distribuidora y el regulador en cuanto al estudio sobre el VAD debe resolverlas una Comisión Pericial

36. En línea con el objetivo de equilibrar los intereses del regulador con los derechos de la distribuidora, la ley consagra un marco en el cual ni el regulador ni la distribuidora pueden determinar de manera unilateral las tarifas o imponerle a la otra parte sus opiniones¹¹³. Por lo tanto, el marco legal adoptado por Guatemala no “otorgan [a la CNEE] facultades discrecionales para definir las tarifas como número fijo”¹¹⁴. Más bien, la LGE y el RLGE aseguran que “varios actores d[e]n su aporte para calcular el VAD en base a datos técnicos y económicos”, en consonancia con el “objetivo de la LGE de despolitizar el proceso de determinación de tarifas y así fomentar la inversión extranjera en el sector eléctrico”¹¹⁵.

37. Como primer paso, la LGE dispone que la CNEE debe encargarse de la realización de un estudio independiente para calcular el costo del capital de la distribuidora¹¹⁶. Como se señaló precedentemente, la LGE dispone que el costo del capital debe ubicarse entre 7% y 13% en términos reales y, por consiguiente, si el estudio determina un costo de capital fuera de este rango porcentual, debe utilizarse el punto inferior o superior del rango¹¹⁷.

38. Para calcular el VNR y el VAD y las tarifas resultantes, la distribuidora debe contratar a una consultora independiente para llevar adelante el estudio¹¹⁸. La consultora debe

¹¹³ Ver LGE, Art. 75 (C-17); ver también Alegría, párrafos 30-31 (CER-1).

¹¹⁴ Alegría, párrafo 23 (CER-1).

¹¹⁵ *Ib.*, párrafo 27.

¹¹⁶ LGE, Art. 79 (“La tasa de actualización a utilizar en la presente ley para la determinación de tarifas será igual a la tasa de costo del capital que determine la Comisión, mediante estudios contratados con entidades privadas especialistas en la materia, debiendo reflejar la tasa de costo de capital para actividades de riesgo similar en el país”) (C-17); ver también Kaczmarek, párrafo 50 (donde se explica que “[l]a tasa de retorno es la ganancia que la empresa espera obtener como resultado de sus operaciones. La tasa de retorno suele definirse como el costo de capital necesario para establecer (o adquirir) la base de activos regulados”) (CER-2); *ib.* párrafo 77 (donde se señala que “[e]l costo financiero de capital suele determinarse como el costo promedio ponderado del capital (‘WACC’). En el presente informe nos referimos a dicho elemento del costo como ‘retorno sobre el capital’”).

¹¹⁷ LGE, Art. 79; ver también Alegría, párrafo 25 (CER-1).

¹¹⁸ LGE, Art. 74 (“Cada distribuidor deberá calcular los componentes de los VAD mediante un estudio encargado a una firma de ingeniería precalificada por la Comisión”) (C-17); RLGE, Art. 97 (“Los

seleccionarse de un listado de consultoras precalificadas por la CNEE¹¹⁹. Esto constituye un “aspecto central” del régimen regulatorio, “pues la precalificación que hace la CNEE viene a suponer que dicho organismo entiende que la firma finalmente seleccionada por la empresa distribuidora, cuenta con solvencia, capacidad, idoneidad e independencia de criterio para realizar un Estudio Tarifario, es decir imparcialidad”¹²⁰.

39. Un año antes del vencimiento de las tarifas vigentes, la CNEE emite los términos de referencia para el estudio (“TdR”)¹²¹. El RLGE contiene diversas fórmulas y cálculos y “establece[] un marco regulatorio para que la CNEE elabore los TdR”¹²². Los TdR aportan pautas orientativas para la consultora pero no dictan el resultado del estudio¹²³. La consultora debe confeccionar el estudio “basado en información objetiva y en técnicas confiables”¹²⁴ y el estudio debe presentarse a la CNEE cuatro meses antes del vencimiento de las tarifas existentes¹²⁵.

40. La CNEE es responsable de supervisar el estudio y puede efectuar comentarios al respecto¹²⁶. Como se establece en el RLGE (según fuera modificado en el año 2007), al recibir el

Distribuidores deberán contratar con firmas consultoras especializadas para calcular las componentes del Valor Agregado de Distribución”) (C-21); Resolución No. CNEE-88-2002 del 23 de octubre de 2002, Art. 2.4 (C-59) (que dispone que la distribuidora es responsable del estudio que se utilizará para la fijación de las tarifas); Informe de la CP, Introducción, páginas 2-3 (C-246); Alegría, párrafos 27-28, 31 y 69 (CER-1); Calleja, párrafo 8 (CWS-3).

¹¹⁹ LGE, Art. 74 (C-17); RLGE, Art. 97 (C-21); Alegría, párrafo 23 (CER-1).

¹²⁰ Informe de la CP, Introducción, página 2 (C-246).

¹²¹ LGE, Art. 74 (“Los términos de referencia del o de los estudios del VAD serán elaborados por la Comisión, la que tendrá derecho a supervisar el avance de dichos estudios”) (C-17); RLGE modificado por el Acuerdo Gubernativo No. 68-2007 del 2 de marzo de 2007 (“RLGE Modificado”), Art. 98 (C-105); *ver también* Alegría, párrafo 30 y nota 82 (CER-1); Calleja, párrafo 8 (CWS-3).

¹²² Alegría, párrafo 29 (CER-1); *ver también ib.* párrafo 23 y nota 67 (donde se analizan los Arts. 86-90 y 97 del RLGE (C-21)).

¹²³ LGE, Art. 75 (C-17); Alegría, párrafo 29 (CER-1).

¹²⁴ Alegría, párrafo 28 (CER-1).

¹²⁵ RLGE Modificado, Art. 98 (C-105); Alegría, párrafo 30 y nota 84 (CER-1).

¹²⁶ LGE, Art. 74 (que dispone que la CNEE tiene derecho a supervisar el avance del estudio) (C-17); *ib.*, Art. 75 (que dispone que “[l]a Comisión revisará los estudios efectuados y podrá formular observaciones a los mismos”).

estudio de la consultora, la CNEE cuenta con dos meses para declarar la procedencia o improcedencia de sus partes y formular las observaciones:

Cuatro meses antes de la entrada en vigencia de las nuevas tarifas, el Distribuidor entregará a la Comisión el estudio tarifario que deberá incluir los cuadros tarifarios resultantes, las justificaciones por cada renglón de costo a incluir y las respectivas fórmulas de ajuste, así como el respectivo informe de respaldo; la Comisión en el plazo de dos meses resolverá sobre la procedencia o improcedencia de los estudios efectuados por los consultores formulando las observaciones que considere pertinente¹²⁷.

41. Quince días después de recibidas las observaciones de la CNEE, la distribuidora, basada en el análisis efectuado por la consultora, deberá presentarle a la CNEE sus respuestas a las observaciones efectuadas por esta última¹²⁸. Si la CNEE no realiza observaciones o si la distribuidora acepta todas las observaciones efectuadas por la CNEE y corrige el estudio según corresponda, al estudio se lo declara procedente y la CNEE queda obligada a publicar las tarifas en función del estudio¹²⁹.

42. Si la distribuidora rechaza alguna de las observaciones efectuadas por la CNEE, de conformidad con el artículo 75 de la LGE, la CNEE y la distribuidora convocarán una Comisión Pericial para resolver la discrepancia:

La [CNEE] revisará los estudios efectuados y podrá formular observaciones a los mismos. 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

¹²⁷ RLGE Modificado, Art. 98 (C-105). La versión original del Art. 98 del RLGE disponía que, una vez recibido el estudio de la distribuidora, la CNEE contaba con el plazo de un mes para determinar su procedencia o improcedencia. *Ver* RLGE, Art. 98 (C-21); *ver también* Alegría, párrafo 30 y nota 85 (CER-1).

¹²⁸ RLGE Modificado, Art. 98 (“El Distribuidor, a través de la empresa consultora, analizará las observaciones, efectuará las correcciones a los estudios y los enviará a la Comisión dentro del plazo de quince días de recibidas las observaciones”). (C-105); *ver también* Alegría, párrafo 30 y nota 86 (CER-1).

¹²⁹ Alegría, párrafo 23 y nota 86 (CER-1); RLGE Modificado, Art. 98 (donde se advierte que la Comisión cuenta con un plazo de dos meses para resolver sobre la procedencia o improcedencia de los estudios y formular las observaciones correspondientes); RLGE Modificado, Art. 99 (“Una vez aprobado el estudio tarifario a que se refiere [el artículo 98], la Comisión procederá a fijar las tarifas definitivas a partir de la fecha en la que se aprobó el estudio definitivo”) (C-105).

Comisión Pericial se pronunciará sobre las discrepancias, en un plazo de 60 días contados desde su conformación¹³⁰.

43. Como lo dispone la LGE, la Comisión Pericial, formada por tres integrantes, cuenta con 60 días desde la fecha de su formación para resolver las discrepancias¹³¹. El pronunciamiento de la Comisión Pericial es vinculante para las partes y se lo debe incorporar al estudio del VAD de la distribuidora¹³². Entonces, la CNEE debe utilizar el VAD resultante para determinar el cuadro tarifario de la distribuidora¹³³.

44. El proceso de la Comisión Pericial establecido por Guatemala en la LGE crea un método justo, despolitizado y eficiente para resolver las diferencias surgidas entre la CNEE y la distribuidora respecto del cálculo del VAD¹³⁴. Como lo explica Alegría en su dictamen jurídico, “la resolución de conflictos relacionadas [*sic*] con las variables que se deben determinar para el

¹³⁰ LGE, Art. 75 (C-17); *ver también* RLGE, Art. 98 (“De persistir discrepancias entre la Comisión y el Distribuidor, se seguirá el procedimiento estipulado en el Art. 75 de la Ley. El costo de esta contratación será cubierto por la Comisión y el distribuidor por partes iguales”) (C-21); Informe de la CP, Introducción, página 3 (“Aquellas observaciones realizadas por la CNEE de no ser atendidas por la Consultora y por tanto de persistir constituyen discrepancias y deben ser resueltas por la Comisión Pericial (Arts. 75 de la LGE y 98 del RLGE)”) (C-246); Alegría, párrafo 31 (CER-1).

¹³¹ LGE, Art. 75 (C-17); Alegría, párrafo 30 (CER-1).

¹³² Alegría, párrafos 31 y 76-78 (donde se señala que el texto y el contexto del artículo 75 de la LGE dejan en claro que el pronunciamiento de la Comisión Pericial reviste carácter vinculante para las partes) (CER-1); *ver también* Evacuación por la CNEE de la Audiencia sobre la acción de Inconstitucionalidad 1782-2003 del 10 de noviembre de 2003, páginas 6-7 (donde la CNEE explica que “[d]e existir discrepancia, según Arts. 98 del [RLGE] y 75 de la [LGE], debe formarse una Comisión Pericial, que resolverá en un plazo de 60 días”) (C-81).

¹³³ LGE, Art. 76 (“La Comisión usará los VAD . . . para estructurar un conjunto de tarifas para cada adjudicatario”) (C-17); *ver también* Alegría, párrafo 37 (donde se advierte que “la LGE expresamente dispone que la Consultora del distribuidor debe preparar el estudio del VAD y que las tarifas deben basarse en dicho estudio”) (CER-1).

¹³⁴ Alegría, párrafo 16 (donde se explica que los legisladores guatemaltecos “esperaba[n] que la promulgación de la LGE se traduciría en una despolitización del sector energético y serviría como garantía de seguridad jurídica”) (CER-1); *ib.*, párrafo 27 (donde se señala “el objetivo de la LGE de despolitizar el proceso de determinación de tarifas y así fomentar la inversión extranjera en el sector eléctrico”); *ib.*, párrafo 55 (donde se observa que un “objetivo primordial” de la LGE consiste en que “las discrepancias sean resueltas en un proceso despolitizado por un panel conformado por tres integrantes sobre la base de consideraciones económicas, técnicas y objetivas”).

cálculo del VAD está en manos de expertos y ni el ente regulador ni el distribuidor tienen poder alguno para imponer su voluntad por encima del otro”¹³⁵.

C. La Demandante invirtió en EEGSA en función de las garantías y protecciones ofrecidas por el nuevo régimen legal, que fue adoptado para atraer inversiones extranjeras

45. Como se expuso precedentemente, Guatemala decidió privatizar ciertos activos en el sector para abordar su crisis eléctrica y mejorar la calidad y el nivel del sector eléctrico. El día 13 de febrero de 1997, poco después de la sanción de la LGE, el Gobierno del presidente Álvaro Arzú, por consiguiente, anunció la privatización de EEGSA, la mayor distribuidora de energía eléctrica de Guatemala¹³⁶. Como se explica más adelante, en función del nuevo marco legal y regulatorio establecido por Guatemala para atraer inversiones extranjeras al sector eléctrico, la Demandante decidió invertir en EEGSA como parte de un consorcio formado por la empresa española de servicios públicos Iberdrola Energía, S.A. (“Iberdrola”), TPS de Ultramar Guatemala, S.A. (“TPS”), la cual es una empresa subsidiaria que pertenece completamente a la Demandante, y la empresa portuguesa de servicios públicos Electricidad de Portugal, S.A. (“EDP”) (colectivamente el “Consortio”).¹³⁷

46. Tras la decisión del Gobierno de privatizar EEGSA, el presidente Arzú emitió el Acuerdo Gubernativo No. 865-97, del 17 de diciembre de 1997, por el cual se autorizó la privatización de EEGSA por medio de la oferta y subasta pública a nivel nacional e internacional de la tenencia del 96% de EEGSA perteneciente al Estado¹³⁸. Como dispone el Acuerdo Gubernativo No. 865-97:

Que de conformidad con la Ley de Contrataciones del Estado, cuando la autoridad lo considere necesario y conveniente, podrá realizarse la venta de activos, por lo que en el caso de las acciones que conforman el 96% del capital social de la Empresa Eléctrica de

¹³⁵ *Ib.*, párrafo 31.

¹³⁶ *Ver* Alegría, párrafo 19 (CER-1); *Diccionario Histórico Biográfico de Guatemala*, Fundación para la Cultura y el Desarrollo, y Asociación Amigos del País (primera edición, 2004), página 371 (C-84).

¹³⁷ *Ver* Gillete, párrafos 9-16 (CWS-5).

¹³⁸ Acuerdo Gubernativo 865-97 del 17 de diciembre de 1997 (C-23).

Guatemala, Sociedad Anónima, cuya propiedad es del Estado de Guatemala, deben ser enajenadas al sector privado a efecto que el servicio de distribución y comercialización de la energía eléctrica que presta dicha Empresa, sea realizado en condiciones de competitividad y eficiencia, especialmente haciendo las inversiones necesarias que permitan satisfacer oportunamente el crecimiento de la demanda; acción última que el Estado por no contar con los recursos financieros indispensables para dicho cometido, le es materialmente imposible realizar¹³⁹.

De conformidad con el artículo 7 del Acuerdo, EEGSA era responsable de la oferta pública, que estaría presidida por el Consejo de Administración de EEGSA o un comité designado por dicho Consejo¹⁴⁰. Para organizar la oferta pública, se constituyó un Comité de Alto Nivel formado por los directores de EEGSA y el entonces ministro de Energía y Minas, Leonel López Rodas¹⁴¹.

47. De conformidad con el artículo 5 del Acuerdo, EEGSA quedaba autorizada a subcontratar a un “asesor financiero de prestigio internacional” para promover la oferta y subasta pública en el ámbito internacional¹⁴². EEGSA seleccionó a Salomon Smith Barney como asesor financiero y, el día 28 de enero de 1998, Salomon Smith Barney presentó un Informe Preliminar al Comité de Alto Nivel en el que exponía la estrategia de mercadeo propuesta, así como un listado de decisiones fundamentales que debían tomarse, incluida la determinación del nuevo cuadro tarifario para EEGSA y la definición de los estándares para la precalificación de los inversores¹⁴³. Salomon Smith Barney también propuso que se enviaran cartas de convocatoria a inversores estratégicos seleccionados, junto con un Memorándum Informativo Preliminar¹⁴⁴.

48. En febrero de 1998, un Equipo Asesor identificó un listado de inversores estratégicos a quienes dirigir los esfuerzos¹⁴⁵. Como lo explicó el Equipo Asesor, “[l]a selección

¹³⁹ *Ib.*, Tercer Considerando del Preámbulo.

¹⁴⁰ *Ib.*, Art. 7.

¹⁴¹ Representantes del Comité de Alto Nivel, Empresa Eléctrica de Guatemala, S.A. (C-18).

¹⁴² Acuerdo Gubernativo 865-97 del 17 de diciembre de 1997, Art. 5 (C-23).

¹⁴³ *Ver* Empresa Eléctrica de Guatemala S.A., Informe Preliminar del Asesor Financiero y Técnico confeccionado por Salomon Smith Barney, del 28 de enero de 1998, página 2 (C-25).

¹⁴⁴ *Ib.*, página 6.

¹⁴⁵ Empresa Eléctrica de Guatemala, S.A., Perfil de Inversionistas, del 17 de febrero de 1998 (C-26).

de la base de inversores a contactar en la etapa de mercadeo es clave ya que para garantizar el éxito del proceso debe haber competencia”; no obstante, “la competencia no se genera a través de la invitación de un gran número de inversores, sino a través de la acertada selección de un número adecuado de ellos con posibilidades de invertir en EEGSA”¹⁴⁶. Como quedó reflejado en la presentación del Equipo Asesor, “TECO” fue elegida como uno de esos inversores estratégicos¹⁴⁷.

49. En abril de 1998, Salomon Smith Barney confeccionó un Memorandum Informativo Preliminar basado en los materiales y la información que le aportara EEGSA, que se envió a los inversores estratégicos, incluida TECO¹⁴⁸. Como se explica en el Memorandum Informativo Preliminar, EEGSA “es la principal empresa distribuidora de energía eléctrica en Guatemala” y “[s]u área de autorización incluye los Departamentos de Guatemala, Escuintla y Sacatepéquez”¹⁴⁹. Allí también se explica que “[c]omo parte del proceso de modernización de la economía guatemalteca que actualmente realiza el gobierno del Presidente Álvaro Arzú, el Estado ha tomado la decisión de vender el total de las acciones de su propiedad”¹⁵⁰. Respecto del capital accionario de EEGSA, el Memorandum Informativo Preliminar establece lo siguiente:

- Un 80% de las acciones de EEGSA se colocarán mediante una subasta pública internacional dirigida a inversores precalificados;

¹⁴⁶ *Ib.*, página 2.

¹⁴⁷ *Ib.*, páginas 9 y 44.

¹⁴⁸ *Ver* Empresa Eléctrica de Guatemala, S.A., Memorandum Informativo Preliminar confeccionado por Salomon Smith Barney, del mes de abril de 1998, página 2 (C-27); Gillette, párrafo 8 (donde se señala que “TPS recibió diversos materiales de promoción preparados por Salomon Smith Barney con respecto al proceso de privatización de EEGSA, incluyendo un Memorandum Informativo Preliminar y un Memorandum de Venta”) (CWS-5).

¹⁴⁹ Empresa Eléctrica de Guatemala, S.A., Memorandum Informativo Preliminar confeccionado por Salomon Smith Barney, del mes de abril de 1998, página 3 (C-27). Como se explica en el Memorandum Informativo Preliminar, “[h]asta el año 1997, EEGSA participaba en los tres componentes del sector eléctrico guatemalteco: generación, transmisión y distribución. Siguiendo los lineamientos de la Ley General de Electricidad, una moderna legislación aprobada por el Congreso de la República en 1996, EEGSA licitó públicamente sus activos de generación el segundo semestre de 1997” *Ib.*, página 4.

¹⁵⁰ *Ib.*, página 3.

- Un 16,1% quedará en manos del Gobierno de Guatemala para su venta en condiciones preferentes a empleados de la empresa y para su posterior venta mediante oferta pública en la Bolsa de Valores de Guatemala;
- El restante 3,9% continuará en manos de inversores privados¹⁵¹.

50. En la sección titulada “Nuevo Marco Regulatorio”, el Memorándum Informativo Preliminar explica que, el día 13 de noviembre de 1996, “el Congreso de la República de Guatemala emitió la Ley General de Electricidad, con el objeto de normar el desarrollo de las actividades de generación, transporte, distribución y comercialización de electricidad”, y que, el 21 de marzo de 1997, “el Organismo Ejecutivo, por conducto del Ministerio de Energía y Minas, emitió el Reglamento de la Ley General de Electricidad”¹⁵². Como allí se señala, “[e]l nuevo marco regulatorio . . . contempla la segmentación vertical y horizontal de la industria” y “crea la Comisión Nacional de Energía Eléctrica . . . un órgano técnico del Ministerio de Energía y Minas con independencia funcional y presupuestaria para el ejercicio de sus atribuciones y con la función de cumplir y hacer cumplir la Ley General de Electricidad y sus reglamentos”¹⁵³. En una sección titulada “Tarifas”, el Memorándum Informativo Preliminar describe la forma en que se deben calcular las tarifas de EEGSA con arreglo a la LGE y el RLGE:

Según lo establecido en la Ley y el Reglamento, las tarifas a usuarios regulados, que son aquellos con potencia máxima demandada menor a 100KW, se regulan como la suma de (i) el precio promedio de adquisición de la energía eléctrica por parte del distribuidor, de acuerdo a los diversos contratos de compra y a los precios en el Mercado Spot a que se adquiriera la energía eléctrica, y (ii) del valor agregado de distribución (el “VAD”).

Los costos de adquisición para el cálculo de las tarifas base serán calculados cada cinco años y se basarán en la estructura de una empresa eficiente. Los precios de adquisición deben incluir los costos de transmisión, subtransmisión y transformación que corresponda hasta los puntos de entrada a nivel de media tensión

¹⁵¹ *Ib.*

¹⁵² *Ib.*, página 9.

¹⁵³ *Ib.*

de distribución (13,8 kV en el caso de EEGSA). Los precios de adquisición se expresan separadamente en sus componentes de potencia y energía. El compromiso de la Comisión Nacional de Energía Eléctrica al momento de determinar las tarifas finales a los usuarios es trasladar el precio . . . para garantizar el concepto de “pass-through”¹⁵⁴.

51. Observando que EEGSA “presenta una interesante oportunidad de inversión para empresas internacionales de distribución de energía eléctrica y otros inversionistas interesados en el atractivo mercado eléctrico de Guatemala y Centro América”¹⁵⁵, el Memorándum Informativo Preliminar, en una sección titulada “Factores a Considerar Respecto a la Inversión” destaca el “[p]otencial de Crecimiento de la Economía Guatemalteca”; que “Guatemala es el Elemento Crítico de una Estrategia Centroamericana”; que Guatemala tiene un “un [A]tractivo Mercado Eléctrico con Alto Potencial de Crecimiento”; la estatura de EEGSA como una “[E]mpresa Líder del Sector”; el favorable “[P]otencial de Reducir Costos de Abastecimiento”; y la “Posibilidad de Expansión de Área de Cobertura”¹⁵⁶. Dicho Memorándum señala específicamente que “[e]l mercado eléctrico de Guatemala ofrece a los inversionistas no sólo un alto potencial de crecimiento sino también un marco regulatorio diseñado para estimular el desarrollo del sector a través de la libre competencia”¹⁵⁷.

52. Tras la distribución del Memorándum Informativo Preliminar, EEGSA inauguró un *data room* y puso a disposición de los posibles inversores documentación adicional, incluidos los Términos de Referencia para la oferta pública¹⁵⁸, el Memorándum de Venta definitivo¹⁵⁹ y un proyecto del Contrato de Compraventa de Acciones. El Memorándum de Venta, confeccionado por Salomon Smith Barney con la asistencia de EEGSA¹⁶⁰, incluye el texto de la LGE y el

¹⁵⁴ *Ib.*, páginas 9-10.

¹⁵⁵ *Ib.*, página 12.

¹⁵⁶ *Ib.*, páginas 12-14.

¹⁵⁷ *Ib.*, página 13.

¹⁵⁸ Empresa Eléctrica de Guatemala, S.A., Términos de Referencia del mes de mayo de 1998 (C-30).

¹⁵⁹ Empresa Eléctrica de Guatemala S.A., Memorándum de Venta confeccionado por Salomon Smith Barney (“Memorándum de Venta”) del mes de mayo de 1998 (C-29).

¹⁶⁰ *Ib.*, página 2.

RLGE, así como también un informe de auditoría sobre EEGSA confeccionado por un contador público y auditor independiente¹⁶¹. El Memorándum de Venta ofrece un panorama de EEGSA¹⁶², así como también del sector eléctrico guatemalteco, y señala que

[e]l desarrollo del sector eléctrico en la década de los 70 y de los 80 presentó serias fallas como resultado de la debilidad institucional del INDE y de los problemas financieros que afectaron al Instituto, derivados a su vez de la intromisión política en su gestión y de fallas en su capacidad de control de la ejecución de grandes proyectos hidroeléctricos¹⁶³.

Como se destaca en el mencionado Memorándum, “[u]no de los objetivos del actual gobierno es atraer mayor inversión extranjera mediante reformas orientadas a la promoción de un mercado libre y a través de la privatización de empresas estatales”¹⁶⁴.

53. En una sección titulada “El Marco Regulatorio”, el Memorándum de Venta describe detalladamente el proceso por el cual se calcula el VAD de la distribuidora de conformidad con la LGE y el RLGE¹⁶⁵. Así, el Memorándum de Venta explica que el VAD representa:

- La mensualidad constante de costo de capital, operación y mantenimiento (expresado en US\$/KW/mes) de una empresa distribuidora estándar eficiente (‘empresa modelo’ de densidad de distribución determinada).
- Los costos de administración y atención por usuario de la “empresa modelo” bien gestionada (expresados en US\$/cliente/mes).
- Las pérdidas de potencia y energía de la “empresa modelo”. De este modo, la tarifa para una distribuidora determinada no corresponde a sus costos propios sino a los costos “de

¹⁶¹ *Ver ib.*, Apéndices A-C.

¹⁶² *Ib.*, páginas 5-11 y 18-33.

¹⁶³ *Ib.*, página 37.

¹⁶⁴ *Ib.*, página 53.

¹⁶⁵ *Ib.*, páginas 42-49.

mercado” de la actividad de distribución, que se derivan de los costos teóricos de una “empresa modelo” de alta eficiencia¹⁶⁶.

En dicho Memorándum también se explica que “[a]l costo de inversión resultante se le aplica el factor de recuperación del capital para una tasa de interés real a determinar, que normalmente debería ubicarse en el rango 7-13%, y una vida útil, que normalmente es de unos 30 años”¹⁶⁷.

54. Respecto del cálculo del VAD, el Memorándum de Venta describe el proceso de revisión tarifaria previsto en la LGE y el RLGE, así como también el rol de la Comisión Pericial en la resolución de diferencias surgidas entre la CNEE y la distribuidora en torno del VAD:

Los VAD deben ser calculados por los distribuidores mediante un estudio encargado a una empresa de ingeniería, pero la Comisión puede disponer que los estudios sean agrupados por categoría de densidad. La Comisión revisará los estudios y podrá efectuar observaciones, pero en caso de discrepancia se nombrará una Comisión de tres peritos para que resuelva sobre las diferencias. La Ley establece que para la primera fijación de tarifas, a efectuarse en mayo de 1998, la Comisión puede usar valores de VAD derivados de otros países que apliquen similar metodología (caso de Chile, Perú, El Salvador, por ejemplo)¹⁶⁸.

Respecto de las tarifas de EEGSA, el Memorándum de Venta señala que, “[h]istóricamente las tarifas han sido bajas, lo cual ha colocado severas restricciones sobre el potencial de ganancias de los distribuidores. Por cierto, en el caso de EEGSA, la compañía subsidió el mercado, carga que causó grave deterioro en la salud financiera de la compañía”¹⁶⁹. Como se explica en dicho instrumento, la LGE “aborda este problema directamente, otorgando a las compañías (INDE y EEGSA) la capacidad de fijar las tarifas según los precios del mercado”¹⁷⁰.

¹⁶⁶ *Ib.*, páginas 48-49.

¹⁶⁷ *Ib.*, página 49. En el Memorándum de Venta también se explica que los costos de gestión, operativos y de mantenimiento de la empresa modelo se suman a los costos de capital. *Ver ib.*, página 49.

¹⁶⁸ *Ib.*, página 49.

¹⁶⁹ *Ib.*

¹⁷⁰ *Ib.*

55. En mayo de 1998, Guatemala realizó una serie de presentaciones en el marco de un *Road Show* para promover la privatización de EEGSA¹⁷¹. Como lo refleja la presentación del *Road Show*, Guatemala señaló que “la administración del Presidente Álvaro Arzú se ha caracterizado por su programa de modernización y estabilidad política”, lo que incluye un “[p]rograma agresivo de privatizaciones” y “[d]esregulación de los principales sectores de la economía”¹⁷². Respecto del nuevo marco regulatorio, Guatemala destacó la “[e]structura tarifaria [de EEGSA] con base económica revisada cada 5 años”¹⁷³ y describió cómo se realizan los ajustes tarifarios:

- Los cambios en los costos de energía se ajustan cada tres meses;
- La metodología tarifaria es revisada cada 5 años por la CNEE. Los cambios materiales deben estar apoyados por estudios realizados por una consultora independiente con reconocimiento internacional;
- El nuevo paquete tarifario fija la tasa de descuento entre 7% y 13%. La tasa inicial de descuento se fija en 10%;
- El VAD se ajusta con frecuencia anual para corregir la exposición al riesgo cambiario¹⁷⁴.

Para finalizar, Guatemala destacó que EEGSA representaba una “oportunidad inigualable de inversión” que ofrecía acceso a “una economía creciente en un marco político estable”, “la empresa líder de un mercado eléctrico atractivo con un alto potencial de crecimiento” y el “mercado centroamericano mediante proyectos de interconexión”¹⁷⁵.

56. Como lo advierte Gordon Gillette, actual presidente de Tampa Electric y Peoples Gas y ex presidente de TECO Guatemala, Inc., a TECO le interesaba invertir en EEGSA y “considerábamos que esta privatización constituía una excelente oportunidad para aumentar la

¹⁷¹ Ver Empresa Eléctrica de Guatemala, S.A., Presentación del *Roadshow*, del mes de mayo de 1998 (C-28).

¹⁷² *Ib.*, página 10.

¹⁷³ *Ib.*, página 40.

¹⁷⁴ *Ib.*, página 19.

¹⁷⁵ *Ib.*, página 39.

seguridad de nuestras restantes inversiones en Guatemala y ampliar y consolidar la presencia de TECO Energy en Centroamérica”¹⁷⁶. Como lo explica Gillette, TECO ya había invertido en dos proyectos de centrales energéticas en Guatemala: la Central Eléctrica Alborada, central generadora de ciclo único para demanda pico a combustible líquido de 78 mega watts (“MW”) ubicada en Escuintla, Guatemala, que constituyó la primera inversión internacional de TECO Energy¹⁷⁷; y la Central San José, central generadora alimentada a carbón pulverizado de 120-MW ubicada cerca del pueblo de Masagua, Guatemala¹⁷⁸. Como lo señala Gillette, como las “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, ya que dejarían de depender enteramente en el Gobierno”¹⁷⁹.

57. 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”¹⁸⁰. Según lo explica,

Guatemala era el mercado más grande de la región, con una población de más de 11 millones. El país también estaba registrando una alta tasa de crecimiento económico y una tasa de crecimiento de la demanda de electricidad aún mayor. Sobre la base de la información que recibimos y revisamos, arribamos a la conclusión de que la base de clientes de EEGSA y sus tasas de consumo por cliente presentaban buenas oportunidades de expansión adicional, así como oportunidades de recorte de costos que aumentarían la rentabilidad de EEGSA. En ese entonces, EEGSA era titular de una concesión de distribución de electricidad no exclusiva a 50 años sobre los Departamentos de Guatemala, Escuintla y Sacatepéquez. Esta era la región más desarrollada de Guatemala, y representaba el 72 % del consumo energético total del país. Al 31 de diciembre de 1997, EEGSA suministraba electricidad a aproximadamente 511,000 clientes, su base de

¹⁷⁶ Gillette, párrafo 9 (CWS-5).

¹⁷⁷ *Ib.*, párrafo 5. Como lo explica Gillette, “previo a la construcción de la central, el 24 de enero de 1995, Alborada celebró un contrato de compraventa de energía a largo plazo con EEGSA”. *Ib.*

¹⁷⁸ *Ib.*, párrafo 6.

¹⁷⁹ *Ib.*, párrafo 9; *ver también* Privatización de EEGSA, Presentación Gerencial del 9 de julio de 1998 (C-33).

¹⁸⁰ Gillette, párrafo 10 (CWS-5).

clientes había crecido a una tasa anual del 4 % desde 1994 a 1997, y el consumo energético del área bajo su concesión había aumentado más del 7 % anual durante ese mismo periodo.¹⁸¹

Gillette también relata que “[L]as leyes que habían sido promulgadas en Guatemala para reformar la industria eléctrica desempeñaron un papel fundamental en nuestra decisión de participar en la subasta para privatizar EEGSA”¹⁸². Según él explica, “estas leyes establecían un marco regulatorio estable y predecible para fijar las tarifas de EEGSA”¹⁸³. El hecho de que la estabilidad y predictibilidad el nuevo marco regulatorio constituían un factor crítico a tomar en consideración a los efectos de la inversión quedó reflejado en la presentación efectuada en julio de 1998 por TPS ante la Junta Directiva de TECO Energy respecto de EEGSA, que dice lo siguiente:

4. Marco Reglamentario

En noviembre de 1996, el Gobierno de Guatemala (“GOG”) aprobó una nueva ley de electricidad (la “Ley”), estableciendo un marco reglamentario consistente para el sector. La Ley elimina subsidios, ordena la desagregación de los activos de generación, transmisión y distribución, y preparó a las dos empresas eléctricas propiedad del estado, EEGSA y el Instituto Nacional de Electricidad (“INDE”) para su privatización.

Las tarifas de EEGSA serán reestructuradas de conformidad con la Ley. Las tarifas nuevas, válidas por un período de cinco años, fueron emitidas el 22 de junio de 1998, con metodologías que

¹⁸¹ *Ib.*, párrafo 10 (se omitieron las citas internas) (CWS-5); ver también TECO Energy, Inc., Acción respecto a las acciones a tomar en cuanto a la privatización de una empresa de servicio eléctrica pública en Guatemala, Acta de la Junta Administrativa del mes de julio de 1998, páginas 7-2 y 7-4 (C-32); Empresa Eléctrica de Guatemala, S.A., Memorandum Informativo Preliminar confeccionado por Salomon Smith Barney, del mes de abril de 1998, páginas 4 y 13 (C-27); Empresa Eléctrica de Guatemala, S.A., Presentación del *Roadshow* del mes de mayo de 1998, páginas 20-21 (C-28). El 15 de mayo de 1998, EEGSA y MEM celebraron un Contrato de Autorización para la distribución de electricidad en los departamentos de Guatemala, Sacatepéquez, y Escuintla por un periodo de 50 años. Ver también Contrato de Autorización suscrito entre el Ministerio de Energía y Minas y Empresa Eléctrica de Guatemala S.A del 15 de mayo de 1998, página 2 (C-31).

¹⁸² Gillette, párrafo 11 (CWS-5).

¹⁸³ *Ib.*; ver también TECO Energy, Inc., Acción respecto a las acciones a tomar en cuanto a la privatización de una empresa de servicio eléctrica pública en Guatemala, Acta de la Junta Directiva, del mes de julio de 1998, páginas 7-3 (C-32); Privatización de EEGSA, Presentación de la Gerencia, del 9 de julio de 1998, páginas 4-5 (C-33).

siguen de cerca los regímenes tarifarios de Chile, Argentina y El Salvador. Las tarifas de EEGSA tendrán tres componentes: (I) un componente de costo de generación eléctrica; (ii) un componente de costo de transmisión; y (iii) un componente de valor agregado de distribución, con base en una empresa de distribución eficientemente operada.

[. . .]

a. Marco Reglamentario

La Ley y su Reglamento representa un enfoque nuevo para Guatemala y sus inversionistas del sector de energía eléctrica. TPS considera que hay suficiente experiencia con sistemas similares emplazados en Chile, Argentina y El Salvador. Las características de este sistema son más manejables que las de otros países latinoamericanos¹⁸⁴.

58. Otro aspecto importante del nuevo marco regulatorio estaba dado por la forma en que se calcula el VAD con arreglo a la LGE y el RLGE; como se explicó precedentemente, el VAD es el segmento de la tarifa total de electricidad por medio del cual la distribuidora recibe su retorno. Como lo advierte Gillette, TECO tenía “un particular interés en el hecho de que Guatemala aplica el enfoque de una empresa modelo eficiente” para calcular el VAD¹⁸⁵, ya que dicha metodología “nos prometía, de administrar la empresa de manera adecuada y lograr una gran eficiencia, un aumento en nuestro retorno”¹⁸⁶. Gillette explica que TECO también

[t]enía conocimiento de que la ley guatemalteca establecía que el VAD debía ajustarse cada cinco años sobre la base de un estudio llevado a cabo por un consultor independiente precalificado por Guatemala y seleccionado por el distribuidor; de que, para el cálculo del VAD, los activos de la empresa se valúan como si fueran nuevos para cada período tarifario; y de que la ley

¹⁸⁴ TECO Energy, Inc. Acción respecto a las acciones a tomar en cuanto a la privatización de una empresa de servicio eléctrica pública en Guatemala, Acta de la Junta Directiva, del mes de julio de 1998, páginas 7-3 y 7-6 (C-32); *ver también* Privatización de EEGSA, Presentación de la Gerencia, del 9 de julio de 1998, páginas 4-5 (C-33); Gillette, párrafo 11 (CWS-5).

¹⁸⁵ Gillette, párrafo 12 (CWS-5); *ver también* Privatización de EEGSA, Presentación de la Gerencia, del 9 de julio de 1998, página 5 (C-33).

¹⁸⁶ Gillette, párrafo 12 (CWS-5).

garantizaba una tasa de retorno real sobre el valor nuevo de reemplazo de los activos de entre el 7% y 13%¹⁸⁷.

Asimismo explica que “Junto con nuestros socios tuvimos estas cuestiones en consideración al estructurar nuestra oferta”¹⁸⁸. Gillette comenta que “Estos aspectos de la nueva ley le permitían a Guatemala obtener un precio por su participación en EEGSA considerablemente mayor que el valor contable de los activos de EEGSA”¹⁸⁹.

59. Además de analizar el marco legal y regulatorio establecido por Guatemala para el sector de la electricidad, TECO realizó un exhaustivo proceso de *due diligence*, que incluyó “análisis para determinar si las tasas de retorno internas generales estimadas eran acordes a nuestros objetivos”¹⁹⁰. Respecto del retorno esperado por TECO, Gillette cuenta que “mi posición en ese entonces era – y continúa siendo – que, para justificar la inversión, se deberían obtener niveles de retornos que excedieran los de una empresa de servicios públicos de Estados Unidos. De lo contrario, no habría justificación suficiente para que la empresa corriera el riesgo mayor de invertir en el exterior”¹⁹¹. Según explica Gillette:

El régimen regulatorio en los Estados Unidos (como en Guatemala) establece que las empresas de servicio público ganen un retorno nominal basado en el costo del capital del valor depreciado de las inversiones actuales que hacen en las plantas de generación y equipo. La tasa de retorno para el capital invertido depreciado para nuestras inversiones en servicios públicos en Florida era y sigue siendo aproximadamente 8%, como lo es para la mayoría de empresas de servicios públicos que son propiedad de inversionistas en los Estados Unidos. Determinamos que

¹⁸⁷ *Ib.*; ver también Privatización de EEGSA, Presentación de la Gerencia, del 9 de julio de 1998, página 5,29-30 (notado que la tarifa es “recalculado cico anos con base en maximo permisible por el costo de nuevo reemplazo de sistema eficiente ademas de costos de operación y mantenimiento (C-33); Empresa Eléctrica de Guatemala, S.A., Presentación del *Roadshow* del mes de mayo de 1998, página 19 (C-28). Como lo explica Gillette, como la tasa de retorno garantizada por la ley guatemalteca es una tasa real, los retornos nominales anuales declarados en los estados contables deben ajustarse por inflación antes de que se los pueda comparar con la tasa de retorno garantizada. Gillette, párrafo 12 y nota 15 (CWS-5).

¹⁸⁸ Gillette, párrafo 12 (CWS-5).

¹⁸⁹ *Ib.*

¹⁹⁰ *Ib.*, párrafo 13.

¹⁹¹ *Ib.*

podíamos lograr un retorno sobre la inversión en EEGSA mayor que nuestros retornos por servicios públicos en Estados Unidos, principalmente porque la ley garantizaba una tasa de retorno real entre 7% y 13% sobre el valor nuevo de reemplazo¹⁹².

Gillette también declara que TECO “estimaba que los flujos de efectivo internos de EEGSA serían suficientes para cubrir el mantenimiento y el reemplazo de los activos de distribución, así como el crecimiento que EEGSA lograra”¹⁹³ y que, si bien TECO era “[optimista] con respecto a las oportunidades de aumento de la demanda en el área de servicios de EEGSA – tanto en términos de crecimiento de la población como de aumento del consumo por cliente – el modelo sobre el cual se basó el precio de la oferta asumía lo que considerábamos cifras conservadoras de crecimiento”¹⁹⁴.

60. En preparación para la oferta, TPS formó un Consorcio oferente con Iberdrola y EDP¹⁹⁵. Como lo explica Gillette, el Consorcio convino en que, de resultar exitosa la oferta, Iberdrola, TPS y EDP tendrían respectivamente el 40%, 30% y 30% de la participación del 80% de EEGSA adquirida por el Consorcio¹⁹⁶. De conformidad con los Términos de Referencia para la oferta pública¹⁹⁷, el Consorcio constituyó una sociedad inversora en Guatemala, denominada Distribución Eléctrica Centroamericana, S.A. (“DECA”), para adquirir las acciones de EEGSA¹⁹⁸. Según advierte Gillette, TECO y sus socios luego reconsideraron sus participaciones y, mientras que la participación de TPS se mantuvo igual, la de Iberdrola aumentó y la de EDP se

¹⁹² *Ib.*; ver también Privatización de EEGSA, Presentación de la Gerencia, del 9 de julio de 1998, página 35 (notando que EEGSA ofrece el precio de compra basado en meta IRR”) (C-33).

¹⁹³ Gillette, párrafo 14. (CWS-5).

¹⁹⁴ *Ib.*; TECO Energy, Inc. Acción respecto a las acciones a tomar en cuanto a la privatización de una empresa de servicio pública en Guatemala, Acta de la Junta Directiva, del mes de julio de 1998, página 7-6 (C-32).

¹⁹⁵ Gillette, párrafo 15 (CWS-5). Como lo advierte Gillette, inicialmente la empresa estadounidense de energía Coastal Power Corporation, con sede en Houston, Texas, formaba parte del Consorcio oferente, aunque luego se retiró. *Ver ib.*

¹⁹⁶ *Ib.*; TECO Energy, Inc., Acción respecto a las acciones a tomar en cuanto a la privatización de una empresa de servicio pública en Guatemala, Acta de la Junta Directiva, del mes de julio de 1998, página 7-1 (C-32).

¹⁹⁷ Empresa Eléctrica de Guatemala, S.A., Términos de Referencia de mayo de 1998, Art. 3.2 (C-30).

¹⁹⁸ Gillette, párrafo 15 (CWS-5).

redujo, de modo tal que Iberdrola, TPS y EDP pasaron a tener respectivamente una participación de 49%, 30% y 21% en DECA¹⁹⁹.

61. El 15 de julio de 1998, la Junta Directiva de TECO Energy autorizó a TPS a participar en la oferta del Consorcio para adquirir una participación sustancial en el capital de EEGSA²⁰⁰. El 30 de julio de 1998, después de quedar precalificado por Guatemala, el Consorcio presentó su oferta por el 80% de las acciones de EEGSA²⁰¹. Con una oferta de USD 520 millones, el Consorcio fue declarado ganador de la subasta, superando así la segunda mejor oferta, de USD 475 millones, efectuada por el consorcio formado por la empresa estadounidense de energía Enron Corporation y la empresa española de servicios públicos Unión FENOSA²⁰².

62. Como lo advierte Kaczmarek, el “precio de compra [de EEGSA] suponía una relación precio de acciones-valor contable (‘P/C’) de 17.0x y una relación valor empresa-ganancias antes de la deducción de intereses, impuestos y amortizaciones (VE/GADIIA) de 40x”, que son “múltiplos de valoración . . . extremadamente altos” en comparación con las relaciones típicas de P/C para las empresas reguladas, de 1.06x a 1.6x, y los múltiplos típicos de VE/GADIIA, de 6.0x a 10.0x²⁰³. Como Sr. Kaczmarek discute con mas detalle, “[e]stos múltiplos de valoración extremadamente altos son el producto de la forma de regulación por Empresa Modelo que decidió adoptar Guatemala para EEGSA”²⁰⁴. Solamente siete años antes, Price Waterhouse había concluido que si Guatemala adoptaba un marco legal distinto en el que las tarifas se basaran en los activos y costos reales de la empresa, más que en el valor nuevo de reemplazo de los activos de la empresa modelo, el valor de mercado del 100% del capital de EEGSA sería nada más de USD 13,9 millones y que solamente si el Gobierno aumentaba las tarifas y subsidiaba el endeudamiento de EEGSA podría llegar a obtener un monto equivalente al

¹⁹⁹ *Ib.*; ver también Estados Consolidados de DECA desde el 14 de agosto de 1998 (fecha de inicio) hasta el 31 de diciembre de 1998, página 7 (C-40).

²⁰⁰ Gillette, párrafo 16 (CWS-5); Acta de la Junta Directiva de TECO Energy, Inc. del 15 de julio de 1998, página 4 (C-34).

²⁰¹ Gillette, párrafo 16 (CWS-5); Acta Notarial de Adjudicación, del 30 de julio de 1998 (C-36).

²⁰² *Ib.*

²⁰³ Kaczmarek, párrafo 62 (CER-2).

²⁰⁴ *Ib.*

valor contable neto de la empresa de USD 60 millones aproximadamente²⁰⁵. Al adoptar el marco legal que efectivamente eligió, Guatemala entonces pudo obtener un monto sustancial como producto de la privatización por la red de EEGSA, que se encontraba deteriorada y requería importantes inversiones²⁰⁶.

63. El cierre de la compra del 80% de las acciones de EEGSA se produjo el 11 de septiembre de 1998²⁰⁷. Poco después del cierre, se creó la infraestructura gubernativa de DECA, con su Consejo de Administración constituido por dos representantes de Iberdrola, uno de TPS y uno de EDP, cada uno con derecho a un voto en el Consejo²⁰⁸. Como lo explica Gillette, por motivos fiscales en 1999 DECA se fusionó con EEGSA, e Iberdrola, TPS y EDP constituyeron una nueva sociedad, denominada Distribución Eléctrica Centroamericana Dos, S.A. (“DECA II”), incorporada en Guatemala, para la tenencia de sus acciones de EEGSA²⁰⁹.

64. Durante el primer año completo de estar en manos del Consorcio, EEGSA registró un crecimiento del 5,4% en la cantidad de clientes, lo que produjo un crecimiento del 8,2% en el consumo de energía y una reducción sustancial en las pérdidas de energía²¹⁰. Además, EEGSA logró reducir sus gastos operativos al tercerizar muchas funciones operativas y algunas funciones corporativas y reducir la cantidad de empleados²¹¹. Como queda reflejado en un informe del Banco Interamericano de Desarrollo, entre 1998 y 2001 EEGSA logró mejoras sustanciales en la calidad del servicio eléctrico:

²⁰⁵ *Ib.*, párrafo 64 (CER-2).

²⁰⁶ *Ib.*, párrafos 58 y 65 (CER-2).

²⁰⁷ Gillette, párrafo 16 (CWS-5); Contrato de Compraventa de Acciones entre DECA y el Gobierno de Guatemala, del 11 de septiembre de 1998 (C-38).

²⁰⁸ Gillette, párrafo 16 (CWS-5); TECO Power Services Corp., Actividades de Proyectos Operativos, Acta de la Junta Directiva de enero de 1999, página 2-30 (C-41).

²⁰⁹ Gillette, párrafo 16 (CWS-5); TECO Power Services Corp., Actividades de Empresas de Distribución, Acta de la Junta Directiva de julio de 1999 (C-44).

²¹⁰ Gillette, párrafo 17 (CWS-5); TECO Power Services Corp., Actividades de Empresas de Distribución, Acta de la Junta Directiva, de enero de 2000, página 2-36 (C-47).

²¹¹ *Ib.*

En el período 1998 – 2001, EEGSA aumentó de 16 a 250 la cantidad de sitios de pago de las facturas, redujo el porcentaje de medidores no leídos de 5% a 1,5% y redujo de 1,6% del total de facturas a 0,5% la cantidad de errores de facturación. La cantidad de llamados de los clientes manejados anualmente aumentó de 4.000 a 50.000, y el tiempo promedio de respuesta a los reclamos se redujo de 39 a 7 días. El tiempo promedio de espera para obtener nuevos servicios pasó de 90 a 9 días. En el mismo período, el SAIDI anual se redujo de 16 a 8,7 horas, mientras que el SAIFI anual [se redujo de 30 a 12 cortes por año²¹²].

65. Como se discute más adelante, a pesar del crecimiento y las mejoras de eficiencia registradas por EEGSA, ésta sufrió importantes restricciones en su flujo de efectivo durante el primer quinquenio tarifario, debido al bajo VAD de EEGSA, el rápido incremento de los costos de combustible y la devaluación de la moneda guatemalteca en el año 1999²¹³.

D. El VAD para el primer período posterior a la privatización [1998-2003] fue un sustituto transitorio que paralizó financieramente a EEGSA

66. El proceso normal de cálculo del VAD previsto en la LGE y explicado precedentemente no resultaba aplicable al primer quinquenio posterior a la privatización de EEGSA, es decir, el período 1998 a 2003. Como lo dispone el artículo 2 del Título VII de la LGE:

La primera fijación de peajes y tarifas a clientes de servicio de distribución final, aplicando los criterios y metodologías que establece la presente ley, se efectuará la primera quincena de mayo de 1997. En este caso, los VAD de distribución que determine la [CNEE] se basarán en valores usados en otros países que apliquen similar metodología²¹⁴.

²¹² Banco Interamericano de Desarrollo, *Keeping the Lights On: Power Sector Reform in Latin America*, página 256 (C-61).

²¹³ *Ver infra* II.D.

²¹⁴ LGE, Sec. VII Art. 2 (C-17); *ver también* Memorandum de Venta, página 63 de 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 una metodología similar (caso de Chile, Perú, El Salvador, por ejemplo)” (C-29). Como allí se señala, el VAD en verdad fijó el 17 de Julio de 1998.

Como lo explica Leonardo Giacchino, consultor de EEGSA en los períodos tarifarios subsiguientes, “[a]l momento de la privatización de las empresas estatales, muchos países tuvieron problemas con la falta de información precisa para determinar sus tarifas iniciales. EEGSA no fue la excepción”²¹⁵ La postergación de la implementación del proceso de VAD previsto en la LGE hasta el segundo período tarifario también benefició a Guatemala al “atenuar el impacto que tendrían . . . tarifas eléctricas mucho mayores” en los consumidores una vez implementada plenamente la LGE²¹⁶.

67. El 17 de julio de 1998, la CNEE dictó la Resolución No. 15-1998, en la que fijaba las tarifas de EEGSA para el período comprendido entre el 1 de julio de 1998 y el 30 de junio de 2003²¹⁷. Para el cálculo de dichas tarifas, la CNEE recurrió a El Salvador en busca de datos comparables²¹⁸. No obstante, 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 Guatemala” debido, entre otras cosas, a las diferentes densidades del territorio de distribución de EEGSA y el de El Salvador²¹⁹. Como lo explica Giacchino, “[d]ado que las empresas distribuidoras de energía eléctrica de El Salvador son difícilmente comparables con las de Guatemala, utilizar la información de El Salvador fue una manera muy burda de calcular las tarifas de EEGSA”²²⁰. La utilización de datos de El Salvador generó tarifas que eran “muy baj[a]s”²²¹ y que no cubrían costos operativos ni las inversiones

²¹⁵ Giacchino, párrafo 5 (CWS-4); ver también Calleja, párrafo 6 (donde se señala que, en la época de la privatización de EEGSA, “no se contaba . . . ni con los datos necesarios ni con el conocimiento práctico necesario para desarrollar un estudio tarifario conforme a los criterios generales de la ley”) (CWS-3).

²¹⁶ Kaczmarek, párrafo 86 (CER-2).

²¹⁷ Resolución No. CNEE-15-1998 del 17 de julio de 1998, en 3 (C-35).

²¹⁸ Giacchino, párrafo 5 (CWS-4); Kaczmarek, párrafo 86 (CER-2). La consultora que confeccionó el estudio utilizado para calcular las tarifas también usó datos tomados de otras jurisdicciones, pero no empleó datos de Guatemala. Giacchino, párrafo 5 y nota 2 (donde se cita a Synex, *Determination of Electric Tariffs at the Generation-Transmission and Distribution Levels in Guatemala*, Informe Preliminar para el Banco Mundial, del mes de enero de 1997, capítulo 3, página 12 (“Informe de Synex”) (C-20)) (CWS-4).

²¹⁹ Giacchino, párrafo 5 y nota 3 (CWS-4).

²²⁰ *Ib.*

²²¹ *Ib.*

necesarios para modernizar y expandir un red inferior que fue en uso durante el tiempo de la privatización²²²

68. Como relata Gillette, en el primer año posterior a la privatización, EEGSA incrementó su base de clientes en un 5,4%, y el consumo de energía se elevó un 8,2%²²³. Dicho crecimiento se extendió a lo largo del primer período tarifario. La empresa también redujo significativamente las pérdidas de energía y redujo sustancialmente los gastos operativos en el período en cuestión²²⁴.

69. A pesar de estas mejoras, EEGSA no prosperó en el plano financiero. En combinación con los rápidos incrementos registrados en los costos de combustible y la importante devaluación de la moneda guatemalteca en el año 1999²²⁵, las bajas tarifas generaron flujos negativos de efectivo libre para EEGSA en 1999 y 2000 y ganancia neta negativa en 2001²²⁶. Durante dicho período, TECO no recibió sino poco más de USD 2 millones en concepto de dividendos²²⁷. Como lo explica Kaczmarek en su dictamen pericial, “el [retorno de capital invertido] de EEGSA siempre fue menor que el límite inferior de 7 por ciento establecido por el

²²² Maté, parafo 3 (CWS-6).

²²³ Gillette, párrafo 17 (CWS-5); TECO Power Services Corp., Actividades de Empresas de Distribución, Acta de la Junta Directiva, de enero de 2000, página 2-36 (C-47).

²²⁴ Gillette, párrafo 17 (CWS-5); TECO Power Services Corp., Actividades de Empresas de Distribución, Acta de la Junta Directiva, de enero de 2000, página 2-36 (C-47).

²²⁵ Ver TECO Power Services Corp., Actividades de Empresas de Distribución, Acta de la Junta Directiva, de enero de 2000, página 2-36 (C-47).

²²⁶ Kaczmarek, Apéndice 3 (CER-2); Ver también TECO Power Services Corp., Actividades de Empresas de Distribución, Acta de la Junta Directiva, de enero de 2000, página 2-36 (C-47) ; Gillette, párrafo 17 (CWS-5); Giacchino, párrafo 5 y nota 5 (CWS-4); Calleja, párrafo 7 (CWS-3).

²²⁷ Gillette, párrafo 17 (CWS-5); Kaczmarek, párrafo 94, Apéndice 3 (CER-2) EEGSA declaró dividendos por el monto de GTQ 65.923.754 en 1999 y GTQ 353.997 en 2002. Estados Contables Auditados de EEGSA, 1999-2000, página 5 (C-49); EEGSA Estados Contables Auditados de EEGSA, 2001-2002, página 5b (C-60). La participación de TECO en los dividendos era del 24% (30% de 80%), y la tasa de cambio vigente en aquel momento era de aproximadamente GTQ 7,6 por dólar estadounidense. Ver Kaczmarek, Apéndice 6, Nota 4 (CER-2).

marco regulatorio,”²²⁸ entre 3% y poco más de 4%²²⁹. Básicamente, las tarifas habían sido “calculadas de manera errónea, subestimadas y establecidas en niveles muy bajos”.²³⁰

70. Las tarifas del primer período no lograron cubrir los costos de las mejoras necesarias en la infraestructura de EEGSA y mucho menos generaron ganancias para los inversores de la empresa²³¹. A pesar de ello, EEGSA invirtió importantes sumas en la red y financió las mejoras mediante diversos pedidos de aportes de efectivo dirigidos a sus accionistas²³². Como el informe del Sr. Kaczmarek confirma, los inversores extranjeros de EEGSA no sólo pagaron USD 520 millones para adquirir el 80 por ciento de la participación accionaria en EEGSA, sino que además reinvertieron. durante el primer período tarifario cerca de USD 100 millones en capital adicional en EEGSA para mantener, modernizar y expandir la red²³³. En ese lapso, TECO le prestó a EEGSA más de USD 11 millones²³⁴. Estas importantes inversiones eran necesarias para actualizar y ampliar la red eléctrica inferior que existía cuando se privatizó EEGSA²³⁵. Los inversores de EEGSA realizaron estas inversiones, como lo explica Miguel Calleja, anteriormente de EEGSA, por entender que “una vez que las tarifas y el VAD se calcularan de conformidad con los procedimientos generales establecidos en la LGE y su reglamento, los ingresos y el cash flow de EEGSA se incrementarían sustancialmente”²³⁶. Como

²²⁸ Kaczmarek, párrafo 96 (CER-2).

²²⁹ Kaczmarek, figura 10, párrafo 96 (CER-2). La LGE establece un mínimo de costo de capital de 7%.

²³⁰ Giacchino párrafo 5 nota 4 (CWS-4).

²³¹ Maté, párrafo 3 (CWS-6).

²³² Maté, párrafo 3 (CWS-6); *ver también* Gillette, párrafo 17 (CWS-4).

²³³ Kaczmarek, Apéndice 3.b (CER-2). EEGSA reinvertió otro USD 80 millones durante el segundo período tarifario. *Ver ib*, párrafo 93.

²³⁴ Gillette, párrafo 17 (CWS-5); TECO Power Services Corp., Actividades de Empresas de Distribución, Junta del Acta Directiva de abril de 2004, página 2-29 (C-87).

²³⁵ Maté, párrafo 4 (CWS-6).

²³⁶ Calleja, párrafo 7 (CWS-3); *ver también* Gillette, párrafo 18 (donde se advierte que como TECO había “como esperábamos” que el VAD del segundo período fuera considerablemente mayor que el del primer período) (CWS-3); Maté, párrafo 3 (donde se señala que “se llevó a cabo la primera revisión tarifaria de acuerdo con los artículos 71 a 79 de la LGE, era esperable que el cálculo del VAD diese un resultado, teniendo en cuenta lo establecido en ellos”) (CWS-6).

lo advierte Giacchino, “la CNEE [también] esperaba que las tarifas para el período 2003-2008 fueran más elevadas que las tarifas de ese momento”²³⁷.

71. Así pues, las tarifas correspondientes al primer período estuvieron destinadas a servir de sustituto transitorio, no de referencia²³⁸. Los inversores de EEGSA pasaron el primer período anticipando que, al comenzar el segundo período tarifario, EEGSA recibiría el retorno previsto por la LGE. A pesar de las bajas tarifas, EEGSA invirtió importantes cantidades en mejorar la red de distribución, y los clientes de la empresa y el Gobierno recibieron los beneficios que se habían tenido en mente al privatizar EEGSA.

E. El VAD correspondiente al segundo período [2003-2008] le permitió a TECO obtener un retorno acorde a sus expectativas

72. El segundo período tarifario presentó la primera oportunidad de fijar las tarifas de conformidad con los procedimientos previstos en el Capítulo III de la LGE y la normativa relacionada con dicha ley. En consecuencia, el año anterior a la entrada en vigencia de las nuevas tarifas, la CNEE precalificó a seis consultoras para que ofertaran para la confección del estudio sobre el VAD de EEGSA²³⁹. EEGSA seleccionó a la firma estadounidense NERA Economic Consulting para realizar el estudio tarifario, que estuvo encabezado por Leonardo Giacchino²⁴⁰. La CNEE contrató a PA Consulting para que le brindase asesoramiento a lo largo del proceso²⁴¹.

73. En el mes de octubre de 2002, la CNEE emitió los términos de referencia para la revisión de octubre de 2002²⁴², que entre otras cosas disponían que el estudio debía llevarse adelante por medio de una metodología de arriba hacia abajo²⁴³. Básicamente, esto significaba que la consultora utilizaría la red real (y los costos reales de la distribuidora) y luego incorporaría

²³⁷ Giacchino, párrafo 5 (CWS-4).

²³⁸ Ver Kaczmarek, párrafo 124 (CER-2).

²³⁹ Giacchino, párrafo 4 (CWS-4).

²⁴⁰ Maté, párrafo 4 (CWS-6); Calleja, párrafo 9 (CWS-3); Giacchino, párrafo 4 (CWS-4).

²⁴¹ Maté, párrafo 4 (CWS-6); Calleja, párrafo 9 (CWS-3); Giacchino, párrafo 9 (CWS-4).

²⁴² Resolución No. CNEE-88-2002 del 23 de octubre de 2002 (C-59).

²⁴³ Giacchino, párrafo 4 (CWS-4); Kaczmarek, párrafo 88 (CER-2).

los ajustes necesarios a efectos de optimizar la red de modo tal de que se asemejara al modelo de distribuidora eficiente²⁴⁴.

74. Como lo explica el Sr. Giacchino, la revisión de las tarifas para el segundo período se llevó adelante en un “clima de colaboración” entre EEGSA, la CNEE y las consultoras de las partes²⁴⁵. Las partes regularmente tenían reuniones en las que NERA informaba acerca del avance logrado y respondía a las consultas efectuadas por la CNEE²⁴⁶. Ello contribuyó considerablemente al avance del informe, al llegarse en cada reunión a un acuerdo respecto de la metodología y los resultados parciales²⁴⁷. Según el Director General de EEGSA, Luis Maté, “[a] pesar de que existían importantes desacuerdos entre las partes y sus respectivos consultores en lo que respecta al cálculo del VAD, EEGSA, la CNEE y las consultoras mantenían un diálogo continuo”²⁴⁸. El día 30 de julio de 2003, NERA presentó su estudio tarifario a la CNEE para su examen y aprobación²⁴⁹.

75. La CNEE efectuó varias observaciones en respuesta al estudio de NERA²⁵⁰. No solamente lo hizo por escrito sino también durante reuniones con la consultora de EEGSA para explicarle los fundamentos de su desacuerdo y las modificaciones que deseaba que incorporara EEGSA²⁵¹. NERA y PA Consulting trabajaron en estrecha colaboración durante esta etapa del

²⁴⁴ Ver JONATHAN LESSER AND LEONARDO GIACCHINO, FUNDAMENTALS OF ENERGY REGULATION 85-87 (2007) (C-99).

²⁴⁵ Giacchino, párrafo 10 (CWS-4).

²⁴⁶ *Ib.*; Calleja, párrafo 10 (donde se describe que las partes “se reunieron en diversas oportunidades a efectos de discutir cuestiones atinentes al cálculo del VAD”) (CWS-3).

²⁴⁷ Giacchino, párrafo 10 (donde se cita, e.g., el Acta de la Reunión con la CNEE del 4 de abril de 2003 (C-63)) (CWS-4).

²⁴⁸ Maté, párrafo 4 (CWS-6).

²⁴⁹ NERA, *Estudio del Valor Agregado de Distribución de la Empresa Eléctrica de Guatemala, S.A.*, del 30 de julio de 2003 (C-77); ver también Calleja, párrafo 10 (CWS-3).

²⁵⁰ Giacchino, párrafo 11 (donde se cita, por ejemplo, la nota de R. Urdiales a L. Giacchino y M. Calleja, No. CNEE-4748-2003, GT-NotaS-398, del 4 de julio de 2003 (C-67); la nota de R. Urdiales a L. Giacchino y M. Calleja, No. CNEE-4614-2003, GT-NotasS-377, del 16 de junio de 2003 (C-66); y la nota de R. Urdiales a L. Giacchino y M. Calleja, No. CNEE-3687-2003, GT-NotaS-267, del 3 de marzo de 2003 (C-62)) (CWS-4).

²⁵¹ Giacchino, párrafos 11-12 (donde se hace comparación al Informe de Etapa B confeccionado por NERA: Optimización de los SER y Numerario y Precios Reconocidos, del 6 de junio de 2003, página 2 (que muestra el VNR calculado al 6 de junio de 2003) (C-65) con el Informe de Etapa B confeccionado por NERA:

proceso, y funcionarios tanto de EEGSA como de la CNEE se reunían periódicamente con las consultoras a efectos de tratar las inquietudes que aquellas pudieran plantear²⁵². Según Giacchino: “En algunos casos, con posterioridad a la conversación, la CNEE retiraba su objeción. En todos los casos acordábamos con la CNEE, en caso de ser necesario, los cambios que había que realizar sobre alguna cuestión particular”²⁵³.

76. El estudio de NERA calculó un VAD basado en un VNR de USD 584 millones, lo que habría generado para EEGSA ingresos por un monto aproximado de USD 133 millones anuales a lo largo del período²⁵⁴. Como lo explica Giacchino, la CNEE tenía la “intención [de] disminuir el VAD”²⁵⁵ y propuso varios métodos para ello. En un esfuerzo por alcanzar un acuerdo, la consultora de EEGSA incorporó una serie de modificaciones al estudio, cuyo resultado fue el de reducir el VAD²⁵⁶. Por ejemplo, mientras que el modelo de NERA había “inclu[ido] el costo de la protección plástica sobre grandes cantidades de cables de cobre”²⁵⁷, en el estudio corregido NERA excluyó el costo de dicha protección a los efectos del cálculo del VNR²⁵⁸.

77. El cálculo del Factor de Recuperación de Capital, o el FRC, “que determina la celeridad con la que el inversor recupera su inversión de capital” también fue un punto de desacuerdo para las partes²⁵⁹. NERA cuestionó que en los TdR se utilizara una fórmula de anualidad para el cálculo del FRC. Dicha fórmula se asemejaba a un cronograma de pagos de una hipoteca en la que los pagos generales se mantienen constantes a lo largo del tiempo pero el

Optimización de los SER y Numerario y Precios Reconocidos, del 30 de julio de 2003, página 2 (que muestra el cálculo del VNR y excluye y explica que se haya excluido del cálculo a los reguladores) (C-72)) (CWS-4).

²⁵² Giacchino, párrafo 11 (CWS-4).

²⁵³ *Ib.*

²⁵⁴ *Ib.*, párrafos 13 y 73.

²⁵⁵ *Ib.*, párrafo 12.

²⁵⁶ *Ib.*

²⁵⁷ *Ib.*

²⁵⁸ *Ib.*

²⁵⁹ *Ib.*, párrafo 13 (CWS-4).

pago del capital (similar en este caso al retorno del capital) es pequeño y aumenta a lo largo del tiempo, mientras que el pago de intereses (similar en este caso al retorno sobre el capital) es importante y decrece a lo largo del tiempo²⁶⁰. Como lo explica Giacchino:

La CNEE sugería la aplicación de una fórmula de anualidad para calcular el FRC, que daría como resultado una tasa de retorno constante. Sin embargo, tal como lo explicamos en nuestro informe, la empresa no recuperaría una suma suficientemente significativa en términos de recupero de su inversión²⁶¹.

78. Como la fórmula se fijaría nuevamente al comenzar el siguiente período tarifario, aplicar este tipo de fórmula jamás permitiría que la porción correspondiente al retorno del capital aumentara lo suficiente como para permitir que EEGSA recuperara el capital invertido²⁶². Del mismo modo, como explica Giacchino, la fórmula no refleja el hecho de que el capital se reinvierte, a diferencia de lo que ocurre en el caso de una hipoteca, en la que simplemente el capital se devuelve²⁶³. De todas formas, EEGSA finalmente “se comprometió a utilizar la fórmula de anualidad para calcular el FRC siempre que el resultado final del VAD diera como resultado un flujo de ingresos de al menos USD 110 millones”²⁶⁴. Con esta concesión se evitó la necesidad de constituir una Comisión Pericial para resolver las discrepancias entre las partes²⁶⁵.

79. Por lo tanto, NERA presentó el estudio corregido, en el que utilizó una fórmula de anualidad para calcular el FRC (fórmula que la CNEE abandonó en el período tarifario siguiente); el estudio generó un VNR de USD 584 millones y un flujo de ingresos de USD 110

²⁶⁰ Kaczmarek, párrafo 89 (CER-2).

²⁶¹ Giacchino, párrafo 13 (donde se cita el Informe de Etapa E de NERA: Valor Agregado de Distribución y Balance de Potencia y Energía, del 30 de julio de 2003, páginas 11-15 (C-75)) (CWS-4); *ver también* Kaczmarek, párrafo 90 (donde se explica que, según la propuesta de la CNEE, el retorno del capital jamás aumentaría lo suficiente como para recuperar la inversión de EEGSA, ya que el factor correspondiente al retorno del capital se fijaría nuevamente al inicio de cada período tarifario) (CER-2).

²⁶² Giacchino, párrafo 13 (CWS-4); Kaczmarek, párrafo 90 (CER-2).

²⁶³ *Ib.*

²⁶⁴ Giacchino, párrafo 13 (CWS-4).

²⁶⁵ Maté, párrafo 4 (CWS-6); Calleja, párrafo 10 (CWS-3).

millones por año²⁶⁶. La CNEE aceptó el estudio corregido y el día 31 de julio de 2003 publicó los decretos que fijaban las tarifas de EEGSA con arreglo al estudio para el período comprendido entre 2003 y 2008²⁶⁷.

80. Finalmente, si bien se trató de un proceso animado, EEGSA quedó convencida de que el proceso de revisión tarifaria se había llevado adelante de forma justa. Como manifiesta Maté: “El VAD resultante aumentó, aunque no en la medida en que EEGSA y su consultora estimaban apropiado a la luz de las condiciones de mercado predominantes en ese momento. No obstante, EEGSA valoró el hecho de que todas las partes involucradas habían cumplido y respetado el proceso establecido por la LGE”²⁶⁸. De modo similar, el Sr. Calleja, ex gerente de EEGSA, explica lo siguiente:

La tarifa entró en vigencia en el mes de agosto de 2003, e incluyó un aumento considerable en el bajísimo VAD que había determinado la CNEE durante la privatización de EEGSA. En mi opinión el proceso en cuestión fue un éxito, no solamente porque se incrementaron los ingresos de EEGSA sino también porque las partes mantuvieron un diálogo constructivo y se atuvieron a los procedimientos sentados en la LGE y su reglamento por primera vez²⁶⁹.

81. Como resultado del incremento del VAD, por primera vez en el año 2004 el retorno de EEGSA sobre el capital invertido quedó comprendido en el rango previsto en la LGE²⁷⁰. En efecto, cada año del segundo período tarifario el retorno de EEGSA sobre el capital invertido se ubicó entre 7% y 10% (dentro del rango de 7% a 13% contemplado en la LGE)²⁷¹.

²⁶⁶ Informe de Nera de Etapa E: Valor Agregado de Distribución y Balance de Potencia y Energía, del 30 de julio de 2003, Art. 3, Tabla 2 (C-75); *ver también* Giacchino, párrafos 13, 73 (CWS-4).

²⁶⁷ Resolución No. CNEE-66-2003 del 30 de julio de 2003 (C-78); Resolución No. CNEE-67-2003 del 30 de julio de 2003 (C-79); *ver también* Giacchino, párrafo 13 (CWS-4); Calleja, párrafo 10 (CWS-3); Gillette, párrafo 18 (CWS-5).

²⁶⁸ Maté, párrafo 4 (CWS-6).

²⁶⁹ Calleja, párrafo 10 (CWS-3).

²⁷⁰ Kaczmarek, párrafo 96, figura 10 (CER-2).

²⁷¹ *Ib.*; *ver también* LGE, Art. 79 (donde se establecen las tasas de retorno reales mínima y máxima en 7% y 13%, respectivamente) (C-17); Gillette, párrafo 19 (donde se señala que los retornos correspondientes al

Durante este período tarifario, TECO recibió dividendos por aproximadamente USD 31 millones.²⁷² Como nota el Sr. Kaczmarek esto representaba un resultado mucho más favorable que los USD 2 millones recibidos en el período anterior, aunque sin dejar de ser una suma “bastante limitada en comparación con el precio que pagaron para adquirir [su participación en] EEGSA”²⁷³.

82. En general, durante el segundo período, del proceso de fijación de las tarifas funcionó como debía. Las partes negociaron de buena fe y colaboraron activamente entre sí para determinar el VAD aplicable y las tarifas resultantes. Ninguna de las dos partes controló el proceso o impuso su resultado. En consecuencia, TECO y sus socios obtuvieron sobre su inversión el retorno razonable que les garantizaba la LGE. Por otra parte, los clientes de EEGSA siguieron beneficiándose gracias a un proceso despolitizado que compensaba a la empresa por mejorar la calidad de los servicios prestados.

83. El éxito del segundo período tarifario no se repitió durante el siguiente período. Por el contrario, como se demuestra a continuación, Guatemala derogó el texto y el espíritu de la LGE – y las promesas que les había efectuado a los inversores extranjeros de EEGSA – al re-politizar el proceso de revisión tarifaria.

F. Guatemala hizo caso omiso de todos los aspectos del marco legal al fijar de manera unilateral y en un nivel irrazonablemente bajo el VAD correspondiente al tercer período tarifario (2008-2013)

1. Guatemala modificó el artículo 98 del RLGE para arrogarse el derecho a utilizar su propio estudio tarifario para volver a calcular el VAD de la distribuidora en determinadas circunstancias

84. La primera indicación que Guatemala intentaba re-politizar el proceso de revisión tarifaria ocurrió en marzo de 2007, poco antes de que comenzara el proceso de revisión

segundo período tarifario quedaban comprendidos en el rango previsto por ley y, por consiguiente, cumplían las expectativas de TECO) (CWS-4).

²⁷² Kaczmarek, párrafo 80 y Apéndice 3 (donde se muestra que EEGSA había distribuido dividendos por la suma de USD 129 millones durante el segundo período tarifario) (CER-2).

²⁷³ *Ib.*, párrafo 80.

de las tarifas de EEGSA para el período 2008-2013. El 2 de marzo de 2007, el MEM modificó el artículo 98 del RLGE de modo tal de conferirle a la CNEE el derecho a utilizar, en determinadas circunstancias, su propio estudio tarifario para volver a calcular el VAD de la distribuidora²⁷⁴. Como se discute más adelante y se expone en el dictamen jurídico del profesor Alegría²⁷⁵, se trató de una modificación inconstitucional dado que, además de contravenir el texto claro de la LGE, resultó incoherente con el fin mismo de dicha ley que, como se expuso anteriormente, consiste en establecer un proceso confiable y despolitizado de revisión de las tarifas en el que una consultora independiente calcula el VAD en función de datos puramente económicos y técnicos.

85. A fines de 2006, la CNEE le comunicó a la industria de la electricidad que estaba contemplando incorporar modificaciones al RLGE²⁷⁶. Dado el posible impacto que tendrían esas modificaciones en el sector eléctrico, las empresas privadas del sector se unieron y publicaron varias cartas abiertas en los principales periódicos guatemaltecos, en las que solicitaban que el Gobierno hiciera circular las modificaciones propuestas a efecto de poder realizar los comentarios necesarios antes de su adopción²⁷⁷. Como lo explica el Sr. Calleja, en aquel momento, el MEM y la CNEE protagonizaban una puja pública en torno de las modificaciones propuestas al RLGE, ya que cada uno le había presentado su propia propuesta, en competencia con la otra, al presidente guatemalteco Óscar Berger²⁷⁸. En enero de 2007, la CNEE envió una carta al Presidente Berger, expresando que “manif[estaba] su desacuerdo con respecto a los cambios efectuados por el Ministerio de Energía y Minas, en forma unilateral” con el

²⁷⁴ El Art. 98 del RLGE Modificado dispone lo siguiente: “En caso de omisión por parte del Distribuidor de enviar los estudios o correcciones a los mismos, la Comisión quedará facultada para emitir y publicar el pliego tarifario correspondiente, con base en el estudio tarifario que ésta efectúe independientemente o realizando las correcciones a los estudios iniciados por la distribuidora”. Acuerdo Gubernativo 68-2007 del 2 de marzo de 2007, Art. 21 (C-104).

²⁷⁵ Ver Alegría, párrafos 35-40 (CER-1).

²⁷⁶ *Ib.*, párrafo 35.

²⁷⁷ Ver *ib.*, párrafo 35; cartas abiertas publicadas por la Asociación Nacional de Generadores (ANG), Asociación Nacional de Comercializadores de Energía Eléctrica (ASCEE), Gremial de Grandes Usuarios de la Cámara de Industria y las distribuidoras eléctricas, del 21 de diciembre de 2006, 31 de enero de 2007 y 6 de febrero de 2007 (C-103).

²⁷⁸ Calleja, párrafo 12 (CWS-3).

fundamento de que ello “disminu[ía] considerablemente las potestades”²⁷⁹ de la CNEE. Ello condujo a la renuncia del entonces ministro de Energía y Minas, Luis Ortiz²⁸⁰.

86. El 8 de febrero de 2007, asumió el cargo la nueva ministra, Carmen Urizar²⁸¹. Poco tiempo después, la ministra Urizar anunció que consultaría al sector eléctrico respecto de las modificaciones propuestas del RLGE²⁸². Como lo explican Maté y Calleja, acto seguido la ministra Urizar hizo circular un proyecto de resolución con las modificaciones propuestas²⁸³ y convocó a las empresas privadas de la industria, EEGSA entre ellas, para que presentaran sus comentarios en una reunión con la ministra Urizar y el presidente de la CNEE, José Toledo²⁸⁴. Maté asistió a dicha reunión en representación de EEGSA²⁸⁵. Como lo explica Maté, las modificaciones propuestas al RLGE fueron discutidas y luego miembros del sector tuvieron la oportunidad de efectuar sus comentarios y propuestas sobre el proyecto de resolución²⁸⁶. El objeto principal de las modificaciones propuestas, como lo explica el Sr. Maté, era fomentar una nueva generación de electricidad basada en hidráulico y carbón para mitigar los costos de generación de Guatemala, los cuales, durante la época de altos precios del petróleo, eran determinados por plantas eléctricas que operaban con combustible²⁸⁷. Sin embargo, ni en el proyecto de la resolución ni en las discusiones de la reunión se hizo mención de las modificaciones propuestas al artículo 98 del RLGE²⁸⁸.

²⁷⁹ Nota de la CNEE al presidente de Guatemala, No. CNEE-13063-2007, del 22 de enero de 2007, página 2 (C-102); *ver también* Calleja, párrafo 12 (CWS-3).

²⁸⁰ Calleja, párrafo 12 (CWS-3).

²⁸¹ *Ib.*

²⁸² *Ib.*

²⁸³ Nota del MEM a la CNEE del 18 de enero de 2007 (C-101); *ver también* CNEE-13063-2007 de la CNEE al Presidente de Guatemala del 22 de enero de 2007 (C-102).

²⁸⁴ Calleja, párrafo 12 (CWS-3).

²⁸⁵ Maté, párrafo 6 (CWS-6).

²⁸⁶ *Ib.*

²⁸⁷ *Ib.*, párrafo 5.

²⁸⁸ *Ib.*, párrafo 6; Calleja, párrafo 12 (CWS-3); *ver también* Alegría ¶ 36 (CER-1).

87. El 2 de marzo de 2007, el MEM dictó el Acuerdo Gubernativo No. 68-2007, por el cual se modificaban varias disposiciones del RLGE con el supuesto fundamento de que resultaba “necesario adecuar el Reglamento a las nuevas tendencias de los mercados eléctricos”²⁸⁹. El artículo 21 del Acuerdo modificaba el último párrafo del artículo 98 del RLGE de modo tal de incorporar en él la siguiente disposición:

En caso de omisión por parte del Distribuidor de enviar los estudios o correcciones a los mismos, la Comisión quedará facultada para emitir y publicar el pliego tarifario correspondiente, con base en el estudio tarifario que ésta efectúe independientemente o realizando las correcciones a los estudios iniciados por la distribuidora²⁹⁰.

88. Como lo explica Calleja, resultó muy sorprendente que “sin darle a la industria la oportunidad de ofrecer sus comentarios, el Gobierno efectuara un cambio importantísimo al artículo 98 que por primera vez contemplaba la posibilidad de que la CNEE calculara el valor del VAD en función de su propio estudio o de las correcciones que la Comisión misma efectuara al estudio del consultor”²⁹¹. En efecto, como lo comenta el profesor Alegría, “[n]inguna disposición de la LGE contempla que la CNEE pueda encargarse su propio estudio del VAD o fijar las tarifas sobre la base de un estudio que no sea aquel elaborado por la Consultora del distribuidor”²⁹². No obstante, la versión modificada del artículo 98 autorizó a la CNEE a emitir el nuevo cuadro tarifario de la distribuidora basado en su propio estudio tarifario o sus propias correcciones al estudio de la distribuidora si ésta omitía “enviar los estudios o correcciones a los mismos”²⁹³.

89. Como lo explica el profesor Alegría, la modificación del artículo 98 del RLGE se aplicaría en dos situaciones: (i) cuando la distribuidora no presenta el estudio tarifario, y (ii) cuando, una vez presentado el estudio tarifario de la distribuidora y efectuadas las observaciones

²⁸⁹ Acuerdo Gubernativo 68-2007 del 2 de marzo de 2007, Segundo Considerando del Preámbulo (C-104).

²⁹⁰ *Ib.*, Art. 21; *ver también* Alegría, párrafo 36 (CER-1).

²⁹¹ Calleja, párrafo 12 (CWS-3).

²⁹² Alegría, párrafo 37 (CER-1).

²⁹³ Acuerdo Gubernativo 68-2007 del 2 de marzo de 2007, Art. 21 (C-104); *ver también* Alegría, párrafo 37 (CER-1).

correspondiente por la CNEE, la distribuidora no presenta las correcciones al estudio tarifario original²⁹⁴. Como lo refleja la versión original del artículo 98 del RLGE, con anterioridad a esta modificación si la distribuidora no presentaba el estudio tarifario o no daba respuesta a las observaciones de la CNEE al no presentar las correcciones al estudio tarifario original, se mantenían las tarifas vigentes:

Mientras el distribuidor no envíe los estudios tarifarios o no efectúe las correcciones a los mismos, según lo estipulado en los párrafos anteriores, no podrá modificar sus tarifas y continuará aplicando las tarifas vigentes al momento de terminación del período de vigencia de dichas tarifas. Una vez presentados los estudios tarifarios o efectuadas las correcciones, se procederá a la publicación de las tarifas definitivas, las que regirán a partir del primer día del mes inmediato siguiente a aquel en que se publiquen. El atraso en la publicación no alterará el período de vigencia de las tarifas, el que empezará a contarse siempre desde el 1 de mayo. No se permitirá la aplicación retroactiva de tarifas. Todo lo anterior, sin perjuicio de las sanciones correspondientes²⁹⁵.

Como lo explica el profesor Alegría, si bien la versión original del artículo 98 del RLGE disponía la permanencia en vigencia de las anteriores tarifas para el caso que la distribuidora no presentara el estudio tarifario o no diera respuesta a las observaciones de la CNEE, si ello conducía a un resultado indeseable, la CNEE no quedaba sin recurso alguno²⁹⁶. El artículo 80 de la LGE autoriza a la CNEE a multar a la distribuidora por no atenerse a las disposiciones de dicha ley²⁹⁷ y la distribuidora entonces tenía un incentivo financiero significativo para confeccionar y presentar el estudio tarifario y responder a las observaciones efectuadas al respecto por la CNEE. En efecto, como lo señala el profesor Alegría, no tiene conocimiento de ningún caso en el que una distribuidora de Guatemala haya omitido presentar el estudio tarifario

²⁹⁴ Alegría, párrafo 37 (CER-1). Como lo explica el profesor Alegría y según se expone más adelante, cuando el artículo 98 del RLGE se refiere a la obligación de la distribuidora de “enviar el estudio corregido” a la CNEE, ello no significa que la distribuidora esté obligada a incorporar a su estudio tarifario la totalidad de las observaciones de la CNEE sino que, en cambio, se refiere a la obligación de la distribuidora de dar respuesta a las observaciones formuladas por la CNEE dentro de los 15 días. *Ver ib.*, párrafo 37 y nota 105 (CER-2).

²⁹⁵ RLGE, Art. 98 (C-21).

²⁹⁶ Alegría, párrafo 38 (CER-1).

²⁹⁷ *Ib.* Una vez que la distribuidora reciba la resolución de infracción de la CNEE, se le pueden imponer multas diarias. *Ver* LGE, Art. 80 (C-17).

o se haya negado a dar respuesta a las observaciones de la CNEE²⁹⁸. Como lo advierte el profesor, “[n]o parece, entonces, que hubiese habido un problema que el Gobierno buscara resolver a través de la modificación del Artículo 98 del RLGE”²⁹⁹.

90. El profesor Alegría también señala que la modificación del artículo 98 del RLGE resultó contraria a las disposiciones expresas de la LGE y, por consiguiente, era inconstitucional en el derecho guatemalteco³⁰⁰. Como lo explica el profesor Alegría, en Guatemala la Constitución es la ley suprema de la Nación, y todas las leyes, los reglamentos y los decretos deben ajustarse a ella³⁰¹. De conformidad con el artículo 183(e) de la Constitución, el Presidente está autorizado a “[s]ancionar, promulgar, ejecutar y hacer que se ejecuten las leyes, dictar los decretos para los que estuvieran facultados por la constitución, así como los acuerdos, reglamentos y órdenes para el estricto cumplimiento de las leyes, sin alterar su espíritu”³⁰². Como cuestión de derecho constitucional, aquellas reglamentaciones que resulten incoherentes con una ley o que no estén autorizadas por una ley resultan inválidas³⁰³.

91. Al ser una reglamentación dictada conjuntamente por el Presidente de Guatemala y el MEM de conformidad con el artículo 183(e) de la Constitución y el artículo 4 del Título VII de la LGE, el RLGE no puede entonces no conformarse a la LGE, que es una ley sancionada por el Congreso de Guatemala, y no puede delegarle a la CNEE facultades que no estén expresamente autorizadas por la LGE o que resulten contrarias a las disposiciones de dicha

²⁹⁸ Alegría, párrafo 38 (CER-1).

²⁹⁹ *Ib.*

³⁰⁰ *Ib.*, párrafo 40.

³⁰¹ *Ver ib.*, párrafo 20; Constitución Política de la República de Guatemala, del 31 de mayo de 1985, modificada por el Decreto Legislativo 18-93 del 17 de noviembre de 1993 (“Constitución”), Art. 175 (“Jerarquía constitucional. Ninguna ley podrá contrariar las disposiciones de la Constitución. Las leyes que violen o tergiversen los mandatos constitucionales son nulas *ipso jure*”) (C-11).

³⁰² Constitución, Art. 183(e); *ver también ib.*, Art. 154 (“Los funcionarios son depositarios de la autoridad, responsables legalmente por su conducta oficial, sujetos a la ley y jamás superiores a ella”) (C-11); Alegría, párrafo 20 (CER-1).

³⁰³ *Ver* Alegría, párrafo 20 (CER-1); Decreto 2-89 del Congreso de la República, Ley del Organismo Judicial, vigente desde el 31 de diciembre de 1990, Art. 9 (C-6).

ley³⁰⁴. No obstante, la modificación del artículo 98 del RLGE resultó “contrari[a] a las disposiciones expresas de la LGE”³⁰⁵. La LGE no le confiere a la CNEE la facultad de encargar su propio estudio tarifario ni de incorporar sus propias correcciones al estudio de la distribuidora. Por el contrario, el artículo 75 de la LGE dispone que la CNEE “revisará los estudios efectuados y podrá formular observaciones a los mismos”³⁰⁶. Como lo explica el profesor Alegría:

[Si el Gobierno hubiera querido] conceder a la CNEE la facultad de encargar su propio estudio o hacer las correcciones al estudio [tarifario] del distribuidor [en estas circunstancias] debería haberse buscado la modificación de los Artículos 74 y 75. El Gobierno, sin embargo, no podría haber logrado estos objetivos mediante la modificación del RLGE³⁰⁷.

92. Por otra parte, la modificación del artículo 98 del RLGE menoscabó el objeto y fin de la LGE. Como se expresó anteriormente y en el dictamen jurídico del profesor Alegría³⁰⁸, la LGE se sancionó con el fin de establecer un proceso confiable y despolitizado para el cálculo del VAD en el que varios actores efectuarían su aporte para calcular dicho valor en función de datos puramente económicos y técnicos. Según explica el profesor Alegría, de manera coherente con este objetivo, el artículo 74 de la LGE crea un sistema de frenos y contrapesos entre los diversos actores que desempeñan un papel en el cálculo del VAD³⁰⁹. Así, mientras que la distribuidora (a diferencia de la CNEE) queda expresamente facultada para “calcular los componentes de los VAD”, debe “calcular los componentes de los VAD mediante un estudio encargado a una firma de ingeniería precalificada por la [CNEE]”³¹⁰. La modificación del artículo 98 del RLGE altera este sistema de frenos y contrapesos al conferirle a la CNEE la facultad, en determinadas circunstancias, de encargar su propio estudio tarifario y publicar

³⁰⁴ Alegría, párrafo 40 (CER-1).

³⁰⁵ *Ib.*

³⁰⁶ LGE, Art. 75 (C-17).

³⁰⁷ Alegría, párrafo 39 (CER-1).

³⁰⁸ *Ib.*, párrafo 27.

³⁰⁹ *Ib.*

³¹⁰ LGE, Art. 74 (C-17); *ver también* Alegría, párrafo 27 (CER-1).

nuevos cuadros tarifarios en función de dicho estudio, sin aporte alguno por parte de la distribuidora.

93. Como lo explican Maté y Calleja, tras el dictado del Acuerdo Gubernativo 68-2007, EEGSA consideró seriamente la posibilidad de impugnar la modificación del artículo 98 del RLGE ante los tribunales guatemaltecos³¹¹. Sin embargo, el Sr. Calleja nota que EEGSA finalmente decidió no hacerlo, “por temor a que la CNEE se sintiera contrariada por la impugnación y esto la predispusiera en contra de EEGSA durante la revisión de las tarifas”³¹². Como lo explica Calleja, los abogados de EEGSA también le informaron a Sr. Calleja que en cualquier proceso judicial que se iniciara contra la modificación no se dictaría resolución alguna antes de la conclusión del proceso de aprobación de las tarifas³¹³. Por otra parte, como explican Maté y Calleja, EEGSA tenía toda la intención de entregar el estudio tarifario requerido y dar respuesta a todas las observaciones que efectuara la CNEE; en consecuencia, en ese momento, no había motivos para creer que la modificación del artículo 98 del RLGE llegara a aplicarse durante la revisión próxima de las tarifas de EEGSA³¹⁴. No obstante, como se expondrá más adelante, la CNEE luego interpretaría y aplicaría la versión modificada del artículo 98 del RLGE de manera contraria a su sentido corriente, de modo tal de privar a EEGSA de los derechos que le correspondían por ley.

2. La CNEE emitió Términos de Referencia que resultaban contrarios a la Ley y menoscababan el objetivo del proceso de revisión de las tarifas

94. La CNEE le entregó a EEGSA los términos de referencia para la revisión tarifaria del período 2008-2013 mediante la nota del 30 de abril de 2007³¹⁵. Como se explica luego y en el dictamen jurídico del profesor Alegría, esos términos de referencia constituían un ejercicio ilícito

³¹¹ Maté, párrafo 6 (CWS-6); Calleja, párrafo 13 (CWS-3).

³¹² Calleja, párrafo 13 (CWS-3); *ver también* Maté, párrafo 6 (CWS-6).

³¹³ Calleja, párrafo 13 (CWS-3).

³¹⁴ Maté, párrafo 6 (CWS-6); Calleja, párrafo 14 (CWS-3).

³¹⁵ Alegría, párrafo 41 (CER-1); Calleja, párrafo 15 (CWS-3); Maté, párrafo 8 (CWS-6); Nota de la CNEE a EEGSA, No. CNEE 13680-2007 DMJU-NotaS-141, del 30 de abril de 2007 (C-106).

de las atribuciones regulatorias de la CNEE, en violación de lo dispuesto en la LGE y el RLGE³¹⁶.

95. Los términos de referencia tienen por objetivo orientar la confección del estudio tarifario por parte de la consultora³¹⁷. La CNEE debe redactar los términos de referencia dentro de las restricciones que impone la ley, lo que incluye ajustarse a determinadas fórmulas previstas en el RLGE en relación con el cálculo del VAD³¹⁸. La CNEE no tiene permitido manipular esas fórmulas, redactar términos de referencia que generen un resultado incompatible con el principio rector de la LGE según el cual las tarifas han de representar el valor nuevo de reemplazo de los activos y los costos operativos y de capital de la empresa modelo eficiente, ni redactar términos de referencia que predeterminen el resultado del estudio de la consultora, ya que ello importaría comprometer la independencia del estudio de la consultora, ya que cualquiera de estas circunstancias resultaría contraria a la letra y el espíritu de la LGE³¹⁹.

96. Los términos de referencia que la CNEE le entregó a EEGSA el 30 de abril de 2007 no eran alineamientos para orientar la confección del estudio por parte de la consultora³²⁰. En vez, estos términos de referencia contenían criterios y fórmulas específicas que no sólo se apartaban radicalmente de la metodología de la revisión tarifaria anterior, sino también tenían el efecto de reducir indebidamente el VNR y calcular incorrectamente el FRC, con lo cual predeterminaban la disminución del VAD y de las tarifas correspondientes, en violación de la ley³²¹.

³¹⁶ Ver Alegría, párrafos 41-50 (CER-2); ver también Calleja, párrafos 15-22 (CWS-3); Maté, párrafos 8-12 (CWS-6).

³¹⁷ Alegría, párrafo 29 (CER-1); ver también Calleja, párrafo 19 (CWS-3).

³¹⁸ Alegría, párrafo 29 (CER-1); LGE, Art. 74 (C-17); RLGE, Arts. 86-90 y 97 (C-21).

³¹⁹ Alegría, párrafos 24-45 y 29 (CER-1).

³²⁰ Ver Maté, párrafo 8 (CWS-6); Calleja, párrafo 15 (CWS-3).

³²¹ CNEE Términos de Referencia de abril de 2007, adjuntado a Nota No. CNEE-13680-2007 de la CNEE a EEGSA del 30 de abril de 2007 (“TdR de abril de 2007”); ver también Calleja, párrafo 15 (CWS-3); Maté, párrafo 8 (CWS-6).

97. La CNEE también se arrogó amplia libertad con arreglo a los términos de referencia para interrumpir el avance del estudio de la consultora o incluso considerar al estudio como “no recibido” en los términos del recientemente modificado artículo 98 del RLGE, de modo tal de que pudiera utilizar su propio estudio para calcular el VAD, una vez más, en violación de la ley³²². En el artículo 1.7.4 de los términos de referencia, por ejemplo, la CNEE afirmó su autoridad para discontinuar el estudio de la consultora si determinaba que alguna etapa del estudio no se ajustaba a los términos de referencia³²³. La CNEE también alegó que aun si EEGSA, por medio de su consultora, no estaba de acuerdo con las observaciones efectuadas al estudio por la CNEE, de todas maneras “deber[ía] rehacer las labores que sean del caso a fin de enmendar la objeción según lo que instruya y en el plazo que establezca la CNEE”³²⁴. Luego EEGSA debería justificar sus objeciones por escrito para reservarse la posibilidad de presentarlas ante una Comisión Pericial³²⁵. Cualquier demora generada por la necesidad de que la consultora corrigiera su estudio a efectos de ajustarlo a las observaciones con las que no hubiera coincidido no la habilitaría, no obstante, a “incumplir el plazo para la entrega del Estudio” Tarifario³²⁶.

98. El artículo 1.7.4 generaba consecuencias tanto jurídicas como prácticas. Dicho artículo era cuestionable desde la perspectiva jurídica dado que, como lo explica el profesor Alegría, subordinaba las habilidades y los conocimientos técnicos de la consultora al juicio discrecional de la CNEE e invertía el proceso de resolución de discrepancias, en violación del artículo 75 de la LGE y el artículo 98 del RLGE, al requerir que la distribuidora aceptara las observaciones de la CNEE y las incorporara a su estudio antes de constituir una Comisión Pericial³²⁷. Desde el punto de vista práctico, el Sr. Calleja, explica que si la CNEE podía interrumpir el avance de la consultora sobre los restantes informes de etapa (muchos de los

³²² Alegría, párrafos 41-43 (CER-1); Calleja, párrafos 16-17 (CWS-3); Maté, párrafo 8 (CWS-6).

³²³ TdR de abril de 2007, Art. 1.7.4 (donde también se dispone que las demoras resultantes no habilitarían a la distribuidora “a incumplir el plazo para la entrega del Estudio de Caracterización de Carga”) (C-106); *ver también* Alegría, párrafos 41-43 (CER-1); Calleja, párrafo 16 (CWS-3).

³²⁴ TdR de abril de 2007, Art. 1.7.4 (C-106); *ver también* Alegría, párrafo 44 (CER-1).

³²⁵ TdR de abril de 2007, Art. 1.7.4 (C-106); *ver también* Alegría, párrafo 44 (CER-1).

³²⁶ TdR de abril de 2007, Art. 1.7.4 (C-106).

³²⁷ Alegría, párrafo 44 (CER-1).

cuales se basan en informes de etapas anteriores) hasta tanto la consultora corrigiera el informe de etapa de modo tal de incorporar todas las observaciones de la CNEE, a dicha firma le resultaría extremadamente difícil, sino imposible, avanzar con el estudio de manera ordenada y presentar oportunamente el estudio tarifario final³²⁸.

99. Por otra parte, en el artículo 1.9 de los términos de referencia, la CNEE alegó que podía rechazar el estudio de la consultora “como no recibido . . . si, a su propio juicio, se hubiesen omitido los resultados solicitados en los TdR, de tal forma que pudiese considerarse que el Estudio se encontrara incompleto o presentara una visión parcial o distorsionada”³²⁹. Así, la CNEE buscó posicionarse de modo tal de ignorar el estudio de la distribuidora conforme el recién modificado artículo 98 del RLGE y sustituirlo con su propio estudio en circunstancias que en absoluto habían sido contempladas por la modificación, a cuyo efecto simplemente podía declarar el estudio como “no recibido”, en función del contenido del estudio mismo³³⁰. 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 o, mucho menos, ignorarlo, simplemente por estar en desacuerdo³³¹. Por el contrario, la LGE contemplaba la posibilidad de discrepancias entre la CNEE y la distribuidora y establecía que esas discrepancias serían resueltas por una Comisión Pericial³³².

100. Por otra parte, el artículo 1.10 de los términos de referencia exigía que tanto la distribuidora como su consultora participaran en una audiencia pública en la que cualquier parte interesada podía efectuar comentarios sobre el estudio, y autorizaba a la CNEE a solicitar la incorporación de modificaciones al estudio en función de los resultados de la audiencia

³²⁸ Calleja, párrafo 16 (CWS-3).

³²⁹ TdR de abril de 2007, Art. 1.9 (C-106); *ver también* Alegría, párrafo 41 (CER-1); Calleja, párrafo 17 (CWS-3).

³³⁰ *Ver* TdR de abril de 2007, Art. 1.9 (C-106).

³³¹ Alegría, párrafos 42-43 (CER-1); *ver también* Calleja, párrafo 17 (donde se advierte que la afirmación de atribuciones por parte de la CNEE era ilícita y estaba “fundada en una lectura incorrecta del nuevo artículo 98”, ya que el artículo 98 no facultaba a la CNEE “a rechazar un estudio presentado oportunamente ni a considerarlo ‘no recibido’ en función de que dicho estudio no aportara los resultados deseados”) (CWS-3).

³³² Alegría, párrafo 43 (CER-1).

pública³³³. Por consiguiente, en esa audiencia pública, EEGSA y Bates White tendrían que enfrentarse con ciudadanos que tendrían un interés personal en pagar tasas de tarifas menores. Como lo señaló el Banco Interamericano de Desarrollo en el año 2003, “Guatemala no cuenta con una cultura de audiencias públicas” y su “[e]xperiencia con las audiencias públicas convocadas por la CNEE ha sido negativa”³³⁴. Al exigir que EEGSA y su consultora se enfrentaran con personas que no contaban con la experiencia y los conocimientos pertinentes para evaluar el estudio y que, probablemente, tendrían intereses contrarios a los de la distribuidora, y que defendieran ante ellas el estudio tarifario, y al arrogarse la atribución de utilizar los comentarios efectuados por esos ciudadanos como base para exigir la incorporación de modificaciones al estudio, la CNEE buscó politizar el proceso y menoscabar los fines objetivos y técnicos de la LGE³³⁵.

101. Dados estos serios riesgos para la legitimidad del proceso de revisión de las tarifas, el día 8 de mayo de 2007 EEGSA interpuso un recurso de revocatoria por el cual solicitaba que la CNEE revocara los términos de referencia³³⁶. Tres días más tarde, EEGSA presentó comentarios detallados sobre los términos de referencia en los que propuso, entre otras cosas, incorporar un nuevo artículo que aclarara que los términos de referencia constituían pautas que estaban sujetas a la LGE o el RLGE pero que no modificaban a dichos instrumentos y que, en todo caso, la consultora podía apartarse de los términos de referencia con expresión de motivos que así lo justificaran³³⁷.

³³³ TdR de abril de 2007, Art. 1.10 (C-106); ver también Alegría, párrafo 45 (CER-1); Calleja, párrafo 19 (CWS-3).

³³⁴ Banco Interamericano de Desarrollo, *Keeping the Lights on: Power Sector Reform in Latin America*, (2003), página 246 (C-61).

³³⁵ Alegría, párrafo 45 (CER-1); Calleja, párrafo 19 (CWS-3).

³³⁶ Alegría, párrafo 46 (CER-1); Calleja, párrafo 18 (CWS-3); Maté, párrafo 9 (CWS-6); Recurso de EEGSA para la revocación de los Términos de Referencia emitidos por la CNEE en abril de 2007, del 8 de mayo de 2007 (C-107).

³³⁷ Calleja, párrafo 18 (CWS-3); Comentarios de EEGSA sobre los Términos de Referencia, adjuntos a la nota de EEGSA a la CNEE, No. GG-038-07, del 11 de mayo de 2007, página 5 (donde se propone el nuevo Art. 1.10) (C-108).

102. El 15 de mayo de 2007, la CNEE rechazó sumariamente el recurso de revocatoria interpuesto por EEGSA, a cuyo efecto manifestó, en un solo párrafo, que se trataba de un recurso prematuro y que no podía proceder ya que los términos de referencia no eran un instrumento “final”³³⁸.

103. El 29 de mayo de 2007, EEGSA interpuso una acción de amparo³³⁹. En el escrito de amparo, EEGSA explicó que, si bien la LGE disponía que la consultora debía confeccionar su propio estudio, los términos de referencia imponían la totalidad de los criterios metodológicos y técnicos y reducían a la consultora al papel de “un mero signatario del estudio elaborado por la [CNEE]”³⁴⁰. EEGSA también advirtió que, a diferencia de las atribuciones limitadas que tenía la CNEE en virtud de la LGE para controlar el avance de la consultora y efectuar observaciones sobre el estudio, los términos de referencia imponían etapas arbitrarias para el estudio, cada una de las cuales requería de la aprobación de la CNEE para que el estudio pudiera seguir adelante³⁴¹. Además, EEGSA observó que si bien la LGE contemplaba la resolución de discrepancias a cargo de una Comisión Pericial, los términos de referencia en efecto establecían que “si a la CNEE no le parece el estudio, lo tiene por no entregado y emite su propio VAD sin estudio alguno”³⁴². EEGSA advirtió además que, contrariamente a lo dispuesto en la LGE, los términos de referencia contemplaban la convocatoria a audiencias públicas, tornaban poco claro el rol que podía llegar a desempeñar la Comisión Pericial y alteraban fundamentalmente la totalidad del procedimiento establecido en la LGE al exigir que EEGSA modificara su estudio con arreglo la totalidad de las observaciones efectuadas por la CNEE y que dejara registro de dichas correcciones antes de que pudiera constituirse una Comisión Pericial³⁴³. Así, EEGSA

³³⁸ Alegría, párrafo 46 (**CER-1**); Calleja, párrafo 19 (**CWS-3**); Maté, párrafo 9 (**CWS-6**); Resolución No. CNEE DMJ-Providencia-543 del 15 de mayo de 2007 (**C-109**).

³³⁹ Alegría, párrafo 47 (**CER-1**); Calleja, párrafo 19 (**CWS-3**); Maté, párrafo 9 (**CWS-6**); Amparo de EEGSA ante el Juzgado Primero del Ramo Civil, del 29 de mayo de 2007 (**C-112**).

³⁴⁰ Amparo de EEGSA ante el Juzgado Primero del Ramo Civil, del 29 de mayo de 2007, página 6 (**C-112**); *ver también* Calleja, párrafo 19.

³⁴¹ Amparo de EEGSA ante el Juzgado Primero del Ramo Civil, del 29 de mayo de 2007, página 6 (**C-112**).

³⁴² *Ib.*; *ver también* Alegría, párrafo 47 (**CER-1**); Calleja, párrafo 19 (**CWS-3**).

³⁴³ Amparo de EEGSA ante el Juzgado Primero del Ramo Civil, del 29 de mayo de 2007, página 6 (**C-112**).

solicitó al Juzgado que anulara los términos de referencia y, con ello, impidiera que la CNEE obtuviera “el VAD que quiere, algo que el legislador quiso evitar”³⁴⁴.

104. La CNEE no cumplió con su obligación de dar respuesta al amparo con un informe detallado y, por consiguiente, el Juzgado Sexto de Primera Instancia del Ramo Civil le concedió a EEGSA el amparo provisional y anuló los términos de referencia de la CNEE, hasta tanto el Juzgado pudiera considerar acabadamente la cuestión³⁴⁵. El 11 de junio de 2007, tras la primera audiencia del proceso de amparo, el mismo Juzgado dictó una decisión en la que confirmaba el amparo provisional a favor de EEGSA³⁴⁶.

105. Diez días después, la CNEE precalificó a seis firmas para desempeñarse como consultora de EEGSA³⁴⁷, con lo cual determinó que cada una de esas firmas presentaba “solvencia, capacidad, idoneidad e independencia de criterio para realizar un Estudio Tarifario, es decir imparcialidad”³⁴⁸. A solicitud de EEGSA, cada una de las firmas interesadas en ofertar por el trabajo presentó una oferta que incluía un análisis detallado de los términos de referencia³⁴⁹. En su oferta, Bates White informó que diversos artículos de los términos de referencia contenían exigencias imprácticas así como también fórmulas y metodologías defectuosas que conducían a la subvaluación del VAD al reducir indebidamente el VNR y calcular incorrectamente el FRC³⁵⁰. El 1 de agosto de 2007, EEGSA contrató a Bates White debido a que, entre otras cosas, sus representantes contaban con amplia experiencia y su director de proyecto, el Sr. Giacchino, se había desempeñado en la misma función para NERA, la

³⁴⁴ Amparo de EEGSA ante el Juzgado Primero del Ramo Civil, del 29 de mayo de 2007, página 6 (C-112).

³⁴⁵ Alegría, párrafo 48 (CER-1); Calleja, párrafo 20 (CWS-3); Maté, párrafo 9 (CWS-6); Decisión del Juzgado Sexto de Primera Instancia del Ramo Civil, del 4 de junio de 2007 (C-114).

³⁴⁶ Alegría, párrafo 48 (CER-1); Calleja, párrafo 20 (CWS-3); Decisión del Juzgado Sexto de Primera Instancia del Ramo Civil, del 4 de junio de 2007 (C-114).

³⁴⁷ Resolución No. CNEE-55-2007 del 21 de junio de 2007 (C-117) (por medio de la cual se precalificó a PA Consulting Services, Quantum, Mercados Energéticos, Synex Ingenieros Consultores, Bates White y Sigla/Electrotek) (C-117).

³⁴⁸ Informe de la CP, página 2 (C-246).

³⁴⁹ Giacchino, párrafo 15 (CWS-4).

³⁵⁰ Correo electrónico enviado por G. Israilevich (Bates White) a F. Oroxom (EEGSA) el 29 de junio de 2007, adjuntando Análisis de la Metodología de los TdR (C-119); *ver también* Giacchino, párrafos 16-17 y 58-59).

consultora contratada por EEGSA durante la revisión tarifaria del año 2003³⁵¹.

106. En este período, EEGSA participó en diversas reuniones celebradas en la CNEE en un intento por corregir los términos de referencia con el nuevo presidente de ese organismo, Carlos Colom (cuyo tío se convertiría en el nuevo presidente de Guatemala), los otros dos nuevos directores de la CNEE y Melvin Quijivix, su nuevo gerente de tarifas³⁵². En el marco de estas reuniones, la CNEE aceptó reemplazar los cuestionables artículos 1.7.4 y 1.9 de los términos de referencia con los nuevos artículos 1.6.4 y 1.8³⁵³. El nuevo artículo 1.6.4 omitía las afirmaciones anteriores de la CNEE según las cuales podía interrumpir el estudio si determinaba que un informe de etapa no se ajustaba a los términos de referencia, y aclaraba que, por intermedio de su consultora, EEGSA analizaría las observaciones efectuadas por la CNEE³⁵⁴. El nuevo artículo 1.8 omitía las afirmaciones anteriores de la CNEE según las cuales podía considerar como “no recibido” el estudio en los términos del artículo 98 del RLGE si determinaba que faltaba información o no estaba de acuerdo con el resultado³⁵⁵. Del mismo modo, el nuevo artículo 1.8 aclaraba, de conformidad con la LGE, que “el Distribuidor deberá analizar las observaciones, efectuar las correcciones que considere pertinentes y enviar a la CNEE, dentro de los quince (15) días de recibidas las observaciones, el Informe Final del Estudio eventualmente Corregido”³⁵⁶. Con esto se dejó en claro que la consultora de EEGSA solamente debía efectuar las correcciones que estimara apropiadas y que, por ende, no era necesario que el estudio corregido reflejara la totalidad de las observaciones efectuadas por la

³⁵¹ Calleja, párrafo 23 (CWS-3); Maté, párrafo 15(CWS-6).

³⁵² Ver Calleja, párrafos 20-21 (donde se explica que Quijivix tenía tan poca experiencia que el Ministro le pidió que “confeccionar[a] una presentación para introducir al Sr. Quijivix los conceptos básicos referentes a la industria eléctrica”) (CWS-3).

³⁵³ Calleja, párrafo 21 (CWS-3); Ver también Maté, párrafo 11 (CWS-6); Alegría, párrafos 49-50 (CER-1).

³⁵⁴ Ver Calleja, párrafo 21 (CWS-3); Resolución No. CNEE-124-2007 del 9 de octubre de 2007 (“TdR de octubre de 2007”), Art. 1.6.4 (C-127); ver también TdR de abril de 2007, Art. 1.7.4 (C-106).

³⁵⁵ Alegría, párrafo 49 y nota 135 (CER-1); Calleja, párrafo 21 (CWS-3); TdR de octubre de 2007, Art. 1.8 (C-127); TdR de abril de 2007, Art. 1.9 (C-106).

³⁵⁶ TdR de octubre de 2007, Art. 1.8 (C-127) (énfasis añadido).

CNEE³⁵⁷. Como lo explica el profesor Alegría, se trataba de modificaciones necesarias para conciliar los términos de referencia con la LGE y el RLGE³⁵⁸.

107. Sin embargo, aun después de que las partes se hubieran puesto de acuerdo sobre estos particulares, los términos de referencia seguían conteniendo varios artículos cuestionables referentes a la metodología aplicable³⁵⁹. Como no era posible llegar a un acuerdo sobre la modificación de todos estos artículos, EEGSA renovó su propuesta de incorporar un nuevo artículo en el que se aclarara que los términos de referencia eran pautas que estaban sujetas a la LGE o el RLGE pero que no modificaban a estos instrumentos, y que la consultora tenía permitido apartarse de los términos de referencia si expresaba motivos que así lo justificaran³⁶⁰. Como lo explica Calleja, para que las partes pudieran resolver su diferencia sin volver al Juzgado era fundamental incorporar una disposición en este sentido³⁶¹. Finalmente la CNEE aceptó incorporar este nuevo artículo (artículo 1.10). Por lo tanto, EEGSA retiró el amparo y la CNEE emitió una versión modificada de los términos de referencia que incorporaba los nuevos artículos 1.6.4, 1.8 y 1.10 mediante la resolución de fecha 9 de octubre de 2007³⁶². Así pues, para evitar defender los términos de referencia ante la Justicia, la CNEE reconoció que, en la jerarquía normativa, dichos términos de referencia quedaba sujetos a la LGE y el RLGE y, asimismo, que la CNEE no podía invocar la versión modificada del artículo 98 del RLGE para encargar su propio estudio en el caso de no estar de acuerdo con el estudio realizado por la consultora³⁶³.

3. La CNEE no colaboró constructivamente con EEGSA o su consultora e invocó arbitrariamente el artículo 98 del RLGE en perjuicio de EEGSA

108. A pesar de haber aceptado modificar los términos de referencia según se detalló

³⁵⁷ Alegría, párrafo 49 y nota 135 (CER-1); Calleja, párrafo 21 (CWS-3).

³⁵⁸ Alegría, párrafo 49 (CER-1); *ver también* Calleja, párrafo 21 (CWS-3).

³⁵⁹ Calleja, párrafo 22 (CWS-3).

³⁶⁰ *Ib.*

³⁶¹ *Ib.*

³⁶² *Ib.*; Alegría, párrafos 49-50 (CER-1); desistimiento por parte de EEGSA del Amparo C2-2007-4329, del 6 de agosto de 2007 (C-124); TdR de octubre de 2007 (C-127).

³⁶³ Alegría, párrafos 49-50 (CER-1).

precedentemente, durante el proceso de revisión de las tarifas la CNEE no hizo esfuerzo alguno para colaborar constructivamente con EEGSA o su consultora, Bates White. Por el contrario, como se explica a continuación, la CNEE invocó arbitrariamente el artículo 98 a lo largo del proceso, en lo que constituyó un esfuerzo ilícito por no tomar en consideración el estudio de Bates White y así determinar el VAD sin la participación de EEGSA o su consultora.

109. Bates White comenzó a trabajar en el primero de los nueve informes de etapa que comprendía el estudio – el Informe de Etapa A, o “Estudio de la Demanda” – el día 1 de agosto de 2007, basándose en aquel entonces en los términos de referencia emitidos en abril de 2007³⁶⁴. El informe de Etapa A tenía por objeto determinar, entre otras cosas, la demanda de los servicios de la distribuidora, todo cambio proyectado en la demanda y si la red existente podría satisfacer la mayor demanda que pudiera producirse (crecimiento vertical) o si sería necesario ampliar la red a otras áreas de servicio (crecimiento horizontal)³⁶⁵. Bates White le presentó a EEGSA y la CNEE su informe de Etapa A el día 29 de octubre de 2007³⁶⁶.

110. Si bien la CNEE solamente contaba con diez días para presentar observaciones al informe de Etapa A³⁶⁷, la nota que dicho organismo le envió a EEGSA con fecha 12 de noviembre de 2007 no contenía observación alguna sobre el informe³⁶⁸. En lugar de abordar los méritos del informe de Etapa A, la CNEE instruyó a EEGSA y Bates White confeccionar una presentación sobre el informe de Etapa A, que debían entregar ocho días después, el 20 de noviembre de 2007, en “una reunión a nivel técnico con personal de CNEE y el consultor contratado para apoyar a CNEE en la supervisión de dicho estudio”³⁶⁹.

111. Mientras tanto como lo explica el Sr. Maté, después de un proceso de licitación que comenzó el julio de 2007, la CNEE celebró un contrato con Sigla el 12 de noviembre de 2007

³⁶⁴ Giacchino, párrafos 15 y 18 (CWS-4).

³⁶⁵ *Ib.*, párrafo 20.

³⁶⁶ *Ib.*, párrafo 21; Calleja, párrafo 24 (CWS-3); Maté, párrafo 15 (CWS-2); nota de Bates White a la CNEE y EEGSA, del 29 de octubre de 2007 (C-128).

³⁶⁷ TdR de octubre de 2007, Art. 1.6.5.2 (C-127).

³⁶⁸ *Ver* Nota de la CNEE a EEGSA, No. CNEE-14986-2007, del 12 de noviembre de 2007 (C-133).

³⁶⁹ *Ib.*; *ver también* Maté, párrafo 15 (CWS-6).

para preparar su propio estudio tarifario, más de cuatro meses antes de que EEGSA tuviera que entregar su estudio a la CNEE.³⁷⁰ Como lo explica el Professor Alegría, el hecho de que la CNEE contrató a Sigla para preparar su propio estudio tarifario era ilegal porque, en aquel tiempo, ninguna de las condiciones del modificado artículo 98 del RLGE habían sido, ni pudiessen haber sido cumplidas para que la CNEE pudiera realizar su propio estudio tarifario³⁷¹. Como lo observa el Sr. Maté, “quedó claro que la estrategia de la CNEE consistía en valerse de la nueva redacción del Artículo 98 como escudo legal para calcular el VAD usando su propio estudio sin tomar en cuenta la LGE, y sin la participación de EGAS.”³⁷² EEGSA entonces decidió “atender escrupulosamente lo especificado en los TdRs, cumpliendo las fechas de entrega de documentos, justificando ampliamente cualquier cambio de metodología y atendiendo a cualquier aspecto formal que pudiera servir de excusa a la CNEE para hacer caso omiso del estudio del estudio tarifario de EEGSA”.³⁷³

112. En la reunión del 20 de noviembre, Giacchino, el director de proyecto de Bates White, hizo su presentación sobre el informe de Etapa A por Skype, mientras que representantes de EEGSA, la CNEE y las dos consultoras de la CNEE, Mercados Energéticos y Sigla, se encontraban reunidos en las oficinas de EEGSA.³⁷⁴ Tras la reunión, ni la CNEE ni sus consultoras efectuaron comentario alguno sobre la presentación de Bates White o el informe de Etapa A.³⁷⁵ La CNEE tampoco aceptó los ofrecimientos de EEGSA de celebrar otras reuniones respecto de los otros informes de Bates White, cuya preparación estaba en curso, lo que

³⁷⁰ Maté, párrafos 13-14 (CWS-6); CNEE Acuerdo No. 116-2007 del 27 de julio de 2007 (publicando la solicitud de una firma que ayudara a la CNEE preparar su estudio del VAD) (C-122); Contrato 11-189-2007 entre la CNEE y Electrotek y Sigla del 12 de noviembre de 2007 (C-132); *ver también* Alegría, párrafo 69 (CER-1).

³⁷¹ Alegría, párrafo 69 (concluyendo que la CNEE “violó también el artículo 98 del RLGE al encomendarle a Sigla un estudio tarifario independiente antes de que realmente se hubieran dado las condiciones que establece el artículo 98 del RLGE”) (CER-1).

³⁷² Maté, párrafo 14 (CWS-6).

³⁷³ *Ib.*

³⁷⁴ Giacchino, párrafo 21 (further explaining that he had been informed that Mercados Energéticos was advising the CNEE with regard to issues concerning the rate of return and demand projections, while Sigla was advising the CNEE with regard to all other matters concerning the tariff study) (CWS-4); Calleja ¶ 24 (CWS-3).

³⁷⁵ Giacchino, párrafo 22 (CWS-4).

representa una marcada diferencia con el dialogo constante que mantuvieron las partes durante la revisión tarifaria del año 2003³⁷⁶.

113. Sin haber recibido ningún comentario de la CNEE sobre su presentación o el informe de Etapa A, Bates White empezó a preparar los informes de Etapa B y C.³⁷⁷ Cuatro semanas después de su reunión, por medio de la nota de fecha 17 de diciembre de 2007, la CNEE le informó a EEGSA que no consideraba haber “recibido” el informe de Etapa A³⁷⁸. La CNEE alegó que no se consideraría recibido el informe en cuestión hasta tanto el representante designado por EEGSA volviera a presentarlo mediante el “envío formal” del acta notarial de su nombramiento como representante, una copia del contrato celebrado por EEGSA con Bates White y la totalidad de la información que EEGSA le hubiera suministrado a dicha consultora a los efectos del estudio³⁷⁹. Así, si bien ni la LGE ni el RLGE o los términos de referencia facultaban a la CNEE a rechazar un estudio o informe de etapa presentado oportunamente como “no recibido” y si bien la CNEE había confirmado la recepción del informe de Etapa A (al sellarlo como recibido) y había convocado a una reunión para tratar ese mismo informe, la CNEE esperó prácticamente dos meses antes de plantear cuestiones formales como fundamento para no haber efectuado observaciones al informe de Etapa A³⁸⁰.

114. Poco después del las fiestas de fin de año, la CNEE dictó una resolución de fecha 17 de enero de 2008 en la que incluía el tercer y último conjunto de modificaciones de los términos de referencia³⁸¹. Los términos de referencia modificados por la CNEE contenían nuevas metodologías y nuevas fechas de entrega para cada informe de etapa, incluidos el ya entregado informe de Etapa A y los informes de Etapa B y C que Bates White ya había comenzado a

³⁷⁶ *Ib.*, párrafo 25.

³⁷⁷ *Ib.*, párrafo 22 (CWS-4).

³⁷⁸ Nota de la CNEE a EEGSA, No. CNEE-15225-2007, del 17 de diciembre de 2007 (C-134); *ver también* Maté, párrafo 16 (CWS-6); Calleja, párrafo 25 (CWS-3).

³⁷⁹ Nota de la CNEE a EEGSA, No. CNEE-15225-2007, del 17 de diciembre de 2007, páginas 1-2 (C-134); *ver también* Maté, párrafo 16 (CWS-6); Calleja, párrafo 25 (CWS-3).

³⁸⁰ *Ver* Calleja, párrafos 25-26 (CWS-3).

³⁸¹ Resolución No. CNEE-05-2008 del 17 de enero de 2008 (C-153); *ver también* Giacchino, párrafo 22 (CWS-4); Calleja, párrafo 22 (CWS-3).

confeccionar³⁸². Dada la falta de observaciones sustantivas por parte de la CNEE respecto del informe de Etapa A en los dos meses y medio que precedieron la emisión de los términos de referencia modificados, Bates White adoptó la postura de que correspondía considerar aprobado el informe de Etapa A³⁸³. Sin embargo, para prestar su máxima cooperación y asegurarse de que la CNEE no pudiera fabricar fundamento alguno para no considerar el estudio, a solicitud de EEGSA Bates White aceptó modificar el informe de Etapa A de conformidad con lo dispuesto en los términos de referencia modificados³⁸⁴. Así, Bates White debió aplicar un segundo (y, en opinión profesional de Giacchino, inapropiado) método para calcular la demanda³⁸⁵. Según lo explica Giacchino, si bien Bates White debió entonces realizar mucho más trabajo a un costo sustancialmente mayor para EEGSA, los cálculos adicionales no produjeron ningún impacto sustancial sobre los resultados del informe de Etapa A o el cálculo del VAD³⁸⁶.

115. De conformidad con el cronograma establecido en los términos de referencia modificados, Bates White volvió a presentar el informe de Etapa A, junto con el informe de Etapa B, el día 25 de enero de 2008³⁸⁷. Calleja, el representante de EEGSA, le entregó a la CNEE las notas de presentación originales correspondientes a ambos informes de etapa y confirmó que esos dos informes contenían la totalidad de la información que había utilizado Bates White en su confección³⁸⁸. Calleja también presentó un ejemplar del contrato celebrado por EEGSA con Bates White, tal como lo había solicitado anteriormente la CNEE mediante su nota del 17 de diciembre de 2007³⁸⁹.

³⁸² Giacchino, párrafo 22 (CWS-4).

³⁸³ *Ib.*

³⁸⁴ *Ib.*, párrafos 22-23.

³⁸⁵ *Ib.*, párrafo 23.

³⁸⁶ *Ib.*

³⁸⁷ *Ib.*, Cuadro 1; Calleja, párrafo 26 (CWS-3); Maté, párrafo 16 (CWS-6).

³⁸⁸ Calleja, párrafo 26 (donde afirma que retuvo una copia de cada nota para los archivos de EEGSA) (CWS-3); Maté, párrafo 13 (CWS-6); nota de EEGSA a la CNEE, No. GG-07-2008, del 25 de enero de 2008 (por la cual vuelve a presentar el informe de Etapa A) (C-156); nota de EEGSA a la CNEE, No. GG-08-2008, del 25 de enero de 2008 (a la cual adjunta el informe de Etapa B) (C-157).

³⁸⁹ Calleja, párrafo 26 (CWS-3); Maté, párrafo 16 (CWS-6); *ver también* el Contrato entre EEGSA y Bates White, del 23 de enero de 2008 (C-154); nota de EEGSA a la CNEE, No. GG-017-2008, del 31 de enero de

116. En respuesta a ello, la CNEE envió la nota del 30 de enero de 2008, en la que reiteraba lo alegado anteriormente en el sentido de que no había recibido el informe de Etapa A ni el informe de Etapa B por los motivos expresados en la misiva del 17 de diciembre de 2007³⁹⁰. El Sr. Maté, gerente general de EEGSA, consideró que las reiteradas alegaciones de falta de “recepción” de los informes de Bates White por parte de la CNEE (término que, como advierte Maté, ni siquiera figuraba en la versión modificada del artículo 98 del RLGE) eran prueba de que la CNEE estaba resuelta a no tomar en consideración el estudio de Bates White³⁹¹. Por lo tanto, EEGSA respondió de inmediato y adjuntó una copia del acta notarial de designación de Calleja para actuar en representación de EEGSA, copias de las notas firmadas por Calleja mediante las cuales se hacía entrega de ambos informes de etapa (los originales estaban en posesión de la CNEE) y una copia de la nota con el sello de la CNEE que demostraba que dicho organismo había recibido el contrato de EEGSA con Bates White³⁹². EEGSA le informó a la CNEE que Calleja podía volver a firmar cualquiera de las notas en las oficinas de la CNEE para poner fin a cualquier duda que el organismo supuestamente pudiera albergar acerca de la autenticidad de su firma³⁹³. EEGSA también le informó a la CNEE que Bates White le había asegurado a la empresa que los informes contenían la totalidad de la información de base en formato digital pero que EEGSA le enviaría cualquier información específica que la CNEE considerara que faltaba³⁹⁴. No obstante, por principios, EEGSA rechazó lo indicado por la CNEE en el sentido de que ésta no había recibido los informes de Etapa A y Etapa B de Bates White siendo que existía “evidencia incuestionable”, incluidos los propios sellos de recepción de la CNEE, que

2008, página 1 (donde se menciona el sello de recepción de la CNEE estampado en la nota de presentación del contrato firmado) (C-159).

³⁹⁰ Maté, párrafo 16 (CWS-6); nota de la CNEE a EEGSA, No. CNEE-15504-2008, del 30 de enero de 2008 (C-158).

³⁹¹ Maté, párrafo 17 (CWS-6); *ver también* Calleja, párrafo 26 (donde explica que lo “sorprendió mucho” la nota de la CNEE) (CWS-3).

³⁹² Maté, párrafo 17 (CWS-6); Nota de EEGSA a la CNEE, No. GG-017-2008, del 31 de enero de 2008, página 1 (por la que se da respuesta a la “nota CNEE 15504-2008 recibida hoy día 31 de enero a las 11:23 horas”) (C-159).

³⁹³ Maté, párrafo 17 (CWS-6); Nota de EEGSA a la CNEE, No. GG-017-2008, del 31 de enero de 2008, página 1 (C-159).

³⁹⁴ *Ib.*

demostraban que, efectivamente, la CNEE había recibido ambos informes³⁹⁵.

117. Desafortunadamente, los esfuerzos de la CNEE por interrumpir el avance de Bates White no concluyeron allí³⁹⁶. El día 12 de febrero de 2008, tres meses y medio después de la recepción inicial del informe de Etapa A, la CNEE presentó sus primeras observaciones a dicho informe³⁹⁷. La CNEE alegó que no se podía utilizar el informe de Etapa A como base para informes subsiguientes dado que, en opinión del organismo, el informe en cuestión no se ajustaba a los términos de referencia³⁹⁸. La CNEE calificó sus observaciones sobre el informe de Etapa A como “requerimientos” obligatorios y declaró que EEGSA debía “utilizar los rangos indicados por la CNEE en las etapas siguientes del Estudio”³⁹⁹. Al retomar de este modo la postura adoptada en los primeros términos de referencia ilícitos, la CNEE una vez más actuó en contravención de lo previsto en la LGE y el RLGE, que disponían que una Comisión Pericial debía resolver cualquier discrepancia que pudiera surgir entre la CNEE y la consultora, e hizo caso omiso de las modificaciones cruciales que ella misma incorporó en los artículos 1.6.4, 1.8 y 1.10 de los términos de referencia modificados⁴⁰⁰.

118. Si bien cada uno de los informes de etapa de Bates White ya contenía la totalidad de la información requerida, muchas de las observaciones efectuadas por la CNEE respecto de esos informes de etapa eran pedidos de información adicional⁴⁰¹. Giacchino señala que, en su experiencia como consultor en decenas de revisiones tarifarias contratado tanto por entes

³⁹⁵ Maté, párrafo 17 (CWS-6); Calleja, párrafo 26 (CWS-3); nota de EEGSA a la CNEE, No. GG-017-2008, del 31 de enero de 2008, páginas 1-2 (C-159).

³⁹⁶ Ver Calleja, párrafo 27 (CWS-3); Maté, párrafo 18 (CWS-6); Giacchino, párrafo 27 (CWS-5).

³⁹⁷ Maté, párrafo 18 (CWS-6); nota de la CNEE a EEGSA, No. CNEE-15597-2008, del 12 de febrero de 2008 (C-161).

³⁹⁸ Maté, párrafo 18 (CWS-6); Calleja, párrafo 27 (CWS-3); nota de la CNEE a EEGSA, No. CNEE-15597-2008, del 12 de febrero de 2008, página 10 (C-161).

³⁹⁹ Nota de la CNEE a EEGSA, No. CNEE-15597-2008, del 12 de febrero de 2008, página 10 (C-161); ver también Maté, párrafo 18 (CWS-6); Calleja, párrafo 27 (CWS-3).

⁴⁰⁰ Maté, párrafo 18 (CWS-6); Calleja, párrafo 27 (CWS-3).

⁴⁰¹ Giacchino, párrafo 27 (CWS-4); ver también, e.g., Nota de la CNEE a EEGSA, No. CNEE-15597-2008, del 12 de febrero de 2008, páginas 2-3 (donde se alega que el informe de Etapa A “incumplió con lo establecido en los Términos de Referencia, debido a que la información presentada en el informe no está de conformidad con lo establecido en los TDR”) (C-161).

reguladores como por empresas, ningún ente regulador pidió nunca tanta información como la CNEE le pidió a Bates White⁴⁰². Además la CNEE emitió nuevas directivas para que Bates White realizara los cálculos o aplicara criterios no contemplados en los términos de referencia⁴⁰³. En ciertos casos, Bates White corrigió su informe según lo solicitado, aunque en otros advirtió que, a pesar de haberlo realizado, el cálculo solicitado no constituía un cálculo exigido por los términos de referencia⁴⁰⁴. En otros casos en los que la CNEE parecía estar imponiendo el resultado del estudio, Bates White rechazó la observación y expresó por escrito los motivos que justificaban su rechazo⁴⁰⁵. Finalmente, a pesar de los meses de demora y los considerables gastos adicionales que ocasionó la CNEE, Bates White completó oportunamente los nueve informes de etapa y EEGSA le presentó a la CNEE el estudio completo, junto con las versiones corregidas de cada informe de etapa, el día 31 de marzo de 2008, tal como estaba programado⁴⁰⁶.

119. Vistas las complejas cuestiones técnicas que involucraba el estudio, la CNEE tenía un plazo de dos meses conforme el RLGE para analizarlo, declararlo procedente o improcedente y efectuar las observaciones pertinentes⁴⁰⁷. El 11 de abril de 2008, cuando solamente habían transcurrido once días desde que EEGSA entregara el estudio, la CNEE dictó la Resolución 63-2008, por la cual declaró el estudio “improcedente” e informó que EEGSA “deb[ía] realizar las correcciones al mismo conforme a las observaciones realizadas [por la CNEE]” en dicha resolución, “en el plazo de 15 días”⁴⁰⁸. No obstante, gran parte de las observaciones efectuadas por la CNEE en la Resolución 63-2008 no hacían sino reiterar las

⁴⁰² Giacchino, párrafo 27 (CWS-4).

⁴⁰³ *Ver ib.*

⁴⁰⁴ *Ib.*; Calleja, párrafo 27 (CWS-3); Maté, párrafo 19 (CWS-6); *ver también, e.g.*, Nota de Bates White a la CNEE y EEGSA del 21 de febrero de 2008, página 14 (C-163).

⁴⁰⁵ Giacchino, párrafo 27 (CWS-4); Maté, párrafo 19 (CWS-6); Calleja, párrafo 27 (CWS-3).

⁴⁰⁶ Giacchino, párrafo 27 (CWS-4); Maté, párrafo 16 (CWS-6); Calleja, párrafo 27 (CWS-3); nota de EEGSA a la CNEE, No. GG-045-2008, del 31 de marzo de 2008 (C-178).

⁴⁰⁷ Acuerdo Gubernativo 68-2007 del 2 de marzo de 2007, Art. 21 (por el cual se modifica el Art. 98 del RLGE a efectos de que disponga que la CNEE “en el plazo de dos meses resolverá sobre la procedencia o improcedencia de los estudios efectuados por los consultores, formulando las observaciones que considere pertinentes”) (C-104).

⁴⁰⁸ Resolución No. CNEE-63-2008 del 11 de abril de 2008, página 3 (C-104); *ver también* Maté, párrafo 20 (CWS-6); Calleja, párrafo 28 (CWS-3).

realizadas anteriormente por dicho organismo respecto de los diversos informes de etapa, sin tomar en consideración las respuestas de Bates White o, siquiera, acusar recibo de ellas⁴⁰⁹.

120. Cuatro días después, el 15 de abril de 2008, Enrique Moller, que era uno de los directores de la CNEE, se reunió a almorzar con Maté, el gerente general de EEGSA⁴¹⁰. Si bien en su estudio Bates White había determinado en función de factores objetivos que el VAD debía aumentar considerablemente, Moller preguntó si EEGSA podía aceptar un VAD que fuera 5% inferior al que se encontraba vigente en aquel momento⁴¹¹. Maté le comunicó a Moller que el VAD propuesto aparecía bajo y que tenía que analizar el asunto y consultar con sus colegas⁴¹². Como estaba programada una visita de Pérez para la semana siguiente, EEGSA y la CNEE programaron una reunión (la primera que se realizaría desde la videoconferencia sobre el informe de Etapa A en noviembre de 2007) que se llevaría a cabo en las oficinas de la CNEE el día 22 de abril de 2008⁴¹³.

121. Al entender que, por motivos políticos, la CNEE se opondría a cualquier incremento en la tarifa vigente, en preparación para la reunión EEGSA procedió a evaluar si sería posible aumentar el VAD y mantener la tarifa general en el mismo nivel⁴¹⁴. Concesión tal le permitiría a la CNEE lograr su victoria política al anunciar públicamente que no habría aumento en las tarifas, a la vez que EEGSA recibiría el incremento necesario en el VAD y se aseguraría de que la CNEE no fijara el VAD por sí misma, en violación de la ley⁴¹⁵. En aquel momento, las tarifas incluían cuotas fijas por los costos de energía diferidos como resultado de la falta de ajuste de los precios anuales de la electricidad, por parte de la CNEE, entre 1998 y 2003, en violación del artículo 89 del RLGE⁴¹⁶. La última cuota correspondiente a los costos diferidos de

⁴⁰⁹ Giacchino, párrafo 27 (CWS-4).

⁴¹⁰ Maté, párrafo 21(CWS-6).

⁴¹¹ *Ib.*

⁴¹² *Ib.*

⁴¹³ *Ib.*, párrafo 23.

⁴¹⁴ *Ib.*, párrafo 22; Calleja, párrafo 29 (CWS-3).

⁴¹⁵ Calleja, párrafo 29 (CWS-3).

⁴¹⁶ *Ib.*

la energía vencía en julio de 2008⁴¹⁷. Dado que el componente tarifario correspondiente a los costos de la energía debía reducirse, EEGSA llegó a la conclusión de que podía aumentar el VAD en ese monto y mantener igualmente la misma tarifa⁴¹⁸. Maté y Perez hicieron una presentación al respecto durante una reunión de una hora de duración que se celebró el 22 de abril de 2008 y a la que asistieron los tres directores de la CNEE⁴¹⁹. Al finalizar la reunión, los directores de la CNEE manifestaron que analizarían la presentación, de la que EEGSA les hizo entrega en formato electrónico⁴²⁰. La CNEE, sin embargo, no respondió a la propuesta de EEGSA⁴²¹.

122. Ante la falta de un acuerdo negociado, EEGSA solicitó que Bates White corrigiera su estudio de modo tal de ajustarse a las observaciones efectuadas por la CNEE en la Resolución 63-2008⁴²². EEGSA presentó el informe corregido de Bates White el día 5 de mayo de 2008⁴²³. En su informe corregido del 5 de mayo de 2008, Bates White aceptó algunas de las observaciones efectuadas por la CNEE e incorporó las modificaciones correspondientes a los diversos informes de etapa, mientras que rechazó otras observaciones y expresó los motivos en que se fundó para ello⁴²⁴. La corrección más importante radicó en que Bates White aceptó la observación por la cual la CNEE se oponía a los presupuestos utilizados por Bates White en materia de líneas subterráneas⁴²⁵. La cuestión de las líneas subterráneas reviste importancia porque el costo de los materiales que se utilizan para dichas líneas es superior al requerido para

⁴¹⁷ *Ib.*

⁴¹⁸ *Ib.*

⁴¹⁹ Maté, párrafo 23 (CWS-6); Calleja, párrafo 29 (CWS-3); *ver también* Presentación sobre el Estudio Tarifario, del 22 de abril de 2008, páginas 4-15 (donde se explica que “el efecto en tarifas de lo propuesto es nulo”) (C-194).

⁴²⁰ Maté, párrafo 23 (CWS-6).

⁴²¹ *Ib.*, párrafo 20; *ver también* Calleja, párrafo 31 (CWS-3).

⁴²² Maté, párrafo 24 (CWS-6); Calleja, párrafo 31 (CWS-3).

⁴²³ Maté, párrafo 25 (CWS-6); Calleja, párrafo 31 (CWS-3); Giacchino, párrafo 28 (CWS-4); Nota de Bates White a la CNEE y EEGSA del 5 de mayo de 2008 (C-195).

⁴²⁴ Maté, párrafo 25 (CWS-6); Calleja, párrafo 31 (CWS-3); Giacchino, párrafo 28 (CWS-4); Nota de Bates White a la CNEE y EEGSA del 5 de mayo de 2008 (adjuntando los informes finales corregidos de Etapas A a I e I.2) (C-195); Nota de Bates White a la CNEE e EEGSA del 5 de mayo de 2008 (C-207).

⁴²⁵ Giacchino, párrafos 30-31 (CWS-4).

las líneas aéreas, lo que significa que el aumento de las líneas subterráneas habrá de generar su incremento correspondiente en el VNR⁴²⁶. Para construir la distribuidora modelo a efectos de calcular el VNR, en su estudio del 31 de marzo de 2008 Bates White trabajó sobre el presupuesto de que la empresa modelo “s[eguiría] prácticas estándares de ingeniería y cumpli[ría] con las normas de diseño y calidad vigentes en Guatemala”⁴²⁷. Como lo explica Giacchino, EEGSA también le había manifestado que ciertos municipios habían solicitado la instalación de líneas subterráneas y que la CNEE había coincidido en que EEGSA debería llevar adelante las obras⁴²⁸. Sin embargo, en la Resolución 63-2008 por la cual dio respuesta al estudio de Bates White del 31 de marzo, la CNEE modificó su postura en cuanto a las instalaciones subterráneas⁴²⁹. En consecuencia, en su estudio corregido del 5 de mayo de 2008, Bates White redujo ampliamente la cantidad de líneas subterráneas, contemplándolas únicamente en aquellos casos en que no había espacio suficiente para la instalación de líneas aéreas⁴³⁰. Como resultado de ello, en su estudio corregido Bates White determinó un VNR de USD 1,3 mil millones⁴³¹, lo que reflejó una baja de más de 23% o USD 395 millones respecto del VNR calculado en su estudio del 31 de marzo⁴³².

⁴²⁶ Ver, en general, Giacchino, párrafo 30 (CWS-4); ver también, en general, el Informe de la CP, páginas 73-74, Discrepancia C.3.f, Instalaciones Subterráneas (C-246).

⁴²⁷ Giacchino, párrafo 30 (CWS-4); Informe de Etapa C confeccionado por Bates White: Optimización de la Red de Distribución, del 31 de marzo de 2008, página 43, Cuadro 15 (C-181).

⁴²⁸ Giacchino, párrafo 30 (CWS-4).

⁴²⁹ *Ib.*; Resolución No. CNEE-63-2008 del 11 de abril de 2008, página 9 (C-193).

⁴³⁰ Giacchino, párrafo 31 (CWS-4); Informe de Etapa C confeccionado por Bates White: Optimización de la Red de Distribución, del 5 de mayo de 2008, páginas 73-76 (C-198).

⁴³¹ Giacchino, párrafos 29 (CWS-4); Informe de Etapa D confeccionado por Bates White: Anualidad de la Inversión, del 5 de mayo de 2008, página 34 (C-199); ver también Informe de Etapa G confeccionado por Bates White: Componentes de Costo del VAD y Cargos al Consumidor, del 5 de mayo de 2008, documento adjunto, VAD Model 28Abr08.xls, Resumen 2006 (C-202).

⁴³² Giacchino, párrafos 29 y 31 (donde se señala el VNR de aproximadamente USD 1,69 mil millones en el estudio del 31 de marzo de 2008) (CWS-4); Informe de Etapa D confeccionado por Bates White: Anualidad de la Inversión, del 31 de marzo de 2008, página 24 (C-182); ver también Informe de Etapa G confeccionado por Bates White: Componentes de Costo del VAD y Cargos al Consumidor, del 31 de marzo de 2008, documento adjunto, VAD Model 29Mar08.xls, Resumen 2006 (C-185).

4. Tras solicitar la constitución de una Comisión Pericial, Guatemala emprendió la manipulación del proceso en ventaja propia

123. El 13 de mayo de 2008, la CNEE le envió un mensaje de correo electrónico a EEGSA en el que indicaba que sería necesario que las partes constituyeran una Comisión Pericial formada por tres integrantes, de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 75 de la LGE⁴³³. Como se explica a continuación, durante las negociaciones que siguieron en torno de la constitución de la Comisión Pericial, tanto mediante la CNEE como por medio del MEM, Guatemala se dispuso a manipular el proceso en ventaja propia: primero, al intentar someter a la Comisión Pericial supuestas discrepancias sobre cuestiones que no había planteado en sus observaciones previas; segundo, al intentar arrogarse la facultad de designar a dos de los tres integrantes de la Comisión Pericial; y tercero, al intentar conferirse a sí misma (en lugar de a la Comisión Pericial) la atribución de determinar si Bates White había incorporado a su estudio los pronunciamientos de la Comisión Pericial.

124. A solicitud de la CNEE, representantes de EEGSA y de dicho organismo se reunieron el día 14 de mayo de 2008 a efectos de discutir la constitución de la Comisión Pericial, y la CNEE propuso un marco general para el funcionamiento de dicha Comisión⁴³⁴. Dos días después, el 16 de mayo, la CNEE notificó a EEGSA la Resolución 96-2008, en la que la CNEE alegaba que el estudio corregido de Bates White “omiti[ó] la corrección de la totalidad de las observaciones” formuladas en la Resolución 63-2008 de la CNEE, de fecha 11 de abril de 2008⁴³⁵. Así pues, la CNEE resolvió “que se conforme la Comisión Pericial a la que se refiere el

⁴³³ Calleja, párrafo 32 (CWS-3); Mensaje de correo electrónico enviado por M. Quijivix (CNEE) a M. Calleja (EEGSA) el 13 de mayo de 2008 a las 0:34 hs. GMT (C-208).

⁴³⁴ Calleja, párrafo 32 (CWS-3); Correo electrónico de M. Quijivix (CNEE) a M. Calleja (EEGSA) del 15 de mayo de 2008 a las 0:22 hs. GMT (donde se propone el marco para las reglas) (C-210); *ver también* Mensaje de correo electrónico enviado por M. Quijivix (CNEE) a M. Calleja (EEGSA) el 13 de mayo de 2008 a las 0:34 hs. GMT (donde se solicita una reunión para el 14 de mayo) (C-208).

⁴³⁵ Resolución No. CNEE-96-2008 del 15 de mayo de 2008, página 3 (C-209); *ver también* Maté, párrafo 28 (CWS-6); Calleja, párrafo 29 (CWS-3).

artículo 75 de la [LGE], la cual, deberá pronunciarse sobre las discrepancias” entre el estudio corregido y las observaciones plasmadas en la Resolución 63-2008.⁴³⁶

125. El listado de supuestas discrepancias que la CNEE incluyó en la Resolución 96-2008 constituía una exageración. Como se expuso precedentemente y se señala en el dictamen jurídico del profesor Alegría, el artículo 98 del RLGE contempla el siguiente procedimiento: la consultora debe presentar su estudio cuatro meses antes de la fecha de vencimiento de las tarifas vigentes; la CNEE debe formular sus observaciones sobre el estudio en un plazo de dos meses; la consultora debe analizar esas observaciones y corregir el estudio dentro de 15 días; y la Comisión Pericial debe resolver cualquier discrepancia que “persista”⁴³⁷. Así, con arreglo al artículo 98 del RLGE, la Comisión Pericial debe resolver las discrepancias generadas por la decisión de la consultora de rechazar una o más de las observaciones efectuadas a su estudio por la CNEE⁴³⁸. No obstante, la Comisión Pericial no está encargada de resolver cuestiones que la CNEE no haya planteado previamente ya que, como lo advierte el profesor Alegría, esas cuestiones no serían discrepancias que “persistan” en el sentido del artículo 98⁴³⁹.

126. La Resolución 96-2008 de la CNEE infringió este procedimiento. Como lo refleja la resolución en cuestión y como se expuso precedentemente, Bates White presentó su estudio el 31 de marzo de 2008, la CNEE formuló sus observaciones el 11 de abril de 2008 y Bates White entregó el estudio corregido el 5 de mayo de 2008⁴⁴⁰. De conformidad con el artículo 98 del RLGE, el mandato de la Comisión Pericial debería haber quedado limitado a resolver las discrepancias resultantes del rechazo, por parte de Bates White, de las observaciones formuladas por la CNEE el 11 de abril. Sin embargo, la Resolución 96-2008 no reflejaba esta

⁴³⁶ Resolución No. CNEE-96-2008, del 15 de mayo de 2008, Art. I (C-209); *ver también* Maté, párrafo 28(CWS-6); Calleja, párrafo 33 (CWS-3); Giacchino, párrafo 32 (CWS-4).

⁴³⁷ Alegría, párrafo 30 (CER-1); *ver también* Acuerdo Gubernativo 68-2007 del 2 de marzo de 2007, Art. 21 (por el cual se modifica el Art. 98 del RLGE) (C-104).

⁴³⁸ Alegría, párrafo 30 y nota 87 (CER-1).

⁴³⁹ *Ib.*

⁴⁴⁰ *Ver* Resolución No. CNEE-96-2008 del 15 de mayo de 2008, página 3 (C-209); *ver también* Calleja, párrafo 37 (CWS-3); Nota de EEGSA a la CNEE, No. GG-045-2008, del 31 de marzo de 2008 (C-178); Resolución CNEE 63-2008 del 11 de abril de 2008 (C-193); Nota de Bates White a la CNEE y EEGSA, del 5 de mayo de 2008 (adjuntando informes finales corregidos de Etapas A a I e I.2) (C-207).

limitación. Por el contrario, como lo explica Calleja, “[m]ás que concentrar su atención en las observaciones que Bates White no aceptó, como lo exigía el artículo 98 . . . la CNEE incluyó cuestiones completamente nuevas que jamás había planteado frente a EEGSA o a Bates White”⁴⁴¹. En violación del procedimiento establecido, la CNEE buscó entonces asegurarse la ventaja significativa que importaba hacer que la Comisión Pericial resolviera discrepancias que Bates White no había tenido oportunidad de abordar⁴⁴².

127. Durante las discusiones iniciales, EEGSA y la CNEE acordaron que los dos integrantes de la Comisión Pericial designados por las partes debían conocer previamente el estudio tarifario y la controversia, como se acostumbra en el sector⁴⁴³. Como lo reconocieron las dos partes, se trataba de cuestiones complejas que la Comisión Pericial iba a tener que resolver en un marco temporal muy acotado⁴⁴⁴. Asimismo, si la CNEE se imponía respecto de cualquiera de las discrepancias, Bates White se vería obligada a corregir el estudio de modo tal de ajustarlo al pronunciamiento de la Comisión Pericial. Por consiguiente, Calleja le informó a Quijivix, el gerente de tarifas de la CNEE, que EEGSA designaría a Giacchino, de Bates White, y Quijivix manifestó que la CNEE designaría a un representante de una de sus consultoras, Mercados Energéticos o Sigla⁴⁴⁵. Según lo explica Calleja, “[a]l contar con dos integrantes designados por las partes que estuvieran familiarizados con el estudio y con la controversia suscitada entre ellas,

⁴⁴¹ Calleja, párrafo 36 (CWS-3); *ver también* Maté, párrafo 29 (donde se advierte que el listado de discrepancias incluido en la Resolución 96-2008 “incluía asuntos que la CNEE no había mencionado en sus comentarios del 11 de abril de 2008”) (CWS-6); Giacchino, párrafo 32 (donde se advierte que la Resolución 96-2008, además de reiterar las observaciones formuladas por la CNEE en la Resolución 63-2008 sin tomar en consideración las respuestas de Bates White, plantea nuevas objeciones) (CWS-4); *ver también, e.g.*, Resolución CNEE 96-2008 del 15 de mayo de 2008, página 5 (donde se objetan los valores utilizados para los Costos de Ingeniería, Imprevistos, Intereses Intercalares y Costos Administrativos) (C-209); *ib.*, página 11 (donde se objeta la inclusión de beneficios para los empleados de EEGSA).

⁴⁴² Maté, párrafo 29 (CWS-6); Calleja, párrafo 36 (CWS-3).

⁴⁴³ Calleja, párrafo 33 (CWS-3); *ver también* Maté párrafo 37 (CWS-6); Giacchino, párrafo 35 (donde se explica que, en su experiencia, “a aquellas personas que trabajan en el estudio tarifario frecuentemente se las nombra como integrantes de las comisiones periciales a las cuales se les encarga resolver las controversias entre el ente regulador y la institución regulada”) (CWS-4).

⁴⁴⁴ Calleja, párrafo 33 (CWS-3); Maté, párrafo 37 (CWS-6); Giacchino, párrafo 35 (CWS-4); *ver también* LGE, Art. 75 (donde se exige que el panel de peritos “se pronuncie sobre las discrepancias, en un plazo de 60 días contados desde su conformación”) (C-17).

⁴⁴⁵ Calleja, párrafo 33 (CWS-3); *ver también* Maté, párrafo 37 (CWS-6); Giacchino, párrafo 34 (CWS-4).

la Comisión Pericial estaría en situación de resolver la diferencia en el tiempo concedido por ley” y “[t]ambién permitiría al consultor elaborar el estudio definitivo incluso antes del 1 de agosto, aspecto muy demandado por la CNEE en aquel momento”⁴⁴⁶.

128. Luego, el 19 de mayo de 2008, EEGSA le envió a la CNEE un primer proyecto de reglas operativas propuestas para la Comisión Pericial⁴⁴⁷. Tal como lo refleja la propuesta de EEGSA y como lo confirma Calleja, EEGSA estuvo de acuerdo con varios principios importantes expuestos en el marco propuesto por la CNEE con fecha 15 de mayo⁴⁴⁸. Por ejemplo, EEGSA y la CNEE coincidieron en que la Comisión Pericial debería pronunciarse sobre cada discrepancia en particular y que ese pronunciamiento se decidiría por mayoría simple, y que el integrante que representara la minoría respecto de cualquier decisión podría presentar un voto disidente⁴⁴⁹. EEGSA y la CNEE también coincidieron en que Bates White efectuara las modificaciones necesarias al estudio de modo tal de asegurar que dicho estudio se ajustara a los pronunciamientos de la Comisión Pericial y que el estudio corregido se utilizara como base para las nuevas tarifas⁴⁵⁰.

129. No obstante, las partes no coincidieron en qué entidad (la Comisión Pericial o la CNEE) debía analizar las correcciones efectuadas por Bates White a efectos de determinar si se ajustaban a los pronunciamientos de la Comisión Pericial⁴⁵¹. La CNEE propuso que Bates White le presentara su estudio corregido a la CNEE y que fuera ésta quien determinara si Bates White había incorporado el pronunciamiento de la Comisión Pericial y, de ser así, aprobara el estudio

⁴⁴⁶ Calleja, párrafo 33 (CWS-3); *ver también* Maté, párrafo 37 (CWS-6).

⁴⁴⁷ Calleja, párrafo 33 (CWS-3); Reglas Propuestas por EEGSA para la Comisión Pericial, del 19 de mayo de 2008 (C-211).

⁴⁴⁸ *Ver* Calleja, párrafo 34 (CWS-3).

⁴⁴⁹ *Ib.*; *ver también* Reglas Propuestas por EEGSA para la Comisión Pericial, del 19 de mayo de 2008, reglas 12-13 (C-211); Reglas Operativas Propuestas, adjuntas al mensaje de correo electrónico enviado por M. Quijivix (CNEE) a M. Calleja (EEGSA) el 15 de mayo de 2008 a las 0:22 hs. GMT, “De las discrepancias” página 2 (C-210).

⁴⁵⁰ *Ver* Reglas Propuestas por EEGSA para la Comisión Pericial del 19 de mayo de 2008, regla 14 (C-211); Reglas Operativas Propuestas adjuntas al mensaje de correo electrónico enviado por M. Quijivix (CNEE) a M. Calleja (EEGSA) el 15 de mayo de 2008 a las 0:22 hs. GMT, “De la operación”, párrafo 3 (C-210).

⁴⁵¹ Calleja, párrafo 34 (CWS-3); Maté, párrafo 35 (CWS-6).

corregido⁴⁵². Así, la CNEE se dispuso a arrogarse la atribución de determinar si aprobar o rechazar el informe corregido de Bates White sin más revisión por parte de la Comisión Pericial. EEGSA no estuvo de acuerdo con la propuesta de la CNEE de arrogarse la atribución de efectuar esta revisión final ya que, como lo explica Calleja, la CNEE era parte, y no juez, en la diferencia⁴⁵³. Si la CNEE podía rechazar el estudio corregido de Bates White simplemente por manifestar que esta firma no se había ajustado a los pronunciamientos de la Comisión Pericial, existiría una posibilidad de abusos que, podría frustrar el fin que persigue el hacer que la Comisión Pericial resuelva sobre las discrepancias⁴⁵⁴. Para evitar esta posibilidad, EEGSA sostuvo que únicamente la Comisión Pericial podía efectuar la determinación final en cuanto a que Bates White hubiera corregido su estudio de conformidad con los pronunciamientos de la Comisión Pericial⁴⁵⁵. Así, EEGSA propuso que “la Comisión Pericial comprobará y aprobará que dichas modificaciones han sido realizadas conforme lo resuelto por la Propia Comisión Pericial respecto a la observación y discrepancia específica resuelta”⁴⁵⁶.

130. Tras una reunión entre EEGSA y la CNEE el 21 de mayo de 2008, la CNEE le envió a dicha distribuidora otro proyecto de reglas operativas propuestas para la Comisión Pericial y una vez más la CNEE propuso que Bates White le presentara las correcciones que incorporaran los pronunciamientos de la Comisión Pericial “a la CNEE para su revisión y aprobación”⁴⁵⁷. Como lo explica Calleja, “la insistencia de la CNEE con quedarse con la última palabra sobre este particular era un fuerte indicativo de que la CNEE intentaba dar con una forma de rechazar el estudio reformulado si la Comisión Pericial se pronunciaba a favor de Bates White

⁴⁵² Reglas Operativas Propuestas adjuntas al mensaje de correo electrónico enviado por M. Quijivix (CNEE) a M. Calleja (EEGSA) el 15 de mayo de 2008 a las 0:22 GMT, “De la operación” párrafo 3 (C-210).

⁴⁵³ Calleja, párrafo 34 (CWS-3); *ver también* Maté, párrafo 35(CWS-6).

⁴⁵⁴ *Ver* Calleja, párrafo 34 (CWS-3); Maté párrafo 36 (CWS-6).

⁴⁵⁵ *Ib.*; Maté, párrafo 35 (CWS-6).

⁴⁵⁶ Reglas Propuestas por EEGSA para la Comisión Pericial del 19 de mayo de 2008, regla 14 (C-211); *ver también* Maté, párrafo 35 (CWS-6); Calleja, párrafo 34 (CWS-3).

⁴⁵⁷ Reglas de Operación Propuestas para el Funcionamiento de la Comisión Pericial, regla 13 (énfasis añadido), adjuntas al mensaje de correo electrónico enviado por M. Quijivix (CNEE) a M. Calleja (EEGSA) el 21 de mayo de 2008 a las 22:25 hs. GMT (C-213); *ver también* Calleja, párrafo 35 (CWS-3).

y en contra de la CNEE”⁴⁵⁸. Por ende, EEGSA se opuso a la propuesta de la CNEE y se mantuvo firme en cuanto a que solamente la Comisión Pericial podía determinar si el estudio corregido de Bates White se ajustaba a cada pronunciamiento de la Comisión Pericial⁴⁵⁹.

131. Mediante la misiva del 23 de mayo de 2008, EEGSA también se opuso al alcance de la Resolución 96-2008 dado que, como se expuso precedentemente, entre las discrepancias que allí se enumeraban constaban cuestiones que la CNEE no había planteado en sus comentarios y que, por consiguiente, no habían sido abordadas por Bates White⁴⁶⁰. Por lo tanto, EEGSA se opuso a la incorporación “unilateral y arbitraria”, efectuada por la CNEE, de puntos “que no fueron objetados en su oportunidad, convirtiéndolos en ‘discrepancias’ por [la] sola voluntad [de la CNEE] y sin darle a [Bates White] la posibilidad de pronunciarse sobre las mismas”⁴⁶¹. Como no existía “un remedio adecuado, eficaz y oportuno a nivel local que permita corregir, en un plazo razonable, las graves irregularidades señaladas”⁴⁶², a la vez que mantuvo su objeción, EEGSA le solicitó a Bates White a analizar las nuevas discrepancias, con el mayor costo que ello le significaba, de modo tal de asegurarse de que la revisión tarifaria siguiera el cronograma establecido y de que quedara registro del análisis de Bates White para el caso de que se terminara constituyendo una Comisión Pericial para pronunciarse sobre esas cuestiones⁴⁶³. EEGSA adjuntó las respuestas de Bates White a estas discrepancias a su nota del 23 de mayo⁴⁶⁴.

132. También el 23 de mayo, EEGSA y la CNEE volvieron a reunirse y se pusieron de acuerdo sobre nueve reglas operativas para proponerlas a la Comisión Pericial, así como también

⁴⁵⁸ Calleja, párrafo 35 (CWS-3).

⁴⁵⁹ *Ib.*

⁴⁶⁰ *Ib.* párrafo 36 (CWS-3); Maté, párrafo 29 (CWS-3); Nota de EEGSA a la CNEE, No. GG-064-2008, del 23 de mayo de 2008 (C-215).

⁴⁶¹ Nota de EEGSA a la CNEE, No. GG-064-2008, del 23 de mayo de 2008, página 1 (C-215); *ver también* Maté, párrafo 29 (CWS-6); Calleja, párrafo 36 (CWS-3).

⁴⁶² Nota de EEGSA a la CNEE, No. GG-064-2008, del 23 de mayo de 2008, página 1 (C-215).

⁴⁶³ Calleja, párrafo 36 (CWS-3); Maté, párrafo 29 (CWS-6); Giacchino, párrafo 32 (CWS-4).

⁴⁶⁴ Nota de EEGSA a la CNEE, No. GG-064-2008, del 23 de mayo de 2008, páginas 3 (a la que se adjuntan las observaciones de la consultora, que, “desde el punto de vista técnico, desvirtúan las objeciones de la CNEE recién enumeradas”) (C-215); *ver también* Calleja, párrafo 36 (CWS-3); Maté, párrafo 29 (CWS-6); Giacchino, párrafo 32 (CWS-4).

sobre las reglas atinentes a la integración de la Comisión Pericial⁴⁶⁵. Más tarde ese mismo día, Quijivix, de la CNEE, hizo circular dichas reglas por correo electrónico, con partes resaltadas en amarillo y comentarios incorporados para identificar que se mantenían las diferencias sobre otras tres reglas operativas propuestas, a saber, las reglas 8, 9 y 12⁴⁶⁶. La primera regla controvertida disponía que la Comisión Pericial “emitirá su pronunciamiento de acuerdo al Marco Legal Vigente guatemalteco”⁴⁶⁷. Como lo explican Calleja y Maté, si bien EEGSA naturalmente estaba de acuerdo con este principio, temía que la CNEE intentara respaldar sus observaciones generalizadas con nuevas pruebas y argumentos a los que Bates White no había tenido oportunidad de responder⁴⁶⁸. Como lo indica el comentario incorporado a la regla 8, EEGSA propuso entonces que la Comisión Pericial también fundara su decisión en “la documentación intercambiada durante el proceso” y que “[c]ualquier información adicional deberá ser consensuada por los tres árbitros”⁴⁶⁹. La siguiente regla controvertida disponía que el pronunciamiento de la Comisión Pericial “será redactado para cada una de las discrepancias planteada en la Resolución CNEE-96-2008”⁴⁷⁰. Como lo refleja el comentario incorporado a la regla 9, EEGSA estuvo de acuerdo en que la Comisión Pericial pudiera abordar cada una de esas discrepancias, incluidas las que no se hubieran planteado de manera oportuna, siempre que también considerara las respuestas a ellas formuladas por EEGSA y Bates White, que EEGSA ya había presentado ese mismo día⁴⁷¹. La tercera regla controvertida se refería a qué entidad

⁴⁶⁵ Calleja, párrafo 37 (CWS-3); *ver también* Maté, párrafo 31 (CWS-6).

⁴⁶⁶ Calleja, párrafo 37 (CWS-3); Correo electrónico de M. Quijivix (CNEE) a M. Calleja (EEGSA) del 23 de mayo de 2008 a las 19:59 hs. GMT (C-214).

⁴⁶⁷ Reglas de Operación Propuestas para el Funcionamiento de la Comisión Pericial, regla 8, adjuntas al mensaje de correo electrónico enviado por M. Quijivix (CNEE) a M. Calleja (EEGSA) el 23 de mayo de 2008 a las 19:59 hs. GMT (C-214); Calleja, párrafo 37 (CWS-3).

⁴⁶⁸ Calleja, párrafo 37 (CWS-3); Maté, párrafo 33 (CWS-6).

⁴⁶⁹ Reglas de Operación Propuestas para el Funcionamiento de la Comisión Pericial, regla 8, adjuntas al mensaje de correo electrónico enviado por M. Quijivix (CNEE) a M. Calleja (EEGSA) el 23 de mayo de 2008 a las 19:59 hs. GMT (C-214); *ver también* Maté, párrafo 33 (CWS-6); Calleja, párrafo 37 (CWS-3).

⁴⁷⁰ Reglas de Operación Propuestas para el Funcionamiento de la Comisión Pericial, regla 9, adjuntas al mensaje de correo electrónico enviado por M. Quijivix (CNEE) a M. Calleja (EEGSA) el 23 de mayo de 2008 a las 19:59 hs. GMT (C-214); *ver también* Maté, párrafo 32 (CWS-6); Calleja, párrafo 37 (CWS-3).

⁴⁷¹ Reglas de Operación Propuestas para el Funcionamiento de la Comisión Pericial, regla 9, adjuntas al mensaje de correo electrónico enviado por M. Quijivix (CNEE) a M. Calleja (EEGSA) el 23 de mayo de 2008 a las 19:59 GMT (C-214); Maté, párrafo 32 (CWS-6); Calleja, párrafo 37 (CWS-3).

determinaría si el estudio corregido de Bates White se ajustaba a los pronunciamientos de la Comisión Pericial⁴⁷². El resultado de la regla 12 refleja la insistencia de EEGSA de que Bates White presentara el estudio corregido, que reflejara los pronunciamientos de la Comisión Pericial, “a la CP [Comisión Pericial] para su revisión y aprobación”, en lugar de presentarlo a la CNEE, como seguía proponiendo dicha entidad⁴⁷³.

133. Mientras estos asuntos seguían sin resolverse, Guatemala continuaba con sus esfuerzos por manipular el proceso para asegurar un resultado favorable al publicar el Acuerdo Gubernativo No. 145-2008 del 19 de mayo de 2008, por la cual incorporó el artículo 98 bis al RLGE⁴⁷⁴. Como lo explica el profesor Alegría, “el Artículo 98 bis se apartó también en cuanto a otro aspecto esencial de la LGE”, esta vez al subvertir el requisito previsto en el artículo 75 de la LGE por el cual el tercer integrante de la Comisión Pericial debe ser designado por las partes “de común acuerdo”⁴⁷⁵. En cambio, el artículo 98 bis exigía que las partes constituyeran la Comisión Pericial “dentro de los tres días siguientes de notificadas las discrepancias a las que se refiere el artículo 75”⁴⁷⁶ y además disponía que, “[s]i vencido el plazo de tres días para la selección del tercer integrante no existiere acuerdo entre las partes”, la CNEE elevaría el expediente correspondiente a cada candidato propuesto “al Ministerio para que seleccione en forma definitiva . . . al tercer integrante de la Comisión Pericial, de entre los candidatos propuestos”⁴⁷⁷. Así, de conformidad con la nueva modificación, si la CNEE simplemente se negaba a llegar a un acuerdo con EEGSA respecto del tercer integrante de la Comisión Pericial, como se lo exigía el

⁴⁷² Reglas de Operación Propuestas para el Funcionamiento de la Comisión Pericial, regla 12, adjuntas al mensaje de correo electrónico enviado por M. Quijivix (CNEE) a M. Calleja (EEGSA) el 23 de mayo de 2008 a las 19:59 GMT (C-214); *ver también* Maté, párrafo 35 (CWS-6); Calleja, párrafo 37 (CWS-3).

⁴⁷³ Reglas de Operación Propuestas para el Funcionamiento de la Comisión Pericial, regla 12, adjuntas al mensaje de correo electrónico enviado por M. Quijivix (CNEE) a M. Calleja (EEGSA) el 23 de mayo de 2008 a las 19:59 GMT (C-214); *ver también* Calleja, párrafo 37 (CWS-3).

⁴⁷⁴ Acuerdo Gubernativo 145-2008 del 19 de mayo de 2008, Art. 1 (por el cual se incorpora el Art. 98 bis al RLGE) (C-212); *ver también* Alegría, párrafos 49-55 (CER-1); Calleja, párrafo 38 (CWS-3); Maté, párrafo 38 (CWS-6). Aunque este acuerdo tiene fecha de 19 de mayo de 2008, no fue publicado hasta el 26 de mayo de 2008.

⁴⁷⁵ Alegría, párrafo 53 (CER-1); *ver también ib.* párrafos 54-57; LGE, Art. 75 (C-17).

⁴⁷⁶ Acuerdo Gubernativo 145-2008 del 19 de mayo de 2008, Art. 1 (C-212).

⁴⁷⁷ *Ib.*

artículo 75 de la LGE, el Gobierno podía designar al tercer integrante de entre los candidatos propuestos por la CNEE⁴⁷⁸.

134. Como lo explica el profesor Alegría, bajo ninguna circunstancia la LGE autoriza al MEM ni a ningún otro actor a designar por sí al tercer integrante de la Comisión Pericial sino que, más bien, dispone de manera inequívoca que las partes deben efectuar dicha designación de común acuerdo⁴⁷⁹. Professor Alegría nota que, mientras el artículo 75 de la LGE aseguraba la “objetividad e imparcialidad entre las partes”, el artículo 98 bis “autoriz[ó] en forma indebida al Gobierno a designar a dos de los tres integrantes de la comisión pericial”; específicamente, la CNEE podía “rechazar los candidatos propuestos por el distribuidor, dejar pasar tres días y esperar a que entonces el MEM designe como tercer integrante a uno de los candidatos propuestos por la CNEE”⁴⁸⁰. Así pues, el artículo 98 bis “alter[ó] el equilibrio a favor del Gobierno” y “distorsion[ó] lo dispuesto por el Artículo 75 de la LGE” al establecer un procedimiento que, según explica el Profesor, “estaría privando a la comisión pericial de su independencia y . . . frustraría el objetivo primordial de la LGE, que es asegurar que ni el regulador ni el distribuidor tengan el derecho de imponer al otro su propia voluntad, sino que, por el contrario, las discrepancias sean resueltas en un proceso despolitizado por un panel conformado por tres integrantes sobre la base de consideraciones económicas, técnicas y objetivas”⁴⁸¹.

135. Además de violar los términos expresos de la LGE y, por lo tanto, ser ilícito, EEGSA sostuvo que el artículo 98 bis no podía, según EEGSA, aplicarse en este caso. Como se señaló anteriormente, la CNEE notificó sus discrepancias a EEGSA el día 15 de mayo de 2008⁴⁸² y el artículo 98 bis les confería a las partes solamente tres días desde esa fecha para ponerse de

⁴⁷⁸ Ver Alegría, párrafos 53 y 55 (CER-1); Calleja, párrafo 35 (CWS-3); ver también Maté párrafo 38 (CWS-6).

⁴⁷⁹ Alegría, párrafo 53 (CER-1).

⁴⁸⁰ *Ib.*, párrafo 55.

⁴⁸¹ *Ib.*

⁴⁸² Ver Calleja, párrafos 33 (CWS-3); Maté, párrafo 28 (CWS-6); Resolución No. CNEE-96-2008 del 15 de mayo de 2008 (C-209).

acuerdo sobre el tercer integrante de la Comisión Pericial⁴⁸³. Si hubiera resultado aplicable el artículo 98 bis, EEGSA y la CNEE habrían tenido entonces solamente hasta el 19 de mayo para lograr un acuerdo sobre el tercer integrante⁴⁸⁴. Sin embargo, como lo advierte Calleja, el artículo 98 bis no se publicó sino hasta el 26 de mayo, y su entrada en vigencia no debía producirse sino el 27 de mayo, motivo por el cual los plazos previstos en el artículo 98 habían transcurrido para el momento en que dicha disposición debía entrar en vigencia⁴⁸⁵. Así se lo explicó EEGSA a la CNEE y dejó en claro que si la CNEE intentaba invocar el artículo 98 bis a efectos de designar al tercer integrante de la Comisión Pericial, EEGSA impugnaría judicialmente esa atribución⁴⁸⁶. Según recuerda Calleja, “[f]inalmente la CNEE reconoció que en nuestro caso era imposible aplicar el artículo 98 *bis* y decidió continuar con el procedimiento que había estado establecido hasta ese momento por lo que logramos evitar la intervención en la constitución de la Comisión Pericial por parte del Gobierno”⁴⁸⁷.

136. Con anterioridad a la reunión del 28 de mayo de 2008 con la CNEE, Calleja le informó a Quijivix que EEGSA había examinado los candidatos propuestos por la CNEE para desempeñarse como tercer integrante de la Comisión Pericial y advertido que uno de esos candidatos, Alejandro Sruoga, había trabajado para Carlos Bastos, ex secretario de Energía de Argentina⁴⁸⁸. Calleja le comunicó a Quijivix que Bastos era una persona de mucho prestigio en Argentina y que EEGSA tenía muy buena opinión de él a partir de un pequeño proyecto que había llevado adelante para la empresa ese mismo año⁴⁸⁹.

⁴⁸³ Acuerdo Gubernativo 145-2008 del 19 de mayo de 2008, Art. 1 (C-212); *ver también* Calleja, párrafo 38 (CWS-3).

⁴⁸⁴ Calleja, párrafo 38 (CWS-3).

⁴⁸⁵ *Ib.* (donde se describe el artículo 98 bis como “modificación de reglas a mitad del partido”).

⁴⁸⁶ *Ib.*

⁴⁸⁷ *Ib.*

⁴⁸⁸ *Ib.*, párrafo 39; Maté, párrafo 39 (CWS-6); *ver también* Currículum Vitae de Alejandro Valerio Sruoga, adjunto al mensaje de correo electrónico enviado por M. Quijivix (CNEE) a M. Calleja (EEGSA) el 27 de mayo de 2008 a las 9:37:11 hs. GMT (C-216).

⁴⁸⁹ Calleja, párrafo 39 (CWS-3).

137. En la reunión del 28 de mayo, las partes discutieron las tres reglas operativas sobre las que no se había alcanzado un acuerdo⁴⁹⁰. La CNEE aceptó las propuestas efectuadas por EEGSA y reflejadas en los comentarios incorporados a las reglas 8 y 9, con modificaciones menores, y las partes pasaron luego a discutir si sería la Comisión Pericial o la CNEE quien revisara y aprobara el estudio corregido de Bates White⁴⁹¹. Como recuerda el Sr. Calleja, la conversación fue intensa y se extendió bastante tiempo⁴⁹². En un momento, los directores de la CNEE se retiraron a consultar con los abogados de la entidad y, después de más de media hora de deliberar en privado, regresaron para comunicarle a EEGSA que la CNEE aceptaba que fuera la Comisión Pericial quien revisara el estudio de Bates White a efectos de determinar si se ajustaba a los pronunciamientos de dicha Comisión⁴⁹³. En su función de secretario, Quijivix procedió a eliminar los resaltados y comentarios del documento Word en su computadora y les envió a Calleja y Maté como archivo adjunto por correo electrónico las reglas operativas convenidas y las reglas convenidas respecto de la integración de la Comisión Pericial⁴⁹⁴. Calleja de inmediato le reenvió el mensaje de correo electrónico a Perez, el presidente de EEGSA, y a un representante del Consejo de Administración de EEGSA, así como también, por separado, a Giacchino, con una nota que indicaba que las partes habían llegado a un “[a]uerdo de procedimiento sobre el funcionamiento de la Comisión Pericial”⁴⁹⁵.

138. Tras ponerse de acuerdo sobre las reglas operativas, EEGSA y la CNEE pasaron a discutir el tercer integrante de la Comisión Pericial⁴⁹⁶. En la reunión del 28 de mayo, el Sr.

⁴⁹⁰ *Ib.*, párrafo 40; *ver también* Maté, párrafo 31 (CWS-6).

⁴⁹¹ Calleja, párrafo 40 (CWS-3).

⁴⁹² *Ib.*

⁴⁹³ *Ib.*; Maté, párrafo 35 (CWS-6).

⁴⁹⁴ Calleja, párrafo 40 (CWS-3); Mensaje de correo electrónico enviado por M. Quijivix (CNEE) a L. Maté Sánchez y M. Calleja (EEGSA) el 28 de mayo de 2008 a las 11:21 hs. GMT (C-217).

⁴⁹⁵ Mensaje de correo electrónico enviado por M. Calleja a G. Perez y A. Martinez cc: M. Calleja y L. Maté Sánchez el 28 de mayo de 2008 a las 20:15 hs. GMT (C-217); Mensaje de correo electrónico enviado por M. Calleja a L. Giacchino el 28 de mayo de 2008 (C-218); *ver también* Calleja, párrafo 40 (CWS-3); Giacchino, párrafo 36 (CWS-4).

⁴⁹⁶ Calleja, párrafo 40 (donde advierte que él “nunca hubiese acordado el tercer perito sin saber si sería la Comisión Pericial o la CNEE quien habría de confirmar que los cambios al estudio habían sido realizados conforme lo dictado por ella misma”) (CWS-3); *ver también* Maté, párrafo 38 (CWS-6).

Colom, presidente de la CNEE, propuso contratar a Bastos, de Argentina⁴⁹⁷. Maté se retiró para consultar telefónicamente con Perez y regresó poco tiempo después para comunicarle a la CNEE que EEGSA estaba de acuerdo con la propuesta de la CNEE⁴⁹⁸. Calleja luego les informó a los directores de la CNEE, como se lo había informado anteriormente a Quijivix, que Bastos había llevado adelante un pequeño proyecto para EEGSA relativo al Mercado Mayorista de Electricidad por el que se le pagó la suma de USD 18.000⁴⁹⁹. Los directores de la CNEE manifestaron estar al tanto de la tarea realizada por Bastos y expresaron que no representaba problema alguno⁵⁰⁰.

139. Más adelante en el mes de mayo, Alejandro Arnau, de la consultora de la CNEE Mercados Energéticos, se comunicó con Bastos a efectos de explicarle que EEGSA y la CNEE iban a constituir una Comisión Pericial para resolver ciertas diferencias relativas al estudio tarifario presentado por Bates White, la consultora de EEGSA⁵⁰¹. Arnau manifestó que tanto la CNEE como EEGSA habían designado a un integrante cada una y habían conversado la designación conjunta de Bastos para desempeñarse como tercer integrante, si es que le interesaba⁵⁰². Bastos confirmó su interés y le informó a Arnau sus contactos anteriores con ambas partes, a lo cual Arnau expresó que ello no debería representar un problema⁵⁰³. Luego

⁴⁹⁷ Calleja, párrafo 41 (CWS-3); *ver también* Maté, párrafo 39 (CWS-6).

⁴⁹⁸ Calleja, párrafo 41 (CWS-3).

⁴⁹⁹ *Ib.*

⁵⁰⁰ *Ib.*, Maté, párrafo 39 (CWS-6). Al pedido de la CNEE, EEGSA le entregó a dicha entidad una copia del informe confeccionado por Bastos para EEGSA, así como también sus facturas. *Ver* Calleja, párrafo 41 (CWS-3); Maté, párrafo 39 (CWS-6); Mensaje de correo electrónico enviado por M. Calleja (EEGSA) a E. Moller (CNEE) del 16 de junio de 2008 a las 19:54 hs. GMT (C-233), adjuntando Carlos Bastos, *Análisis de Aplicación del Mecanismo de Oferta al Mercado Mayorista Eléctrico de Guatemala* de enero de 2008 (C-151).

⁵⁰¹ Bastos, párrafo 5 (CWS-1).

⁵⁰² *Ib.*

⁵⁰³ *Ib.*, párrafo 6. Específicamente, Bastos le explicó a Arnau que había presentado sus antecedentes y documentación a la CNEE para precalificar, junto con un grupo de profesionales argentinos, como consultora a los efectos de la revisión tarifaria del VAD para el período 2003-2008 y que, respecto de EEGSA, recientemente había confeccionado un informe en el que analizaba el mercado mayorista eléctrico guatemalteco y lo comparaba con los mercados europeos. Arnau expresó que no era probable que la labor realizada por Bastos para EEGSA representara un problema, ya que no guardaba relación con el VAD de dicha distribuidora. *Ver ib.*, párrafo 6 (CWS-1).

Arnau pasó a explicar las discrepancias en términos generales, así como el marco temporal para la resolución de la controversia, y Bastos confirmó su disponibilidad⁵⁰⁴. Así, Arnau le manifestó a Bastos que las partes lo contactarían conjuntamente y que él le haría llegar las reglas convenidas por ellas⁵⁰⁵.

140. El 2 de junio de 2008, Calleja le reenvió a Bastos las reglas convenidas de la reunión del 28 de mayo, y puso al tanto de ello a Quijivix, de la CNEE, tal como lo había solicitado dicha entidad⁵⁰⁶. Tres días después, el 5 de junio, los Sres. Quijivix, Calleja y Bastos realizaron una teleconferencia durante la cual la CNEE y EEGSA propusieron formalmente la designación de Bastos para desempeñarse como tercer integrante y líder de la Comisión Pericial⁵⁰⁷. Durante ese llamado, Quijivix y Calleja le confirmaron a Bastos que la labor que había desarrollado anteriormente para EEGSA no representaba conflicto alguno, ya que no guardaba relación directa con las operaciones de EEGSA y de ninguna manera se relacionaba con el cálculo del VAD⁵⁰⁸. Quijivix y Calleja repasaron con Bastos, una por vez, cada una de las reglas operativas convenidas, y desatacaron la necesidad de que la Comisión Pericial emitiera su informe a mediados de julio, de modo tal que Bates White contara con tiempo suficiente para incorporar los pronunciamientos de la Comisión Pericial al estudio corregido, ya que los nuevos cuadros tarifarios se publicarían el 1 de agosto de 2008⁵⁰⁹. El llamado finalizó con el pedido de Bastos de estudiar las reglas operativas convenidas y presentar su propuesta económica por los servicios que prestaría, incluidos los costos del personal de su equipo⁵¹⁰.

⁵⁰⁴ *Ib.*, párrafo 7.

⁵⁰⁵ *Ib.*, párrafos 5 y 7.

⁵⁰⁶ Calleja, párrafo 42 (CWS-3); Bastos, párrafo 8 (CWS-1); Maté, párrafo 41 (CWS-6); Mensaje de correo electrónico enviado por M. Calleja (EEGSA) a C. Bastos el 2 de junio de 2008 (C-220).

⁵⁰⁷ Bastos, párrafo 8 (CWS-1); Calleja, párrafo 42 (CWS-3); *ver también* Correo electrónico de M. Quijivix (CNEE) a M. Calleja (EEGSA) del 5 de junio de 2008 a las 1:14 hs. GMT (por el cual programaba una reunión sobre “el tema de la conferencia telefónica con el Ing. Bastos”) (C-222).

⁵⁰⁸ Bastos, párrafo 10 (CWS-1).

⁵⁰⁹ *Ib.*, párrafo 9 (CWS-1); *ver también* Calleja, párrafo 42 (CWS-3).

⁵¹⁰ Bastos, párrafo 11 (CWS-1); *ver también* Calleja, párrafo 42 (CWS-3).

141. El 6 de junio de 2008, Bastos presentó su oferta económica, en la que solicitaba el pago de USD 100.000 “para desempeñarme como tercer perito de la Comisión Pericial constituida para resolver las discrepancias planteadas en la Resolución CNEE-96-2008 y las respuestas de EEGSA a la misma”⁵¹¹. Bastos confirmó en su oferta que su “desempeño estará sujeto a lo establecido en las Reglas de Arbitraje que me hicieran llegar oportunamente”⁵¹². Más tarde ese mismo día, Colom, presidente de la CNEE, y Maté, director general de EEGSA, pasaron ante notario su acuerdo formal de constituir una Comisión Pericial formada por el integrante designado por la CNEE, Jean Riubrugent, que era socio de la consultora de la CNEE Mercados Energéticos; el integrante designado por EEGSA, Giacchino, de Bates White; y Bastos, designado “de común acuerdo . . . como el tercer integrante de la Comisión Pericial”⁵¹³. Como lo refleja el acta notarial, la Comisión Pericial quedó así constituida “para que se pronuncie sobre las discrepancias con el Estudio del Valor Agregado de Distribución (VAD)”⁵¹⁴.

142. Posteriormente, la CNEE y EEGSA suscribieron cada una un contrato distinto con Bastos en el que cada una de las partes se comprometía al pago de la mitad de sus honorarios⁵¹⁵. Ambos contratos incorporaban expresamente la oferta económica de Bastos, que a su vez incorporaba las reglas operativas acordadas, y el contrato entre EEGSA y Bastos reproducía las reglas por las que se regiría la labor de la Comisión Pericial⁵¹⁶. Como se explicó

⁵¹¹ Nota de C. Bastos a EEGSA y la CNEE, del 6 de junio de 2008 (C-225); *ver también* Bastos, párrafo 11 (CWS-1); Calleja, párrafo 42 (CWS-3); Maté, párrafo 42 (CWS-6).

⁵¹² Nota de C. Bastos a EEGSA y la CNEE, del 6 de junio de 2008 (C-225).

⁵¹³ Acta notarial del 6 de junio de 2008, páginas 2-3, adjunta al mensaje de correo electrónico enviado por M. Quijivix (CNEE) a J. Riubrugent, L. Giacchino y C. Bastos cc: M. Calleja el 6 de junio de 2008 (C-223); *ver también* Maté, párrafo 42 (CWS-6); Calleja, párrafo 43 (CWS-3); Bastos, párrafo 12 (CWS-1).

⁵¹⁴ Acta notarial del 6 de junio de 2008, página 2, adjunta al mensaje de correo electrónico enviado por M. Quijivix (CNEE) a J. Riubrugent, L. Giacchino y C. Bastos cc: M. Calleja el 6 de junio de 2008 (C-223); *ver también* Maté, párrafo 42 (CWS-6); Calleja, párrafo 43 (CWS-3).

⁵¹⁵ Contrato entre EEGSA y Carlos Bastos, del 26 de junio de 2008, página 2 y 5 (C-238); *ver también* Bastos, párrafo 16 (CWS-1); Maté, párrafo 43 (CWS-6); Calleja, párrafo 44 (CWS-3). Inicialmente, la CNEE y EEGSA pensaban suscribir un contrato tripartito con Bastos. No obstante, en el momento de la celebración la CNEE solicitó la firma de contratos por separado. EEGSA no se opuso, y ambos contratos se suscribieron simultáneamente en las oficinas de la CNEE. *Ver* Maté, párrafo 44 (CWS-6); Calleja, nota al pie 96 (CWS-3).

⁵¹⁶ Contrato entre EEGSA y Carlos Bastos, del 26 de junio de 2008, páginas 2-3 (donde se enumeran las reglas que “fueron acordadas por EEGSA y la CNEE”) (C-238); Contrato entre la CNEE y Carlos Bastos, del 26 de junio 2008, página 9 (“Forman parte del contrato los documentos siguientes: . . . b) La oferta económica

precedentemente, entre otras cosas dichas reglas disponían que la Comisión Pericial debía emitir un informe final sobre cada discrepancia, que adoptaría sus decisiones por mayoría simple, que un integrante podía acompañar su voto disidente sobre cualquier pronunciamiento y que, al recibir de manos de EEGSA el informe de la Comisión Pericial, Bates White incorporaría “todos los cambios solicitados en el pronunciamiento de la CP [Comisión Pericial] y remitir[ía] la nueva versión a la CP para su revisión y aprobación”⁵¹⁷. Así, a pesar de los reiterados esfuerzos de Guatemala por manipular el proceso en ventaja propia, se designó a un experto neutral, independiente y altamente calificado para desempeñarse como tercer integrante de la Comisión Pericial, y las reglas acordadas disponían que Bates White corregiría su estudio a efectos de incorporar los pronunciamientos de dicha Comisión, y que ésta determinaría si el estudio corregido de Bates White se ajustaba a sus pronunciamientos.

5. La CNEE disolvió la Comisión Pericial unilateral e ilegalmente y estableció el nuevo pliego tarifario sobre la base de su propio estudio

143. Según se establece más adelante, si bien la CNEE y EEGSA crearon la Comisión Pericial para resolver sus disputas relacionadas con el VAD, la CNEE desestimó el marco legal y las Reglas Operativas acordadas para establecer el VAD que quería. En primer término, luego de que la Comisión Pericial concluyó sus deliberaciones, la CNEE realizó declaraciones públicas y anunció que la CNEE no cumpliría con un pronunciamiento desfavorable. Luego, después de que la Comisión Pericial decidió en contra de la CNEE con respecto a discrepancias clave, la CNEE disolvió unilateralmente la Comisión Pericial y amenazó a su propio perito designado para evitar que la Comisión Pericial examinara y aprobara el estudio tarifario revisado de Bates White. Finalmente, cuando la mayoría de la Comisión Pericial confirmó que Bates White había, de hecho, revisado su estudio de conformidad con el Informe de la Comisión Pericial, la CNEE

presentada por EL PERITO y aceptada por [la CNEE]”) (C-238); *ver también* Calleja, párrafo 44, nota al pie 97 (donde se señala que ciertas reglas convenidas respecto al funcionamiento interno de la Comisión Pericial, por ejemplo respecto del lugar de realización de las reuniones de la Comisión, no se reprodujeron en dicho instrumento) (CWS-3); Maté, párrafo 43 (CWS-6).

⁵¹⁷ Reglas de Operación Propuestas para el Funcionamiento de la Comisión Pericial, reglas 9-12, adjuntas al mensaje de correo electrónico enviado por M. Quijivix (CNEE) a L. Maté Sánchez y M. Calleja (EEGSA) el 28 de mayo de 2008 a las 11:21 hs. GMT (C-218); Contrato entre EEGSA y Carlos Bastos, del 26 de junio de 2008, página 3 (reglas 4-7) (C-238).

procedió, de todas formas, a publicar el nuevo pliego tarifario sobre la base de su propio estudio tarifario en violación de la ley y desestimando el pronunciamiento de la Comisión Pericial.

a. La Comisión Pericial comenzó su labor de conformidad con las Reglas Operativas Acordadas

144. Según lo explicado por el Sr. Bastos, poco después de constituirse la Comisión Pericial el 6 de junio de 2008, el Sr. Bastos organizó una reunión inicial vía videoconferencia de Skype con sus compañeros miembro sobre la Comisión Pericial.⁵¹⁸ Durante esta reunión inicial, los peritos discutieron cómo procederían para examinar y resolver las discrepancias que les habían sido presentadas por la CNEE y EEGSA para obtener una resolución.⁵¹⁹ Dado el tiempo limitado que existía para preparar el Informe de la Comisión Pericial, el Sr. Bastos propuso a los Sres. Riubrugent y Giacchino que describieran sus posiciones respecto de cada una de las discrepancias por escrito y se las enviaran por correo electrónico.⁵²⁰ Una vez que el Sr. Bastos contara con ambas posiciones sobre una discrepancia en particular, las haría circular y los peritos debatirían las cuestiones mediante una teleconferencia de Skype.⁵²¹ A la luz de sus discusiones, el Sr. Bastos haría circular la resolución que propuso para resolver la disputa, que luego sometería a votación.⁵²²

145. Tanto el Sr. Riubrugent como el Sr. Giacchino aceptaron el método de resolución de discrepancias propuesto por el Sr. Bastos.⁵²³ Dada la cantidad y complejidad de las discrepancias, así como el hecho de que Bates White tenía que presentar su estudio tarifario revisado con los cambios requeridos por las decisiones de la Comisión Pericial antes del 1 de agosto de 2008 para publicar el nuevo pliego tarifario, el Sr. Giacchino propuso que las discrepancias se resolvieran según el orden de importancia, discutiendo y decidiendo, en primer

⁵¹⁸ Bastos, párrafos 12-13 (CWS-1); Giacchino, párrafo 44 (CWS-4); Correo electrónico de C. Bastos a J. Riubrugent y L. Giacchino del 9 de junio de 2008 (C-227).

⁵¹⁹ Bastos, párrafo 14 (CWS-1); Giacchino, párrafo 44 (CWS-4).

⁵²⁰ Bastos, párrafo 14 (CWS-1); *ver también* Giacchino, párrafo 50 (CWS-4).

⁵²¹ Bastos, párrafo 14 (CWS-1); *ver también* Giacchino, párrafo 50 (CWS-4).

⁵²² Bastos, párrafo 14 (CWS-1); *ver también* Giacchino, párrafo 50 (CWS-4).

⁵²³ Bastos, párrafo 14 (CWS-1); *ver también* Giacchino, párrafo 50 (CWS-4).

lugar, las discrepancias más extensas.⁵²⁴ Los peritos acordaron que decidirían primero las discrepancias que podrían requerir mayores cambios en el estudio tarifario de Bates White.⁵²⁵ Además, acordaron que el Sr. Giacchino comunicaría a Bates White el pronunciamiento de la Comisión Pericial sobre cada discrepancia a medida que se dirimía.⁵²⁶ Según lo explican los Sres. Bastos y Giacchino, proceder de esta manera le permitiría a Bates White comenzar a revisar su estudio tarifario mientras que la Comisión Pericial completaba su labor y permitiría la publicación del nuevo pliego tarifario dentro del plazo.⁵²⁷

146. Poco después de discutir estos puntos, los peritos notificaron a la CNEE y EEGSA, mediante una carta con fecha 12 de junio de 2008, que habían asumido sus funciones como miembros de la Comisión Pericial:

[S]e les informa que los Señores, Jean Riubrugent, Leonardo Rodolfo Giacchino, y Carlos Manuel Bastos aceptan el cargo para el que han sido designados, y toman posesión del mismo, a fin de integrar la Comisión Pericial, la que se pronunciará sobre las discrepancias existentes entre la CNEE y EEGSA con el Estudio del Valor Agregado de Distribución de EEGSA, (en adelante, “el Estudio Tarifario”) contenidas en la Resolución CNEE 96-2008, así como sobre las respuestas de EEGSA y de su consultor a la misma.⁵²⁸

Los Sres. Riubrugent y Giacchino también hicieron circular hojas de cálculo con un orden propuesto para las discrepancias que debían decidirse de acuerdo con su grado de importancia.⁵²⁹ Según explica el Sr. Giacchino, éste pidió a sus colegas de Bates White que prepararan una estimación del tiempo que les llevaría revisar cada aspecto del estudio en el supuesto de que la

⁵²⁴ Giacchino, párrafo 39 (CWS-4); *ver también* Bastos, párrafo 14 (CWS-1).

⁵²⁵ Bastos, párrafo 14 (CWS-1); Giacchino, párrafo 46 (CWS-4).

⁵²⁶ Bastos, párrafo 14 (CWS-1); Giacchino, párrafo 46 (CWS-4).

⁵²⁷ Bastos, párrafo 14 (CWS-1); Giacchino, párrafo 46 (CWS-4).

⁵²⁸ Nota de J. Riubrugent, L. Giacchino, y C. Bastos a la CNEE y EEGSA del 12 de junio de 2008 (C-230).

⁵²⁹ Bastos, párrafo 15 (CWS-1); Giacchino, párrafo 45 (CWS-4); Correo electrónico de J. Riubrugent a L. Giacchino y C. Bastos del 12 de junio de 2008 (C-228); Correo electrónico de L. Giacchino a C. Bastos y J. Riubrugent del 12 de junio de 2008 (C-231).

Comisión Pericial decidiera a favor de la CNEE respecto de esa cuestión en particular.⁵³⁰ Luego, Bates White determinó qué discrepancias resultarían más útiles para resolver en primer término, dado el tiempo potencial con el que se contaba para realizar el cambio y el impacto en las demás partes del estudio.⁵³¹ Luego de recibir la propuesta del Sr. Riubrugent, el Sr. Giacchino relacionó las dos hojas de cálculo de modo tal de que los peritos pudieran identificar y discutir fácilmente las diferencias entre las dos propuestas, según lo solicitaba el Sr. Bastos.⁵³² La Comisión Pericial tuvo luego dos reuniones mediante teleconferencia de Skype el 13 y el 16 de junio de 2008 para examinar las discrepancias y determinar el orden en el que se discutirían y decidirían.⁵³³ Luego de estas teleconferencias, los peritos acordaron el orden en el que la Comisión Pericial decidiría las discrepancias.⁵³⁴ Según explica el Sr. Giacchino, los peritos agruparon las discrepancias en nueve categorías (que incluían Modelos y cada uno de los Informes de Etapa A-G e I),⁵³⁵ con un total de 69 discrepancias.⁵³⁶

147. Con respecto a la preparación del Informe de la Comisión Pericial, los peritos aceptaron que todos los procedimientos y formalidades se cumplirían debidamente.⁵³⁷ Como explica el Sr. Bastos, él reconoció que los Sres. Riubrugent y Giacchino habían estado

⁵³⁰ Giacchino, párrafo 39 (CWS-4).

⁵³¹ *Ib.* Según explica el Sr. Giacchino, él y sus colegas también determinaron “que parte del trabajo que se requeriría en caso de que la Comisión Pericial resolviera algunas cuestiones a favor de la CNEE sería demasiado voluminoso como para esperar a que la Comisión Pericial tomara esa resolución para comenzar. Por lo tanto, en vista de esas cuestiones, resolvimos que Bates White debería hacer algunos cálculos nuevamente por adelantado sobre la suposición de que la Comisión Pericial resolviera a favor de la CNEE con el fin de que los cálculos finales pudieran ser efectuados a tiempo independientemente del pronunciamiento final de la Comisión Pericial”. *Ib.*, párrafo 40.

⁵³² *Ib.*, párrafo 45; Cadena de correos electrónicos entre los miembros de la Comisión Pericial del 13 de junio de 2008 (C-232).

⁵³³ Giacchino, párrafo 46 (CWS-4).

⁵³⁴ *Ib.*, párrafo 47; Cadena de correos electrónicos entre los miembros de la Comisión Pericial del 23 de junio de 2008, páginas 1-2 (C-236).

⁵³⁵ Como indica el Sr. Giacchino, la CNEE no incluyó discrepancias relacionadas con el Informe de Etapa H en su Resolución No. CNEE-96-2008. *Ver* Giacchino, párrafo 48, nota 113 (CWS-4).

⁵³⁶ *Ib.*, párrafo 48.

⁵³⁷ Bastos, párrafo 17 (CWS-1).

involucrados previamente en el proceso de revisión tarifaria en carácter de Consultoras.⁵³⁸ Por ello, les recordó “el otro rol es el que tienen como peritos integrantes de la Comisión que les va a exigir un nuevo pronunciamiento acerca de cada uno de los puntos en discusión”.⁵³⁹ Como explica el Sr. Giacchino, luego de ser designado por EEGSA en la Comisión Pericial, se separó debidamente del equipo Bates White, a cargo de la revisión del estudio tarifario de Bates White, y estableció una base de datos electrónica independiente para su trabajo en la Comisión Pericial.⁵⁴⁰

148. Con respecto al formato del Informe, los peritos acordaron que el Informe se dividiría en dos secciones: una sección introductoria que explicaría los aspectos y criterios generales adoptados por la Comisión Pericial, y una segunda sección que establecería las decisiones de la Comisión Pericial respecto de cada una de las discrepancias en cuestión.⁵⁴¹ Además, cada perito tenía derecho a presentar una opinión disidente por escrito sobre cualquier discrepancia que se adjuntaría al Informe como apéndice si el perito disidente así lo solicitaba.⁵⁴²

149. Sin embargo, el problema con muchas de las observaciones de la CNEE era que éstas eran expresadas en términos muy generales.⁵⁴³ Según explica el Sr. Bastos, en muchas discrepancias, la CNEE simplemente había indicado que Bates White se había apartado de los términos de referencia, sin explicar cómo Bates White se había apartado de los términos de referencia o si este apartamiento estaba justificado.⁵⁴⁴ Por ello, los peritos acordaron que, a pesar

⁵³⁸ *Ib.*, párrafo 14, nota 11.

⁵³⁹ *Ib.*; Correo electrónico de C. Bastos a J. Riubrugent and L. Giacchino del 16 de junio de 2008 (“Veo que Uds. juegan un doble rol, por un lado como consultores involucrados, en el caso de Leonardo en la preparación del estudio y en el de Jean, como asistente de la CNEE en la formulación de observaciones. La actuación de Uds. en esos roles para mí está cumplida y sus opiniones vertidas en los distintos documentos. El otro rol es el que tienen como peritos integrantes de la Comisión que les va a exigir un nuevo pronunciamiento acerca de cada uno de los puntos en discusión, más allá de que sean estos nuevos pronunciamientos coincidentes o no con los documentos existentes. En ese sentido sería para mí importante contar en cada caso en particular con una presentación resumida de sus opiniones como peritos.”) (C-236).

⁵⁴⁰ *Ver* Giacchino, párrafo 38 (CWS-4).

⁵⁴¹ Bastos, párrafo 17 (CWS-1).

⁵⁴² *Ib.*

⁵⁴³ *Ib.*, párrafo 18; *ver también* Giacchino, párrafo 49 (CWS-4).

⁵⁴⁴ Bastos, párrafo 18 (CWS-1); *ver también* Giacchino, párrafo 49 (CWS-4).

de la naturaleza general de muchas de las observaciones de la CNEE, necesitaban exponer en su Informe “si el estudio tarifario debía corregirse a la luz de nuestro pronunciamiento sobre cada discrepancia y, de ser así, de qué modo debía corregirse”.⁵⁴⁵

150. Como explica el Sr. Bastos, luego de que estas cuestiones preliminares fueron discutidas y decididas, la Comisión Pericial se focalizó en resolver las discrepancias en sí y trabajó con el fin de completar su Informe antes de la fecha límite acordada del 24 de julio de 2008.⁵⁴⁶

b. Con la Comisión Pericial a punto de presentar su informe, la CNEE afirmó públicamente que podía desestimar el pronunciamiento de la Comisión Pericial

151. Con el fin de presentar el Informe a las partes antes de la fecha límite acordada los tres miembros de la Comisión Pericial viajaron a Guatemala. El Sr. Bastos y el Sr. Riubrugent llegaron el 20 de julio de 2008 y el Sr. Giacchino llegó el 22 de julio de 2008.⁵⁴⁷ Para ese momento, la Comisión Pericial ya había concluido sus deliberaciones.⁵⁴⁸ Con la Comisión Pericial a punto de presentar su Informe, el Presidente de la CNEE, el Sr. Colom, socavó la autoridad de la Comisión Pericial declarando públicamente, en violación de ley y las Reglas Operativas acordadas, que el pronunciamiento de la Comisión Pericial no sería vinculante para la CNEE.⁵⁴⁹

152. El 23 de julio de 2008, *Prensa Libre*, el segundo periódico con mayor circulación de Guatemala, publicó un artículo titulado “Tasa de distribución aún sin determinar”. Este artículo informaba que EEGSA y la CNEE habían designado un consejo de peritos para resolver

⁵⁴⁵ Bastos, párrafo 18 (CWS-1).

⁵⁴⁶ *Ib.*, párrafo 19.

⁵⁴⁷ *Ib.*, párrafo 29; *ver también* Giacchino, párrafo 53 (explica que “Nos tomó tres largos días finalizar la confección del informe”) (CWS-4).

⁵⁴⁸ Giacchino, párrafo 53 (CWS-4).

⁵⁴⁹ Maté, párrafo 45 (CWS-6); Calleja, párrafo 45 (CWS-3).

la disputa acerca del VAD.⁵⁵⁰ El artículo citaba al Sr. Colom quien decía que el Informe de la Comisión Pericial sería tomado como una serie de “recomendaciones” y que la CNEE “podía obedecerlas o no”.⁵⁵¹

153. Al día siguiente, un artículo similar se publicó en *Siglo Veintiuno*, otro periódico líder de Guatemala.⁵⁵² Este artículo indicaba que la Comisión Pericial estaba cerca de presentar su Informe y que “[l]as conclusiones que presenten los expertos servirán de base para que los directores de la CNEE resuelvan la fijación del VAD”.⁵⁵³ Como el artículo de *Prensa Libre*, sin embargo, este artículo también informaba que el Sr. Colom había declarado “unos días antes que el informe no era vinculante”.⁵⁵⁴

154. Como respuesta, y según lo informaron ambos periódicos, un representante de EEGSA informó a los medios de comunicación que el pronunciamiento de la Comisión Pericial debía respetarse de acuerdo con la ley: “El mensaje es sencillo, independientemente si el consejo de expertos es que suba, baje o se mantenga igual la tasa; lo importante es que se respete la ley”.⁵⁵⁵

c. La Comisión Pericial emitió su pronunciamiento, la que favoreció ampliamente a EEGSA y Bates White

155. El 24 de julio de 2008, los tres miembros de la Comisión Pericial se reunieron con representantes de la CNEE y EEGSA y les informaron que habían completado su Informe y que

⁵⁵⁰ Eduardo Smith, “Aún no se determina tasa de distribución”, *Prensa Libre*, 23 de julio de 2008, página 22 (C-242).

⁵⁵¹ *Ib.*; ver también Maté párrafo 45 (CWS-6); Calleja, párrafo 45 (CWS-3).

⁵⁵² Fernando Quiñónez, “La CNEE deberá recibir el informe de peritos hoy mismo”, *Siglo 21*, 24 de julio de 2008, página 13 (C-243).

⁵⁵³ *Ib.*

⁵⁵⁴ *Ib.*; ver también Calleja, párrafo 45 (CWS-3).

⁵⁵⁵ Eduardo Smith, “Aún no se determina tasa de distribución”, *Prensa Libre*, 23 de julio de 2008, página 22 (citando al Gerente Comercial y de Activos de EEGSA, Jorge Alonso, quien “destacó que la Ley General de Electricidad establece la conformación de un grupo de peritos con un propósito, emitir unos resultados, y respetarlos”) (C-242); ver también Fernando Quiñónez, “CNEE recibirá hoy informe pericial”, *Siglo 21*, 24 de julio de 2008, página 13 (informa que el Sr. Alonso solicitó a la CNEE que “sea respetado el criterio de los peritos en la determinación del pliego tarifario”) (C-243); Calleja, párrafo 45 (CWS-3).

lo presentarían al día siguiente.⁵⁵⁶ Luego, los tres miembros firmaron cada página del Informe de 208 páginas, así como la carta con fecha 25 de julio de 2008, y entregaron una copia del Informe a la CNEE y EEGSA.⁵⁵⁷ Según se demuestra más abajo, el Informe favorecía ampliamente a EEGSA y Bates White y establecía que el VAD se incrementaría significativamente una vez que Bates White revisara su estudio para cumplir con el pronunciamiento de la Comisión Pericial.

156. La Comisión Pericial comenzó su informe estableciendo el marco normativo y legal en virtud del cual se había constituido⁵⁵⁸ y listando las 12 Reglas Operativas aplicables que “las partes habían acordado”.⁵⁵⁹ Dejaba en claro que su labor era “resolver las discrepancias” que habían surgido entre las partes.⁵⁶⁰ Específicamente, advertía que “aquellas observaciones realizadas por la CNEE de no ser atendidas por la Consultora y por tanto de persistir constituyen discrepancias y deben ser resueltas por la Comisión Pericial (artículos 75 LGE y 98 RLGE)”.⁵⁶¹ La Comisión Pericial advirtió luego los términos de referencia de la CNEE para el estudio (mencionados en el Informe como “TdR”) y observó que éstos contenían lenguaje expreso que establecía que eran pautas únicamente y que la Consultora podía apartarse de ellos con causa

⁵⁵⁶ Bastos, párrafo 29 (CWS-1).

⁵⁵⁷ Nota de la Comisión Pericial a la CNEE y a EEGSA del 25 de julio de 2008 (C-245), que adjunta el Informe de la Comisión Pericial del 25 de julio de 2008 (C-246); *ver también* Bastos, párrafo 29 (CWS-1); Giacchino, párrafo 53.

⁵⁵⁸ *Ver* Informe de la CP, páginas 1-13 (C-246); *ib.*, páginas 1-4 (que discute varios artículos de la LGE y del RLGE); *ib.*, página 7 (indicando que “se ha elegido el método de yardstick competition aunque se han introducido innovaciones”); *ib.* (en que se indica que a los fines de evitar una de las desventajas del criterio, Guatemala había adoptado una “variante de la empresa modelo o empresa ideal que...estimación de los costos que tendría una hipotética empresa ideal trabajando en ese mercado”).

⁵⁵⁹ *Ib.*, página 10.

⁵⁶⁰ *Ib.* página 11 (en que se indica que “el diccionario de la Real Academia Española indica que pronunciarse, en una de sus acepciones significa “determinar”, “resolver”. En otros términos, la función de la Comisión Pericial supone, conforme a lo que venimos viendo, poner fin a las discrepancias (en los términos del Art. 75 de la LGE) – entre la CNEE y EEGSA. 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”).

⁵⁶¹ *Ib.*, página 3; *ver también ib.*, página 4 (“Si la Firma Consultora no corrige el informe, persistiendo las diferencias, dichas discrepancias deben ser resueltas por una Comisión Pericial (CP)”).

justificada.⁵⁶² En este sentido, la Comisión Pericial dejó en claro que “los apartamentos debidamente justificados que permiten los TdR deberán coadyuvar a aplicar una metodología en el Estudio Tarifario que mejor refleje los requerimientos de la LGE y RLGE”.⁵⁶³ En consecuencia, la Comisión Pericial resumió su labor de la siguiente manera:

De lo que se trata es de discernir si el Estudio Tarifario por el Consultor, considerando a los TdR como lineamientos, ha realizado una tarea que sea acorde con los requerimientos de la Ley y el Reglamento o en su caso de determinar que si frente a justificaciones de los apartamentos, la CNEE sostuvo y acredita que los requerimientos de los TdR reflejan en mejor medida los requerimientos de la Ley.⁵⁶⁴

157. Al llevar a cabo esa tarea, la Comisión Pericial pudo resolver las discrepancias de manera expeditiva, dado que las partes habían designado dos peritos que ya estaban familiarizados con el estudio Bates White.⁵⁶⁵ Además, era evidente para el Sr. Giacchino que la CNEE se beneficiaba con la designación del Sr. Riubrugent, quien había asesorado a la CNEE durante el proceso de revisión tarifaria porque, según explica el Sr. Giacchino, “la CNEE había formulado varias objeciones al informe de Bates White, pero no las había fundamentado, o las justificaciones eran de complejo entendimiento”.⁵⁶⁶ Así, el Sr. Riubrugent pudo presentar las justificaciones de la CNEE y ayudar a explicar los fundamentos de las objeciones de la CNEE.⁵⁶⁷

158. Según lo refleja el Informe, la Comisión Pericial decidió por unanimidad 31 de las 69 discrepancias.⁵⁶⁸ En múltiples ocasiones, cada uno de los peritos designados por las partes decidió en contra de la parte que lo había asignado a la Comisión Pericial, lo que puso en

⁵⁶² *Ib.*, páginas 11-13.

⁵⁶³ *Ib.*, página 12.

⁵⁶⁴ *Ib.*, página 13.

⁵⁶⁵ *Ver* Bastos, párrafo 19 (CWS-1).

⁵⁶⁶ Giacchino, párrafo 49 (CWS-4).

⁵⁶⁷ *Ib.*

⁵⁶⁸ *Ver en general* Informe de la CP (C-246); *ver también* Giacchino, párrafo 52 (CWS-4).

evidencia la buena fe y el profesionalismo de los peritos.⁵⁶⁹ El Sr. Bastos, tercer miembro y presidente de la Comisión Pericial, observa que “los miembros de la Comisión Pericial hicimos un esfuerzo concertado para lograr consenso en la solución de las diferencias sometidas a nuestra consideración”.⁵⁷⁰ El Sr. Giacchino advierte, de modo similar, que, según su opinión, “la Comisión Pericial funcionaba muy bien”, sus “discusiones eran cordiales y se comunicaba frecuentemente”.⁵⁷¹ Aunque la Comisión Pericial decidió en favor de la CNEE con respecto a varias de las discrepancias, el Informe reivindicaba a EEGSA y Bates White en cuestiones clave relacionadas con el cálculo del VNR y el VAD. En particular, la Comisión Pericial rechazó muchas de las observaciones de la CNEE al estudio de Bates White que, de haber sido aceptadas, habrían reducido casi por la mitad el retorno sobre el VNR que EEGSA podía recuperar mediante el factor de recuperación de capital y habrían disminuido drásticamente el VNR sobre el cual se calculó esta recuperación.⁵⁷² Por ello, según observa el Sr. Calleja, si bien la Comisión Pericial decidió a favor de la CNEE con respecto a ciertas cuestiones, “EEGSA y Bates White se impusieron respecto de las diferencias fundamentales que mayor impacto tenían sobre el VAD”.⁵⁷³

159. En una de las decisiones más críticas, la Comisión Pericial rechazó la manera de la CNEE de calcular el FRC. Según se explicó anteriormente, al utilizar el costo de capital o WACC, el FRC se aplica al VNR mediante una fórmula para obtener un monto que tiene como fin permitir al distribuidor recuperar su inversión y obtener un retorno real de 7%-13% sobre su

⁵⁶⁹ *Ver, por ejemplo*, Informe de la CP, Discrepancia 1 (Modelos), páginas 13-15 (en lo cual el Sr. Giacchino acordó con los otros expertos en fallar en contra de EEGSA en una discrepancia particular) (C-246); *ver también* Giacchino, párrafos 54-57 (discute varias instancias en las que tanto él como el Sr. Riubrugent se unieron en una pronunciamiento unánime respecto de una discrepancia que no estaba a favor de la parte que había designado al perito) (CWS-4); Bastos, párrafo 19 (CWS-1).

⁵⁷⁰ Bastos, párrafo 19 (CWS-1).

⁵⁷¹ Giacchino, párrafo 52 (CWS-4). El Sr. Giacchino advierte también que “El Sr. Bastos intentó obtener una pronunciamiento unánime con respecto a las cuestiones siempre que fuera posible”. *Ib.*

⁵⁷² *Ver en general* Bastos, párrafos 20-28 (CWS-1); Giacchino, párrafos 54-62 (CWS-4); *ver también* Calleja, párrafo 46 (CWS-3).

⁵⁷³ Calleja, párrafo 46 (CWS-3).

inversión.⁵⁷⁴ En los términos de referencia, la CNEE presentó una fórmula para calcular el FRC y los valores asignados a diferentes variables de esa fórmula,⁵⁷⁵ cuyo resultado era reducir a la mitad el retorno del inversor sobre su inversión de capital.⁵⁷⁶ En su estudio del VAD, Bates White indicó que creía que había un error tipográfico en la fórmula FRC y que, por consiguiente, aplicaba la fórmula ignorando el número “2” que estaba en el denominador.⁵⁷⁷ Como respuesta, la CNEE insistió en que su fórmula era correcta pero no explicó los fundamentos para dividir por la mitad el retorno obtenido de la aplicación de la fórmula.⁵⁷⁸

160. La Comisión Pericial decidió que la fórmula de la CNEE en los términos de referencia era correcta pero que la CNEE había equiparado erróneamente dos variables en la fórmula, lo que derivó en una reducción a la mitad del retorno del inversor sobre el capital.⁵⁷⁹ Según explica el Sr. Bastos, cuando le pidió al Sr. Riubrugent una explicación del motivo por el cual la CNEE había aplicado la fórmula de esa manera, el Sr. Riubrugent respondió que una empresa modelo eficiente reemplazaría una porción de sus activos cada año de modo tal de que en un momento la edad promedio de sus activos sería de aproximadamente la mitad de la vida útil de sus activos.⁵⁸⁰ El Sr. Riubrugent reconoció que aplicar la fórmula de esta manera era

⁵⁷⁴ LGE, Art. 79 (C-17); Kaczmarek, párrafo 41 (en lo que explica que “se incluye con la medida del rendimiento un factor que determina cierta recuperación de la base de activos regulados. El factor que refleja tanto la recuperación de la base de activos regulados (esto es, retorno de capital) y de ganancias (esto es, retorno sobre el capital) suele denominarse Factor de Recuperación de Capital (“FRC”).”) (CER-2); Bastos, párrafo 20 (observando que una de ellas se refería a la metodología para el cálculo del Factor de Recuperación de Capital (FRC), cuya finalidad es asegurar que los montos recuperados por el distribuidor permitan obtener una recuperación del capital invertido (amortización) y un retorno sobre su capital (ganancia”).) (CWS-1).

⁵⁷⁵ Resolución No. CNEE-05-2008, Tercer Anexo, Términos de Referencia del 17 de enero de 2008, Art. 8.3 (prevé que T_a (período de amortización) es igual a T_o (vida útil promedio ponderada del activo)) (C-153); Informe de la CP, Discrepancia D.1, Anualidad de la Inversión, Factor de Recuperación de Capital, página 90 (C-246).

⁵⁷⁶ Ver Kaczmarek, párrafo 121 Figura 15 (CER-2); Informe de la CP, Discrepancia D.1, Anualidad de la Inversión, Factor de Recuperación de Capital, páginas 90-93 (C-246); Bastos, párrafos 21-22 nota 23 (CWS-1); Giacchino, párrafo 60 (CWS-4).

⁵⁷⁷ Giacchino, párrafo 59 (CWS-4); Bastos, párrafo 21 (CWS-1); Informe de la CP, Discrepancia D.1, Anualidad de la Inversión, Factor de Recuperación de Capital, página 90 (C-246).

⁵⁷⁸ Informe de la CP, Discrepancia D.1, Anualidad de la Inversión, Factor de Recuperación de Capital, página 90 (C-246).

⁵⁷⁹ Ver *ib.*, páginas 91-93.

⁵⁸⁰ Bastos, párrafo 21 (CWS-1); ver también Informe de la CP, Anexo 1, página 178 (C-246).

equivalente a depreciar el valor de la base del activo (o VNR) en un 50%.⁵⁸¹ Como explica el Sr. Bastos, este enfoque para calcular el VNR era “en oposición al requisito legal de que se utilizara el valor nuevo de reemplazo de los activos”.⁵⁸²

161. Sin embargo, el Sr. Bastos tampoco estaba totalmente de acuerdo con el enfoque de Bates White.⁵⁸³ En su estudio, Bates White había aplicado el FRC al VNR sin considerar ninguna depreciación.⁵⁸⁴ El Sr. Bastos determinó que la base de activos – o VNR – debería depreciarse al punto medio del período tarifario de cinco años.⁵⁸⁵ Reconoció que la ley exige que la base de activos sea valuada como si dichos activos fueran nuevos al principio del período tarifario.⁵⁸⁶ Dado que esos activos nuevos se utilizarían dentro de un período tarifario de cinco años, razonó que, en promedio, tendrían alrededor de 2 años y ½ y que, por lo tanto, debían depreciarse a un punto medio del término tarifario.⁵⁸⁷ Como explica el Sr. Giacchino, no estaba de acuerdo con el razonamiento del Sr. Bastos porque el concepto de utilizar el VNR no debería considerarse para la depreciación de los activos.⁵⁸⁸ Esto sucede porque la empresa necesitará realizar gastos de capital para reemplazar activos que están envejeciendo y entonces “el

⁵⁸¹ Bastos, párrafo 21 (indica que “el Sr. Riubrigent consideró que debía aplicarse la fórmula de los TdR reconociendo que su aplicación equivale a considerar el 50% del VNR”) (citación omitida) (CWS-1); Informe de la CP, Anexo 1, página 178 (Sr. Riubrugent explica que “[v]ale señalar que el FRC establecido en los TdR de la CNEE equivale a reconocer un DORC igual al 50% del VNR. En una empresa de distribución “madura” ... las edades de las instalaciones son variadas, con una distribución estadística esencialmente uniforme, por lo que el valor conjunto de las amortizaciones acumuladas es cercano a la mitad del VNR”) (C-246).

⁵⁸² Bastos, párrafo 22 (énfasis en original) (CWS-1); *ver también ib.*, párrafo 21 (“Debo decir que seguir el criterio de la CNEE equivale a considerar el valor de los activos depreciados en un 50%”); Informe de la CP, Discrepancia D.1, Anualidad de la Inversión, Factor de Recuperación de Capital, página 92 (C-246).

⁵⁸³ Bastos, párrafo 22 (CWS-1); Informe de la CP, Discrepancia D.1, Anualidad de la Inversión, Factor de Recuperación de Capital, páginas 92-93 (C-246).

⁵⁸⁴ *Ver* Giacchino, párrafos 58-60 (CWS-4); Bastos, párrafo 22 (CWS-1); Informe de la CP, Discrepancia D.1, Anualidad de la Inversión, Factor de Recuperación de Capital, páginas 89-90 (C-246).

⁵⁸⁵ Bastos, párrafo 22 (CWS-1); Informe de la CP, Discrepancia D.1, Anualidad de la Inversión, Factor de Recuperación de Capital, páginas 92-93 (C-246).

⁵⁸⁶ Bastos, párrafo 22 (CWS-1); Informe de la CP, Discrepancia D.1, Anualidad de la Inversión, Factor de Recuperación de Capital, páginas 92-93 (C-246).

⁵⁸⁷ Bastos, párrafo 22 (CWS-1); Informe de la CP, Discrepancia D.1, Anualidad de la Inversión, Factor de Recuperación de Capital, páginas 92-93 (C-246).

⁵⁸⁸ Giacchino, párrafos 59-60 (CWS-4).

coeficiente entre el VNR y el valor de la base de activos es 1 todos los años, en lugar de $\frac{1}{2}$ ”⁵⁸⁹ Sin embargo y sin poder convencer al Sr. Bastos, el Sr. Giacchino aceptó, en último término, unirse a el pronunciamiento para obtener una mayoría.⁵⁹⁰

162. La Comisión Pericial decidió entonces que el inversor recibiría un retorno sobre aproximadamente el 91% del VNR.⁵⁹¹ Como punto de comparación, si el enfoque de Bates White hubiera sido aceptado en su totalidad por la Comisión Pericial, EEGSA habría tenido derecho a recibir un retorno del 100% del valor de los activos mientras que, si las observaciones de la CNEE hubieran sido consideradas correctas, EEGSA habría podido recibir un retorno solo sobre el 50% del valor de los activos.⁵⁹² Como explica el Sr. Giacchino, para un activo con una vida útil de 25 años, el factor de recuperación de capital calculado de acuerdo con el pronunciamiento de la Comisión Pericial es del 13,33%, que comprende una recuperación de capital del 4% y un retorno del 9,33%.⁵⁹³ Según el enfoque de Bates White, el FRC sería 14,14%, incluida la misma recuperación de capital del 4% pero con un retorno de 10,14%.⁵⁹⁴ En comparación, utilizar la fórmula de la CNEE resultaría en un FRC de solo 9,07%, con el mismo retorno de capital del 4% pero solo un retorno sobre el capital del 5,07%, que está por debajo del 7% mínimo requerido en virtud de la LGE.⁵⁹⁵ En un pronunciamiento crucial, la Comisión

⁵⁸⁹ *Ib.*, párrafo 59; *ver también ib.* (en lo que indica que “para una compañía recientemente creada, se comienza con un valor contable de los activos en el primer año igual al VNR. Luego, para los años subsiguientes, sustraemos la depreciación y añadimos los gastos de capital, con lo que se obtiene un valor para la base de activos de cada período siempre igual al del período anterior y al valor nuevo de reemplazo de los activos”); *ib.* (explicando que “ya que de eliminarse el término “/2”, la fórmula sería equivalente a aquella propuesta por NERA en 2003 ”); *ib.*, párrafo 58 (explicando que “la suposición en este enfoque es que el monto calculado como reemplazo del VNR es reinvertido de manera tal que si no aumenta la demanda y no hay cambios en la tecnología ni en los precios, el VNR permanece constante en cada período”).

⁵⁹⁰ *Ib.*, párrafo 60.

⁵⁹¹ *Ib.*

⁵⁹² *Ib.*; *ver también* Kaczmarek, párrafo 117 (en lo que explica los TdR definidos en $Ta/To/2$ como iguales a $\frac{1}{2}$ o 50 por ciento) (CER-2).

⁵⁹³ Giacchino, párrafo 60 (CWS-4).

⁵⁹⁴ *Ib.*

⁵⁹⁵ *Ib.*

Pericial rechazó así la metodología de la CNEE que, según explica el Sr. Bastos, habría tenido el efecto de dividir a la mitad el VNR y reducir la tarifa en aproximadamente un 30%.⁵⁹⁶

163. En otro pronunciamiento importante, la Comisión Pericial decidió unánimemente que Bates White estaba en lo correcto en calcular costos utilizando precios de 2007, el año más reciente, cuando éstos estaban disponibles.⁵⁹⁷ Los términos de referencia dispusieron que era preferible utilizar los precios del año base, definido como 2006, y luego ordenaron que los precios sean ajustados por inflación para actualizarlos.⁵⁹⁸ Dado que este estudio se realizó en 2008, los precios de 2007 para la mayoría de los materiales estaban disponibles.⁵⁹⁹ Y, dado que los precios entre 2006 y 2007 de los materiales utilizados por las empresas de distribución habían aumentado más allá de la inflación, el simple ajuste de los precios de 2006 por inflación hubiese disminuido el valor de la base de los activos sobre la cual el distribuidor recibiría su retorno.⁶⁰⁰ En vista de que la finalidad del estudio del VAD era “determinar el costo de reemplazo de la red de esa empresa modelo en virtud del estudio”, la Comisión Pericial sostuvo que “se deben tomar los precios vigentes para todos los bienes y servicios al último momento posible”,⁶⁰¹ y rechazó así el intento de la CNEE de disminuir artificialmente el VNR.

⁵⁹⁶ Bastos, párrafo 21 nota 23 (CWS-1).

⁵⁹⁷ Informe de la CP, Discrepancia B.1.b, Antigüedad de los Precios, páginas 32-33 (C-246); Giacchino, párrafo 57 (CWS-1); Bastos, párrafo 28 (CWS-1).

⁵⁹⁸ TdR de octubre de 2007, Art. 1.2 (que define el año base como 2006) (C-127); *ib.*, Art. 3.3 (que indica la preferencia por los precios basados en el año base) (C-127); Resolución No. CNEE-05-2008 del 17 de enero de 2008, Art. 8.2.2 (C-153); *ver también* Informe de la CP, Discrepancia B.1.b, Antigüedad de los Precios, página 33 (“La CNEE discrepa con lo presentado en el Estudio, debido a que no cumple con lo establecido en los Términos de Referencia, ya que la mayor parte de la documentación de soporte de cotizaciones y compras continúa correspondiéndose con las transacciones realizadas en 2007 y no con aquello requerido respecto del uso de los precios del año base”) (*citando* la observación de la CNEE) (C-246).

⁵⁹⁹ *Ver* Informe de la CP, Discrepancia B.1.b, Antigüedad de los Precios, página 32 (“Para el año base de una revisión tarifaria se usa típicamente los últimos 12 meses de datos disponible. Para el caso de EEGSA, esta práctica implica usar el año 2007, no el 2006.”) (*citando* observaciones de Bates White) (C-246).

⁶⁰⁰ *Ver ib.* (“Los datos de mercado muestran que los precios han aumentado considerablemente en dólares desde la revisión tarifaria anterior, incluso durante el último año. . . . [u]sar precios del 2006 como expresa la CNEE para todos los precios no refleja las tendencias del mercado y entrega una pobre representación de proyección de costos para el período tarifario 2008-2013.”) (*citando* las observaciones de Bates White).

⁶⁰¹ Informe de la CP, Discrepancia B.1.b, Antigüedad de los Precios, páginas 33 y 36 (C-246); *ver también* Bastos, párrafo 28 (CWS-1); Giacchino, párrafo 57 (CWS-4).

164. La Comisión Pericial también decidió a favor de Bates White con respecto a la disputa acerca de la metodología adecuada para calcular la densidad de la demanda en el diseño de una red modelo eficiente.⁶⁰² Como explica el Sr. Bastos, para determinar los activos que una empresa modelo eficiente necesita para prestar servicios al área del distribuidor, esa área se divide primero en zonas caracterizadas por la densidad.⁶⁰³ Para cada zona, se realiza una determinación respecto de los activos necesarios en una parte de esa zona y esos resultados son extrapolados.⁶⁰⁴ Surgió una disputa entre las partes respecto del tamaño del área en cada zona de densidad desde la que se realizaría la extrapolación. La Comisión Pericial decidió que la metodología propuesta por la CNEE en los términos de referencia tenía el efecto de subestimar los activos necesarios para abastecer el área y, por ello, devaluar el VNR mientras que el método utilizado por Bates White en su estudio se correspondía más precisamente con la LGE dado que resultó en “una red óptimamente adaptada”.⁶⁰⁵

165. Si bien estas tres decisiones críticas favorecían a EEGSA, según se indicó, la Comisión Pericial también adoptó algunas decisiones que tenían el efecto de reducir el VNR y, como consecuencia, el VAD. Por ejemplo, como se indicó anteriormente, Bates White había reducido el VNR en su estudio del 5 de mayo de 2008 con respecto a la versión anterior del 31 de marzo disminuyendo el monto de instalaciones subterráneas planificadas de modo tal de incluir aquellas áreas en las que los estándares codificados requerían las instalaciones subterráneas debido al espacio insuficiente para la instalación de líneas aéreas.⁶⁰⁶ La CNEE, sin embargo, mantuvo la objeción de incluir en el cálculo del VNR cualquier monto de instalación subterránea que superara aquel que existía en la red de EEGSA.⁶⁰⁷ El Sr. Giacchino se reunió con los demás miembros de la Comisión Pericial en el pronunciamiento unánime a favor de la

⁶⁰² *Ver ib.*, Discrepancia A.2.a, Desagregación Espacial de la Demanda, páginas 16-29 (C-246).

⁶⁰³ Bastos, párrafo 23 (CWS-1).

⁶⁰⁴ *Ib.*, párrafos 23-24.

⁶⁰⁵ *Ib.*, párrafo 26; Informe de la CP, Discrepancia A.2.a, Desagregación Espacial de la Demanda, página 17 (C-246).

⁶⁰⁶ Giacchino, párrafo 31 (CWS-4); Informe de Etapa C Bates White: Optimización de la Red del 5 de mayo de 2008, páginas 73-76 (C-198).

⁶⁰⁷ Resolución No. CNEE-96-2008, páginas 7-8 (C-209); Informe de la CP, Discrepancia C.3.f, Instalaciones Subterráneas, página 73 (C-246).

observación de la CNEE,⁶⁰⁸ y, entonces, solo los cables subterráneos que existían en el momento del estudio podían incluirse en el VNR.⁶⁰⁹

166. Según explica también el Sr. Giacchino, si bien los términos de referencia del estudio tarifario de 2003 permitían expresamente incluir el valor de las servidumbres en el VNR,⁶¹⁰ los términos de referencia del estudio del año 2008 desaprobaban esta inclusión.⁶¹¹ La Comisión Pericial decidió 2 a 1 a favor de la CNEE en esta discrepancia,⁶¹² y requirió así la eliminación del valor de servidumbres del cálculo del VNR.

d. La CNEE disolvió la Comisión Pericial e impidió que su Perito Designado completara su trabajo

167. El siguiente paso en el proceso de establecer el VAD y las tarifas era que Bates White revisara y presentara nuevamente su estudio de conformidad con el Informe de la Comisión Pericial para que la Comisión Pericial pudiera examinarlo y aprobarlo, según se establece en las Reglas Operativas acordadas.⁶¹³ En su carta mediante la que se presentaba el Informe del 25 de julio de 2008, la Comisión Pericial solicitó a la CNEE y a EEGSA que notificaran a Bates White acerca del Informe para que Bates White pudiera enmendar el estudio según fuera necesario para cumplir con cada pronunciamiento.⁶¹⁴ Según se explica más abajo, si bien Bates White revisó el estudio rápidamente, la CNEE disolvió la Comisión Pericial de

⁶⁰⁸ Informe de la CP, Discrepancia C.3.f, Instalaciones Subterráneas, página 74 (C-246).

⁶⁰⁹ Según advierte el Sr. Giacchino, “no se incluyeron en este cálculo diez kilómetros de los cables subterráneos existentes dado que los ingenieros optimizaron los 253 km existentes en 243 km”. Giacchino, párrafo 67 nota 145 (CWS-4).

⁶¹⁰ *Ib.*, párrafo 69; Resolución No. CNEE-84-2002 del 9 de octubre de 2002 (“2002 TdR”), Art. D.3.c (C-58); *ib.*, Art. E.6.a; *ib.*, Art. E.6.b. El estudio preparado por PA Consulting para la CNEE en 2002 para determinar las tarifas de transmisión también consideró el valor de las servidumbres. *Ver* Giacchino, párrafo 69 (CWS-4).

⁶¹¹ Giacchino, párrafo 70 (CWS-4); TdR de abril de 2007, Art. 4.6 (C-106); Términos de Referencia del 21 de junio de 2007, Art. 4.6 (C-116); TdR de octubre de 2007, Art. 3.6 (C-127).

⁶¹² Informe de la CP, Discrepancia B.4.e, Costos por servidumbres, páginas 50-51 (C-246).

⁶¹³ *Ver* Giacchino, párrafos 64-65 (CWS-4); Bastos, párrafo 29 (CWS-1); Calleja, párrafo 46 (CWS-3); Maté, párrafo 47 (CWS-6); Informe de la CP, página 10 (C-246).

⁶¹⁴ Bastos, párrafo 29 (CWS-1); Calleja, párrafo 46 (CWS-3); Maté, párrafo 47 (CWS-6); Nota de la Comisión Pericial a la CNEE y EEGSA del 25 de julio de 2008 (C-245).

manera arbitraria e ilegal e hizo una amenaza disfrazada a su perito designado para evitar que la Comisión Pericial pudiera lograr formar el quórum para examinar y aprobar el estudio revisado.

168. Aún antes de que la Comisión Pericial presentara su Informe, Bates White había revisado sustancialmente su estudio para cumplir con las decisiones anteriores de la Comisión Pericial que la Comisión Pericial había contemplado al decidir qué discrepancias resolver primero.⁶¹⁵ Según explica el Sr. Giacchino, cada miembro de la Comisión Pericial había entendido que si Bates White no comenzaba a revisar su estudio a medida que se adoptaban las decisiones sobre las discrepancias, nunca podría terminar su labor a tiempo para que la Comisión Pericial pudiera examinar el estudio revisado antes de la fecha límite para establecer las nuevas tarifas el 1 de agosto de 2008.⁶¹⁶ Luego de que la Comisión Pericial presentó su Informe, el Sr. Giacchino volvió a los Estados Unidos y él y sus colegas trabajaron todo el fin de semana del 25 - 27 de julio para realizar las revisiones pendientes y para aunar todos los modelos diferentes.⁶¹⁷

169. El domingo 27 de julio, el Sr. Giacchino presentó a los Sres. Bastos y Riubrugent algunos informes de etapa revisados, que indicaban las observaciones de la CNEE sobre la cuestión, el pronunciamiento de la Comisión Pericial sobre la cuestión y en qué lugar del informe de etapa estaba implementada ese pronunciamiento, para que éstos pudieran comenzar su revisión.⁶¹⁸ Por la tarde del lunes 28 de julio, el Sr. Giacchino envió por correo electrónico un oficio a la Comisión Pericial, con copia a la CNEE y a EEGSA, mediante el cual presentaba el estudio revisado definitivo de Bates White con la incorporación de las decisiones de la Comisión Pericial sobre cada discrepancia.⁶¹⁹ El Sr. Giacchino recibió la confirmación del correo de que

⁶¹⁵ Giacchino, párrafo 64 (CWS-4); *ver también supra* II.F.5.a (explica cómo la Comisión Pericial decidió qué discrepancias resolver primero).

⁶¹⁶ Giacchino, párrafo 64 (CWS-4).

⁶¹⁷ *Ib.*, párrafo 65.

⁶¹⁸ *Ib.*; Correo electrónico de L. Giacchino a C. Bastos del 27 de julio de 2008 a las 11:25 P.M. (C-248); Correo electrónico de L. Giacchino a J. Riubrugent del 28 de julio de 2008 a las 11:24 A.M. (C-252); *ver también, por ejemplo*, Informe de Etapa A Revisado (C-255); Informe de Etapa B Revisado (C-256).

⁶¹⁹ Giacchino, párrafo 65 (CWS-4); Correo electrónico de L. Giacchino a C. Bastos, J. Riubrugent, y L. Giacchino cc: M. Quijivix (CNEE) y M. Calleja (EEGSA) del 28 de julio de 2008 a las 21:49 GMT, con el adjunto de la Nota de Bates White a los miembros de la Comisión Pericial del 28 de julio de 2008 (C-253) y

cada correo con cada informe de etapa revisado había sido recibido por los destinatarios.⁶²⁰ EEGSA también presentó su propia carta a la CNEE, junto con una carta de Bates White, copias de los informes de etapa revisados y un CD con los archivos de soporte.⁶²¹ La CNEE selló ambas cartas para confirmar recepción del estudio revisado de Bates White a las 3:02 PM del 28 de julio de 2008.⁶²²

170. También el 28 de julio, el Gerente General de EEGSA, el Sr. Maté, habló telefónicamente con el Sr. Moller, uno de los directores de la CNEE, a quien le explicó que el Presidente de EEGSA, el Sr. Pérez, había viajado a Guatemala y estaba listo para reunirse para finalizar las tarifas.⁶²³ El Sr. Moller prometió reunirse con sus colegas y volver a comunicarse con el Sr. Maté por una reunión.⁶²⁴ Sin embargo, el Sr. Moller no volvió a llamar hasta el día siguiente, después que el Sr. Maté se enteró de la disolución unilateral de la Comisión Pericial por la CNEE.⁶²⁵ En cambio, como explica el Sr. Maté, la CNEE envió una notificación de GJ-Measure-3121 (con fecha 25 de julio de 2008) por la cual la CNEE disolvía unilateralmente la Comisión Pericial por el supuesto motivo de que la Comisión Pericial había finalizado su labor.⁶²⁶ La CNEE también envió una carta con fecha 28 de julio de 2008 al Sr. Bastos mediante la que confirmaba recepción del Informe de la Comisión Pericial del 25 de julio, agradecía al Sr.

Estudio Revisado Bates White del 28 de julio de 2008 (C-255 – C-264); *ver también* Bastos, párrafo 31 (CWS-1); Calleja, párrafo 46 (CWS-3); Maté, párrafo 48 (CWS-6).

⁶²⁰ Giacchino, párrafo 65 (CWS-4).

⁶²¹ Calleja, párrafo 46 (CWS-3); Giacchino, párrafo 63 (CWS-4); Maté, párrafo 48 (CWS-6); Nota No. GG-073-2008 de EEGSA a la CNEE del 28 de julio de 2008, con el adjunto de la Nota de Bates White la CNEE y EEGSA cc: C. Bastos, J. Riubrugent, y L. Giacchino del 28 de julio de 2008 (C-254) y el Estudio Revisado de Bates White del 28 de julio de 2008 (C-255 – C-264).

⁶²² Nota No. GG-073-2008 de EEGSA a la CNEE del 28 de julio de 2008, con el adjunto de la Nota de Bates White a la CNEE y EEGSA cc: C. Bastos, J. Riubrugent, y L. Giacchino del 28 de julio de 2008 (C-254) y el Estudio Revisado de Bates White del 28 de julio de 2008 (C-255 – C-264).

⁶²³ Maté, párrafo 48 (CWS-6).

⁶²⁴ *Ib.*

⁶²⁵ *Ib.*

⁶²⁶ Documento de Notificación del 28 de julio de 2008, con el adjunto de CNEE GJ-Providencia-3121 del 25 de julio de 2008 (mediante la que se disuelve la Comisión Pericial porque el Informe de la Comisión Pericial fue “considerado recibido” y la Comisión Pericial “había cumplido la finalidad de su designación”) (C-247); *ver también* Bastos, párrafo 30 (CWS-1); Maté, párrafos 48-49 (CWS-6); Calleja, párrafo 47 (CWS-3).

Bastos por sus servicios y finiquitaba su contrato con la CNEE.⁶²⁷ La CNEE sostuvo que “las actividades correspondientes a la ejecución de dicho contrato finalizaron el 25 de julio con la entrega del informe en referencia, por lo cual, se procederá al trámite del pago que corresponda”.⁶²⁸ Por ello, si bien la Comisión Pericial no había aún examinado el estudio revisado de Bates White para determinar si cumplía con sus decisiones, como debía hacerlo en virtud de las Reglas Operativas acordadas, la CNEE ilegalmente y en violación de las Reglas Operativas ordenó que la Comisión Pericial detuviera su labor.⁶²⁹

171. La disolución unilateral de la Comisión Pericial por parte de la CNEE fue ilegal porque, como explica el Profesor Alegría, las partes habían designado conjuntamente la Comisión Pericial de conformidad con el Artículo 75 de la LGE y, por ello, “ni la CNEE ni el distribuidor tienen autoridad en virtud de la LGE para disolver la Comisión Pericial en forma unilateral”.⁶³⁰ Luego de llamar repetidas veces a la CNEE el 28 y 29 de julio, el Sr. Maté le dijo al Sr. Moller que EEGSA rechazaba el intento de la CNEE de disolver unilateralmente la Comisión Pericial antes de poder determinar si el estudio revisado cumplía con sus decisiones respecto de cada discrepancia.⁶³¹ El Sr. Maté también repitió la solicitud de EEGSA de concertar una reunión para finalizar las tarifas.⁶³² El Sr. Moller prometió nuevamente consultar con los demás directores pero el Sr. Moller nunca volvió a llamar, la reunión nunca se realizó y ninguno de los directores de la CNEE contestaron ni devolvieron llamadas telefónicas posteriores esa semana.⁶³³

⁶²⁷ Bastos, párrafo 30 (CWS-1); Nota de la CNEE a C. Bastos del 28 de julio de 2008 (C-251); *ver también* Giacchino, párrafo 83 (CWS-4).

⁶²⁸ Nota de la CNEE a C. Bastos del 28 de julio de 2008 (C-251); *ver también* Bastos, párrafo 30 (CWS-1).

⁶²⁹ Calleja, párrafo 47 (CWS-3); Maté, párrafo 49 (CWS-6); Bastos, párrafos 30-31 (CWS-1); *ver también* Informe de la CP, página 10 (que establece las Reglas de Operación) (C-246); Reglas de Operación Propuestas para la Operación de la Comisión Pericial, adjunta al Correo electrónico de M. Quijivix (CNEE) a L. Maté Sánchez y M. Calleja (EEGSA) del 28 de mayo de 2008 a las 11:21 GMT, regla 12 (C-218).

⁶³⁰ Alegría, párrafo 60 (CER-1).

⁶³¹ Maté, párrafos 48 y 50 (CWS-6).

⁶³² *Ib.*, párrafo 50.

⁶³³ *Ib.*

172. Las acciones arbitrarias de la CNEE crearon incertidumbre entre los miembros de la Comisión Pericial porque, según explican el Sr. Bastos y el Sr. Giacchino, ellos creían que aún tenían que examinar y aprobar el estudio revisado de Bates White de acuerdo con las Reglas Operativas.⁶³⁴ Con ese fin, el Sr. Giacchino había enviado un correo a sus co-peritos el 28 de julio para invitarlos a una presentación en las oficinas de Bates White en Washington, D.C., donde Bates White podía responder cualquier pregunta y explicar cómo el estudio revisado había incorporado cada pronunciamiento.⁶³⁵ El Sr. Giacchino también había ordenado a su secretaria que reservara los vuelos para los Sres. Bastos y Riubrugent con el fin de que viajaran desde Buenos Aires hasta Washington el 29 de julio.⁶³⁶

173. Luego de tomar conocimiento del pronunciamiento de la CNEE de disolver la Comisión Pericial, el Sr. Giacchino solicitó la asesoría legal de Ronny Patricio Aguilar, abogado guatemalteco que se especializa en procedimientos administrativos y en la ley de electricidad y que había trabajado exhaustivamente con la CNEE y para ésta.⁶³⁷ En una opinión legal con fecha 29 de julio de 2008, el Sr. Aguilar indicó que dado que la Comisión Pericial fue establecida por un acto bilateral, sus funciones no podían ser “modificadas, ampliadas, restringidas o finalizadas por un acto jurídico unilateral, “ya que la única forma de restringir su actividad será por medio de un acto bilateral de voluntad equiparable al de su fundación”.⁶³⁸ El Sr. Aguilar también notó que las Reglas Operativas exigían que la Comisión Pericial examinara el estudio revisado de Bates White y que la Comisión Pericial ya había iniciado este proceso y

⁶³⁴ *Ver, por ejemplo*, Bastos, párrafo 31 (que establece, entre otras cosas, que “[l]a disolución de la Comisión Pericial por parte de la CNEE me tomó por sorpresa, al igual que la extinción de mi contrato, puesto que tenía entendido que, en virtud de la Regla 12 de las Reglas de Operación, la Comisión Pericial debía evaluar y aprobar el estudio tarifario corregido por Bates White”) (CWS-1); *ver también* Giacchino, párrafos 82-84 (CWS-4).

⁶³⁵ Giacchino, párrafo 82 (CWS-6); Bastos, párrafo 31 (CWS-1); Correo electrónico de L. Giacchino a C. Bastos y J. Riubrugent del 28 de julio de 2008 (C-266).

⁶³⁶ Giacchino, párrafo 82 (CWS-6).

⁶³⁷ *Ib.*, párrafo 80; CV para Ronny Patricio Aguilar Archila, *disponible en* www.aczalaw.com/v2/ENG/rpaa.asp (se deja constancia de su experiencia pasad como asesor legal y administrativo para la CNEE) (C-405).

⁶³⁸ Opinión Legal del Lic. Ronny Patricio Aguilar Archila del 29 de julio de 2008 (“Aguilar Op.”), página 6 párrafos 1 y 3 (C-269); *ver también* Giacchino, párrafo 84.

que, por ello, concluía que disolver la Comisión Pericial dejaría su labor incompleta.⁶³⁹ El Sr. Aguilar también dijo que “ningún miembro de la CP podrá incurrir en responsabilidad civil o penal por el simple hecho de concluir la misión que le fuera encomendada”.⁶⁴⁰

174. También el 29 de julio, EEGSA presentó una acción de amparo solicitando al Tribunal que revocara la GJ-Measure-3121 y que ordenara a la CNEE cumplir con las decisiones de la Comisión Pericial en su Informe.⁶⁴¹ EEGSA sostuvo en su amparo que la disolución de la Comisión Pericial presentaba una amenaza inminente de que la CNEE podía además violar la LGE al desestimar el Informe de la Comisión Pericial cuando publicara las nuevas tarifas el 1 de agosto.⁶⁴²

175. Temprano por la tarde del 29 de julio, el Sr. Calleja notificó a los tres miembros de la Comisión Pericial que EEGSA había iniciado acciones legales y que la presentación del amparo por parte de EEGSA tenía el efecto de suspender la GJ-Measure-3121.⁶⁴³ Entonces, EEGSA instó a la Comisión Pericial para que procediera con su labor de analizar el estudio revisado de Bates White de acuerdo con la Regla Operativa 12.⁶⁴⁴

176. Sobre la base del consejo de su asesor legal, el Sr. Giacchino concluyó que tenía la obligación de reunirse con los demás miembros de la Comisión Pericial para examinar el estudio revisado de Bates White.⁶⁴⁵ El Sr. Bastos llegó a la misma conclusión sobre la base del

⁶³⁹ Aguilar Op., página 6, párrafo 2 (C-269); *ver también* Giacchino, párrafo 84 (CWS-4).

⁶⁴⁰ Aguilar Op., página 6, párrafo 4 (C-269); *ver también* Giacchino, párrafo 84 (CWS-4).

⁶⁴¹ Calleja, párrafo 47 (CWS-3); *ver también* Alegría, párrafo 71 (CER-6); Acción de Amparo de EEGSA del 28 de julio de 2008 (C-249).

⁶⁴² Acción de Amparo de EEGSA del 28 de julio de 2008, página 4 (C-249); *ver también* Alegría, párrafo 71 nota 162 (hace constar que las leyes de Guatemala permiten este tipo de amparo para evitar posibles abusos o violaciones de la ley antes de que ocurran) (CER-1).

⁶⁴³ Giacchino, párrafo 85 (CWS-4); Bastos, párrafo 32 (CWS-1); Nota No. GG-075-2008 de EEGSA a C. Bastos, L. Giacchino, y J. Riubrugent del 29 de julio de 2008 (C-270).

⁶⁴⁴ Calleja, párrafo 47 (CWS-3); Bastos, párrafo 32 (CWS-1); Nota No. GG-075-2008 de EEGSA a C. Bastos, L. Giacchino, y J. Riubrugent del 29 de julio de 2008 (C-270); *ver también* Correo electrónico de M. Calleja (EEGSA) a C. Bastos, L. Giacchino, y J. Riubrugent del 30 de julio de 2008, adjunta Nota No. GG-077-2008 de M. Calleja a C. Bastos, L. Giacchino, y J. Riubrugent del 30 de julio de 2008 (C-276).

⁶⁴⁵ Giacchino, párrafo 83 (CWS-4).

consejo de su propio asesor legal así como el hecho de que todavía estaba obligado contractualmente con EEGSA.⁶⁴⁶ Como el Sr. Giacchino, el Sr. Bastos concluyó entonces que “no actuar podría acarrear unas consecuencias más gravosas que actuar en el contexto de una pronunciamiento futura por un tribunal sobre la obligación de la Comisión Pericial a proseguir su labor”.⁶⁴⁷

177. Si bien el Sr. Bastos viajó a Washington como estaba programado, el Sr. Riubrugent informó a los Sres. Giacchino y Bastos por correo con fecha 29 de julio que no podía viajar esa semana debido a compromisos previos.⁶⁴⁸ El Sr. Riubrugent también agradeció al Sr. Giacchino por enviar el estudio revisado y declaró que “confiaba en que Bates White había tomado en cuenta el pronunciamiento de la Comisión Pericial y había incorporado todas las decisiones en la versión final de su estudio”.⁶⁴⁹

178. En las oficinas de Bates White, el 30 de julio, el Sr. Giacchino comenzó a mostrar al Sr. Bastos cómo Bates White había incorporado las decisiones de la Comisión Pericial en su estudio revisado.⁶⁵⁰ Durante un descanso para almorzar, el Sr. Bastos envió por correo una carta con fecha 29 de julio de 2008 a sus co-peritos como un nuevo intento para concertar una reunión con los tres miembros de la Comisión Pericial.⁶⁵¹ En su carta, el Sr. Bastos advirtió que ‘la distribuidora informará a su consultora del pronunciamiento de la Comisión Pericial quien deberá realizar todos los cambios solicitados en el pronunciamiento de la Comisión Pericial y remitir la nueva versión a la Comisión Pericial para su revisión y aprobación.’⁶⁵² El Sr. Bastos

⁶⁴⁶ Bastos, párrafo 32 (CWS-1).

⁶⁴⁷ *Ib.*

⁶⁴⁸ Correo electrónico de J. Riubrugent a L. Giacchino y C. Bastos del 29 de julio 2008 (C-268); *ver también* Bastos, párrafos 31-32 (CWS-1); Giacchino, párrafo 82 (CWS-4).

⁶⁴⁹ Correo electrónico de J. Riubrugent a L. Giacchino y C. Bastos del 29 de julio de 2008 (C-268); *ver también* Bastos, párrafo 31 (CWS-1); Giacchino, párrafo 85 (CWS-4).

⁶⁵⁰ Bastos, párrafo 32 (CWS-1); Giacchino, párrafo 86 (CWS-4).

⁶⁵¹ Bastos, párrafo 32 (CWS-1); Giacchino, párrafo 86 (CWS-4); Nota de C. Bastos a J. Riubrugent y L. Giacchino, del 29 de julio de 2008 (C-271).

⁶⁵² Nota de C. Bastos a J. Riubrugent y L. Giacchino del 29 de julio de 2008, página 1 (C-271); *ver también* Bastos, párrafo 32 (CWS-1); Giacchino, párrafo 86 (CWS-4).

informó el deber de cada perito de cumplir con su mandato legal.⁶⁵³ También explicó que el Tribunal podía decidir en contra de la CNEE y que, si lo hacía, “los plazos que tiene la Comisión Pericial para pronunciarse y finalizar el trabajo no estarían suspendidos con motivo de la controversia”.⁶⁵⁴ El Sr. Bastos concluyó su carta, en carácter de coordinador de la Comisión Pericial, citando a sus coperitos para una reunión que se realizaría al día siguiente, el 31 de julio, por teléfono o videoconferencia “para avanzar en el análisis que se nos ha solicitado”.⁶⁵⁵

179. Esa tarde, el Sr. Riubrugent envió un correo para confirmar que participaría de la teleconferencia a las 11:00 AM. el 31 de julio.⁶⁵⁶ El Tribunal, mientras tanto, ordenó a la CNEE “acatar a cabalidad el pronunciamiento de la Comisión Pericial permitiendo que concluya su labor, especialmente la revisión final de los cambios presentados a la Comisión pericial por la Firma Bates White”.⁶⁵⁷ El Tribunal ordenó además que la CNEE “abstenerse de utilizar mecanismos que tienda a manipular, cambiar o interpretar en forma unilateral los que ya están aprobados”.⁶⁵⁸ El Sr. Calleja remitió la orden del Tribunal por correo, también el 30 de julio, a los tres miembros de la Comisión Pericial en la que les explicó que ahora estaba “claro que la Comisión Pericial debe completar su tarea realizando la revisión y aprobación del Estudio Tarifario modificado por Bates White”, de acuerdo con la Regla Operativa 12.⁶⁵⁹

180. Al día siguiente, sin embargo, el mismo Tribunal envió una notificación de una nueva orden con fecha 30 de julio de 2008 en la que revertía su orden anterior de la misma fecha

⁶⁵³ Nota de C. Bastos a J. Riubrugent y L. Giacchino del 29 de julio de 2008, página 1 (C-271).

⁶⁵⁴ *Ib.*

⁶⁵⁵ *Ib.*

⁶⁵⁶ Bastos, párrafo 32 (CWS-1); Giacchino, párrafo 87 (CWS-4); Cadena de correos electrónicos de J. Riubrugent a C. Bastos y L. Giacchino del 30-31 de julio de 2008 (C-281).

⁶⁵⁷ Resolución del Juzgado Primero del Ramo Civil del 30 de julio de 2008, página 2 (C-275); *ver también* Calleja, párrafo 48 (CWS-3); Maté, párrafo 52 (CWS-6); Alegría, párrafo 71 (CER-1); *ver también* Nota del Juzgado Primero del Ramo Civil a la CNEE del 30 de julio de 2008 (que refleja la recepción de la CNEE de esta orden el 30 de julio) (C-277).

⁶⁵⁸ Resolución del Juzgado Primero del Ramo Civil del 30 de julio de 2008, página 2 (C-275); *ver también* Calleja, párrafo 48 (CWS-3); Maté, párrafo 52 (CWS-6); Alegría, párrafo 69 (CER-1).

⁶⁵⁹ Nota No. GG-077-2008 de EEGSA a C. Bastos, J. Riubrugent, L. Giacchino del 30 de julio de 2008, adjunta a correo electrónico de M. Calleja (EEGSA) a C. Bastos cc: J. Riubrugent y L. Giacchino del 30 de julio de 2008 (C-276).

y suspendía la liberación provisional.⁶⁶⁰ En circunstancias altamente sospechosas, según se explica más adelante, la CNEE ya había publicado las nuevas tarifas sobre la base de su propio estudio antes de recibir notificación de la segunda orden del Tribunal; el Tribunal concluyó que “no pudo entender ni decidir sobre los méritos del caso” porque EEGSA no había agotado todos los recursos administrativos.⁶⁶¹

181. En otra revocación, el Sr. Riubrugent envió un correo a los Sres. Bastos y Giacchino el 31 de julio para indicar que, en vista de “la situación legal que había surgido” y de la falta de claridad en cuanto al “alcance de las funciones de la Comisión Pericial”, él “no participaría en la reunión de teleconferencia mencionada en su correo anterior”.⁶⁶² El Sr. Riubrugent también dijo que “debía cumplir con las instrucciones de la CNEE”, que transcribió de la siguiente manera:

‘[E]n consulta con el Directorio de la CNEE y la Gerencia Jurídica, de acuerdo a lo notificado, tú representas a la CNEE dentro del seno de la Comisión Pericial, por consiguiente fuiste contratado única y exclusivamente hasta emitir el pronunciamiento de la Comisión Pericial, establecido en el Art. 75 de la Ley General de Electricidad. Una vez entregado el informe no tienes más responsabilidades con las partes y tu contrato será liquidado conforme a los alcances y las cláusulas del mismo. Caso contrario podría considerarse en Guatemala como una extralimitación de funciones.’⁶⁶³

Por ello, si bien el Sr. Riubrugent había indicado previamente que estaba “seguro” de que el estudio revisado de Bates White incorporaba las decisiones de la Comisión Pericial,⁶⁶⁴ la CNEE emitió una amenaza disfrazada para evitar que examinara y aprobara ese estudio, Además de ser

⁶⁶⁰ Nota del Juzgado Primero del Ramo Civil a la CNEE del 31 de julio de 2008 (C-280); *ver también* Alegría, párrafo 72 (CER-1); Maté, párrafo 52 (CWS-6); Calleja, párrafo 51 (CWS-3).

⁶⁶¹ Resolución del Juzgado Primero de la Primera Instancia del Ramo Civil del 30 de julio de 2008 (C-278).

⁶⁶² Cadena de correos electrónicos de J. Riubrugent a C. Bastos y L. Giacchino del 30-31 de julio de 2008 (C-281); *ver también* Bastos, párrafo 33 (CWS-1); Giacchino, párrafo 88 (CWS-4); Maté, párrafo 55 (CWS-6); Calleja, párrafo 52 (CWS-3); Alegría, párrafo 62 (CER-1).

⁶⁶³ Cadena de correos electrónicos de J. Riubrugent a C. Bastos y L. Giacchino de 30-31 de julio de 2008 (C-281).

⁶⁶⁴ Correo electrónico de J. Riubrugent a L. Giacchino y C. Bastos del 29 de julio de 2008 (C-268).

inapropiadas, las acciones de la CNEE violaban la LGE porque, según explica el Profesor Alegría, los miembros de la Comisión Pericial designados por las partes, como el Sr. Riubrugent, “no representan’ a las partes dentro de la Comisión Pericial”, sino que “deben actuar como expertos independientes e imparciales a fin de resolver las discrepancias relacionadas con el estudio del VAD del distribuidor”.⁶⁶⁵

182. A la hora de la reunión programada el 31 de julio, los Sres. Bastos y Giacchino llamaron por teléfono y por Skype al Sr. Riubrugent, ante la presencia de dos testigos, pero el Sr. Riubrugent no contestó.⁶⁶⁶ Luego de reunirse con su respectivo asesor legal, los Sres. Bastos y Giacchino reprogramaron la reunión para las 3:00 PM. a los fines de brindar al Sr. Riubrugent otra oportunidad para poder participar de modo tal de que la Comisión Pericial pudiera proceder con un quórum total.⁶⁶⁷ El Sr. Bastos luego envió un correo al Sr. Riubrugent, con copia al Sr. Giacchino, para citarlo a esta reunión, por teléfono o por Skype.⁶⁶⁸ A las 3:00 PM., los Sres. Bastos y Giacchino intentaron nuevamente contactarse con el Sr. Riubrugent por teléfono y por Skype, ante la presencia de dos testigos, pero el Sr. Riubrugent no contestó nuevamente.⁶⁶⁹

183. Los Sres. Bastos y Giacchino en consecuencia examinaron el estudio revisado de Bates White sin el Sr. Riubrugent.⁶⁷⁰ Al hacerlo, el Sr. Quijivix de la CNEE llamó al Sr. Bastos para decirle que la Comisión Pericial había sido disuelta y que ya no podía actuar como el tercer perito.⁶⁷¹ Como rechazo a los esfuerzos posteriores de la CNEE de obstruir la labor de la Comisión Pericial, el Sr. Bastos le dijo al Sr. Quijivix que había sido “designado y contratado como perito por ambas partes, que EEGSA había insistido en que la Comisión Pericial

⁶⁶⁵ Alegría, párrafo 63 (CER-1).

⁶⁶⁶ Giacchino, párrafo 89 (CWS-4); Bastos, párrafo 34 (CWS-1); Declaración jurada de Viviana Carla Muñoz y Carolina Czastkiewicz del 31 de julio de 2008 (C-283).

⁶⁶⁷ Giacchino, párrafo 89 (CWS-4); *ver también* Bastos, párrafo 34 (CWS-1).

⁶⁶⁸ Correo electrónico de C. Bastos a J. Riubrugent cc: L. Giacchino del 31 de julio de 2008 a la 1:00 p.m. (C-282); *ver también* Giacchino, párrafo 89 (CWS-4).

⁶⁶⁹ Giacchino, párrafo 89 (CWS-4); Declaración jurada de Viviana Carla Muñoz y Carolina Czastkiewicz del 31 de julio de 2008 (C-283).

⁶⁷⁰ Giacchino, párrafo 89 (CWS-4); Bastos, párrafos 34-35 (CWS-1).

⁶⁷¹ Bastos, párrafo 34 (CWS-1).

continuara desempeñando su labor y que las Reglas de Operación así lo requerían”.⁶⁷² Él y el Sr. Giacchino procedieron así a examinar el estudio de Bates White como lo requerían las Reglas Operativas.⁶⁷³

e. La Comisión Pericial confirmó que el Estudio Revisado de Bates White cumplía con las decisiones de la Comisión Pericial

184. Bates White concluyó su presentación sobre el estudio revisado al Sr. Bastos el 31 de julio, luego de pasar un día y medio examinando cada revisión del estudio.⁶⁷⁴ Esa noche, tanto el Sr. Bastos como el Sr. Giacchino concluyeron que el estudio revisado de Bates White del 28 de julio de 2008 incorporaba totalmente cada una de las decisiones del Informe de la Comisión Pericial.⁶⁷⁵

185. Como explica el Sr. Giacchino, aunque la Comisión Pericial, decidió en favor de Bates White en varios de los asuntos claves discutido anteriormente, también decidieron en favor de la CNEE en ciertos asuntos los cuales tuvieron el efecto de reducir el VNR en el estudio de Bates White del 5 de mayo de 2008 por aproximadamente USD 248 millones de USD 1.3 billones.⁶⁷⁶ Parte de esta reducción era atribuible a el pronunciamiento unánime de la Comisión Pericial de que, con respecto a la instalación subterránea, Bates White solo podía incluir cables subterráneos que existían al momento del estudio,⁶⁷⁷ lo cual reducía el VNR en alrededor de USD 57 millones.⁶⁷⁸ El VNR disminuyó en otros USD 56 millones debido al pronunciamiento

⁶⁷² *Ib.*

⁶⁷³ *Ver* Giacchino, párrafos 89-90 (CWS-4); Bastos, párrafos 34-36 (CWS-1).

⁶⁷⁴ Giacchino, párrafo 90 (CWS-4).

⁶⁷⁵ *Ib.*; Bastos, párrafo 35-36 (CWS-1).

⁶⁷⁶ *Ver* Giacchino, párrafo 66 (CWS-4); *comparar* “Modelo VAD 28Abr08.xls”, pestaña “Resumen 2006” incluido en el Modelo de Bates White entregado a la CNEE el 5 de mayo de 2008 (muestra un VNR de USD 1.301.339.581) (C-206) *con* “Modelo VAD 28Abr08.xls”, pestaña “Resumen 2006” incluido en el Modelo de Bates White entregado a la CNEE el 28 de julio de 2008 (que muestra un VNR de USD 1.052.960.646) (C-265).

⁶⁷⁷ Según indica el Sr. Giacchino, “no se incluyeron en este cálculo diez kilómetros de los cables subterráneos existentes dado que los ingenieros optimizaron los 253 km existentes en 243 km”. Giacchino, párrafo 67 nota 145 (CWS-4).

⁶⁷⁸ *Ib.*, párrafo 67.

2-1 de la Comisión Pericial que exigía a Bates White eliminar el valor de las servidumbres.⁶⁷⁹ Además, si bien la Comisión Pericial rechazó el método de cálculo del FRC de la CNEE, como se explicó anteriormente, Bates White debía ajustar el FRC para depreciar el VNR al punto medio del período tarifario, lo cual disminuía el VNR en alrededor de USD 95 millones.⁶⁸⁰ Finalmente, diferentes decisiones relacionadas con los precios y con la manera de calcular costos redujeron el VNR en más de USD 130 millones.⁶⁸¹ El VNR del estudio del 28 de julio de 2008 de Bates White fue reducido entonces a USD 1,053 mil millones.⁶⁸²

186. El VNR calculado por la firma Bates White en cumplimiento con los pronunciamientos de la Comisión Pericial constituyó un incremento considerable para el VNR de USD 583.69 millones sobre el que se habían calculado las tarifas para el período 2003.⁶⁸³ Como explica el Sr. Giacchino y confirma el Sr. Kaczmarek, el aumento en el VNR entre los dos períodos tarifarios era atribuible a varios factores, era justificable desde el punto de vista económico y, además, era esperable. A efectos de comparar ambos VNR, es necesario explicar primero el hecho de que (i) el VNR anterior aplicaba los precios correspondientes al mes de abril de 2002 para los rubros materiales y labores mientras que el VNR posterior utilizaba los precios del mes diciembre para esos rubros y el costo de los materiales utilizados para el suministro eléctrico, en especial el cobre y el aluminio, sufrió un incremento drástico durante ese período, que dejó muy atrás la tasa de inflación;⁶⁸⁴ (ii) el capital de trabajo⁶⁸⁵ y las servidumbres⁶⁸⁶

⁶⁷⁹ *Ib.*, párrafo 70; “Modelo VAD 28Abr08.xls”, pestaña “Resumen 2006” incluido en el Modelo de Bates White entregado a la CNEE el 5 de mayo de 2008 (C-206); *ver también* Informe de la CP, Discrepancia B.4.e, Costos por servidumbres, páginas 50-51 (C-246).

⁶⁸⁰ *Ver* Giacchino, párrafo 72 (CWS-4); “Modelo VAD 28abr08.xls” tab “Documentación”, celda E9, incluido en el Modelo de Bates White entregado a la CNEE el 28 de julio de 2008 (C-265).

⁶⁸¹ Giacchino, párrafo 71 (CWS-4).

⁶⁸² *Ib.*, párrafos 71-72.

⁶⁸³ *Ver ib.*, párrafo 73.

⁶⁸⁴ *Ib.*, párrafos 73-75 (que afirma que: “hubo un gran aumento en el costo de la materia prima” en el periodo intermedio, “especialmente en el precio del cobre y aluminio, lo cual se tradujo en un impacto sobre el costo de los materiales eléctricos”); Kaczmarek, párrafos 105-106 (CER-2) (que advierte que en el ínterin, “la tasa de inflación real asociada con la construcción de una red de distribución aumentó a una tasa significativamente mayor que la inflación en general”). El aumento en el costo de los materiales representó un incremento de USD 314.4 millones en el VNR. Giacchino, párrafo 75 (CWS-4); Kaczmarek, párrafo 106 (CER-2).

tuvieron un tratamiento diferente en estos dos períodos; y (iii) varios bienes, tales como reguladores y ciertas protecciones para los transmisores, fueron incluidos en el cálculo del VNR correspondiente al año 2008, pero no en el del año 2003.⁶⁸⁷ Tras efectuar estos ajustes por las diferencias, que representan USD 311 millones, un incremento adicional de USD 81.5 millones en el VNR entre ambos períodos tarifarios puede explicarse por las siguientes razones, entre otras, a saber:⁶⁸⁸ (i) el precio del crudo se cuadruplicó durante este período, hecho que exigió mayor inversión para reducir las pérdidas en energía;⁶⁸⁹ y (ii) un incremento del 23% en el crecimiento del cliente y una expansión del 9% en la red física.⁶⁹⁰

187. Siguiendo la presentación de Bates White sobre los cálculos revisados, los Sres. Bastos y Giacchino concluyeron que la firma Bates White había revisado su estudio y calculado el VAD con observancia de los pronunciamientos de la Comisión Pericial para cada controversia, y así lo recomendaron a la CNEE y a EEGSA.⁶⁹¹ En una carta del 1 de agosto de 2008, enviada

⁶⁸⁵ Giacchino, párrafo 78 (CWS-4). Como explica el Sr. Giacchino, el capital de trabajo se incluyó como costo indirecto en la tarifa de 2003, pero se omitió en el cálculo del VNR para la tarifa 2008. *Ib.*; *ver también* Kaczmarek, párrafos 107-108 (CER-2). Esta diferencia en el tratamiento representó un incremento de casi USD 80 millones en el VNR del año 2008. Giacchino, párrafo 78 (CWS-4); Kaczmarek, párrafo 108 (CER-2).

⁶⁸⁶ El VNR 2003 incluyó la suma de USD 48.5 millones en concepto de valor de las servidumbres, sin embargo, la Comisión Pericial prohibió la inclusión en el VNR 2008 del valor de las servidumbres. Giacchino párrafo 74 (CWS-4); *ib.*, Figura 2; Informe de la CP, Discrepancia B.4.e, Costo por Servidumbres, páginas 49-51 (C-246).

⁶⁸⁷ Por ejemplo, se incluyeron reguladores para el año 2008, que representan un incremento del VNR de USD 28 millones; el costo de activación de líneas representó USD 10.2 millones. Además, para cumplir con los nuevos estándares, se incluyeron USD 16.9 millones en concepto de costo de protección de líneas aéreas. Giacchino, párrafo 79 (CWS-4); *ib.*, Figura 2. Asimismo, se omitió la protección a transformadores BT y ciertos materiales en el año 2003, que representan USD 16.6 millones. *Ib.*, párrafo 76 (CWS-4); *ib.*, Figura 2.

⁶⁸⁸ Como explica el Sr. Giacchino, se utilizaron métodos diferentes en los dos estudios: NERA exigía un enfoque de arriba hacia abajo para el año 2002; Bates White, un enfoque de abajo hacia arriba para el año 2008. Giacchino, párrafo 81 (CWS-4). La empresa consultora nunca alcanzará un resultado idéntico si utiliza dos métodos distintos para construir una empresa eficaz modelo. *Ib.*

⁶⁸⁹ *Ib.* párrafo 80 (CWS-4); Kaczmarek, párrafo 109 (CER-2). El incremento en los precios del crudo representó una diferencia de USD 44.3 millones entre los VNR de los años 2003 y 2008. Giacchino, párrafo 80 (CWS-4).

⁶⁹⁰ Giacchino, párrafo 77 (CWS-4); Kaczmarek, párrafo 111 (CER-2). Este crecimiento representó USD 37.2 millones en el VNR entre ambos períodos. Giacchino, párrafo 77 (CWS-4); Kaczmarek, párrafo 111 (CER-2).

⁶⁹¹ Giacchino, párrafo 90 (CWS-4); Bastos, párrafo 35 (CWS-1).

vía e-mail ese mismo día, el Sr. Giacchino dejó constancia de que había revisado cada uno de los documentos y expedientes relacionados con el cálculo de la tarifa así como también había verificado que “todas y cada una de las solicitudes de las CP, emanadas de la resolución de todas las disputas señaladas por la CNEE, han sido cabalmente cumplidas por Bates White”.⁶⁹² El Sr. Giacchino remitió un resumen de los principales documentos y expedientes relativos a cada una de las disposiciones de la Comisión Pericial y “ava[ló] firmemente el cuadro tarifario presentado por Bates White” en el estudio revisado del 28 de julio.⁶⁹³

188. También, el Sr. Bastos envió una carta a la CNEE y a EEGSA el 1 de agosto de 2008 en la que resumía los pasos que había tomado desde la emisión del Informe de la Comisión Pericial e indicaba que, a su parecer, Bates White había revisado su estudio de conformidad con lo dispuesto por la Comisión Pericial respecto de cada una de las discrepancias.⁶⁹⁴ El Sr. Bastos expresó que el modelo de Bates White utilizado para realizar los cálculos consistió en 173 libros de Excel enlazados, cada uno de los cuales contenía, a su vez, varias hojas de cálculo con los distintos pasos que llevaban al cálculo final del VAD y de las tarifas,⁶⁹⁵ y que había podido “verificar que Bates White había incorporado todas las decisiones de la Comisión Pericial a su estudio tarifario corregido del 28 de julio de 2008”.⁶⁹⁶ Para demostrar que se habían realizado las correcciones, el Sr. Bastos adjuntó una tabla por cada una de las disposiciones de la Comisión Pericial que requerían revisión mientras que en las hojas de cálculo de Excel, Bates White había incorporado la revisión a su modelo.⁶⁹⁷ El Sr. Bastos concluyó que “el resultado del VAD

⁶⁹² Nota de L. Giacchino a la CNEE y EEGSA del 31 de julio de 2008, página 3 (en donde también consta que el Sr. Riubrugent no permitió que la Comisión Pericial lograra quórum completo), adjunta al Correo electrónico de L. Giacchino a M. Quijivix (CNEE) y M. Calleja (EEGSA) del 1 de agosto de 2008 (C-284); *ver también* Giacchino, párrafo 96 (CWS-4); Maté, párrafo 55 (CWS-6); Calleja, párrafo 53 (CWS-3).

⁶⁹³ Nota de L. Giacchino a la CNEE y EEGSA del 31 de julio de 2008, página 3 (C-284).

⁶⁹⁴ Bastos, párrafo 35 (CWS-1); Nota de C. Bastos a la CNEE y EEGSA, del 1 de agosto de 2008, páginas 3-4, adjunta al Correo electrónico de C. Bastos a M. Calleja (EEGSA) y M. Quijivix (CNEE) del 1 de agosto de 2008 (C-288).

⁶⁹⁵ Nota de C. Bastos a la CNEE y EEGSA del 1 de agosto de 2008, página 3 (C-288).

⁶⁹⁶ *Ib.*; *ver también* Bastos, párrafos 35-36 (CWS-1).

⁶⁹⁷ Bastos, párrafo 36 (CWS-1); Cuadro de Correcciones requerido por la Comisión Pericial (C-289), adjunto a la Nota de C. Bastos a la CNEE y EEGSA del 1 de agosto de 2008 (C-288).

calculado en su Estudio Tarifario [de Bates White] del 28 de julio del 2008 está calculado con un modelo que incorpora las decisiones tomadas por la Comisión Pericial”.⁶⁹⁸

f. La CNEE impuso el VAD y las tarifas según el estudio de su propia Consultora, que infringían las decisiones de la Comisión Pericial

189. Como se detalla en los párrafos precedentes, para la fecha en la que las nuevas tarifas iban a entrar en vigor, dos miembros de la Comisión Pericial habían notificado por escrito a la CNEE que el VAD que se incluía en el estudio revisado de Bates White había sido calculado de conformidad con los pronunciamientos de la Comisión Pericial y, en consecuencia, cumplía con la ley.⁶⁹⁹ Como también se explica en los párrafos anteriores, a pesar de que la CNEE había presionado a su miembro designado para la Comisión Pericial para que éste no participe en dicha revisión, él también había manifestado con certeza que el estudio revisado de Bates White contemplaba todos los pronunciamientos de la Comisión Pericial.⁷⁰⁰ Conforme se demuestra a continuación, la CNEE desestimó de manera arbitraria el estudio revisado preparado por la firma Bates White e impuso su propio VAD, en violación y contravención a las decisiones clave de la Comisión Pericial.

190. El 31 de julio de 2008, la CNEE publicó las Resoluciones CNEE-144-2008, CNEE-145-2008 y CNEE-146-2008, todas ellas contrarias a la ley.⁷⁰¹ En virtud de la Resolución CNEE-144-2008, la CNEE aprobó el estudio realizado por su propia consultora, Sigla, y declaró que el estudio “será la base para emitir y publicar el pliego tarifario” de EEGSA.⁷⁰² De acuerdo con las Resoluciones CNEE-145-2008 y CNEE-146-2008, la CNEE fijó las tarifas y las fórmulas

⁶⁹⁸ Nota de C. Bastos a la CNEE y EEGSA del 1 de agosto de 2008, páginas 3-4 (C-288); Bastos, párrafo 35 (CWS-1); *ver también* Calleja, párrafo 53 (CWS-3); Maté, párrafo 55 (CWS-6).

⁶⁹⁹ *Ver supra* II.F.5.e; Bastos, párrafos 35-36 (CWS-1); Giacchino, párrafo 90 (CWS-4); Calleja, párrafo 53 (CWS-3); Maté, párrafo 55 (CWS-6); Nota de C. Bastos a la CNEE y EEGSA del 1 de agosto de 2008 (C-288); Nota de L. Giacchino a la CNEE y EEGSA del 31 de julio de 2008 (C-284).

⁷⁰⁰ *Ver supra* II.F.5.d; *ver también* Bastos, párrafo 31 (CWS-1); Giacchino, párrafo 85 (CWS-4); Correo electrónico de J. Riubrugent a L. Giacchino y C. Bastos, 29 de julio de 2008 (C-268).

⁷⁰¹ *Ver* Alegría, párrafos 61 y 64-69 (CER-1); *ver también* Maté, párrafo 53 (CWS-6); Calleja, párrafos 49-50 (CWS-3).

⁷⁰² Resolución No. CNEE-144-2008 del 29 de julio de 2008, Art. I, página 4, (C-272); *ver también* Alegría, párrafo 61 (CER-1); Maté, párrafo 54 (CWS-6); Calleja, párrafo 49 (CWS-3).

de ajuste periódico para los clientes de EEGSA con vigencia entre el 1 de agosto de 2008 y el 31 de julio de 2013, según lo calculado en el estudio efectuado por Sigla.⁷⁰³ Por consiguiente, la CNEE publicó el nuevo VAD y las nuevas tarifas por su cuenta, sin la participación de EEGSA, su consultor precalificado, ni de la Comisión Pericial, tal como EEGSA temía, desde hacía tiempo, que hiciera la CNEE.⁷⁰⁴

191. La CNEE fundamentó cada una de estas Resoluciones en su argumentación de que el Informe de la Comisión Pericial del 25 de julio de 2008 confirmaba que el estudio Bates White del 5 de mayo de 2008 “omitió hacer la corrección a la totalidad de las observaciones realizadas ante por la Comisión Nacional de Energía Eléctrica” a través de la referida Resolución CNEE-63-2008 del 11 de abril de 2008.⁷⁰⁵ Por tanto, en dichas Resoluciones la CNEE tomó la postura de que las partes habían designado a la Comisión de Pericial solamente para confirmar si Bates White había aceptado todas las observaciones de la CNEE.⁷⁰⁶ En consecuencia y de acuerdo con la postura de la CNEE, no habría diferencia alguna si la Comisión Pericial coincidía con Bates White en que una – o incluso todas excepto una – de las observaciones de la CNEE habían sido infundadas.⁷⁰⁷

192. El argumento de la CNEE para justificar estas Resoluciones fue, a todas luces, incorrecto por varios motivos.⁷⁰⁸ En primer lugar, como explica el profesor Alegría, además de ser inconstitucional, como se explicó anteriormente, la CNEE hizo una interpretación errada de

⁷⁰³ Resolución No. CNEE-145-2008 del 30 de julio de 2008, Art. I, §§ 3-4 (**C-273**); Resolución No. CNEE-146-2008 del 30 de julio de 2008, Art. I, § 4 (**C-274**); *ver también* Alegría, párrafo 64 (**CER-1**); Maté, párrafo 53 (**CWS-6**); Calleja, párrafo 49 (**CWS-3**).

⁷⁰⁴ *Ver supra* II.F.1.4; *ver también, por ejemplo*, Calleja, párrafo 15 (que explica el motivo por el cual, a su entender, “desde un principio, la estrategia de la CNEE fue la de generar para sí misma un mecanismo para determinar el nuevo VAD y la tarifa sin participación de EEGSA o del consultor contratado por ésta, en violación de la ley”) (**CWS-3**); Maté, párrafo 14 (**CWS-6**).

⁷⁰⁵ Resolución No. CNEE-144-2008 del 29 de julio de 2008, página 3 (**C-272**); *ver también* Resolución No. CNEE-145-2008 del 30 de julio de 2008, página 3 (**C-273**); Resolución No. CNEE-146-2008 del 30 de julio de 2008, página 3 (**C-274**).

⁷⁰⁶ Alegría, párrafo 67 (**CER-1**); Calleja, párrafo 50 (**CWS-3**).

⁷⁰⁷ Calleja, párrafo 50 (**CWS-3**).

⁷⁰⁸ *Ver* Alegría, párrafos 61, 64-69 (**CER-1**); *ver también* Calleja, párrafo 50 (**CWS-3**).

la enmienda del Artículo 98 del RLGE.⁷⁰⁹ Esta enmienda del Artículo 98 autorizaba a la CNEE para fijar las tarifas según su propio estudio en dos casos únicamente, a saber: 1) cuando el distribuidor no entregaba el estudio y 2) cuando el distribuidor no entregaba las correcciones a su estudio en función de las observaciones de la CNEE.⁷¹⁰ En este caso, sin embargo, y en virtud de lo que reflejan las Resoluciones de la CNEE, EEGSA entregó el estudio preparado por su consultora (el 31 de marzo de 2008) así como las correcciones a dicho estudio (el 5 de mayo de 2008).⁷¹¹ Por lo tanto, aun si fuese constitucional y capaz de aplicarse legalmente, el Artículo 98 modificado del RLGE no resulta aplicable en el caso de EEGSA y la CNEE no tenía autoridad para encomendar la realización de su propio estudio tarifario ni para ampararse en tal estudio para fijar las tarifas.⁷¹²

193. En segundo lugar, la premisa subyacente a estas Resoluciones – que Bates White debía aceptar todas las observaciones de la CNEE efectuadas en la Resolución CNEE-63-2008 – es falsa, tal como lo reflejan el artículo 98 del RLGE y los términos de referencia de la CNEE.⁷¹³ El artículo 98 del RLGE – tanto antes como después de su modificación – preveía que el distribuidor, a través de la empresa consultora, “analizará las observaciones, efectuará las correcciones a los estudios y los enviará” y que “[d]e persistir discrepancias entre la Comisión y el Distribuidor, se seguirá el procedimiento estipulado en el artículo 75 de la Ley”.⁷¹⁴ El artículo 1.8 de los términos de referencia de la CNEE establecía que “El Distribuidor, a través de la empresa consultora, analizará las observaciones, efectuará las correcciones a los estudios *que*

⁷⁰⁹ Alegría, párrafos 66-68 (CER-1).

⁷¹⁰ *Ver supra* II.F.1; *ver también* Alegría, párrafos 37 y 66 (CER-1); Acuerdo Gubernativo No. 68-2007 del 2 de marzo de 2007, Art. 21 (que modifica el artículo 98 del RLGE) (C-104).

⁷¹¹ *Ver* Resolución No. CNEE-144-2008 del 29 de julio de 2008, página 3 (C-272); Resolución No. CNEE-145-2008 del 30 de julio de 2008, página 3 (C-273); Resolución No. CNEE-146-2008 del 30 de julio de 2008, página 3 (C-274).

⁷¹² Alegría, párrafo 66 (CER-1).

⁷¹³ *Ib.*, párrafo 67.

⁷¹⁴ Artículo 98 *bis* del RLGE modificado (C-105); RLGE, Art. 98 (C-21); *ver también* Alegría, párrafo 67 (que advierte que la versión original del artículo 98 del RLGE y la versión modificada son congruentes al respecto) (CER-1).

estime apropiados y los enviará a la Comisión”.⁷¹⁵ Tanto el artículo 98 del RLGE como los propios términos de referencia de la CNEE expresamente contemplaban la posibilidad, como se describe en los párrafos anteriores, de que el distribuidor disintiera o rechazara una o más de las observaciones realizadas por la CNEE y de que las partes presentaran las discrepancias resultantes a una Comisión Pericial que actuaría como arbitro final en la disputa.⁷¹⁶

194. En tercer lugar, la interpretación del artículo 98 del RLGE realizada por la CNEE no sólo es contraria a la letra del artículo y de los términos de referencia sino que también tornó los pronunciamientos de la Comisión Pericial abstractos. Tal como observa el profesor Alegría, si el artículo 98 exigiera que el distribuidor aceptara todas las observaciones de la CNEE, como sostiene la CNEE, “nunca se daría la situación en la que fuera necesario conformar una comisión pericial, conforme prevé el artículo 75 de la LGE y el artículo 98 del RLGE, en tanto jamás existirían discrepancias que persistieran entre la CNEE y el distribuidor”.⁷¹⁷ Como explica el profesor Alegría, la CNEE contravino los artículos 74 y 75 de la LGE y el artículo 98 del RLGE cuando desestimó el pronunciamiento de la Comisión Pericial sobre las discrepancias y, en cambio, se amparó en su propio estudio – y, por lo tanto, se otorgó un poder irrestricto – para fijar las tarifas.⁷¹⁸

⁷¹⁵ Tdr de octubre de 2007 (énfasis agregado) (**C-127**); *ver también ib.*, Art. 1.10 (que sostiene que los términos de referencia eran lineamientos que estaban sujetos a la LGE o al RLGE y no los modificaban. En tal sentido, la empresa consultora podía apartarse de estos términos de referencia si ofrecía una justificación razonada para hacerlo); Alegría, párrafos 49-50 (**CER-1**); Calleja, párrafo 21 (**CWS-3**).

⁷¹⁶ Alegría, párrafo 67 (**CER-1**); *ver también supra* II.F.1-2; Calleja, párrafo 21 (**CWS-3**). La Comisión Pericial llegó a la misma conclusión. *Ver* Informe de la Comisión Pericial, Introducción, página 3 (“Aquellas observaciones realizadas por la CNEE en caso de no ser atendidas por la consultora y por tanto de persistir constituyen discrepancias y deben ser resueltas por la Comisión Pericial (artículos 75 de la LGE y 98 del RLGE)”) (**C-246**).

⁷¹⁷ Alegría, página 67 (**CER-1**); *ver también ib.* (que concluyó que “no existen, por lo tanto, motivos para entender que la obligación del distribuidor de enviar las correcciones a la CNEE conforme al Artículo 98 del RLGE modificado pueda entenderse como una obligación de incorporar la totalidad de las observaciones planteadas por la CNEE”); Calleja, párrafo 50 (en lo que explica que “esta absurda postura [de la CNEE] invirtió por completo el procedimiento con respecto a la Comisión Pericial conforme a la LGE (y artículo 1.8 de los términos de referencia” porque “Si (...) Bates White hubiera aceptado todas las observaciones planteadas por la CNEE sin disentir con ninguna de ellas, las partes no habrían tenido razón alguna para constituir una Comisión Pericial”).) (**CWS-3**).

⁷¹⁸ Alegría, párrafo 68 (**CER-1**).

195. En cuarto lugar, la supuesta confianza de la CNEE en el Informe de la Comisión Pericial – al afirmar que la Comisión Pericial había encontrado discrepancias entre el estudio de Bates White del mes de mayo de 2008 y las observaciones de la CNEE – es insustancial.⁷¹⁹ Como sostiene el Sr. Calleja, las partes estaban completamente al tanto de que Bates White no había incorporado en su estudio revisado todas las correcciones que precisaba realizar si aceptaba la totalidad de las observaciones efectuadas por la CNEE y, por consiguiente, designaron a la Comisión Pericial para que trabaje por casi dos meses para “resolver los desacuerdos planteados entre Bates White y la CNEE mas no confirmar su existencia”.⁷²⁰ A tal efecto, tal como advierte el Sr. Calleja, la misma CNEE propuso en su primer borrador de reglas operativas que la “CP dictaminará sobre las discrepancias y el consultor de la Distribuidora será quien haga el recálculo del Estudio, debiendo apegarse al estricto cumplimiento de lo resuelto por la CP”.⁷²¹ Así, la Comisión Pericial entendió que su tarea, como se refleja en su Informe, consistía en “resolver discrepancias”,⁷²² y que Bates White “deberá realizar todos los cambios solicitados en el pronunciamiento de la CP [Comisión Pericial] y remitir la nueva versión a la CP para su revisión y aprobación”.⁷²³ Así, como observa el Sr. Calleja, la posición de la CNEE de que las partes habían designado a la Comisión Pericial únicamente a fines de confirmar la existencia de discrepancias “urdida” y “sin fundamentos”.⁷²⁴

196. Además de infringir el derecho de Guatemala por los motivos antes expuestos, la publicación de la CNEE sobre las nuevas tarifas sobre la base del estudio de su propia empresa

⁷¹⁹ *Ib.*, párrafo 67; Calleja, párrafo 50 (CWS-3); Maté, párrafo 54 (CWS-6).

⁷²⁰ Calleja, párrafo 50 (CWS-3); *ver también* Maté, párrafo 54 (CWS-6); Alegría, párrafo 68 (“Conforme al Artículo 75 de la LGE y al Artículo 78 del RLGE, la función de la comisión pericial es resolver las discrepancias que persisten entre la CNEE y el distribuidor, luego de que el distribuidor haya respondido a las observaciones de la CNEE; su función no es confirmar si el distribuidor incorporó o no todas las observaciones de la CNEE en la versión corregida del estudio tarifario.”) (CER-1).

⁷²¹ Reglas Operativas Propuestas adjunta al Correo electrónico de M. Quijivix (CNEE) a M. Calleja (EEGSA) del 15 de mayo de 2008 a las 0:22 GMT, página 2 (C-210); *ver también* Calleja, párrafo 5 (CWS-3).

⁷²² Informe de la CP, página 11 § 4.3 (C-246); *ver también supra* II.F.5.c.

⁷²³ Informe de la CP, página 10 § 4.2, regla 12 (C-246); *ver también supra* II.F.5.c.

⁷²⁴ Calleja, párrafo 50 (CWS-6); *ver también* Maté, párrafo 54 (CWS-6); *supra* II.F.5.b.

consultora viola una disposición judicial.⁷²⁵ Como se explica precedentemente, el 30 de julio de 2008, un juzgado de Guatemala le ordenó a la CNEE “acatar a cabalidad el pronunciamiento de la Comisión Pericial, permitiendo que concluya su labor, especialmente la revisión final de los cambios presentados a la Comisión Pericial por la Firma Bates White” y “abstenerse de utilizar mecanismos que tiendan a manipular, cambiar o interpretar en forma unilateral los que ya están aprobados”.⁷²⁶ Si bien el juzgado luego revocó esa decisión en una segunda orden (también de fecha 30 de julio de 2008), la CNEE no fue notificada de esa segunda orden hasta el día 31 de julio, luego de que ya había publicado las Resoluciones CNEE-144-2008, CNEE-145-2008 y CNEE-146-2008.⁷²⁷ La publicación de la CNEE sobre el nuevo pliego tarifario mientras la orden previa del Juzgado seguía vigente evidencia que la CNEE no se consideraba obligada por las órdenes emanadas de los juzgados guatemaltecos, o bien, sabía que podía presionar al juez para que revoque la orden anterior.⁷²⁸

197. Asimismo, el nuevo pliego tarifario estaba basado en un estudio que violaba los derechos de procedimiento de EEGSA y era contrario al pronunciamiento de la Comisión Pericial.⁷²⁹ La CNEE retuvo a Sigla para preparar su estudio en el mes de noviembre de 2007, más de cuatro meses antes de que EEGSA tuviera que entregar su propio estudio.⁷³⁰ Como explica el profesor Alegría, esta contratación era ilegal porque, para esa fecha, no se habían cumplido ni se podía cumplir con ninguna de las condiciones del artículo 98 para que la CNEE

⁷²⁵ *Ver supra* II.F.5.d.

⁷²⁶ Decisión del Juzgado Primero de Primera Instancia del Ramo Civil del 30 de julio de 2008, página 2 (**C-275**); *ver también supra* II.F.5.d; Calleja, párrafo 48 (**CWS-3**); Maté, párrafo 52 (**CWS-6**); Alegría, párrafo 69 (**CER-1**).

⁷²⁷ Maté, párrafo 53 (**CWS-6**); Calleja, párrafo 49 (**CWS-3**); *ver también* Nota del Juzgado Primero de Primera Instancia del Ramo Civil a la CNEE del 31 de julio de 2008 (que acusa el recibo por parte de la CNEE de la segunda orden el día 31 de julio de 2008) (**C-280**).

⁷²⁸ Maté, párrafo 52 (**CWS-6**); Calleja, párrafo 51 (**CWS-3**).

⁷²⁹ Calleja, párrafo 49 (**CWS-3**); *ver también* Maté, párrafos 13-14 (**CWS-6**); Alegría, párrafo 69 (**CER-1**).

⁷³⁰ Alegría, párrafo 69 (**CER-1**); Maté, párrafo 13 (**CWS-6**); *ver también* Acuerdo No. CNEE-116-2007 del 27 de julio de 2007 (que publica una solicitud para que una empresa colabore con la CNEE en la preparación de su propio estudio de VAD) (**C-122**); Contrato 11-189-2007 entre la CNEE y Electrotek y Sigla del 12 de noviembre de 2007 (**C-132**).

realice su propio estudio.⁷³¹ Asimismo, como sostienen los Sres. Maté y Calleja, no se le dio oportunidad alguna ni a EEGSA, ni a Bates White de revisar u observar el estudio realizado por Sigla.⁷³² En consecuencia, la decisión unilateral de la CNEE de publicar las tarifas sobre la base de un estudio que ella misma encomendó y respecto del cual el distribuidor no jugó ningún rol tira por tierra el cuidadoso equilibrio que la LGE contempla entre el regulador y el distribuidor.

198. Básicamente, el estudio preparado por Sigla contravino los pronunciamientos de la Comisión Pericial respecto de muchas de las discrepancias principales que se decidieron a favor de Bates White.⁷³³ Conforme lo expuesto, en una discrepancia clave respecto de la forma de calcular el FRC, la Comisión Pericial expresamente rechazó la postura de la CNEE que sostenía que el VNR debía depreciarse en un 50%.⁷³⁴ La Comisión Pericial determinó que la fórmula del FRC prevista en los términos de referencia era correcta, pero no se podían asignar a las variables los valores contemplados en los términos de referencia porque el hecho daría lugar a un FRC contrario a las disposiciones de la LGE.⁷³⁵ Sin embargo, el estudio de Sigla adoptó la fórmula del FRC de la CNEE, con sus suposiciones respecto de los valores de las variables en dicha fórmula, y depreció el VNR en un 50%.⁷³⁶ Del mismo modo, a pesar de que la Comisión Pericial rechazó en forma unánime la postura de la CNEE que sostenía que se debían usar los precios correspondientes al 2006 en el estudio VAD y ser objeto de un ajuste por inflación, en

⁷³¹ Alegría, párrafo 69 (que concluye que la CNEE “violó también el Artículo 98 del RLGE al encomendarle a Sigla un estudio tarifario independiente antes de que realmente se hubieran dado las condiciones que establece el Artículo 98 del RLGE”) (**CER-1**).

⁷³² Calleja, párrafo 49 (**CWS-3**); Maté, párrafo 53 (**CWS-6**).

⁷³³ Ver Calleja, párrafo 49 (**CWS-3**).

⁷³⁴ Ver Informe de la Comisión Pericial, Discrepancia D.1, Anualidad de la Inversión, Factor de Recuperación del Capital, páginas 91-93 (**C-246**); ver también Bastos, párrafos 21-22 (**CWS-1**).

⁷³⁵ Informe de la Comisión Pericial, Discrepancia D.1, Anualidad de la Inversión, Factor de Recuperación del Capital, páginas 91-93 (**C-246**); ver también Bastos, párrafos 21-22 (**CWS-1**).

⁷³⁶ Sigla, Etapa D, Anualidad de la Inversión, Componente de Valor Agregado de Distribución, página 2 (que muestra la fórmula utilizada para calcular el FCR, que incluye la ecuación Ta (período de amortización) con To (vida útil promedio de los activos)) (**C-267**); *ib.* (que señala que calculó el FRC “de acuerdo con lo TdR [Términos de Referencia]”) (énfasis agregado); Sigla Etapa G, Componentes de Costos del VAD, Costos de Capital, página 3 (que describe que se aplicó la fórmula del FRC contemplada en los Términos de Referencia); ver también Kaczmarek, párrafos 13, 119, 122 (**CER-2**).

vez de utilizar los precios 2007 más recientes que se encontraban disponibles,⁷³⁷ Sigla utilizó los precios 2006 para confeccionar su estudio.⁷³⁸ En igual sentido, Sigla adoptó un método para determinar la densidad de demanda que infringe el pronunciamiento de la Comisión Pericial respecto de la discrepancia, que produjo la subvaloración de los activos necesarios para brindar servicio en el área de distribución de EEGSA y, por lo tanto, disminuyó el VNR de manera injustificada.⁷³⁹

199. Estas fueron tres de las cuatro “discrepancias clave” que el Sr. Bastos señaló como las de mayor impacto sobre el VAD,⁷⁴⁰ y en cada caso, la CNEE impuso un VAD y una tarifa que hacía caso omiso al pronunciamiento de la Comisión Pericial sobre la discrepancia.

6. Guatemala rechazó los esfuerzos de EEGSA de remediar la injusticia sufrida y ejercida contra EEGSA

200. El 30 de julio de 2008, inmediatamente tras la publicación de la CNEE del nuevo pliego tarifario sobre la base del estudio Sigla y haciendo caso omiso a los pronunciamientos de la Comisión Pericial, EEGSA presentó recursos administrativos ante la CNEE que objetaban la Resoluciones CNEE-144-2008, CNEE-145-2008 y CNEE-146-2008,⁷⁴¹ así como una acción de

⁷³⁷ Informe de la Comisión Pericial, Discrepancia B.1.b, Antigüedad de los Precios, páginas 32-33 (C-246); ver también Giacchino, párrafo 57 (CWS-6); Bastos, párrafo 28 (CWS-1).

⁷³⁸ Sigla, Etapa D, Anualidad de la Inversión, Componente de Valor Agregado de Distribución, página 1 (que señala que se utilizó el VNR de las instalaciones para el año base 2006) (C-267); Sigla Etapa G, Componentes de Costo del VAD, Introducción, página 1 (que señala que se utilizaron los precios 2006 para el año base) (C-267).

⁷³⁹ Comparar Sigla Etapa A, Estudio de la Demanda, página 55 (que explica que Sigla calculó la demanda con cuadrículas de 100 x 100 m.) (C-267) con el Informe de la Comisión Pericial, Discrepancia A.2, Desagregación Espacial de la Demanda, página 17 (que explica que el estudio Bates White calculó la demanda con grillas de 400 x 400 m. lo que garantiza el cálculo correcto de la demanda y rechaza la postura de la CNEE que sostiene que se deberían utilizar grillas más pequeñas) (C-246) y Bastos, párrafos 23-26 (CWS-1) (que explica lo mismo).

⁷⁴⁰ Bastos, párrafos 20-28 (CWS-1). La cuarta discrepancia clave se refiere a subterrneidad y se decidió a favor de la CNEE. *Ib.* párrafo 27. Como se expone en los párrafos precedentes, Bates White incorporó el pronunciamiento de la Comisión Pericial sobre subterrneidad en su versión revisada del informe del 28 de julio de 2008, que produjo la reducción del VNR en USD 57 millones. Giacchino, párrafo 67 (CWS-4).

⁷⁴¹ Ver Maté, párrafo 59 (CWS-6); Calleja, párrafo 54 (CWS-3); Alegría, párrafo 73 (CER-1); Recurso de revocatoria de EEGSA contra Resolución No. CNEE-144-2008 del 1 de agosto de 2008 (C-285); Recurso de revocatoria de EEGSA contra Resolución No. CNEE-145-2008 del 1 de agosto de 2008 (C-286); Recurso de revocatoria de EEGSA contra la Resolución No. CNEE-146-2008 del 1 de agosto de 2008 (C-287).

amparo.⁷⁴² A pesar de que Iberdrola, como accionista de control y gestión de EEGSA, asumió el liderazgo en la negociación con el Gobierno, tanto durante el proceso de revisión de tarifas y, a partir de entonces, en ocasiones, los ejecutivos de TECO visitaron Guatemala y solicitaron reuniones con funcionarios guatemaltecos para discutir las inversiones de TECO en Guatemala, incluyendo a EEGSA. Así, cuando el entonces presidente de TECO Guatemala, el Sr. Gillette, viajó a Guatemala poco después de que se publicara el nuevo pliego tarifario, se reunió con miembros de la CNEE y otros funcionarios guatemaltecos en un intento de dirimir la controversia.⁷⁴³ En estas reuniones, el Sr. Gillette hizo hincapié en el hecho de que la empresa TECO mantenía su compromiso con Guatemala y quería permanecer en el país por largo tiempo.⁷⁴⁴ Frustrada la posibilidad de llegar a un acuerdo, el 15 de agosto de 2008 el Sr. Gillette envió una carta al presidente de Guatemala, Álvaro Colom Caballeros, en relación con la acción unilateral adoptada por la CNEE en la fijación del VAD de EEGSA y lo exhortó a que “se de el derecho de proceso para establecer tarifas realistas, tanto para la CNEE como para EEGSA”.⁷⁴⁵ Como explica el Sr. Gillette:

Las nuevas tarifas determinadas por la CNEE son considerablemente inferiores a las anteriores tarifas (en algunos rubros menores al 60% del valor anterior), resultando en pérdidas netas para la compañía. Esto amenaza seriamente la subsistencia financiera de EEGSA, inestabilidad que trae consecuencias significativas, no solo para sus inversionistas, sino para los usuarios (los ciudadanos de Guatemala). Adicionalmente, esta acción afecta la habilidad inmediata de EEGSA para obtener créditos bancarios necesarios para la expansión y mejora del sistema.⁷⁴⁶

⁷⁴² Acción de Amparo de EEGSA contra la Resolución CNEE GJ-Providencia-3121 y las Resoluciones Nos. CNEE-144-2008, CNEE-145-2008 y CNEE-146-2008 del 14 de agosto de 2008 (C-291).

⁷⁴³ Gillette, párrafo 23 (CWS-5).

⁷⁴⁴ *Ib.*

⁷⁴⁵ *Ib.*; Nota de G. Gillette al presidente de Guatemala, Álvaro Colom Caballeros del 15 de agosto de 2008 (C-292).

⁷⁴⁶ Nota de G. Gillette al presidente de Guatemala Álvaro Colom Caballeros del 15 de agosto de 2008 (C-292).

Como relata el Sr. Gillette, a pesar de los intentos de TECO por llegar a un acuerdo, Guatemala no tenía intenciones de negociar el VAD.⁷⁴⁷

201. También en agosto de 2008, los representantes de EEGSA y los Sres. Maté y Calleja también se reunieron con los directivos de la CNEE para analizar la posibilidad de negociar una resolución para la controversia.⁷⁴⁸ Sin embargo, la CNEE se negó a negociar o discutir las tarifas.⁷⁴⁹ En un nuevo intento de dirimir el conflicto, el 11 de agosto de 2008, los Sres. Maté y Calleja se reunieron con el ministro de Energía y Minas, Carlos Meany.⁷⁵⁰ El representante legal de EEGSA, Juan Carlos Castillo, también participó en esta reunión.⁷⁵¹ Según describe el Sr. Maté, el ministro Meany los escuchó, tomó nota, hizo algunas preguntas y prometió volver a contactarlos.⁷⁵²

202. El 18 de agosto de 2008, el ministro Meany convocó al Sr. Maté a una reunión para el día siguiente.⁷⁵³ A pedido del ministro Meany, el Sr. Maté asistió solo a la reunión.⁷⁵⁴ El ministro Meany estaba acompañado del viceministro de Energía y Minas, el Sr. Romeo Rodríguez.⁷⁵⁵ Durante la reunión, el ministro Meany le preguntó al Sr. Maté si EEGSA tenía intenciones de negociar un acuerdo con la CNEE sobre el VAD.⁷⁵⁶ El Sr. Maté le respondió al ministro Meany que EEGSA tenía intenciones de negociar pero que había suspendido su facturación y que tenía la presión del Congreso, el Procurador de los Derechos Humanos, y la prensa de aceptar las tarifas impuestas por la CNEE.⁷⁵⁷ Como explica el Sr. Maté, EEGSA había

⁷⁴⁷ Gillette, párrafo 23 (CWS-5).

⁷⁴⁸ Maté, párrafo 61 (CWS-6); *ver también* Calleja, párrafo 54 (CWS-3).

⁷⁴⁹ Maté, párrafo 61 (CWS-6); Calleja, párrafo 54 (CWS-3).

⁷⁵⁰ Maté, párrafo 62 (CWS-6).

⁷⁵¹ *Ib.*

⁷⁵² *Ib.*

⁷⁵³ *Ib.* párrafo 63.

⁷⁵⁴ *Ib.*

⁷⁵⁵ *Ib.*

⁷⁵⁶ *Ib.*

⁷⁵⁷ *Ib.*

suspendido la facturación mientras se sustanciaban sus recursos administrativos porque EEGSA no quería cobrar de nuevo a sus clientes en el caso de que triunfara en sus cuestiones.⁷⁵⁸ El ministro Meany le comunicó al Sr. Maté que EEGSA debía continuar con la suspensión de su facturación y lo contactaría nuevamente tras realizar una consulta con el presidente de Guatemala que, al igual que el Presidente de la CNEE, regresaba ese día de un viaje a los Estados Unidos.⁷⁵⁹

203. El día siguiente, el ministro Meany se comunicó con el Sr. Maté para comentarles que la CNEE no iba a negociar con EEGSA el VAD.⁷⁶⁰ Ese mismo día, el Ministerio de Energía y Minas le notificó a EEGSA el rechazo a las apelaciones administrativas planteadas por EEGSA en relación con las Resoluciones CNEE-144-2008, CNEE-145-2008 y CNEE-146-2008.⁷⁶¹ Tal como reflejan esas decisiones, el MEM no consideró los méritos de las apelaciones de EEGSA y determinó que los actos administrativos en conflicto (es decir, las Resoluciones de la CNEE) no eran pasibles de apelación administrativa porque dichos actos no importaban “una actuación gubernativa dirigida hacia un particular propiamente” sino más bien eran actos de carácter general que afectaban a todos aquellos considerados como “consumidores del servicio de distribución final de energía eléctrica, que atiende la Empresa Eléctrica de Guatemala, Sociedad Anónima, sin realizar respecto de estos particulares distinciones”.⁷⁶²

⁷⁵⁸ *Ib.*, párrafo 60.

⁷⁵⁹ *Ib.*

⁷⁶⁰ *Ib.*, párrafo 64.

⁷⁶¹ Decisión No. 2557 del Ministerio de Energía y Minas del 20 de agosto de 2008 (que rechaza el recurso de revocatoria interpuesto por EEGSA contra la Resolución No. CNEE-145-2008) (C-293); Decisión No. 2558 del Ministerio de Energía y Minas del 20 de agosto de 2008 (que rechaza el recurso de revocatoria interpuesto por EEGSA contra la Resolución No. CNEE-146-2008) (C-294); Decisión No. 2559 del Ministerio de Energía y Minas del 20 de agosto de 2008 (que rechaza el recurso de revocatoria interpuesto por EEGSA contra la Resolución No. CNEE-144-2008) (C-295).

⁷⁶² Decisión No. 2557 del Ministerio de Energía y Minas del 20 de agosto de 2008 (que rechaza el recurso de revocatoria interpuesto por EEGSA contra la Resolución No. CNEE-145-2008) (C-293); Decisión No. 2558 del Ministerio de Energía y Minas del 20 de agosto de 2008 (que rechaza el recurso de revocatoria interpuesto por EEGSA contra la Resolución No. CNEE-146-2008) (C-294); Decisión No. 2559 del Ministerio de Energía y Minas del 20 de agosto de 2008 (que rechaza el recurso de revocatoria interpuesto por EEGSA contra la Resolución No. CNEE-144-2008) (C-295).

204. En estas circunstancias, EEGSA comenzó a facturar con las nuevas tasas tarifarias el 21 de agosto de 2008.⁷⁶³ EEGSA prosiguió, sin embargo, con sus objeciones a las nuevas tarifas y las acciones judiciales contra los actos ilícitos de la CNEE ante la justicia guatemalteca y el 26 de agosto de 2008, EEGSA presentó un segundo amparo constitucional.⁷⁶⁴ Asimismo, como lo explica el Sr. Bastos, a fin de posibilitar que las cortes confirmen las objeciones de EEGSA y orienten a la Comisión Pericial a reconvenir, EEGSA y el Sr. Bastos acordaron modificar el contrato.⁷⁶⁵ Como refleja el contrato modificado, EEGSA abonó casi la totalidad de los honorarios pendientes del Sr. Bastos, pero retuvo el monto nominal que EEGSA acordó pagar si las acciones judiciales resultaban victoriosas y la Comisión Pericial reanudaba la revisión y aprobaba formalmente (con el quórum necesario) el estudio tarifario revisado Bates White.⁷⁶⁶

205. En un claro intento de obstaculizar los esfuerzos de la EEGSA y presionarla para aceptar los actos ilícitos de la CNEE, el 26 de agosto de 2008, mientras se sustanciaban las objeciones de EEGSA en los juzgados, la Procuraduría le solicitó al Juzgado Penal que dicte órdenes de arresto contra dos gerentes de EEGSA, incluido el Sr. Maté, por acusaciones que carecían, a todas luces, de fundamento alguno.⁷⁶⁷ Los argumentos que dieron lugar a las órdenes de arresto no eran nuevos y habían sido rechazados anteriormente por la Procuraduría General de la Nación;⁷⁶⁸ se referían a acusaciones por ingreso en propiedad ajena por la instalación de líneas de EEGSA a lo largo de una servidumbre de paso de una línea férrea.⁷⁶⁹ Como señala el Sr.

⁷⁶³ Maté, párrafo 64 (CWS-6).

⁷⁶⁴ Acción de Amparo de EEGSA contra la Resolución No. CNEE-144-2008 del 26 de agosto de 2008 (C-298).

⁷⁶⁵ Bastos, párrafo 37 (CWS-1).

⁷⁶⁶ *Ib.*; Modificación al Acuerdo para la Retribución del Tercer Integrante de la Comisión Pericial entre EEGSA y C. Bastos del 3 de septiembre de 2008, página 1 (que contempla el pago total tras el “una vez, restituida la Comisión Pericial, se cumpla con el numeral 7 de la cláusula 4ª del acuerdo”) (C-302); *ver también* Contrato entre EEGSA y Carlos Bastos del 26 de junio de 2008, cláusula cuatro, párrafo 7 (“EEGSA informará a su consultora del pronunciamiento de la CP, quien deberá realizar todos los cambios solicitados y remitir la nueva versión a la CP para su revisión y aprobación”). (C-238).

⁷⁶⁷ Maté, párrafo 71 (CWS-6); Calleja, párrafo 55 (CWS-3).

⁷⁶⁸ Maté, párrafos 70-71 (CWS-6); Declaración de la Procuraduría al Juzgado Primero de Primera Instancia Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente del Departamento de Guatemala, 5 de marzo de 2008 (C-166).

⁷⁶⁹ *Ver* Maté, párrafo 70 (CWS-6).

Maté, estos cargos son infundados porque (i) en virtud de la LGE, EEGSA tenía derecho a situar sus líneas en propiedad pública; (ii) las líneas habían sido instaladas hace más de cincuenta años cuando EEGSA era propiedad del Estado y, por lo tanto, tanto las líneas como las servidumbres habían sido transferidas cuando EEGSA se privatizó; y (iii) de cualquier manera, las líneas hubieran pasado a ser propiedad de EEGSA por usucapión, por el hecho de estar en ese sitio por más de cincuenta años.⁷⁷⁰ El 29 de agosto de 2008, tres días después de que el procurador planteara su solicitud, el Juzgado Penal emitió las órdenes de arresto.⁷⁷¹ En esa fecha, el Sr. Maté estaba fuera del país.⁷⁷² Si bien unos días más tarde, el 4 de septiembre de 2008, el Juzgado Penal concedió un amparo provisional que a su vez suspendió la orden de aprehensión⁷⁷³ y en vista de la incertidumbre reinante en el país, el Sr. Maté no regresó a Guatemala.⁷⁷⁴ Como explica el Sr. Maté, porque la orden de arresto impidió su estancia en Guatemala, el consejo de Administración de EEGSA lo reemplazó como Gerente General de EEGSA en febrero de 2009.⁷⁷⁵

206. No obstante, el acoso a los gerentes de EEGSA no terminó tras la partida del Sr. Maté. Como testificara el Sr. Calleja el 1 de septiembre de 2008, se presentó en lugar del Sr. Maté en un programa de radio para hablar sobre las acciones ilícitas de la CNEE y las graves consecuencias económicas para EEGSA.⁷⁷⁶ Cuando regresó a su coche, tras haber brindado la

⁷⁷⁰ *Ib.* Además, como señala el Sr. Maté, a pesar de los repetidos reclamos de EEGSA de que otra empresa suministraba electricidad de manera ilegal a clientes sobre los que EEGSA tenía el derecho exclusivo de suministro, el gobierno se negó a tomar medidas contra dicha empresa o sus funcionarios, pero presentó acusaciones penales infundadas sobre su persona. *Ib.*, párrafos 66-67.

⁷⁷¹ *Ib.*, párrafo 71; Nota Oficial No. 1967-2008 del Juzgado Primero de Primera Instancia Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente del 29 de agosto de 2008 (C-299).

⁷⁷² Maté, párrafo 72 (CWS-6); Calleja, párrafo 55 (CWS-3).

⁷⁷³ Maté, párrafo 72 (CWS-6); Decisión de la Sala Tercera de la Corte de Apelaciones, Amparo 52-2008 del 2 de septiembre de 2008 (C-301). Como explica el Sr. Maté, a pesar de la oposición de la Fiscalía General, un amparo definitivo suspendiendo la orden de aprehensión fue otorgado el 9 de diciembre de 2008, y posteriormente el caso fue despedido el 4 de mayo de 2010 por el Juzgado de Turno Primera Instancia Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente del Municipio de Villa Nueva, Departamento de Guatemala. *Ver* Maté párrafo 72 (CWS-6).

⁷⁷⁴ Maté, párrafo 72 (CWS-6).

⁷⁷⁵ *Ib.*, párrafo 1.

⁷⁷⁶ Calleja, párrafo 55 (CWS-3).

entrevista, se encontró con que su auto había sido forzado y le habían robado su computadora *laptop*.⁷⁷⁷ Denunció el hecho a los funcionarios de seguridad de la Embajada de España que le informaron que el robo parecía ser obra de profesionales y que le habían pedido a alguien que lo siguiera.⁷⁷⁸ El Sr. Calleja quedó perturbado por este incidente y, en consecuencia, abandonó Guatemala junto con su familia y otros ciudadanos españoles de EEGSA.⁷⁷⁹ Como resultado, EEGSA se quedó sin gerencia extranjera en el país.

207. El 15 de mayo de 2009, el Juzgado Segundo de la Primera Instancia Civil le concedió a EEGSA el amparo contra la Resolución CNEE-144-2008,⁷⁸⁰ al determinar que la CNEE había violado “el debido proceso garantizado por la Constitución Política de la República de Guatemala”⁷⁸¹ y había “actuado fuera de los límites establecidos en la Ley General de Electricidad y su Reglamento”.⁷⁸² Con la decisión, el juzgado falló que el artículo 98 del RLGE, sobre el que se fundamentó la Resolución CNEE-144-2008, se limitaba a supuestos en los que el distribuidor no presentaba el estudio tarifario o sus correcciones, supuestos que no eran aplicables a EEGSA.⁷⁸³ El juzgado señaló que “la postulante no omitió enviar los estudios o correcciones establecidas en la ley pues cumplió con tales requisitos” el día 5 de mayo de 2008, según consta en la nota GG-60-2008 de EEGSA.⁷⁸⁴ El juzgado también desestimó el argumento de la CNEE que sostenía que EEGSA no había procedido “a efectuar la totalidad de las correcciones que debía realizar”.⁷⁸⁵ El juzgado entendió que “tal argumento carece de validez

⁷⁷⁷ *Ib.*

⁷⁷⁸ *Ib.*

⁷⁷⁹ *Ib.*

⁷⁸⁰ Acción de Amparo interpuesta por EEGSA contra la Resolución No. CNEE-144-2008 del 26 de agosto de 2008 (**C-298**); *ver también* Alegría, párrafo 74 (**CER-1**).

⁷⁸¹ Resolución del Juzgado Segundo de Primera Instancia del Ramo Civil del 15 de mayo de 2009 que otorga el Amparo C2-7964-2008, página 6 (**C-328**).

⁷⁸² *Ib.*, página 7.

⁷⁸³ *Ib.*, página 6.

⁷⁸⁴ *Ib.*

⁷⁸⁵ *Ib.*

puesto que la ley prevé la posibilidad de que el distribuidor no esté conforme con ciertas observaciones lo que provoca la existencia de discrepancias”.⁷⁸⁶

208. Como explica el profesor Alegría, la decisión del juzgado en este caso es congruente con su conclusión de que “el artículo 98 del RLGE modificado no concede a la CNEE facultad para preparar su propio estudio y fijar las tarifas sobre la base de dicho estudio cuando el distribuidor haya entregado el estudio del VAD y las correcciones a dicho estudio, y cuando se haya conformado una comisión pericial para resolver las discrepancias entre la CNEE y el distribuidor”.⁷⁸⁷ El profesor Alegría advierte que el artículo 75 de la LGE contempla el derecho de que el distribuidor pueda dirimir las discrepancias por intermedio de una Comisión Pericial.⁷⁸⁸ Por consiguiente, la interpretación de que el artículo 98 del RLGE exige al distribuidor que efectúe todos los cambios solicitados por la CNEE en sus observaciones “niega el debido proceso al que tiene derecho el distribuidor conforme a derecho”.⁷⁸⁹

209. El 31 de agosto de 2009, el Juzgado Octavo de la Primera Instancia Civil concedió el amparo interpuesto por EEGSA contra la Resolución CNEE GJ-Providencia-3121, por medio de la cual la CNEE había disuelto la Comisión Pericial.⁷⁹⁰ Esta sentencia refleja que el juzgado entendió que al disolver la Comisión Pericial, la CNEE había violado el derecho de defensa de EEGSA así como los principios de debido proceso y legalidad⁷⁹¹ y, por consiguiente, le ordenó a la CNEE que “proceda a emitir una nueva resolución, en sustitución de la dejada en suspenso, garantizando el derecho de defensa y los principios del debido proceso y de legalidad, debiéndose permitir que la Comisión Pericial conformada, concluya con el propósito para el cual fue creada”.⁷⁹² Con esta decisión, el juzgado concluyó que, según lo dispuesto en el Informe de

⁷⁸⁶ *Ib.*

⁷⁸⁷ Alegría, párrafo 74 (**CER-1**).

⁷⁸⁸ *Ib.*

⁷⁸⁹ *Ib.*

⁷⁹⁰ Resolución del Juzgado Octavo de Primera Instancia del Ramo Civil sobre el Amparo 37-2008 del 31 de agosto de 2009, página 10 (**C-330**).

⁷⁹¹ *Ib.*, página 10; Alegría, página 80 (**CER-1**).

⁷⁹² Resolución del Juzgado Octavo de Primera Instancia del Ramo Civil sobre el Amparo 37-2008 del 31 de agosto de 2009, página 11 (**C-330**).

la Comisión Pericial, “se establecen las doce reglas de funcionamiento o reglas de operación, las que (...) fueron acordadas por ambas partes y la última de estas reglas es la número 12 y se refiere a que la distribuidora informará a su consultora del pronunciamiento de la [Comisión Pericial] quien deberá realizar todos los cambios solicitados en el pronunciamiento de la Comisión Pericial, y remitir la nueva versión a la Comisión Pericial, para su revisión y aprobación”.⁷⁹³ El juzgado advirtió, además, esta norma era “clara porque manda a la distribuidora informar a su consultora del pronunciamiento de la Comisión Pericial y que esta consultora deberá realizar todos los cambios solicitados en el pronunciamiento de la Comisión Pericial para su revisión y aprobación”.⁷⁹⁴

210. El tribunal determinó que, según la Regla 12, cuando la CNEE recibió la “nueva versión corregida del estudio” la CNEE “debió trasladar a la Comisión Pericial o permitir que la consultora Bates White, LLC lo hiciera” a fines de que la Comisión Pericial procediera a “revisarlo y así determinara que esta versión cumpliera a cabalidad con cada uno de los puntos del pronunciamiento”.⁷⁹⁵ Como señalara el tribunal, “al ser revisada la nueva versión del estudio la Comisión Pericial debía aprobarlo y comunicarlo” a la CNEE y a EEGSA y, una vez cumplido con esto, la CNEE debería haber “fijado las tarifas definitivas correspondientes a la empresa [EEGSA] sobre la base de la nueva versión corregida del estudio elaborado por Bates White LLC, el que ya versaba sobre cada uno de los puntos del pronunciamiento de la Comisión Pericial”.⁷⁹⁶ Así, el tribunal concluyó:

Es importante entender en su sentido amplio el numeral doce de las reglas de procedimiento porque prevé todo el camino a recorrer para que al final se acuerde un nuevo pliego tarifario, sin embargo este procedimiento quedo inconcluso con la resolución que emitiera la [CNEE] donde se disuelve la Comisión Pericial, obviando su obligación de hacer saber a [EEGSA] del pronunciamiento de la Comisión Pericial y no lo hizo, incumpliendo entonces con el contenido del artículo 75 de la Ley

⁷⁹³ *Ib.*, página 8.

⁷⁹⁴ *Ib.*

⁷⁹⁵ *Ib.*, página 9.

⁷⁹⁶ *Ib.*

General de Electricidad y el artículo 99 de su Reglamento. Por todo lo que antecede este tribunal constitucional concluye que la resolución emitida por la [CNEE] el 25 de julio de 2008 dentro del expediente GTT-28-2008 GJ-Providencia-3121, viola el derecho de defensa de la entidad recurrente.⁷⁹⁷

211. Luego, la CNEE apeló las dos decisiones judiciales que concedían el amparo planteado por EEGSA. En una decisión 3/2 del 18 de noviembre de de 2009, la Corte Constitucional revocó la sentencia del Juzgado Segundo de la Primera Instancia Civil, hecho que puso fin al planteo judicial de EEGSA contra la Resolución CNEE-144-2008.⁷⁹⁸ Como refleja la sentencia, la mayoría concluyó que, dado que la CNEE es la única que está facultada para emitir pliegos tarifarios, el pronunciamiento de la Comisión Pericial era meramente de carácter “ilustrativo” o “informativo” y, en consecuencia, no era vinculante para CNEE.⁷⁹⁹ Para respaldar esta conclusión, el juzgado se amparó en el significado del verbo español “se pronunciará” incluido en el artículo 75 de la LGE y determinó que el sentido del verbo era “declararse o mostrarse a favor o en contra de alguien o de algo”.⁸⁰⁰ De este modo, el tribunal resolvió que la CNEE “asumió su responsabilidad, que no tiene facultad para delegarla, aprobando, con base en los propios estudios que estimó pertinentes, las tarifas cuestionadas por medio del amparo”.⁸⁰¹

212. Como señala el profesor Alegría, la decisión de la Corte constituye un error y parece haber sido “influenciada por consideraciones políticas para evitar un aumento de las tarifas de energía eléctrica de EEGSA, y se basó en una interpretación equivocada del derecho”.⁸⁰² Prosigue su explicación diciendo que la Corte de Constitucionalidad

⁷⁹⁷ *Ib.*

⁷⁹⁸ Resolución de la Corte de Constitucionalidad del 18 de noviembre de 2009 sobre el Amparo C2-7964-2008 (C-331); *ver también* Alegría, párrafo 75 (CER-1).

⁷⁹⁹ Resolución de la Corte de Constitucionalidad del 18 de noviembre de 2009 sobre el Amparo C2-7964-2008, páginas 14-15 (que establece que “no se determina que en la Ley General de Electricidad y en el Reglamento que la desarrolla, se imponga a la [CNEE] la obligación de asumir con carácter vinculante dicho dictamen, por cuanto, dada la naturaleza de la opinión de los expertos, aun cuando sea acorde, no la obligaba a aceptar sus términos para aprobar las tarifas del caso”). (C-331).

⁸⁰⁰ *Ib.*, página 14.

⁸⁰¹ *Ib.*, página 15.

⁸⁰² Alegría, párrafo 75 (CER-1).

equivocadamente asumió que la resolución de la comisión pericial era equivalente al dictado de los pliegos tarifarios hace una interpretación errada al equiparar un pronunciamiento de la Comisión Pericial con la emisión de pliegos tarifarios.⁸⁰³ A partir de allí, “erróneamente concluyó que la garantía del debido proceso que asiste a EEGSA no podría nunca haber sido violada como consecuencia del dictado por parte de la CNEE de los pliegos tarifarios basados en su propio estudio debido a que, conforme a la LGE, únicamente la CNEE tiene facultad para dictar los pliegos tarifarios”.⁸⁰⁴ Sin embargo, el pronunciamiento de la Comisión Pericial “no fija los pliegos tarifarios, sino que, por el contrario, resuelve las discrepancias entre el distribuidor y la CNEE respecto del estudio tarifario sobre la base del cual deben fijarse las nuevas tarifas”.⁸⁰⁵

213. Además, el profesor Alegría señala que la interpretación del verbo “se pronunciará” es incorrecta a la luz del contexto y el objeto de la LGE.⁸⁰⁶ Como él explica, el uso del verbo “pronunciarse” en el artículo 75 de la LGE no indica que el pronunciamiento de la Comisión Pericial sea informativo o no vinculante.⁸⁰⁷ Por el contrario, “[e]l significado corriente del término “pronunciar”, en vista del contexto y la finalidad de la LGE, y puntualmente de su artículo 75, tiene la connotación del pronunciamiento de una decisión o resolución definitiva por parte de la Comisión Pericial”.⁸⁰⁸ La definición del diccionario sobre la que se sustenta la corte no sugiere lo contrario.⁸⁰⁹ Prosigue el profesor Alegría, “la definición da a entender que la Comisión Pericial estaba facultada para dictar una sentencia sobre las discrepancias entre las partes”.⁸¹⁰ Además, sostiene que el Diccionario de la Real Academia Española sobre el que se fundamenta el juzgado contiene seis acepciones del verbo “pronunciarse” que incluyen “determinar, resolver” y “publicar la sentencia o auto”, ambas connotan una decisión vinculante

⁸⁰³ *Ib.*

⁸⁰⁴ *Ib.*

⁸⁰⁵ *Ib.*

⁸⁰⁶ *Ib.*, párrafos 76-78.

⁸⁰⁷ *Ib.*, párrafo 76.

⁸⁰⁸ *Ib.*

⁸⁰⁹ *Ib.*

⁸¹⁰ *Ib.*

y son aptas para considerar que resultan aplicables cuando el verbo “pronunciarse” “se emplea en el contexto de una decisión de un tercero, en contraposición con el contexto en el que es un individuo quien “pronuncia” sus puntos de vista sobre cualquier tema”.⁸¹¹ Además, como señala el profesor Alegría, “esta última definición es precedida por la abreviación ‘Der.’ de ‘derecho’⁸¹² lo que significa que es la definición utilizada en un contexto jurídico, por lo que es claro que esta definición, y no la definición elegida por la corte, es la más adecuada para la interpretación de los términos de un estatuto de Guatemala”.⁸¹³

214. Además, como observa el profesor Alegría, el verbo “pronunciarse” en sus diferentes conjugaciones se utiliza en incontables ocasiones en el derecho guatemalteco en el contexto de la resolución de diferencias o en el dictado de decisiones finales o sentencias, que incluyen los siguientes ejemplos: (i) el artículo 266 de la Constitución de Guatemala prevé que el tribunal “deberá pronunciarse” sobre los reclamos de inconstitucionalidad;⁸¹⁴ (ii) el artículo 53 del Código Procesal Civil y Mercantil prevé que “si la decisión no puede ‘pronunciarse’ más que en relación a varias partes, éstas deben demandar o ser demandadas del mismo proceso”;⁸¹⁵ (iii) el artículo 197 del Código Procesal Civil y Mercantil contempla que “los jueces y tribunales, antes de ‘pronunciar’ su fallo, podrán acordar para mejor proveer”;⁸¹⁶ (iv) el Capítulo VI de la Ley de Arbitraje de Guatemala se titula “Pronunciamiento del Laudo y Terminación de las Actuaciones”;⁸¹⁷ y (v) el artículo 40, sección 5 de la Ley de Arbitraje de Guatemala prevé que, en el laudo, los árbitros se “pronunciarán” sobre los costos.⁸¹⁸

⁸¹¹ *Ib.*; Diccionario de la Real Academia Española (2001), quinta acepción del verbo “pronunciar” (C-50).

⁸¹² *Ver* Diccionario de la Real Academia Española, quinta acepción del verbo “pronunciar” (C-50).

⁸¹³ Alegría, párrafo 76 (CER-1).

⁸¹⁴ *Ib.*, párrafo 77; Constitución de Guatemala, Art. 266 (C-11).

⁸¹⁵ Alegría, párrafo 76 (CER-1); Decreto Ley No. 107, Código Procesal Civil y Mercantil del 14 de septiembre de 1963, Art. 53 (C-2)

⁸¹⁶ Alegría, párrafo 77 (CER-1); Decreto Ley No. 107, Código Procesal Civil y Mercantil del 14 de septiembre de 1963, Art. 197 (C-2).

⁸¹⁷ Alegría, párrafo 77 (CER-1); Decreto No. 67-95, Ley de Arbitraje del 17 de noviembre de 1995, Cap. VI (C-14).

⁸¹⁸ Alegría, párrafo 77 (CER-1); Decreto No. 67-95, Ley de Arbitraje del 17 de noviembre de 1995, Cap. VI, Art. 40 (C-14).

215. Además, esta interpretación se condice con la propia interpretación de la postura de la CNEE en un procedimiento judicial sustanciado en el año 2003 en relación con las tarifas 2003-2008.⁸¹⁹ Como la CNEE afirmó en presentaciones al tribunal en una cuestión no relacionada, “[e]n caso de discrepancias, de acuerdo con el artículo 98 del [RLGE] y el [artículo] 75 de la [LGE], se conformará una Comisión Pericial que *resolverá* [las discrepancias] en plazo de 60 días”.⁸²⁰ Asimismo, los términos de referencia para la revisión tarifaria del VAD 2003-2008, redactados por la CNEE en el año 2002, establecía en el artículo 6.5 que las discrepancias iban a ser identificadas en cada etapa del informe y, en caso de que persistan en el informe final, van a ser *conciliadas* por la Comisión Pericial.⁸²¹ También, como sostiene el profesor Alegría, una interpretación contraria “pondría en jaque la finalidad de la LGE, que es despolitizar el proceso de definición de tarifas y garantizar que tanto el regulador como el distribuidor se encuentren en pie de igualdad a fin de que las tarifas se fijen sobre la base de criterios objetivos e imparciales”.⁸²² Interpretar que el artículo 98 del RLGE “faculta a la CNEE a ajustarse o no a la decisión de la comisión vicia el rol de la comisión pericial y deja al distribuidor a merced del regulador, resultado que la LGE pretendía evitar”.⁸²³

216. Dos jueces de la Corte Constitucional votaron en disidencia tras concluir que la CNEE había violado el artículo 75 de la LGE y el Artículo 98 del RLGE cuando dictó la Resolución CNEE-144-2008.⁸²⁴ Como manifiestan en las disidencias, la magistrada Gladys Chacón Corado razonó que permitirle a la CNEE recurrir a su propio estudio tarifario cuando el distribuidor omite la correcciones solicitadas por la CNEE en sus observaciones frustraría el

⁸¹⁹ Alegría, párrafo 75 (CER-1); Respuesta de la CNEE a la Acción de Inconstitucionalidad 1782-2003 del 10 de noviembre de 2003, páginas 5-6 (C-81).

⁸²⁰ Alegría, párrafo 75 (CER-1); Respuesta de la CNEE a la Acción de Inconstitucionalidad 1782-2003 del 10 de noviembre de 2003, páginas 5-6 (énfasis agregado) (C-81).

⁸²¹ Alegría, párrafo 75 (CER-1); Resolución No. CNEE-88-2002 del 23 de octubre de 2002, Art. A.6.5 (C-59).

⁸²² Alegría, párrafo 78 (CER-1).

⁸²³ *Ib.*; *ver también ib.* (que afirma que “[e]l aspecto más crítico de la LGE al garantizar la concreción de estos objetivos es la disposición que establece que una comisión pericial resolverá cualquier discrepancia que persista entre el regulador y el distribuidor luego de que se haya presentado el estudio y se hayan planteado las observaciones y dado respuesta a ellas”).

⁸²⁴ Alegría, párrafo 79 (CER-1); Resolución de la Corte de Constitucionalidad del 18 de noviembre de 2009 sobre el Amparo C2-7964-2008, páginas 22-30 (C-331).

objeto del artículo 75 de la LGE y de la formación de la Comisión Pericial, cuyo fin consiste en resolver discrepancias suscitadas entre la CNEE y el distribuidor.⁸²⁵ Por su parte, la magistrada Chacón también observó que el argumento de la CNEE según el cual ésta aduce que “estaba facultada para utilizar y aprobar un estudio independiente, en virtud de que luego del pronunciamiento de una Comisión Pericial, se percató que la distribuidora no había realizado la totalidad de las correcciones que aquella autoridad regulatoria había establecido para el estudio tarifario (...) carece también de fundamento legal”.⁸²⁶ Como advierte la magistrada Chacón, la CNEE había, de hecho, dictado una resolución que establecía la Comisión Pericial y que reconocía expresamente “que existían correcciones que no fueron atendidas por parte de la distribuidor”.⁸²⁷ Del mismo modo, la magistrada Chacón señaló que si la distribuidora “estuviera obligada a realizar la totalidad de las observaciones haría imposible que surgieran discrepancias del tenor de los establecido por el artículo 75 de la Ley General de Electricidad lo que (...) constituye violación a los derechos constitucionales de la entidad interponente de esta acción y, por ende, el amparo debió ser otorgado”.⁸²⁸

217. En igual sentido, el magistrado Mario Pérez Guerra opinó que la CNEE no puede ampararse en la omisión del distribuidor de incorporar las observaciones efectuadas como una justificativo para emitir los pliegos tarifarios sobre la base de su propio estudio.⁸²⁹ Como señala el magistrado Pérez, las discrepancias entre el estudio tarifario original de EEGSA y las observaciones de la CNEE fueron el motivo por el cual se constituyó la Comisión Pericial; dichas discrepancias no podía “constituir motivo, a la vez, para calificar como omisiva la postura de la distribuidora en el caso concreto”.⁸³⁰ En la misma línea, el magistrado Pérez también señala que en el caso bajo análisis, “la distribuidora no actualizó el supuesto que concede la

⁸²⁵ Resolución de la Corte de Constitucionalidad del 18 de noviembre de 2009 sobre el Amparo C2-7964-2008, páginas 22-23 (**C-331**); Alegría, párrafo 78 (**CER-1**).

⁸²⁶ Resolución de la Corte de Constitucionalidad del 18 de noviembre de 2009 sobre el Amparo C2-7964-2008, página 23 (**C-331**).

⁸²⁷ *Ib.*

⁸²⁸ *Ib.*

⁸²⁹ *Ib.*, páginas 24-30.

⁸³⁰ *Ib.*, página 29.

facultad a la [CNEE] a formular el estudio tarifario por sí, con intervención de una Consultora independiente”, porque el distribuidor, en aquella oportunidad “no puede calificarse como la omisión que prevé el último párrafo del artículo 98 citado que, a criterio del suscripto, ocurre cuando, al tenor de esa regulación reglamentaria, el distribuidor no remite ningún estudio o corrección cuando es intimidado para presentarlos”.⁸³¹

218. Por decisión del 24 de febrero de 2010, de modo similar la Corte Constitucional revocó la sentencia del Juzgado Octavo de Primera Instancia, hecho que puso fin al recurso judicial planteado por EEGSA contra la Resolución CNEE GJ-Providencia-3121, que disolvió a la Comisión Pericial.⁸³² Erróneamente, la corte falló que la disolución de la Comisión Pericial, luego de que ésta ya había emitido su decisión, no podía haberle causado un daño a EEGSA y que la decisión de la Comisión Pericial no era vinculante para la CNEE porque los peritos han sido tradicionalmente considerados, conforme el derecho guatemalteco, como asesores antes que árbitros.⁸³³ La corte también hizo referencia a la decisión de la corte del 18 de noviembre 2009 e incluyó las mismas consideraciones.⁸³⁴ El profesor Alegría destaca que “estos dos magistrados que emitieron un voto disidente en la causa anterior, no son integrantes de la Corte de Constitucionalidad”.⁸³⁵

219. Así, la Corte Constitucional permitió a la CNEE mantener la tarifas que había fijado en forma unilateral sobre la base de su propio estudio tarifario y sin participación del distribuidor, socavando el objetivo central detrás de la LGE y el marco fundamental en que el Demandante había confiado en la hora de realizar su inversión.⁸³⁶

⁸³¹ *Ib.*

⁸³² Resolución de la Corte de Constitucionalidad del 24 Feb. 2010 sobre el Amparo 37-2008 (**C-345**); *ver también* Alegría, párrafo 80 (**CER-1**).

⁸³³ *Ver* Resolución de la Corte de Constitucionalidad del 24 Feb. 2010 sobre el Amparo 37-2008, páginas 32-34 (**C-345**).

⁸³⁴ *Ib.*

⁸³⁵ Alegría, párrafo 80 (**CER-1**).

⁸³⁶ *Ver ib.*, párrafo 81.

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

220. Si se hubieran aceptado los pronunciamientos y se hubiera utilizado el estudio Bates White para fijar las tarifas de EEGSA, como se debería haber hecho, el VAD de EEGSA habría tenido un incremento de alrededor de USD 178 millones por año en 2007 (sobre la base de un VNR de USD 583.69 millones) a alrededor de USD 232 millones al año (sobre la base de un VNR de USD 1.053 millones).⁸³⁷ Por el contrario, el VAD calculado por la firma Sigla – y que la CNEE utilizó para calcular las tarifas impuestas en forma ilegal – fue de USD 85 millones (basado en un VNR de USD 465 millones).⁸³⁸ Como señala el Sr. Kaczmarek intencionalmente, el VNR calculado por Sigla está tan divorciado de la realidad que carece de credibilidad:

La determinación del VNR que hizo SIGLA carece de todo fundamento económico. Cinco años antes, en el 2003, la CNEE había fijado las tarifas en base a un VNR de USD 584 millones. Dado el nivel de inflación que afectaba a los costos de construcción de una red de distribución (ni hablar del aumento inflacionario general) entre el 2003 y el 2008, más el aumento en el tamaño de la red, no tiene lógica alguna que el VNR pudiera, en efecto, disminuir en aproximadamente un 20 por ciento.⁸³⁹

221. El Sr. Gillette afirma que el VAD que la CNEE le impuso a EEGSA era “aproximadamente un 45% menor que el VAD del período tarifario anterior”.⁸⁴⁰ Efectivamente,

⁸³⁷ Giacchino, párrafos 72-73 (CWS-4); Kaczmarek, párrafos 102-103 (CER-2).

⁸³⁸ Informe de Etapa G de SIGLA, Componentes de Costos del VAD, p. 3 (C-267); Kaczmarek párrafos 114 y 123 (aún más observando que, como resultado de la conducta ilegal de la CNEE, el VAD de EEGSA “sufrió una fuerte caída en el Tercer Período Tarifario en comparación con el Segundo Período Tarifario”). (CER-2).

⁸³⁹ Kaczmarek, párrafo 114 (CER-2); *ver también ib.*, párrafo 13 (que señala que el VNR de Sigla y las determinaciones del FRC “no [son] racional[es] y carece[n] de [] fundamento económico.”); *ib.*, párrafo 14 (que señala que la reducción del VAD a un nivel inferior que el existente para el primer período tarifario “no tienen sentido desde el punto de vista económico debido a la expansión de la red y la inflación correspondiente al periodo de 10 años transcurrido.”); Calleja, párrafo 49 (indicando que el uso del informe de SIGLA de la CNEE “generó una baja – más que un aumento – en el VAD, que no tenía sentido.”) (CWS-3).

⁸⁴⁰ Gillette, párrafo 22 (CWS-5) (que cita a TECO Guatemala, Inc., Resumen de las Operaciones para período terminado el 30 de septiembre, Libro de Actas de la Junta Directiva de octubre de 2008, página 4-23 (C-303)); *ver también* Formulario 10-K de TECO Energy, del 26 de febrero de 2009, página 49 (C-324) (“El nuevo VAD inferior fijado por la CNEE estaba, en promedio, un 50% por debajo del nivel anterior, lo que puso en

la propia CNEE promociona el hecho de que el VAD impuesto a EEGSA era menor que el aplicado en el Primer Período Tarifario (cuando el VAD de EEGSA se confeccionó sobre la base de la información de El Salvador).⁸⁴¹ Como resultado del VAD ilícito, los ingresos de EEGSA cayeron en aproximadamente un 40%⁸⁴² y se le negó a TECO el retorno de inversión esperado.⁸⁴³ Durante los años 2009 y 2010, hasta que TECO vendió su inversión en EEGSA, el retorno nominal sobre el capital de EEGSA quedó muy por debajo de su costo de capital, como determinó la CNEE.⁸⁴⁴

222. Como explica el Sr. Maté, con el VAD bajo, el análisis económico preliminar de EEGSA reveló que ésta incurriría en pérdidas y tendría dificultades en efectuar los pagos de su deuda si los gastos operativos y de capital se mantenían en los niveles existentes.⁸⁴⁵ En consecuencia, EEGSA había adoptado “medidas drásticas de reducción de costos”⁸⁴⁶ que le impidió “operar al nivel de servicio que sus clientes ahora esperaban”.⁸⁴⁷ No obstante, la directora de contabilidad y directora de finanzas (CFO) de TECO, la Sra. Callahan, cuestionó si

riesgo básicamente todas las ganancias de EEGSA, que se habían calculado anteriormente en un promedio de \$10 millones al año, mientras esa tarifa permanezca vigente”.) (C-324); Callahan, párrafo 5 (que cita lo mismo) (CWS-2).

⁸⁴¹ Colom Bickford, Carlos E., presidente de la CNEE, “Evolución de la Metodología del Cálculo Tarifario en Guatemala”, abril de 2010, diapositiva 30 (C-348); ver también Kaczmarek, párrafos 123-124 (CER-2); *ib.*, párrafo 96 (que muestra que los retornos correspondientes al primer período siempre eran “menor que el límite inferior del 7 por ciento establecido por el marco regulatorio”).

⁸⁴² Gillette, párrafo 24 (CWS-5) (que cita a TECO Guatemala, Inc. Resumen de las Operaciones para período terminado el 31 de marzo, Libro de Actas de la Junta Directiva de abril de 2009, página 4-17 (C-326)).

⁸⁴³ Gillette, párrafo 22 (CWS-5) (que cita TECO Guatemala, Inc. Resumen de las Operaciones para período terminado el 30 de septiembre, Libro de Actas de la Junta Directiva de Oct. 2008, página 4-23 (C-303)); ver también Formulario 10-K de TECO Energy del 26 de febrero de 2009, página 35 (“Mientras que estas tasas continúen en vigencia, se espera que este VAD inferior ponga en riesgo a todas las ganancias de EEGSA y TECO Guatemala, las cuales habían sido previamente calculadas en un promedio de USD 10 millones al año”). (C-324); Callahan, párrafo 5 (que cita lo mismo) (CWS-2).

⁸⁴⁴ Kaczmarek, párrafo 185 y Apéndice 3.B (que demuestra que el costo nominal de capital de EEGSA en 2009 y en 2010 (hasta el 21 de octubre) era de 6,9% y 5,5%, respectivamente, mientras que la CNEE calculó que el costo nominal de capital de EEGSA iba a ser de 9,6% en 2008) (CER-2).

⁸⁴⁵ Maté, párrafo 57 (CWS-6).

⁸⁴⁶ *Ib.*; ver también Gillette, párrafo 24 (CWS-5); Callahan, párrafo 6 (CWS-2).

⁸⁴⁷ Gillette, párrafo 22 (CWS-5) (que cita a TECO Guatemala, Inc. Resumen de las Operaciones para período terminado el 30 de septiembre, Libro de Actas de Junta Directiva, octubre de 2008, página 4-23 (C-303)).

esta medida era suficiente y, en especial, cuestionó “la sostenibilidad de dichas medidas en el largo plazo, ya que es imposible para cualquier sociedad, especialmente una que opera en la industria de servicios de distribución de energía eléctrica, postergar indefinidamente las inversiones de capital”.⁸⁴⁸ Aunque las proyecciones que tomaban en cuenta estas medidas de reducción de costos indicaban que EEGSA iba a poder abonarle a sus acreedores, a la Sra. Callahan le inquietaba “a posibilidad de que ello no bastara para absorber resultados operativos menos favorables que los pronosticados”.⁸⁴⁹ TECO informó en esa fecha, “[e]l efecto del VAD compensó con creces el beneficio de 28.000 clientes nuevos, un 2,9% del crecimiento de clientes, las mayores ventas de energía y medidas de control de costos de EEGSA”.⁸⁵⁰

223. Estas mismas inquietudes eran también compartidas por agencias calificadoras de crédito preeminentes. El 26 de agosto de 2008, cinco días después de que EEGSA comenzó a aplicar las nuevas tasas tarifarias, la calificadora Standard & Poor’s Rating Services bajó la categoría de EEGSA y la incluyó en su listado CreditWatch.⁸⁵¹ Al bajar la categoría de EEGSA, Standard and Poor le atribuyó la culpa directamente a las tarifas ilícitas de la CNEE:

La rebaja en su clasificación crediticia y la colocación en la lista “CreditWatch” son reflejo del anuncio de la Comisión Nacional de Energía Eléctrica de Guatemala (CNEE) de las tarifas aplicables para el quinquenio 2008-2013, estableciendo un Valor Agregado de Distribución (VAD – un componente de la tarifa que reembolsa a la empresa distribuidora por su inversión) que es de aproximadamente 55% menor que el de las tarifas EEGSA del período previo.

Este cambio resultará en una rentabilidad y medidas de flujo de caja deterioradas, y también en una liquidez limitada en la segunda mitad del 2008, y en adelante (...) La clasificación de Empresa Eléctrica de Guatemala está constreñida por los retos inherentes asociados con el ambiente operativo en la República de Guatemala (...) La clasificación también afecta la flexibilidad financiera

⁸⁴⁸ Callahan, párrafo 6 (CWS-2).

⁸⁴⁹ *Ib.*

⁸⁵⁰ Formulario 10-K de TECO Energy, 26 de febrero de 2010, página 49 (C-346); Callahan, párrafo 6 (citando lo mismo) (CWS-2).

⁸⁵¹ Gillette, párrafo 24 (CWS-5).

limitada de la empresa, por motivo de los mercados de capitales subdesarrollados de Guatemala, en comparación con empresas distribuidoras que operan en países con mercados financieros más desarrollados.⁸⁵²

224. Casi cuatro meses después, el 11 de diciembre de 2008, Moody's siguió los pasos de Standard & Poor's y bajó la categoría de EEGSA.⁸⁵³ De este modo, Moody's atribuyó expresamente la culpa al VAD inadecuado de la CNEE:

La acción clasificadora es motivada por el deterioro material anticipado, a corto plazo, de la métrica crediticia de EEGSA como resultado de la decisión tarifaria de agosto de 2008 por la Comisión Nacional de Electricidad y Energía (“CNEE”) en cuanto a la reducción del cargo del Valor Agregado de Distribución (“Cargo VAD”) por 45% y las posteriores disputas entre CNEE y EEGSA. Históricamente, Moody's ha considerado el marco regulatorio guatemalteco como relativamente estable, pero sin ser puesto a prueba y en vías de desarrollo. La característica de falta de prueba ha sido puesta en relevancia por el resultado del proceso de revisión del VAD de 2008 por el cual ciertos mecanismos en la legislación se utilizaron por primera vez, resultando en disputas adicionales sin resolverse. Además, *la revisión del VAD del 2008 plantea preocupaciones acerca de la previsibilidad y transparencia del proceso, y el sostén global del marco regulatorio. Con base en los resultados del proceso de revisión del VAD, el perfil financiero de EEGSA se deteriorará sustancialmente de sus resultados históricos debido a la debilitación material en su habilidad de recobrar costos operativos y generar una tasa de retorno suficiente.*⁸⁵⁴

225. Tras determinar que TECO sufrió “pérdidas financieras considerables”⁸⁵⁵ como resultado de las medidas regulatorias arbitrarias adoptadas por el gobierno, TECO respondió favorablemente cuando su socio, Iberdrola, les ofreció la posibilidad de vender su inversión

⁸⁵² Standard & Poor's, “La clasificación de la Empresa Eléctrica de Guatemala S.A. se Rebaja a BB- de BB y se coloca en Lista “CreditWatch” Negativa”, 26 de agosto de 2008 (énfasis agregado) (C-297); Gillette, párrafo 24 (cita lo mismo) (CWS-5).

⁸⁵³ Gillette, párrafo 25 (CWS-5).

⁸⁵⁴ Moody's Investors Service, “Moody's rebaja a EEGSA a Ba3 de Ba2; prospecto negativo”, 11 de diciembre de 2008 (énfasis agregado) (C-305); Gillette, párrafo 25 (cita lo mismo) (CWS-5).

⁸⁵⁵ Callahan, párrafo 5 (CWS-2).

problemática.⁸⁵⁶ La Sra. Callahan y el CEO de TECO concluyeron que, “si [TECO] podía[] tomar el efectivo de la venta y destinarlo a retirar la deuda, ello representaría un mejor uso del efectivo que seguir recibiendo retornos decepcionantes sobre la inversión en EEGSA”, aún subrayando “lo malo que era el rendimiento de la inversión de la sociedad en EEGSA”.⁸⁵⁷ Tras realizar un análisis detallado, TECO concluyó que “siempre que el precio (si bien sería menos que lo que habría sido de no ser por las circunstancias correspondientes al VAD de 2008-2013) fuera apropiado”.⁸⁵⁸

226. A mediados de 2010, Empresas Públicas de Medellín E.S.P. (EPM) de Colombia le indicó a Iberdrola que estaba interesada en la compra de EEGSA.⁸⁵⁹ El intento de EPM hizo que TECO y sus socios negociaran la venta de DECA II a EPM.⁸⁶⁰ Tras semanas de negociaciones, EPM le envió a TECO una oferta vinculante para adquirir DECA II por la suma de USD 605 millones.⁸⁶¹ La porción del precio de compra para TECO, por su participación del 30% en DECA II, alcanzaba los USD 181.5 millones.⁸⁶² Como afirma la Sra. Callahan:

La razón de TECO para vender su participación en EEGSA fue que el desempeño financiero de la inversión no había cumplido con las expectativas. Para justificar la asunción del mayor riesgo que representa invertir en el exterior, TECO esperaba que el rendimiento de inversiones en EEGSA fuera mayor que el proveniente de sus empresas de servicios públicos de Florida. Tras la imposición del VAD correspondiente al período 2008-2013, nos quedó claro que TECO no podría lograr el nivel esperado de rendimiento. Dada la negativa del Gobierno de Guatemala a negociar con nosotros respecto del VAD de EEGSA, TECO determinó que no le quedaba otra opción que vender su participación en esa empresa, no obstante el hecho de que el precio de venta era inferior al que deberíamos haber obtenido si

⁸⁵⁶ *Ib.*, párrafos 7-8.

⁸⁵⁷ *Ib.*, párrafo 8.

⁸⁵⁸ *Ib.*, párrafo 9.

⁸⁵⁹ *Ib.*, párrafo 10.

⁸⁶⁰ Callahan, párrafo 10 (CWS-2).

⁸⁶¹ Nota de EPM a Iberdrola, TPS y EDP, 6 de octubre de 2010 (C-352); Callahan, párrafo 11 (CWS-2).

⁸⁶² Callahan, párrafo 11 (CWS-2).

Guatemala hubiera actuado en conformidad con su propio derecho.⁸⁶³

El 21 de octubre de 2010, TECO y sus socios en EEGSA celebraron un acuerdo de compra de acciones con EPM por medio del cual EPM adquirió DECA II por la suma fijada en su carta de oferta vinculante.⁸⁶⁴

227. Como demuestra el Sr. Kaczmarek en su Informe y se detalla mas adelante, entre el 1 de agosto de 2008 (cuando la CNEE impuso en forma arbitraria su VAD a EEGSA) y el 21 de octubre de 2010 (cuando TECO vendió su participación en DECA II), TECO sufrió la pérdida de flujo de caja como resultado del VAD ilícito por la suma de USD 18,915,000.⁸⁶⁵ Además, TECO recibió una suma que ni siquiera se acercaba al monto que hubiera recibido por sus acciones en EEGSA si Guatemala no hubiera adoptado la medida ilícita que se describiera en detalle en los párrafos anteriores. Tras vender su participación a EPM el 21 de octubre de 2010, TECO sufrió pérdidas por el valor de USD 225.893.000.⁸⁶⁶ Considerando el tiempo, valor y oportunidad del costo del dinero, TECO sufrió daños por el valor de USD 257.683.319 como resultado directo de las medidas ilícitas adoptadas por Guatemala.⁸⁶⁷

III. GUATEMALA NO CUMPLIÓ CON EL ARTÍCULO 10.5 DEL RD-CAFTA

228. Como se demostró precedentemente, la CNEE decidió – de forma arbitraria, por motivos políticos y en incumplimiento de las obligaciones establecidas en la LGE y el RLGE – imponer su propia tarifa a EEGSA, oponiéndose así a las expectativas legítimas que tenía TECO de que la CNEE ejerciera sus facultades regulatorias con arreglo a la ley. Como se probará más adelante, los actos ilícitos y arbitrarios del Gobierno, que violaron la Ley y el Reglamento que Guatemala empleó para incentivar a TECO a invertir, no cumplieron con la obligación de

⁸⁶³ *Ib.*, párrafo 11 (notas al pie y citas internas omitidas).

⁸⁶⁴ Contrato de venta de acciones celebrado entre Iberdrola, TPS, EDP y EPM el 21 de octubre de 2010 (C-356); *ver también* Acta de asamblea del Consejo de Administración de TECO Energy, Inc., 14 de octubre de 2010, página 2 (que aprueba la venta) (C-354); Callahan, párrafo 11 (CWS-2).

⁸⁶⁵ Kaczmarek, párrafo 224 y Tabla 20 (CER-2).

⁸⁶⁶ *Ib.*

⁸⁶⁷ *Ib.*

Guatemala en virtud del RD-CAFTA de dispensar un trato justo y equitativo a la inversión de TECO.

A. El Artículo 10.5 del RD-CAFTA prohíbe a los Estados frustrar las expectativas legítimas o implementar medidas arbitrarias contra una inversión protegida

229. El Artículo 10.5 del RD-CAFTA establece el “nivel mínimo de trato” que cada Estado Parte debe otorgar a las inversiones cubiertas por el tratado, como es el caso de EEGSA⁸⁶⁸. A continuación se transcribe el contenido íntegro del Artículo 10.5:

(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.

⁸⁶⁸ Tratado de Libre Comercio entre la República Dominicana – Centroamérica – y los Estados Unidos del 5 de agosto de 2004 (“RD-CAFTA”), Capítulo Diez, Art. 10.5 (CL-1).

El Anexo 10-B confirma que el nivel mínimo de trato en virtud del derecho internacional consuetudinario respecto de los extranjeros, como establece el Artículo 10.5, “se refiere a todos los principios del derecho internacional consuetudinario que protegen los derechos e intereses económicos de los extranjeros”⁸⁶⁹.

230. Como han observado tanto comentaristas como el Gobierno de los Estados Unidos, el Artículo 10.5 del RD-CAFTA es sustancialmente idéntico al Artículo 1105 del TLCAN⁸⁷⁰. Como se explicará seguidamente, las decisiones de los tribunales en los casos planteados en virtud del TLCAN y otros casos relevantes sostienen que se considerará que el Estado ha violado su obligación de otorgar a un inversor extranjero el nivel mínimo de trato si no cumplió con las expectativas legítimas que el inversor tuvo en cuenta para realizar la inversión, si no actuó de buena fe, o si su conducta fue arbitraria. Si bien la mala fe del Estado configura necesariamente la violación del nivel mínimo de trato, no es requisito que el inversor demuestre la existencia de mala fe para probar la responsabilidad internacional del Estado en cuestión.

231. En el caso *Mondev c. Estados Unidos*⁸⁷¹ instituido en virtud del TLCAN, por ejemplo, el tribunal determinó que “no puede haber duda” de que la mención en el TLCAN del nivel mínimo de trato hace referencia al estándar bajo el “derecho internacional consuetudinario

⁸⁶⁹ RD-CAFTA, Anexo 10-B (“Derecho Internacional Consuetudinario”) (CL-1); *ver también* el artículo 31(1)-(2) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, Serie de Tratados de la Sociedad de las Naciones Unidas, vol. 1155, página 331, suscripto en Viena el 23 de mayo de 1969 y vigente desde el 27 de enero de 1980. (“1. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin. 2. Para los efectos de la interpretación de un tratado, el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos:”) (CL-2).

⁸⁷⁰ *Ver, por ejemplo*, Representante de Comercio de los Estados Unidos, Tratado de Libre Comercio entre República Dominicana – Centroamérica – y Estados Unidos de América: Resumen del Tratado, *disponible en* http://www.ustraderepágina.gov/assets/Trade_Agreements/Regional/CAFTA/Briefing_Book/asset_upload_file74_7284.pdf (teniendo en cuenta que las disposiciones del RD-CAFTA “reflejan las normas tradicionales incorporados en anteriores acuerdos de inversión de los EE.UU. (incluidos los del Tratado de Libre Comercio de América y los tratados bilaterales de inversión de los EE.UU.) y en el derecho internacional consuetudinario”) (CL-1); David A. Gantz, *Settlement of Disputes Under the Central America-Dominican Republic-Estados Unidos Free Trade Agreement*, 30 B.C. Int’l & Comp. L. Rec. 331, 356-357 (2007) (CL-50); *ver también* Interpretation of the Free Trade Commission of Certain Chapter 11 Provisions, 31 de julio de 2001, *disponible en* <http://www.state.gov/documents/organization/38790.pdf> (CL-55).

⁸⁷¹ *Mondev International Ltd. c. Estados Unidos de América*, Capítulo 11 del TLCAN, Caso CIADI No. ARB(AF)/99/2, Laudo del 11 de octubre de 2002 (“*Mondev c. Estados Unidos*”) (CL-31).

como estaba conformado no antes del momento en el que NAFTA entró en vigencia”⁸⁷². El tribunal consideró, en este aspecto, el considerable desarrollo en el tiempo de los derechos de fondo y de forma en virtud del derecho internacional, así como el conjunto de prácticas concordantes reflejado en más de 2000 tratados de inversión que “contemplan casi uniformemente un trato justo y equitativo para las inversiones extranjeras”⁸⁷³. El Tribunal también observó que todos los Estados Parte del TLCAN aceptaron que el nivel mínimo de trato “puede evolucionar” y “ha evolucionado.”⁸⁷⁴ El tribunal del caso *Mondev*, por tanto, concluyó que, en la actualidad, “lo injusto o no equitativo no necesariamente coincide con lo abusivo o atroz”, y “un Estado podría tratar una inversión extranjera de manera injusta y no equitativa sin por ello actuar necesariamente de mala fe”⁸⁷⁵.

232. En *ADF c. Estados Unidos*⁸⁷⁶, otro caso que emerge en virtud del TLCAN, el tribunal se manifestó de acuerdo con la decisión del tribunal del caso *Mondev*⁸⁷⁷, a la cual citó extensamente. Como en el caso *Mondev*, el tribunal del caso *ADF* observó que “el derecho internacional consuetudinario mencionado en el Artículo 1105(1) no está ‘congelado en el

⁸⁷² *Ib.*, párrafo 125.

⁸⁷³ *Ib.*, párrafos 116-117 (que además sostienen que estos tratados “habrá[n] influenciado necesariamente el contenido de las reglas que rigen el trato de la inversión extranjera en el derecho internacional actual”); *ib.*, párrafo 125 (donde se enfatiza que “las inversiones de los inversores de NAFTA tienen derecho, en virtud del derecho internacional consuetudinario que, según la interpretación de las Partes de NAFTA, comprende el Artículo 1105(1), a recibir un trato justo y equitativo”).

⁸⁷⁴ *Ib.*, párrafo 124; *ver también ib.*, párrafo 119 (“El propio Estados Unidos aceptó que el Artículo 1105(1) pretende ofrecer una medida real de protección de las inversiones, y que, teniendo en cuenta su lenguaje general y el carácter evolutivo del derecho internacional, tiene potencial evolutivo”).

⁸⁷⁵ *Ib.*, párrafo 116 (donde se determina que “no es convincente circunscribir el significado de “trato justo y equitativo” . . . de las inversiones extranjeras a lo que [ese término] -de estar [vigente] entonces- [podría] haber significado en los años 20 cuando se aplicaban a la seguridad física de un extranjero”); *Chemtura Corporation c. El Gobierno de Canadá*, Arbitraje Capítulo 11 del TLCAN, Reglamento de Arbitraje CNUDMI, Laudo del 2 de agosto de 2010, párrafo 121 (donde se observa que no se puede “pasar por alto la evolución del derecho internacional consuetudinario ni los efectos del BIT en tal evolución”) (CL-14); *Merrill & Ring Forestry L.P. c. El Gobierno de Canadá*, Capítulo 11 del TLCAN, Reglamento de Arbitraje CNUDMI, Laudo del 31 de marzo de 2010 (“*Merrill & Ring c. Canadá*”), párrafo 193 (donde se destaca la “visión compartida de que el derecho internacional no ha sido congelado en el tiempo y que continúa evolucionando según las realidades de la comunidad internacional”) (CL-29).

⁸⁷⁶ *ADF Group Inc. c. Estados Unidos de América*, Capítulo 11 del TLCAN, Caso CIADI No. ARB(AF)/00/1, Laudo del 9 de enero de 2003 (“*ADF c. Estados Unidos*”) (CL-4).

⁸⁷⁷ *Ib.*, párrafos 180-186.

tiempo' y que el estándar mínimo de tratamiento sí evoluciona"; así, pues, el TLCAN incorpora "al derecho internacional consuetudinario 'tal como existe en la actualidad'"⁸⁷⁸. El tribunal además observó que se consideraría que un Estado ha violado el nivel mínimo de trato si sus medidas fueran "idiosincrásicas o aberrantes y arbitrarias"⁸⁷⁹.

233. El tribunal del caso *Waste Management c. México*⁸⁸⁰, un caso seminal sobre el nivel mínimo de trato, consideró los análisis de ese nivel en otros casos instituidos en virtud del TLCAN, y determinó que "a pesar de ciertas diferencias de énfasis, surge un criterio general para el Artículo 1105 [acerca del estándar mínimo del trato justo y equitativo]"⁸⁸¹. En las observaciones frecuentemente citadas que han establecido el nivel mínimo contemporáneo de trato en el contexto de las inversiones extranjeras, el tribunal del caso *Waste Management* afirmó:

Tomados en forma conjunta, los casos S. D. Myers, Mondev, ADF y Loewen sugieren que el nivel mínimo de trato justo y equitativo es quebrantado por una conducta atribuible al Estado y es perjudicial para la demandante si dicha conducta es arbitraria, notoriamente injusta, antijurídica o idiosincrática, y discriminatoria si la demandante es objeto de prejuicios raciales o regionales o si involucra ausencia de debido proceso que lleva a un resultado que ofende la discrecionalidad judicial . . . Al aplicar este criterio es pertinente que el trato sea contrario y violatorio de las declaraciones hechas por el Estado receptor sobre las que la demandante se basó en forma razonable⁸⁸².

Se consideraría entonces que un Estado ha violado su obligación de otorgar el nivel mínimo de trato, incluido el trato justo y equitativo, si implementara medidas arbitrarias o si no cumpliera con las declaraciones que la demandante tomó en cuenta razonablemente al momento de realizar su inversión.

⁸⁷⁸ *Ib.*, párrafo 179.

⁸⁷⁹ *Ib.*, párrafo 188.

⁸⁸⁰ *Waste Management, Inc. c. Estados Unidos Mexicanos* Capítulo 11 del TLCAN, Caso CIADI No. ARB(AF)/00/3, Laudo del 30 de abril de 2004 ("*Waste Management c. México*") (CL-46).

⁸⁸¹ *Ib.*, párrafos 91-98.

⁸⁸² *Ib.*, párrafo 98.

234. Después de la decisión del caso *Waste Management*, numerosos tribunales han ratificado estas observaciones. En *Thunderbird c. México*⁸⁸³, por ejemplo, el tribunal observó que “el concepto de ‘expectativas legítimas’ se relaciona . . . a una situación en la que la conducta de una Parte Contratante crea expectativas razonables y justificables por parte de un inversionista (o una inversión) para actuar confiando en dicha conducta, de manera que la falta de honramiento de esas expectativas por parte de la Parte NAFTA podría hacer que el inversionista (o la inversión) sufra daños”⁸⁸⁴. En base a los hechos de ese caso, la mayoría del tribunal concluyó que el inversor no tenía una expectativa legítima y que México no resultaba, en consecuencia, responsable⁸⁸⁵. En su opinión disidente, el Profesor Wälde observó que si bien la “‘expectativa legítima’ no se encuentra expresamente incluida” en el TLCAN u otros tratados de inversión, ésta “forma parte del principio de ‘buena fe’, que es un principio rector (y un principio general del derecho internacional) a los efectos de la aplicación del estándar de ‘trato justo y equitativo’ del Artículo 1105, que se repite, en prácticamente idénticos términos, en la mayoría de los más de 2500 tratados de inversión vigentes en la actualidad”⁸⁸⁶. Aunque no estuvo de acuerdo con la decisión a la que se arribó en el caso, el Profesor Wälde sí coincidió con la mayoría del tribunal

⁸⁸³ *International Thunderbird Gaming Corporation c. Estados Unidos Mexicanos*, Capítulo 11 del TLCAN, Reglamento de Arbitraje CNUDMI, Laudo del 26 de enero de 2006 (“*Thunderbird c. México*”) (CL-25).

⁸⁸⁴ *Ib.*, párrafo 147; ver también *Glamis Gold, Ltd. c. Estados Unidos de América*, Capítulo 11 del TLCAN, Reglamento de Arbitraje CNUDMI, Laudo del 8 de junio de 2009 (“*Glamis Gold c. Estados Unidos*”) párrafo 627 (en el que el Tribunal se manifestó de acuerdo con la decisión del caso *Thunderbird* de considerar que un Estado viola el nivel mínimo de trato si desconoce las expectativas objetivas que el propio estado creó a fin de atraer la inversión) (CL-23); ver también *ib.*, párrafo 621 (“coincide con el Tribunal del caso *International Thunderbird* en que las expectativas legítimas se relacionan con el análisis a la luz del Artículo 1105(1) de situaciones ‘en las que la conducta de una de las Partes Contratantes genera expectativas razonables y justificadas en el inversor (o con respecto a su inversión) que lo llevan a proceder en función de dicha conducta”).

⁸⁸⁵ *Thunderbird c. México*, párrafo 166 (CL-25).

⁸⁸⁶ *International Thunderbird Gaming Corporation c. Estados Unidos Mexicanos*, Opinión Disidente de Thomas Wälde, diciembre de 2005 párrafo 25 (en donde se establece que tanto las partes como el tribunal “suponen la existencia de dicho estándar a partir del Artículo 1105” y “pueden con toda corrección confiar en el reconocimiento del principio de ‘buena fe’, ya sea como un deber separado, o... como un principio interpretativo importante que se aplica de manera subsidiaria respecto de una obligación principal (como la de ‘trato justo y equitativo’)”) (CL-24).

en que “el principio de expectativa legítima forma parte (como subcategoría) del deber de acordar un trato justo y equitativo de conformidad con el Artículo 1105 del TLCAN”⁸⁸⁷.

235. Los tribunales de *Azurix c. Argentina*⁸⁸⁸ y *Siemens c. Argentina*⁸⁸⁹, casos que surgieron en virtud del TBI entre Argentina y Estados Unidos y el TBI entre Alemania y Argentina, respectivamente, también determinaron que el nivel mínimo de trato bajo el derecho internacional consuetudinario “ha evolucionado”⁸⁹⁰. El tribunal de *Azurix*, en particular, observó que el nivel es “sustancialmente similar” al estándar de trato justo y equitativo⁸⁹¹. Ambos tribunales sostuvieron que el nivel “no [] incluye la mala fe o la intención dolosa del Estado receptor como elemento necesario de la falta de trato justo y equitativo de la inversión”⁸⁹². Los tribunales concluyeron, además, que se consideraría que un Estado ha violado el nivel mínimo de

⁸⁸⁷ *Ib.*, párrafo 1.

⁸⁸⁸ *Azurix Corp. c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/01/12, Laudo del 14 de julio de 2006 (“*Azurix c. Argentina*”) (CL-8).

⁸⁸⁹ *Siemens A.G. c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/02/8, Laudo del 6 de febrero de 2007 (“*Siemens c. Argentina*”) (CL-44).

⁸⁹⁰ *Azurix c. Argentina*, párrafo 361 (CL-8); *Siemens c. Argentina*, párrafo 299 (CL-44); *Ver también ib.*, párrafos 295-297.

⁸⁹¹ *Azurix c. Argentina*, párrafo 361 (CL-8); *ver también ib.*, párrafo 364 (“La cuestión de si el trato justo y equitativo es o no es adicional al requisito mínimo de trato acorde con el derecho internacional es una cuestión relativa al contenido sustancial del trato justo y equitativo y, cualquiera sea la posición que se adopte al respecto, la respuesta puede ser sustancialmente la misma”).

⁸⁹² *Ib.*, párrafo 372 (donde además se observa que “no sería compatible” considerar que un Estado parte “ha incumplido la obligación de otorgar un trato justo y equitativo sólo cuando su conducta sea de mala fe o pueda calificarse como ultrajante o desmesurada”); *Siemens c. Argentina*, párrafo 299 (donde se establece que la mala fe “no [es] un elemento esencial del estándar” bajo el derecho internacional consuetudinario) (CL-44); *ver también Glamis Gold c. Estados Unidos*, párrafo 616 (donde se observa que la mala fe no constituye un requisito para determinar la existencia de una violación del estándar de trato justo y equitativo – si bien representa una “prueba concluyente”–, y que “un acto que es atroz o vergonzoso también podría evidenciar mala fe, pero dicha mala fe no es necesaria para determinar la existencia de una violación”) (CL-23); *ver también ib.*, párrafo 627; *Cargill, Inc. c. Estados Unidos Mexicanos*, Capítulo 11 del TLCAN, Caso CIADI No. ARB(AF)/05/2, Laudo del 18 de septiembre de 2009 (“*Cargill c. México*”), párrafo 296 (en el que se determinó que el estándar “no es estrict[o] al grado de exigir ‘mala fe’ o ‘negligencia intencional en el cumplimiento del deber’” aunque “la existencia de tales circunstancias será prueba suficiente”) (CL-12).

trato si éste frustrara “las expectativas que el inversor pueda haber tenido legítimamente en cuenta cuando hizo la inversión”⁸⁹³.

236. En *BG Group c. Argentina*⁸⁹⁴, un caso que surgió en virtud del TBI entre Argentina y el Reino Unido, el tribunal se manifestó de acuerdo con la “declaración inequívoca” del caso *Waste Management* que afirmaba que los “compromisos con el inversor son relevantes a la aplicación del estándar mínimo internacional de trato bajo el derecho internacional”⁸⁹⁵. El tribunal concluyó que las obligaciones del Estado receptor, concordantemente, “deben ser examinados a la luz del marco legal y comercial presentado al inversor al momento en que decide invertir”⁸⁹⁶. Asimismo, el tribunal sostuvo “al igual que decisiones arbitrales previas,” que “la violación del principio de trato justo y equitativo no requiere mala fe por parte del Estado anfitrión”⁸⁹⁷.

237. El tribunal del caso *Biwater Gauff c. Tanzania*⁸⁹⁸, que se instituyó en virtud del TBI entre el Reino Unido y Tanzania, se mostró de acuerdo con “ciertos comentaristas y tribunales arbitrales anteriores” que expresaban que “el contenido real del estándar de tratamiento justo y equitativo del tratado no difiere sustancialmente del contenido del estándar mínimo de tratamiento en el derecho internacional consuetudinario”⁸⁹⁹. Teniendo en cuenta las decisiones de los casos *Mondev*, *Waste Management* y *Thunderbird*, y luego de optar por

⁸⁹³ *Azurix c. Argentina*, párrafo 372 (CL-8); *Siemens c. Argentina*, párrafo 299 (en el que se sostiene que “el estándar actual incluye la frustración de las expectativas que el inversor pueda haber tenido en cuenta legítimamente cuando realizó la inversión”) (CL-44).

⁸⁹⁴ *BG Group c. República Argentina*, Reglamento de Arbitraje CNUDMI, Laudo del 24 de diciembre de 2007 (“*BG Group c. Argentina*”) (CL-9).

⁸⁹⁵ *Ib.*, párrafos 294, 296 (en los que se cita el caso *Revere Copper and Brass, Inc. c. Overseas Private-Investment Corp.* por su observación de que estos principios son “especialmente aplicable cuando la pregunta es, como lo es en este caso, si las acciones tomadas por un gobierno contrarias a y perjudiciales a los intereses económicos de los extranjeros están en conflicto con los compromisos y las garantías dadas de buena fe a tales extranjeros como un incentivo para que estos realizaran la inversiones afectadas por la acción”).

⁸⁹⁶ *Ib.*, párrafo 298.

⁸⁹⁷ *Ib.*, párrafo 301.

⁸⁹⁸ *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. c. República Unida de Tanzania*, Caso CIADI No. ARB/05/22, Laudo del 24 de julio de 2008 (“*Biwater Gauff c. Tanzania*”) (CL-10).

⁸⁹⁹ *Ib.*, párrafo 592.

“aplicar el umbral general según lo articulado (en particular) por el tribunal en *Waste Management*”, el tribunal del caso *Biwater Gauff* identificó a la “[p]rotección de expectativas legítimas”, “[b]uena fe” y la “[t]ransparencia, consistencia, no discriminación” como “componentes específicos del estándar”⁹⁰⁰. Con respecto a la protección de las expectativas legítimas, el tribunal observó que “el propósito del estándar de tratamiento justo y equitativo es ofrecer un tratamiento a las inversiones internacionales que no afecte las expectativas básicas consideradas por el inversor extranjero para realizar la inversión, siempre que estas expectativas sean razonables y legítimas y hayan sido tenidas en cuenta por el inversor para realizar la inversión”⁹⁰¹. Con relación a la buena fe, el tribunal destacó que “el estándar incluye el principio general reconocido en el derecho internacional de que las partes contratantes deben actuar de buena fe si bien no se requiere mala fe por parte del Estado para que se configure esta violación”⁹⁰². Y finalmente, acerca del componente de transparencia, consistencia y no discriminación, el tribunal afirmó que “la conducta del Estado debe ser transparente, consistente y no discriminatoria, es decir, no basarse en distinciones injustificables ni ser arbitraria”⁹⁰³.

238. Análogamente, en *Rumeli c. Kazajistán*⁹⁰⁴, un caso que surgió en virtud del TBI entre Turquía y Kazajistán, el tribunal respaldó “la opinión de distintos tribunales del CIADI de que el estándar del tratado sobre el trato justo y equitativo no es materialmente diferente del estándar de trato mínimo en el derecho internacional consuetudinario”⁹⁰⁵. El tribunal, además, observó que cada estándar comprende, entre otras cuestiones, los cuatro “siguientes principios” – en primer lugar, “el Estado debe actuar en forma transparente”; en segundo lugar, “el Estado está obligado a actuar de buena fe”; en tercer lugar, “la conducta del Estado no puede ser arbitraria,

⁹⁰⁰ *Ib.*, párrafos 596-599, 601-602.

⁹⁰¹ *Ib.*, párrafo 602.

⁹⁰² *Ib.*

⁹⁰³ *Ib.*

⁹⁰⁴ *Rumeli Telekom A.S. y Telsim Mobil Telekomikasyon Hizmetleri A.S. c. República de Kazajistán*, Caso CIADI No. ARB/05/16, Laudo del 29 de julio de 2008 (“*Rumeli c. Kazajistán*”) (CL-39).

⁹⁰⁵ *Ib.*, párrafo 611 (donde además se observa que cualquier diferencia “es más teórica que real”).

extremadamente desleal, injusta, idiosincrásica, discriminatoria o carente del debido proceso” y en cuarto lugar, “el Estado debe respetar la corrección procesal y el debido proceso”⁹⁰⁶.

239. Nuevamente, en el caso *Duke Energy c. Ecuador*⁹⁰⁷, que surgió en virtud del TBI entre Estados Unidos y Ecuador, el tribunal destacó “la evolución que reflejan las más recientes decisiones del CIADI” y sostuvo que el estándar de trato justo y equitativo de conformidad con el TBI y el nivel mínimo de trato bajo el derecho internacional consuetudinario son “esencialmente idénticos”⁹⁰⁸. El tribunal también coincidió con las conclusiones de tribunales anteriores al sostener que “en efecto ha surgido en el derecho internacional un estándar de trato justo y equitativo”, y que un “elemento esencial” de ese estándar es “un entorno jurídico y económico estable y previsible”⁹⁰⁹. El tribunal luego vinculó esta cuestión con otro “elemento esencial del estándar del trato justo y equitativo importante” y observó que la “estabilidad del entorno jurídico y económico está directamente vinculada a las expectativas justificadas del inversionista”⁹¹⁰. En este contexto, el tribunal observó que la frustración de las expectativas de un inversor daría lugar a responsabilidad internacional si tales expectativas fueran legítimas y razonables al momento de realizar la inversión, surgieran de condiciones que el Estado ofrece al inversor, y fueran tenidas en cuenta por el inversor para decidir realizar la inversión o no⁹¹¹. El tribunal del caso *Duke Energy* también se manifestó de acuerdo en que, a la luz de “una línea uniforme de casos, parece que la violación del trato justo y equitativo no presupone mala fe de parte del Estado”⁹¹².

⁹⁰⁶ *Ib.*, párrafo 609.

⁹⁰⁷ *Duke Energy Electroquil Partners & Electroquil S.A. c. República de Ecuador*, Caso CIADI No. ARB/04/19, Laudo del 18 de agosto de 2008 (“*Duke Energy c. Ecuador*”) (CL-19).

⁹⁰⁸ *Ib.*, párrafos 333, 335-337; ver también *Saluka Investments BV (Países Bajos) c. República Checa*, CNUDMI, Laudo Parcial del 17 de marzo de 2006, párrafo 291 (en el que se indica que “la diferencia entre el estándar del Tratado . . . y el estándar mínimo convencional, cuando se los aplica a los hechos particulares de una causa, bien puede resultar más aparente que real”) (CL-42).

⁹⁰⁹ *Duke Energy c. Ecuador*, párrafo 339 (CL-19).

⁹¹⁰ *Ib.*, párrafo 340.

⁹¹¹ *Ib.*

⁹¹² *Ib.*, párrafo 341.

240. El tribunal constituido en virtud del TLCAN para el caso *Cargill c. México*, entretanto, sostuvo que se consideraría que un Estado ha violado el nivel mínimo de trato si sus autoridades regulatorias actuaran con arbitrariedad⁹¹³. En ese contexto, el tribunal del caso *Cargill* estuvo de acuerdo con la decisión que tomó la Corte Internacional de Justicia en el caso *ELSI* al afirmar que “[l]a arbitrariedad no es tan sólo lo opuesto a una regla del derecho sino lo opuesto al imperio de la ley” – el “imperio de la ley” había sido reemplazado por un acto a través de una “inobservancia intencional del debido proceso legal, un acto que choca contra el sentido de idoneidad judicial, o al menos lo sorprende”⁹¹⁴. El tribunal, por tanto, sostuvo que se considerará que un Estado ha violado el nivel mínimo de trato si su accionar “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”⁹¹⁵.

241. Las conclusiones a las que arriban estos tribunales respecto del nivel mínimo de trato con arreglo al derecho internacional consuetudinario fueron nuevamente respaldadas el año pasado en el caso instituido en virtud del TLCAN conocido como *Merrill & Ring c. Canadá*⁹¹⁶. En *Merrill & Ring*, el tribunal observó que, incluso si no hubiera “obligaciones independientes” bajo el TLCAN o el derecho internacional con relación a la buena fe y la prohibición de arbitrariedad, “estos conceptos son en gran medida la expresión de los principios generales del derecho y, por lo tanto, parte del derecho internacional. . . . La buena fe y la prohibición de arbitrariedad son sin duda una expresión de dichos principios generales y no podría pedírsele actualmente a ningún tribunal que ignore estas obligaciones básicas del derecho

⁹¹³ *Cargill c. Mexico*, párrafos 291-293 (CL-12).

⁹¹⁴ *Ib.*, párrafo 291 (donde se observa, además, que “por lo menos dos de los Estados parte en dicho tratado aceptaron [esta conclusión de la Corte Internacional de Justicia] como la ‘mejor definición’ de “arbitrariedad”).

⁹¹⁵ *Ib.*, párrafo 293.

⁹¹⁶ *Merrill & Ring c. Canadá* (CL-29).

internacional”⁹¹⁷. El tribunal además destacó la “conexión estrecha” entre estos principios generales del derecho y la “disponibilidad de un entorno legal seguro”⁹¹⁸.

242. Estas observaciones son particularmente relevantes en este caso ya que, como se afirmó anteriormente, el Artículo 10.5 del RD-CAFTA comprende “todos los principios del derecho internacional consuetudinario que protegen los derechos e intereses económicos de los extranjeros”⁹¹⁹. De conformidad con el RD-CAFTA, cada Estado parte debe cumplir con los principios generales del derecho en pos de garantizar la buena fe, la no arbitrariedad y la existencia de un entorno legal estable y seguro.

243. El tribunal del caso *Merrill & Ring* también determinó que un Estado no sólo debe respetar estos principios generales del derecho, sino también “establece[r] el trato justo y equitativo de los inversores extranjeros dentro de los límites de la sensatez”⁹²⁰. Para llegar a esta conclusión, el tribunal de *Merrill & Ring* hizo referencia a las decisiones de los casos en virtud del TLCAN conocidos como *Mondev*, *ADF*, *Waste Management* y *GAMI*, y pudo identificar una “tendencia hacia la liberalización del estándar aplicable al trato de los negocios, el comercio y las inversiones” que “continuó invencible durante varias décadas y aún no se ha detenido”⁹²¹. Tomando en cuenta decisiones anteriores en virtud del TLCAN que determinaron que un Estado no podía desarrollar una “conducta que es injusta, arbitraria, desleal, discriminatoria o que viola el debido proceso”, el tribunal observó que el “requisito de que los extranjeros deben ser tratados justa y equitativamente en relación con los negocios, el comercio y las inversiones es el resultado de su realidad cambiante y, en cuanto tal, se ha convertido suficientemente en parte de la práctica extendida y consistente de manera de demostrar que es reflejado en la actualidad en el derecho

⁹¹⁷ *Ib.*, párrafo 187; ver también *Glamis Gold c. Estados Unidos*, párrafo 625 (donde se concluye que “la arbitrariedad que viola el estado de derecho (*rule of law*), más que una regla de derecho, ocasionaría la sorpresa no solo de los inversores sino también de los tribunales”) (se omitió el énfasis) (CL-23).

⁹¹⁸ *Merrill & Ring c. Canadá*, párrafo 187 (CL-29).

⁹¹⁹ RD-CAFTA, Anexo 10-B (“Derecho Internacional Consuetudinario”) (CL-1).

⁹²⁰ *Merrill & Ring c. Canadá*, párrafo 213 (CL-29); ver también *ib.*, párrafo 211 (en el que se concluye que “el trato justo y equitativo se ha vuelto parte del derecho consuetudinario”).

⁹²¹ *Ib.*, párrafo 207.

internacional consuetudinario como *opinio juris*”⁹²². El tribunal concluyó que el estándar aplicable “ofrece protección frente a todos esos actos o comportamientos que podrían infringir un sentido de justicia, equidad y sensatez”⁹²³.

244. Como se refleja en esta revisión de casos recientes, el nivel mínimo de trato en virtud del derecho internacional consuetudinario ha evolucionado y, en el contexto de las inversiones extranjeras, ha coincidido sustancialmente con el estándar de trato justo y equitativo. Puntualmente, como se demostró precedentemente, ahora resulta axiomático que un Estado receptor tenga, de acuerdo con el nivel mínimo de trato – y, por tanto, de conformidad con el Artículo 10.5 del RD-CAFTA – la obligación de actuar de buena fe, de abstenerse de ejercer sus facultades regulatorias de forma arbitraria, de proporcionar un entorno jurídico y económico estable y seguro, y de satisfacer las expectativas legítimas que resulten de las condiciones ofrecidas para incentivar al inversor a que invierta.

B. Numerosos tribunales determinaron la responsabilidad del Estado receptor cuando, como en el caso que nos ocupa, el Estado frustra las expectativas legítimas o actúa con arbitrariedad contra la inversión

245. En razón del estándar legal establecido precedentemente, numerosos tribunales han determinado la responsabilidad del Estado receptor por el incumplimiento de su obligación de otorgar un trato justo y equitativo cuando, como en el caso que nos ocupa, el Estado ha frustrado las expectativas legítimas del inversor o implementado medidas arbitrarias contra la inversión.

246. En *OEPC c. Ecuador*⁹²⁴, por ejemplo, OEPC celebró un contrato con una empresa estatal para la exploración y producción de petróleo, después de varios años durante los cuales OEPC había realizado estas mismas actividades bajo la forma de contratos de servicios⁹²⁵. Con arreglo al contrato, OEPC invirtió en el oleoducto de Ecuador y las autoridades impositivas

⁹²² *Ib.*, párrafos 208, 210.

⁹²³ *Ib.*, párrafo 210.

⁹²⁴ *Occidental Exploration and Production Company c. República de Ecuador*, LCIA Case No. UN 3467, Laudo del 1º de julio de 2004 (“*OEPC c. Ecuador*”) (CL-34).

⁹²⁵ *Ib.*, párrafos 1-2, 26.

reembolsaron a OEPC los pagos de IVA, exactamente como lo habían hecho las autoridades bajo los contratos de servicio anteriores⁹²⁶. Luego de dos años, sin embargo, la autoridad impositiva reinterpretó el contrato y la ley impositiva, se negó a efectuar posteriores reembolsos y exigió el reintegro de los montos anteriormente reembolsados⁹²⁷. El tribunal manifestó que la disposición sobre trato justo y equitativo del TBI “no difiere del estándar establecido en el derecho internacional con respecto a la estabilidad y previsibilidad del marco jurídico y empresarial de la inversión”⁹²⁸. El tribunal concluyó que el cambio de conducta de Ecuador respecto del marco regulatorio en virtud del cual se había realizado la inversión redundó en la violación de su obligación de dispensar un trato justo y equitativo en virtud del TBI entre Estados Unidos y Ecuador⁹²⁹.

247. Análogamente, el caso *CME c. República Checa*⁹³⁰ también involucró una violación de parte del Estado de la obligación de trato justo y equitativo debido a que frustró las expectativas legítimas del inversor y no proporcionó un régimen regulatorio previsible y estable. En ese caso, el Consejo de Medios checo propuso y aprobó un acuerdo por el cual CME invertiría en una *joint venture* (alianza empresarial temporal) que operaría una estación de televisión. Un socio checo de esa alianza tendría la titularidad nominal de la licencia requerida⁹³¹. Si bien la *joint venture* no tenía la titularidad legal de la licencia, los socios acordaron, con la aprobación del Consejo de Medios, que se distribuirían las ganancias obtenidas de la operación de la estación de acuerdo con sus participaciones respectivas en la *joint venture*⁹³². La *joint venture* se convirtió en la estación privada de televisión más rentable de toda

⁹²⁶ *Ib.*, párrafos 2, 26, 32.

⁹²⁷ *Ib.*, párrafos 3, 32.

⁹²⁸ *Ib.*, párrafo 190; *ver también ib.*, párrafo 191 (donde se concluye que “no existe obligación de devolución de IVA bajo el derecho internacional. . . pero ciertamente existe la obligación de no alterar el entorno legal y comercial en el que se ha hecho la inversión”).

⁹²⁹ *Ib.*, párrafos 184, 187.

⁹³⁰ *CME Czech Republic B.C. c. República Checa*, Reglas de Arbitraje CNUDMI, Laudo Parcial del 13 de septiembre de 2001 (“*CME c. República Checa*”) (CL-16).

⁹³¹ *Ib.*, párrafos 98-102.

⁹³² *Ib.*, párrafo 102.

República Checa, y CME finalmente adquirió el 99 por ciento de sus acciones⁹³³. En ese punto, el Consejo de Medios insistió en que la *joint venture* no podía utilizar la licencia ya que, como lo demostraban las pruebas, “el hecho de que se permitiera que una compañía de propiedad predominantemente extranjera obtuviera semejante nivel de ganancias a raíz de una inversión realizada en una compañía evidentemente checa, sirviéndose de una Licencia de transmisión otorgada por el Estado, no contaba con el visto bueno de los círculos políticos checos”⁹³⁴. Bajo gran presión política, la *joint venture* cedió a las exigencias del Consejo de Medios al acordar que cada socio checo había contribuido con “know-how” y no con el “derecho a usar” la licencia de forma exclusiva⁹³⁵.

248. El tribunal del caso *CME* observó que aunque “[l]as medidas regulatorias son comunes en todos los tipos de sistemas jurídicos y económicos”, el accionar del Consejo de Medios no podía “asimilarse al comportamiento regulatorio normal de un ente regulador de la transmisión en cumplimiento y aplicación de la ley y, en particular, de la Ley de Medios”⁹³⁶. Por el contrario, el tribunal determinó que los actos del Consejo de Medios estaban “orientados a obligar al inversor extranjero a aceptar contractualmente la eliminación de derechos básicos para la protección de su inversión”⁹³⁷. Dado que el tratado “no permite la modificación ni la eliminación de la base legal de la inversión de un inversor extranjero”⁹³⁸, el tribunal concluyó que los actos del Consejo de Medios no cumplieron con la obligación de la República Checa de dispensar un trato justo y equitativo y desvirtuaron “los arreglos con los cuales indujo al inversionista extranjero a invertir”⁹³⁹. El tribunal también determinó que estos mismos actos violaron “los principios del derecho internacional que aseguran a los extranjeros y a sus

⁹³³ *Ib.*, párrafos 103-106.

⁹³⁴ *Ib.*, párrafo 110; *ver también ib.*, párrafo 99 (en el que se concluye que “vientos de cambio político impulsaron una contramarcha”).

⁹³⁵ *Ib.*, párrafos 114-115.

⁹³⁶ *Ib.*, párrafo 603.

⁹³⁷ *Ib.*, párrafo 603.

⁹³⁸ *Ib.*, párrafo 467.

⁹³⁹ *Ib.*, párrafo 611.

inversiones un trato cuanto menos idéntico al previsto por los estándares del derecho internacional consuetudinario”⁹⁴⁰.

249. Algo similar ocurrió con Argentina, a la que se atribuyó responsabilidad en una serie de casos por haber ignorado un régimen tarifario que había implementado con el objeto de promover las inversiones extranjeras en grandes empresas de servicios públicos de titularidad del Estado. En esos casos, Argentina se había comprometido a incentivar las inversiones extranjeras mediante la sanción de leyes y reglamentos que garantizaban, entre otras cosas, que las tarifas de los servicios públicos se calcularían cada cinco años en dólares estadounidenses y se ajustarían dos veces por año según el Índice de Precios al Productor de los Estados Unidos⁹⁴¹. Luego de la crisis de los mercados financieros que se produjo a fines de la década del ‘90, sin embargo, Argentina decidió convertir a pesos las deudas contraídas en dólares a la paridad de uno a uno (la denominada “pesificación” del dólar) y suspender posteriores revisiones o ajustes de las tarifas existentes⁹⁴².

250. En el primero de esos casos, *CMS c. Argentina*⁹⁴³, el tribunal resolvió que Argentina había modificado el entorno económico y legal bajo el que se había realizado la inversión al eliminar las garantías que “revistieron crucial importancia para adoptar la decisión

⁹⁴⁰ *Ib.*, párrafo 614. Si bien el tribunal del caso *Lauder c. República Checa* arribó a la conclusión opuesta sobre la responsabilidad del Estado respecto del mismo conjunto de hechos, no se manifestó en desacuerdo con el contenido de la obligación de trato justo y equitativo. Por el contrario, determinó que la demandante no había establecido que el Consejo de Medios había actuado de forma inconsistente porque, a criterio del tribunal, los actos del Consejo de Medios “tuvieron como finalidad *precisar* y no alterar el contenido de [las] relaciones [de las partes] para asegurar una situación clara en cumplimiento de la Ley de Medios de Comunicación”. *Ronald S. Lauder c. República Checa*, Reglas de Arbitraje CNUDMI, Laudo Final del 3 de septiembre de 2001, párrafo 301 (CL-38); *ver también ib.*, párrafos 295-34. El tribunal también concluyó que los actos del Consejo de Medios no constituían una causal próxima de las pérdidas del inversor. *Ver ib.*, párrafos 234-235, 304.

⁹⁴¹ *Ver, por ejemplo, LG&E Energy Corp. LG&E Capital Corp. and LG&E Int’l Inc. c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/02/1, Decisión sobre Responsabilidad del 3 de octubre de 2006 (“*LG&E c. Argentina*”) párrafos 35-52, 119 (CL-27); *CMS Gas Transmission Co. c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/01/8, Laudo del 12 de mayo de 2005 (“*CMS c. Argentina*”), párrafos 133, 137-138, 144, 161 (en el que se determinó que las garantías dieron lugar a los derechos legales y que “fue precisamente porque se había garantizado el derecho a que las tarifas se calcularan en dólares que el programa de privatización fue tan exitoso”) (CL-17).

⁹⁴² *Ver, por ejemplo, LG&E c. Argentina*, párrafos 63-71 (CL-27).

⁹⁴³ *CMS c. Argentina* (CL-17).

de invertir”⁹⁴⁴. Al concluir “inequívocamente” que “el trato justo y equitativo es inseparable de la estabilidad y la previsibilidad”⁹⁴⁵, el tribunal observó que el hecho de que un gobierno desestime su propio marco legal resulta contrario al “objetivo específico” de la ley de inversiones extranjeras⁹⁴⁶. El tribunal concluyó que el rechazo por parte de Argentina de su propio régimen legal relacionado con las tarifas configuraba un incumplimiento de su obligación de otorgar un trato justo y equitativo en virtud del TBI entre Argentina y Estados Unidos⁹⁴⁷. El tribunal también destacó expresamente que los mismos actos redundaban en la violación del nivel mínimo de trato en virtud del derecho internacional consuetudinario porque “el estándar del trato justo y equitativo del Tratado y su vinculación con la necesaria estabilidad y previsibilidad del entorno empresarial, que se fundamenta en compromisos legales y contractuales solemnes, no es diferente del estándar mínimo del derecho internacional y su evolución en el marco del derecho consuetudinario”⁹⁴⁸.

251. Por hechos similares, el tribunal de *LG&E c. Argentina*⁹⁴⁹ también determinó que Argentina no había cumplido con su obligación de otorgar un trato justo y equitativo en virtud del TBI entre Argentina y Estados Unidos al establecer – para luego no respetar – “atractivos paquetes jurídicos que garantizaban protección a cada una de las preocupaciones de los inversionistas extranjeros con relación al riesgo país argentino”⁹⁵⁰. En particular, el tribunal del caso *LG&E* concluyó que era “injusto e inequitativo” dejar de lado garantías que regían el cálculo y ajuste de tarifas en dólares estadounidenses, las cuales eran “especialmente importante[s] para la protección de la inversión”⁹⁵¹. De esta forma, si bien “reconoce las dificultades económicas por las que atravesó Argentina durante este período, también es consciente de que la realidad política y social pudo haber influenciado la respuesta del Gobierno

⁹⁴⁴ *Ib.*, párrafo 275.

⁹⁴⁵ *Ib.*, párrafo 276.

⁹⁴⁶ *Ib.*, párrafo 277.

⁹⁴⁷ *Ib.*, párrafo 281.

⁹⁴⁸ *Ib.*, párrafo 284.

⁹⁴⁹ *LG&E c. Argentina (CL-27)*.

⁹⁵⁰ *Ib.*, párrafo 133.

⁹⁵¹ *Ib.*, párrafo 134; *ver también ib.*, párrafos 135-138.

ante las cada vez mayores dificultades económicas,” el tribunal decidió que “Argentina se extralimitó desmontando totalmente el marco jurídico establecido, el cual había sido establecido precisamente para atraer a los inversionistas”⁹⁵².

252. Todos los tribunales posteriores en esta seguidilla de casos llegaron a la misma conclusión. En los análisis sobre los reclamos de trato justo y equitativo que resultan en gran medida coincidentes entre sí, los tribunales de los casos *Enron*⁹⁵³ y *Sempra*⁹⁵⁴ resolvieron, “sin duda alguna”, que la pesificación del dólar y el congelamiento de tarifas habían “modificado sustancialmente el marco jurídico y empresarial conforme al cual se decidió y se llevó a cabo la inversión”⁹⁵⁵. Ambos tribunales manifestaron que incluso si Argentina “[estuvo] guiada por la mejor de las intenciones”, algo que “el Tribunal no tiene razones para dudar”, no logró dispensar al inversor un trato justo y equitativo⁹⁵⁶. En el caso *BG Group*⁹⁵⁷, el tribunal determinó que Argentina no logró satisfacer el nivel mínimo de trato bajo el derecho internacional consuetudinario porque su “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”⁹⁵⁸. Finalmente, el tribunal del caso *National Grid*⁹⁵⁹ concluyó que Argentina no cumplió con su obligación de otorgar un trato justo y equitativo dado

⁹⁵² *Ib.*, párrafo 139.

⁹⁵³ *Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/01/3, Laudo del 22 de mayo de 2007 (“*Enron c. Argentina*”) (CL-21).

⁹⁵⁴ *Sempra Energy International c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/02/16, Laudo del 28 de septiembre de 2007 (“*Sempra c. Argentina*”) (CL-43).

⁹⁵⁵ *Enron c. Argentina*, párrafo 264 (CL-21); *Sempra c. Argentina*, párrafo 303 (CL-43).

⁹⁵⁶ *Enron c. Argentina*, párrafo 268 (CL-21); *Sempra c. Argentina*, párrafo 304 (CL-43).

⁹⁵⁷ *BG Group c. Argentina* (CL-9).

⁹⁵⁸ *Ib.*, párrafos 303, 307.

⁹⁵⁹ *National Grid P.C. c. República Argentina*, Reglamento de Arbitraje CNUDMI, Laudo del 3 de noviembre de 2008 (“*National Grid c. Argentina*”) (CL-33).

que “modificó fundamentalmente el marco jurídico en base al cual la misma la Demandada había propiciado la realización de inversiones y la Demandante las había efectuado”⁹⁶⁰.

253. El tribunal del caso *Azurix*⁹⁶¹, una demanda no relacionada que se inició contra Argentina en virtud del TBI entre Argentina y Estados Unidos, giraba en torno a los actos arbitrarios de las autoridades provinciales de Argentina que intervinieron con “fines políticos” un conflicto tarifario con ABA, empresa que proporcionaba servicios de agua potable y desagües cloacales⁹⁶². Como se indicó *supra*, el tribunal sostuvo que el nivel mínimo de trato bajo el derecho internacional consuetudinario ha evolucionado y es “sustancialmente similar” al estándar del TBI y que, de cualquier manera, ninguna diferencia tenía importancia significativa teniendo en cuenta los hechos en cuestión⁹⁶³. El tribunal resolvió que las autoridades provinciales de Argentina habían invitado públicamente a los usuarios de ABA a no pagar sus facturas mientras durara la apelación de ABA contra la decisión que había tomado la autoridad regulatoria sobre el conflicto, presionado públicamente a los funcionarios públicos de la autoridad regulatoria, exigido a ABA que no aplicara la nueva tarifa resultante de la revisión, e impedido que ABA procediera a cobrar ciertos montos a sus usuarios⁹⁶⁴. El tribunal concluyó que estos actos y la politización del régimen tarifario reflejaban una “arraigada conducta [de la Provincia] de incumplimiento generalizado del estándar de tratamiento justo y equitativo”⁹⁶⁵.

254. En el caso *ADC c. Hungría*⁹⁶⁶ también se abordaron las medidas arbitrarias, lo cual llevó al tribunal a responsabilizar a Hungría por no dispensar un trato justo y equitativo. En este caso, los demandantes, a través de una subsidiaria, celebraron un contrato con un órgano gubernamental para construir, renovar y operar dos terminales del Aeropuerto Internacional de

⁹⁶⁰ *Ib.*, párrafo 179.

⁹⁶¹ *Azurix c. Argentina (CL-8)*.

⁹⁶² *Ib.*, párrafo 144.

⁹⁶³ *Ver ib.*, párrafos 361.

⁹⁶⁴ *Ib.*, párrafos 144, 319.

⁹⁶⁵ *Ib.*, párrafos 375-377, 393.

⁹⁶⁶ *ADC Affiliate Ltd. y ADC & ADMC Mgmt. Ltd c. La República de Hungría*, Caso CIADI No. ARB/03/16, Laudo del 2 de octubre de 2006 (“*ADC c. Hungary*”) (CL-3).

Hungría. Sin embargo, poco después de que las demandantes culminaran las obras de construcción y renovación, el Ministro de Transporte decretó que únicamente un ente gubernamental podía llevar a cabo las operaciones en el aeropuerto, lo que conllevó al desalojo de las demandantes. Entre otras cosas, Hungría adujo que tenía derecho a regular sus propias cuestiones, y que “al invertir en un Estado receptor, el inversor acepta el “riesgo” asociado al régimen regulatorio del Estado.”⁹⁶⁷ El tribunal rechazó estos argumentos por ser “inaceptable” de acuerdo con los “los principios básicos del derecho internacional”⁹⁶⁸ y señaló que “si bien un Estado soberano posee el derecho inherente de regular sus asuntos internos, el ejercicio de dicha prerrogativa no es absoluto y debe tener sus límites.”⁹⁶⁹ Asimismo, estableció que si bien un inversor debe cumplir con las leyes y normativa internas, no está obligado a aceptar “lo que sea que el Estado receptor decida hacerle.”⁹⁷⁰ En el caso *ADC*, el tribunal concluyó que Hungría incumplió con el deber de dispensar un trato justo y equitativo a la inversión de los demandantes.⁹⁷¹

255. En el caso *PSEG c. Turquía*,⁹⁷² el tribunal también responsabilizó a Turquía por frustrar de las expectativas legítimas de la demandante. En virtud del contrato de implementación celebrado con el Ministro de Energía y Recursos Naturales de Turquía, PSEG invirtió en un proyecto de construcción de una central eléctrica. Sin embargo, las partes nunca acordaron los términos comerciales del proyecto, lo cual en parte se debió a “incongruencia y negligencia administrativas graves”, incluso la falta de abordaje de puntos fundamentales de desacuerdo o la revisión de comunicaciones importantes o respuestas a estas últimas; exigencias de renegociación del contrato de implementación que “superaron el alcance de la Ley y su objetivo fue volver a abrir cuestiones del Contrato que no se encontraban en disputa en este contexto ” o que estaban fuera del alcance de las facultades del Ministerio; y el “el efecto “montaña rusa” de

⁹⁶⁷ *Ib.*, párrafo 424 (énfasis omitido).

⁹⁶⁸ *Ib.*, párrafos 423-424.

⁹⁶⁹ *Ib.*, párrafo 423.

⁹⁷⁰ *Ib.*, párrafo 424.

⁹⁷¹ *Ib.*, párrafo 476.

⁹⁷² *PSEG Global Inc. y Konya Ilgin Elektrik Üretim ve Ticaret Limited Şirketi c. República de Turquía*, Caso CIADI No. ARB/02/5, Laudo del 19 de enero de 2007 (“*PSEG c. Turquía*”) (CL-37).

los continuos cambios legislativos”⁹⁷³ El tribunal entendió que cada uno de estos actos violaba la cláusula FET, y sostuvo que la obligación del Estado es asegurar un entorno comercial estable y predecible,⁹⁷⁴ a fin de que los inversores puedan basarse “en ‘una evaluación del estado del derecho y del conjunto del entorno empresarial al momento de hacerse efectiva la inversión’.”⁹⁷⁵ Por ende, en el caso de Turquía, el tribunal hizo hincapié en que “los constantes cambios no afectaban solamente a la legislación, sino que también se reflejaban de manera notable en las actitudes y políticas de la administración.”⁹⁷⁶ El tribunal concluyó que aunque Turquía haya actuado de buena fe, no había “no tiene motivos para dudar”, y que Turquía no brindó a la inversión un trato justo y equitativo⁹⁷⁷.

256. En el mismo orden de ideas, en el caso *Walter Bau c. Tailandia*⁹⁷⁸, el tribunal decidió que Tailandia violó su obligación de brindar un trato justo y equitativo al reducir arbitrariamente los peajes de un proyecto de construcción de una autopista. El estado tailandés había requerido inversión en este proyecto porque no contaba con recursos propios para construir la autopista.⁹⁷⁹ De hecho, la demandante tuvo que invertir sumas tan grandes que el proyecto no generó retorno durante varios años, y entonces las partes firmaron una segunda acta acuerdo en la que se establecían aumentos de peaje para garantizar una tasa de retorno razonable.⁹⁸⁰ Sin embargo, Tailandia adujo posteriormente que no aumentaría los peajes hasta la remoción de una rampa, lo cual no autorizó mientras la demandante aún era accionista en la sociedad que llevaba adelante el proyecto⁹⁸¹. Tras ocho años denegando el aumento de peajes, el Primer Ministro

⁹⁷³ *Ib.*, párrafos 246-250.

⁹⁷⁴ *Ib.*, párrafo 253.

⁹⁷⁵ *Ib.*, párrafo 255 (cita de *Saluka c. República Checa*, párrafo 301 (CL-16)).

⁹⁷⁶ *Ib.*, párrafo 254.

⁹⁷⁷ *Ib.*, párrafo 256.

⁹⁷⁸ *Walter Bau AG c. El Reino de Tailandia*, Laudo del 1 de julio de 2009 (“*Walter Bau c. Tailandia*”) (CL-45).

⁹⁷⁹ *Ib.*, párrafo 12.2(a)-(b).

⁹⁸⁰ *Ib.*, párrafos 12.4(b), 12.14, 12.24.

⁹⁸¹ *Ib.*, párrafo 12.24.

tailandés anunció públicamente una reducción de los mismos.⁹⁸² El Tribunal llegó a la conclusión de que si bien nunca se garantizó una tasa de retorno específica, la negativa constata de implementar aumentos en los peajes constituía “el punto culminante de una serie de actos ilícitos de la Demandada que confluyeron cuando ésta redujo el monto del peaje.”⁹⁸³

257. Asimismo, en el caso *Biwater Gauff*⁹⁸⁴ que se expuso precedentemente, el tribunal también declaró la responsabilidad en base el accionar arbitrario del estado que incumplió las expectativas legítimas del inversor. En ese caso en particular, Tanzania requirió inversión para los servicios de suministro de agua y desagües, y promulgó legislación a fin de establecer una autoridad reglamentaria independiente que regulara tales actividades. Sin embargo, en lugar de que se nombrara a los miembros integrantes de esta autoridad reglamentaria, un ministro del gobierno asumió el rol y las funciones de regulador.⁹⁸⁵ Con anterioridad a las próximas elecciones, el ministro anunció públicamente la rescisión del contrato con el inversor, y en el lapso de un mes, el gobierno eliminó la exención de IVA del inversor y adoptó otras medidas en detrimento de éste.⁹⁸⁶ El tribunal sostuvo que dichas acciones representan un incumplimiento de la obligación de dispensar un trato justo y equitativo,⁹⁸⁷ y enfatizó que “como principio, la omisión de establecer un ente regulador independiente e imparcial, aislado de toda influencia política, configura un incumplimiento del estándar de trato justo y equitativo por cuanto representa una desviación de la expectativa legítima de [el inversionista] de que se crearía un ente regulador imparcial a los efectos de supervisar la relación” entre la empresa operadora y las autoridades locales.⁹⁸⁸

258. Como se demostró anteriormente, los tribunales suelen declarar la responsabilidad de los Estados que obran de manera arbitraria o no cumplen con las expectativas legítimas del

⁹⁸² *Ib.*, párrafo 12.26.

⁹⁸³ *Ib.*, párrafos 12.2(g), 12.36; *ver también ib.*, párrafo 12.44.

⁹⁸⁴ *Biwater Gauff c. Tanzania (CL-10)*.

⁹⁸⁵ *Ib.*, párrafo 110.

⁹⁸⁶ *Ib.*, párrafos 497, 501, 503, 511.

⁹⁸⁷ *Ib.*, párrafo 605.

⁹⁸⁸ *Ib.*, párrafo 615.

inversor. En tal sentido, Guatemala violó su obligación internacional de brindar a la inversión de TECO un trato justo y equitativo dado su comportamiento regulatorio arbitrario y al hacer caso omiso al marco legal y regulatorio que adoptó para inducir a TECO a efectuar la inversión en cuestión.

C. 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

259. Tal como se demostró precedentemente, desde el comienzo de la revisión tarifaria de EEGSA para el período 2008-2013, Guatemala hizo caso omiso al marco legal y regulatorio que había establecido para atraer inversiones extranjeras a su sector eléctrico a fin de evitar un aumento del VAD, el cual, por razones políticas, Guatemala quería evitar a toda costa.⁹⁸⁹ Por ende, la CNEE impuso su propio VAD de manera arbitraria e ilegítima, en lugar del VAD que debía aplicar conforme a derecho.⁹⁹⁰ Al hacerlo, la CNEE ignoró deliberadamente tanto el Informe de la Comisión Pericial como el estudio tarifario corregido de Bates White y se basó en su propio estudio, el cual ni EEGSA ni Bates White tuvieron la oportunidad de revisar o comentar y que además contravino varios pronunciamientos de la Comisión Pericial.⁹⁹¹ 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.⁹⁹² Tanto el proceso como el resultado de la revisión tarifaria fueron ilícitos y arbitrarios, y contrarios a las expectativas legítimas de TECO, las cuales se originaron como resultado de las declaraciones formuladas por Guatemala durante el proceso de privatización así como las leyes que fueron adoptadas por Guatemala específicamente para tentar a TECO a invertir en EEGSA.

260. Al igual que Argentina en los casos *CMS*, *LG&E*, *Enron*, *Sempra*, *BG Group*, y *National Grid* expuestos precedentemente, Guatemala no “contaba con recursos económicos y

⁹⁸⁹ *Ver supra* II.F.

⁹⁹⁰ *Ver supra* II.F.5.

⁹⁹¹ *Ver supra* II.F.5.f.

⁹⁹² *Ver supra* II.F.7; *infra* IV.

financieros”⁹⁹³ para modernizar su sector eléctrico y, por lo tanto, indujo a la tan necesaria inversión extranjera mediante la creación de un marco legal y regulatorio atractivo que prometía a los potenciales inversores estabilidad jurídica y tasas de retorno razonables.⁹⁹⁴ Es primordial destacar el hecho de que el régimen jurídico recientemente adoptado no le otorgaba al regulador discreción irrestricta para fijar las tarifas de la distribuidora.⁹⁹⁵ En concordancia con el objetivo de Guatemala de despolitizar el proceso de fijación de tarifas y promover la inversión extranjera, la LGE y el RLGE definieron “un proceso confiable de cálculo del VAD, en el que varios actores efectúan su aporte para calcular dicho valor en función de datos puramente económicos y técnicos.”⁹⁹⁶ En esta estructura, el rol de la Comisión Pericial era determinante, la cual iba a ser el árbitro en las controversias que se suscitaban entre el regulador y la distribuidora respecto del VAD para que la no sería a la merced de la CNEE.⁹⁹⁷ Como Guatemala reconoció en el momento de establecer su nuevo marco legal y regulatorio, en ausencia de este control independiente sobre el poder del Gobierno para fijar las tarifas, el distribuidor quedaría a merced de la CNEE, y la inversión extranjera no habría llegado al sector eléctrico de Guatemala.⁹⁹⁸

261. Con la promulgación de la LGE, Guatemala manifestó que calcularía el VAD en base al valor nuevo de reemplazo de la red de activos de una empresa modelo eficiente⁹⁹⁹ y garantizó a la distribuidora una tasa de retorno de entre el 7% y el 13% en términos reales (es decir, ajustada por inflación).¹⁰⁰⁰ Dichas garantías no sólo se plasmaron en la ley, sino que Guatemala las utilizó para captar inversiones extranjeras, incluso la de TECO.¹⁰⁰¹ Como se

⁹⁹³ LGE, Segundo Considerando del Preámbulo (C-17).

⁹⁹⁴ *Ver supra* II.A-B; Memorándum de Venta, página 37 (donde se destaca que “[u]no de los objetivos del actual gobierno es atraer mayor inversión extranjera mediante reformas orientadas a la promoción de un mercado libre y a través de la privatización de empresas estatales.”) (C-29).

⁹⁹⁵ *Ver supra* II.B, II.C; Alegría, párrafo 22 (CER-1).

⁹⁹⁶ Alegría, párrafo 27 (CER-1).

⁹⁹⁷ *Ver supra* II.B.2

⁹⁹⁸ *Ver supra* II.A. - B.2

⁹⁹⁹ *Ver supra* II.B.1; Kaczmarek, párrafos 60, 80 (CER-2); Alegría, párrafo 25 (CER-1); LGE, Art. 73 (C-17).

¹⁰⁰⁰ *Ver supra* II.B.1; Kaczmarek, párrafo 77 (CER-2); Alegría, párrafo 25 (CER-1); LGE, Art. 79 (C-17).

¹⁰⁰¹ *Ver supra* II.C; Empresa Eléctrica de Guatemala, S.A., Perfil de Inversionistas del 17 de febrero de 1998, página 9, 44 (C-26); Empresa Eléctrica de Guatemala, S.A., Memorándum Informativo Preliminar

demonstró anteriormente, al decidir invertir en EEGSA, TECO confió en el nuevo marco legal y regulatorio creado por Guatemala para su sector eléctrico, así como en su expectativa de que la conducta de Guatemala tras la inversión realizada en EEGSA sería justa y equitativa.¹⁰⁰²

262. Al adoptar el marco legal y regulatorio, Guatemala logró vender su participación del 80% en EEGSA al Consorcio en 1998 en USD 520 millones, monto que excedía con creces los USD 13,9 millones que Price Waterhouse pronosticó que la empresa obtendría por la totalidad de sus acciones en 1991 si Guatemala optaba por adoptar un marco legal que fijara tarifas en base al valor de los activos reales de la empresa¹⁰⁰³ o del valor contable neto de la empresa en 1990 de aproximadamente USD 60 millones.¹⁰⁰⁴ Obviamente, ello significaba, como lo explica Sr. Kaczmarek que los inversores tendrían que “recuperar una base de activos regulados mucho más alta”¹⁰⁰⁵ a través de tarifas de electricidad más altas.

263. Una vez obtenidos los beneficios de este ventajoso negocio, en 2007 Guatemala comenzó a dismantelar el propio marco legal y regulatorio que había inducido a TECO a invertir en EEGSA por medio de una serie de medidas arbitrarias, ilegítimas y abusivas tendientes a controlar el proceso de revisión tarifaria y reducir el VAD de EEGSA, en contraposición a las expectativas legítimas de TECO.

confeccionado por Salomon Smith Barney del mes de abril de 1998, páginas 9-10 (C-27); -); Empresa Eléctrica de Guatemala, S.A., Presentación del *Roadshow*, del mes de mayo de 1998, página 39 (C-28); Memorándum de Venta, páginas 48-49 (C-29); Gillette párrafo 8 (CWS-5).

¹⁰⁰² *Ver supra* II.C; TECO Energy, Inc., Acción respecto a las la privatización de una empresa de servicio eléctrica pública en Guatemala, Acta de la Junta Administrativa del mes de julio de 1998, páginas 7-3, 7-6 (C-32); Privatización de EEGSA, Presentación de la Gerencia, del 9 de julio de 1998, páginas 4-5 (C-33); Empresa Eléctrica de Guatemala, S.A., Presentación del *Roadshow*, del mes de mayo de 1998, página 19 (C-28); Gillette, párrafos 11, 13 (CWS-5).

¹⁰⁰³ *Ver supra* II.B.1, II.C; Kaczmarek, párrafos 59, 64 (CER-2); Price Waterhouse, *Estudio de la Empresa Eléctrica de Guatemala*, del 11 de enero de 1991, página 26 (que destaca que “Si bien se basan en valor neto de activos, las acciones de EEGSA serán valoradas en aproximadamente Q297,8 millones (alrededor de \$59,6 millones), un avalúo más apropiado con base en devengamientos indicados a un valor mucho más bajo de aproximadamente Q69,6 millones (cerca de \$13,9 millones)”) (C-7).

¹⁰⁰⁴ Kaczmarek, párrafo 64 (CER-2); *ver también* Giacchino, párrafo 7 (CWS-4).

¹⁰⁰⁵ Kaczmarek, párrafo 59 (CER-2); *ver también* Giacchino, párrafo 7 (CWS-4).

264. En primer lugar, poco antes de que comenzara la revisión tarifaria de EEGSA, el MEM modificó el artículo 98 de la RLGE a fin de otorgar a la CNEE el derecho de utilizar su propio estudio tarifario para calcular el VAD (i) cuando la distribuidora no presenta el estudio tarifario, y (ii) cuando una vez presentado el estudio tarifario de la distribuidora y efectuadas las observaciones correspondientes por la CNEE, la distribuidora no presenta las correcciones al estudio tarifario original.¹⁰⁰⁶ Como lo explica el profesor. Alegría, esta modificación resulta “contraria a las disposiciones expresas de la LGE,” que establecen que la consultora de la distribuidora es responsable de preparar el estudio tarifario¹⁰⁰⁷ y, por ende, era inconstitucional en el derecho guatemalteco.¹⁰⁰⁸ Además de su inconstitucionalidad, la modificación también afectó el sistema de frenos y contrapesos que establece la LGE para el cálculo del VAD de la distribuidora, al conferirle a la CNEE la facultad, en determinadas circunstancias, de encargar su propio estudio tarifario y publicar nuevos cuadros tarifarios en función de dicho estudio, sin aporte alguno por parte de la distribuidora.¹⁰⁰⁹ Que la consultora de la distribuidora calculara el VAD era un componente integral del régimen jurídico, sobre el cual Guatemala hizo especial hincapié durante la privatización de EEGSA al declarar en el Memorándum de Venta, por ejemplo, que “los VAD deben ser calculados *por los distribuidores* mediante un estudio encargado a una empresa de ingeniería.”¹⁰¹⁰

265. Si bien “[n]ingún inversor puede razonablemente esperar que las circunstancias imperantes al momento de efectuar la inversión no sufran cambio alguno,”¹⁰¹¹ la modificación al

¹⁰⁰⁶ *Ver supra* II.F.1; Alegría, párrafo 36 (CER-1); Acuerdo Gubernativo No. 68-2007 del 2 de marzo de 2007, Art. 21 (C-104).

¹⁰⁰⁷ LGE, Art. 74 (que establece que “cada distribuidor deberá calcular los componentes de los VAD mediante un estudio encargado a una firma de ingeniería precalificada por la Comisión”) (C-17); *ib.*, Art. 75 (que dispone que la Comisión “revisará los estudios efectuados [por la consultora de la distribuidora] y podrá formular observaciones a los mismos”).

¹⁰⁰⁸ Alegría, párrafos 20, 40 (CER-1) (donde explica que aquellas reglamentaciones que resulten incoherentes con una ley o que no estén autorizadas por una ley resultan inválidas).

¹⁰⁰⁹ *Ib.*, párrafo 39.

¹⁰¹⁰ Memorándum de Venta, página 49 (énfasis añadido) (C-29); *ver también* Empresa Eléctrica de Guatemala, S.A., Presentación del *Roadshow*, del mes de mayo de 1998, página 20 (donde se destaca que “[l]a metodología tarifaria es revisada cada 5 años por la CNEE. Los cambios materiales deben estar apoyados por estudios realizados por una consultora independiente con reconocimiento internacional. . . .”) (C-28).

¹⁰¹¹ *Saluka c. República Checa*, párrafo 305 (CL-42).

artículo 98 del RLGE menoscabó el objetivo de la LGE de colocar al regulador y a la distribuidora en igualdad de condiciones a fin de que las tarifas se fijan en base a criterios objetivos e imparciales.¹⁰¹² Es más, la modificación fue utilizada en última instancia por la CNEE para contravenir el proceso de revisión tarifaria previsto en la LGE – en el cual se basó TECO para tomar la decisión de invertir en EEGSA – y fijar su propio VAD irrazonablemente bajo en base a un estudio tarifario que la CNEE había encomendado en noviembre de 2007, varios meses antes de que EEGSA siquiera programara la presentación de su propio estudio tarifario.¹⁰¹³

266. La CNEE redactó intencionalmente los términos de referencia del estudio tarifario de EEGSA a fin de exigir una reducción del VAD, al mismo tiempo que se arrogaba expresamente el derecho de interferir en la preparación del estudio de la consultora, o incluso detenerlo, si la CNEE no aprobaba su contenido.¹⁰¹⁴ Como se enunció anteriormente, dichos términos de referencia constituían un ejercicio ilegítimo de las facultades regulatorias de la CNEE, en violación de la LGE y del RLGE.¹⁰¹⁵ Cuando finalmente la CNEE se vio obligada a eliminar las cláusulas más cuestionables de los términos de referencia después de que un tribunal de justicia otorgara a EEGSA una medida cautelar,¹⁰¹⁶ la CNEE se enfocó en contravenir otros medios a través de los cuales se asegurara poder dictar los resultados del proceso de revisión tarifaria. Decidida a hacer caso omiso al estudio de la consultora de la distribuidora, no hizo esfuerzo alguno para colaborar constructivamente con EEGSA o su consultora; por el contrario,

¹⁰¹² Alegría, párrafo 78 (**CER-1**).

¹⁰¹³ *Ver supra*, II.F.5.f; Alegría, párrafo 69 (**CER-1**); Contrato entre la CNEE y Sigla del 12 de noviembre de 2007 (**C-132**).

¹⁰¹⁴ *Ver supra* II.F.2.

¹⁰¹⁵ *Ver ib.*; Alegría, párrafos 41-45 (**CER-2**); *ver también* Calleja, párrafos 15-18 (**CWS-3**); Maté, párrafos 8-12 (**CWS-6**).

¹⁰¹⁶ *Ver supra* II.F.2; Alegría, párrafo 47 (**CER-2**); Calleja, párrafo 20 (**CWS-3**); Maté, párrafos 11-12 (**CWS-6**); Resolución del Juzgado Sexto de Primera Instancia Civil del 11 de junio de 2007 (confirmando el Amparo C2-2007-4329) (**C-115**).

invocó arbitrariamente el artículo 98 a lo largo del proceso, en lo que constituyó un esfuerzo ilícito por arrogarse el derecho de calcular el VAD en base a su propio estudio.¹⁰¹⁷

267. Sin miras a aceptar el resultado de un estudio imparcial realizado en base a criterios económicos y técnicos, la CNEE solicitó la constitución de una Comisión Pericial para resolver el conflicto entre las partes, y el Gobierno luego se encargó de manipular el proceso. Lo hizo en tres maneras: en primer lugar, por entregar asunto que previamente no habían sido planteados como discrepancias para la Comisión Pericial a resolver;¹⁰¹⁸ segundo, mediante la incorporación del artículo 98 *bis* al RLGE,¹⁰¹⁹ que autorizaba al Gobierno a designar a dos de los tres integrantes de la Comisión Pericial y, por ende, distorsionar lo dispuesto por el artículo 75 de la LGE, según el cual el tercer miembro de la Comisión Pericial sería nombrado “por mutuo acuerdo entre las partes.”¹⁰²⁰ y terceramente, al tratar de reservar en si misma, en vez de la Comisión Pericial, el poder a decidir a aprobar el estudio revisado del Bates White.¹⁰²¹ Tal como explica el profesor Alegría, y como se demuestra anteriormente, cada una de estas acciones habrían modificado radicalmente el marco legal para la resolución de controversias relativas al VAD.¹⁰²² Por ejemplo, si la lista de discrepancias de la CNEE hubiera sido aceptada, EEGSA y Bates White no habrían tenido la oportunidad a discutir los varios asuntos antes de que la Comisión Pericial emitiera su pronunciamiento. Por eso, EEGSA insistió que la Comisión tomar en cuenta las respuestas preparadas por Bates White antes del comienzo de su trabajo.¹⁰²³ Mas aún, aplicando el artículo 98 habría “altera[do] el equilibrio a favor del Gobierno” y privado a la Comisión Pericial de independencia y neutralidad, para así frustró “el objetivo primordial de la LGE, que es asegurar que ni el regulador ni el distribuidor tengan el derecho de imponer al otro

¹⁰¹⁷ *Ver supra* II.F.3.

¹⁰¹⁸ *Ver supra* II.F.4.; Calleja, párrafo 36 (CWS-3).

¹⁰¹⁹ *Ver supra* II.F.4; Acuerdo Gubernativo 145-2008 del 19 de mayo de 2008, Art. 1 (incorporación del artículo 98 *bis* al RLGE) (C-212); *ver también* Alegría, párrafos 51-53 (CER-1); Calleja, párrafo 38 (CWS-3); Maté, párrafo 38 (CWS-6).

¹⁰²⁰ *Ver supra* II.F.4; Alegría, párrafos 53-57 (CER-1); Calleja párrafo 38 (CWS-3); LGE, Art. 75 (C-17).

¹⁰²¹ *Ver supra* II.F.4; Calleja, párrafos 34,37 (CWS-3).

¹⁰²² *Ver supra* II.F.4.; Alegría, párrafos 53, 65 (CER-1).

¹⁰²³ Calleja, párrafos 37-37 (CWS-3); Maté, párrafo 32 (CWS-6).

su propia voluntad, sino que, por el contrario, las discrepancias sean resueltas en un proceso despolitizado por un panel conformado por tres integrantes sobre la base de consideraciones económicas, técnicas y objetivas.”¹⁰²⁴ Así, EEGSA amenazara con iniciar acciones legales si la CNEE se llevó a cabo a aplicar el artículo 98 *bis* de la LGE a la revisión tarifaria de EEGSA.¹⁰²⁵ Asimismo, si las Reglas Operativas propuestas hubieran aplicado, la CNEE podría haber decidido rechazar el estudio revisado de Bates White por cualquier razón y sin la revisión adicional de la Comisión Pericial.¹⁰²⁶ Por eso, EEGSA insistió que en que sólo la Comisión Pericial tendrá el poder a decidir al final si se aprueba el informe revisado Bates White¹⁰²⁷ En cada instante la CNEE fue frustrada en sus objetivos por una posible acción judicial en contra de una postura indefendible, la CNEE siguió las formalidades de cumplir con el proceso de la Comisión Pericial, pero decidida a ignorar el resultado de dicho proceso de manera ilegítima y arbitraria.

268. Tanto es así que la CNEE disolvió la Comisión Pericial antes de que ésta pudiera revisar el informe de Bates White y de esta manera culminar su función de acuerdo con las Reglas Operativas acordadas, y posteriormente realizó amenazas veladas al experto que ella misma designó para asegurarse de que no participara en reuniones futuras de la Comisión Pericial a revisar ese estudio revisado.¹⁰²⁸ Después de que dos miembros de la Comisión Pericial notificaran por escrito a la CNEE que el VAD del estudio corregido de Bates White fue calculado de acuerdo con las decisiones de la Comisión Pericial,¹⁰²⁹ la CNEE hizo caso omiso al estudio corregido de Bates White de manera arbitraria e ilegítima e impuso un VAD en base a su

¹⁰²⁴ Alegría, párrafo 55 (CER-1).

¹⁰²⁵ *Ver supra* II.F.4; Calleja, párrafo 38 (CWS-3).

¹⁰²⁶ *Ver supra* II.F.4.; Calleja, párrafos 34, 37 (CWS-3).

¹⁰²⁷ *Ver supra* II.F.4.; Calleja, párrafos 34, 37, 40 (CWS-3).

¹⁰²⁸ *Ver supra* II.F.5.d; Correo electrónico de J. Riubrugent a C. Bastos y L. Giacchino del 31 de julio 2008 (C-281).

¹⁰²⁹ Bastos, párrafos 35-36 (CWS-1); Giacchino, párrafo 90 (CWS-4); Calleja párrafo 53 (CWS-3); Maté párrafo 55 (CWS-6); Nota de C. Bastos a la CNEE y EEGSA, del 1 de agosto de 2008 (C-288); Nota de L. Giacchino a la CNEE y EEGSA, del 31 de julio de 2008 (adjunto al Correo electrónico de L. Giacchino a M. Quijivix y M. Calleja del 1 de agosto de 2008) (C-284).

propio estudio, en el cual EEGSA no tuvo participación alguna.¹⁰³⁰ El accionar de la CNEE al dictar unilateralmente el VAD de EEGSA hizo que la Comisión Pericial careciera de sentido y que, por ende, las tarifas de EEGSA se fijaran a entera discreción de la CNEE, en violación de la ley y contrario a las expectativas legítimas de TECO.

269. Al igual que los actos del Consejo de Medios en *CME c. República Checa*, los actos de la CNEE en este caso no pueden caracterizarse como “las medidas normalmente adoptadas por el Estado y sus órganos en pos de la correcta aplicación de la ley”¹⁰³¹ Por el contrario, los actos de la CNEE al intentar, primero, controlar y manipular el proceso de revisión tarifaria de EEGSA y luego imponer unilateralmente un VAD en base a su propio estudio, a pesar del pronunciamiento contrario de la Comisión Pericial, despojaron de todo sentido al marco legal y regulatorio establecido para atraer inversiones extranjeras y en el cual TECO confió al invertir en EEGSA, y dejó a EEGSA “a merced del regulador, resultado que la LGE pretendía evitar.”¹⁰³²

270. Tal como afirmó el tribunal en el caso *PSEG c. Turquía*, el Estado tiene la obligación de asegurar un entorno comercial y jurídico estable y predecible a fin de que los inversores puedan basarse “en ‘una evaluación del estado del derecho y del conjunto del entorno empresarial al momento de hacerse efectiva la inversión.’”¹⁰³³ Sin embargo, Guatemala no aseguró un entorno jurídico y comercial estable y predecible para la inversión de TECO en EEGSA. Al igual que en el caso *CMS c. Argentina*, donde el tribunal entendió que Argentina había transformado su entorno jurídico y comercial según el cual la demandante había invertido al eliminar garantías que “revistieron crucial importancia para adoptar la decisión de invertir,”¹⁰³⁴ Guatemala, al ignorar el Informe de la Comisión Pericial y el estudio tarifario corregido de Bates White y al dictar unilateralmente el VAD de EEGSA en base a su propio

¹⁰³⁰ *Ver supra* II.F.5.f; Resolución No. CNEE-144-2008 del 29 de julio de 2008, Art. I, páginas 3-4, (C-272); *ver también* Alegría, párrafo 61 (CER-1); Maté, párrafo 53 (CWS-6); Calleja, párrafo 49 (CWS-3).

¹⁰³¹ *CME c. República Checa*, párrafo 603 (CL-16).

¹⁰³² Alegría, párrafo 78 (CER-1).

¹⁰³³ *PSEG c. Turquía*, párrafo 255 (CL-37).

¹⁰³⁴ *CMS c. Argentina*, párrafo 275 (CL-17).

estudio, el cual EEGSA no tuvo la oportunidad de comentar y que ignoró las decisiones de la Comisión Pericial, hizo caso omiso manifiesto al sistema de frenos y contrapesos que establece la LGE y el RLGE para calcular el VAD de la distribuidora, y fundamentalmente alteró el entorno jurídico y comercial en virtud del cual TECO había invertido en EEGSA.”¹⁰³⁵

271. Asimismo, como en el caso *LG&E c. Argentina*, en el cual el tribunal entendió que era “injusto e inequitativo” que Argentina hiciera caso omiso de las garantías que regían el cálculo y el ajuste de tarifas en dólares estadounidenses,¹⁰³⁶ también fue injusto e inequitativo que Guatemala hiciera caso omiso de las garantías expresas establecidas en la LGE y el RLGE en lo concerniente al cálculo y ajuste del VAD de EEGSA. Es más, como en el caso *Walter Bau c. Tailandia*, donde Tailandia redujo los peajes sin justificación alguna y dejó al inversor sin una tasa razonable de retorno de su inversión,¹⁰³⁷ Guatemala se rehusó ilegítimamente a aumentar el VAD y condenó a EEGSA una tasa de retorno que carecía de justificación económica.¹⁰³⁸ Lo que es peor, a diferencia del caso *Walter Bau*, donde al inversor no se le garantizó una tasa de retorno determinada,¹⁰³⁹ la LGE garantiza a la distribuidora una tasa de retorno de entre el 7% y el 13% y establece que el retorno del distribuidor debe calcularse en base al valor nuevo de reemplazo de los activos de una empresa modelo eficiente.¹⁰⁴⁰ En violación de estas garantías expresas, el VAD impuesto por la CNEE brindó un retorno a un valor depreciado de la red de activos y, por ésta y otras razones, no proporcionó a los inversores de EEGSA una tasa de retorno que se encontrara dentro del rango garantizado por la LGE.¹⁰⁴¹ Por ende, Guatemala actuó en contra de una de las promesas fundamentales en las cuales TECO confió al invertir en EEGSA y sobre la

¹⁰³⁵ *Ver supra* II.C, II.F; Alegría, párrafo 77 (CER-1).

¹⁰³⁶ *LG&E c. Argentina*, párrafo 134 (CL-27).

¹⁰³⁷ *Walter Bau c. Tailandia*, párrafos 12.4(b), 12.14, 12.24 (CL-45).

¹⁰³⁸ *Ver supra* II.F.7; *ver infra* IV.

¹⁰³⁹ *Walter Bau c. Tailandia*, párrafo 12.2(g) (CL-45).

¹⁰⁴⁰ *Ver supra* II.B.1.

¹⁰⁴¹ *Ver supra* I.F.5.c, II.F.5.f, II.F.7; *ver infra* IV.

cual la mismísima Guatemala había hecho hincapié durante la promoción de la privatización de EEGSA.¹⁰⁴²

272. La justificación que la CNEE aduce no hace más que recalcar la naturaleza arbitraria e ilegítima de sus actos. En sus Resoluciones, la CNEE estableció que el Informe de la Comisión Pericial confirmaba que el estudio tarifario de Bates White del 5 de mayo de 2008 no incluía todas las correcciones que exigían las observaciones efectuadas por la CNEE, y que por lo tanto esta última estaba facultada, con arreglo a la modificación del artículo 98 del RLGE, a fijar las tarifas en base al estudio que ella misma había encomendado.¹⁰⁴³ Los actos de la CNEE fueron ilegítimos y arbitrarios. La modificación del artículo 98 del RLGE no otorga la mencionada facultad a la CNEE, tal como se expuso precedentemente y en el dictamen del profesor Alegría.¹⁰⁴⁴

273. La premisa fundamental de los actos de la CNEE – que EEGSA tuviera que incorporar todas las observaciones de la CNEE en su estudio tarifario con arreglo a la ley – es errónea. Tal como lo explicó el profesor Alegría, es claro que la LGE y el RLGE establecen lo contrario.¹⁰⁴⁵ La interpretación de la CNEE hace que el rol de la Comisión Pericial sea en vano; las partes recurrieron a la Comisión Pericial precisamente porque Bates White se rehusó a incorporar todas las observaciones de la CNEE en su estudio y, por ende, existían discrepancias que había que resolver.¹⁰⁴⁶ La conformación de una Comisión Pericial para resolver dichas discrepancias sólo para después ignorar cada una de sus decisiones en base a que el único objetivo de la Comisión Pericial es verificar la existencia de discrepancias, constituye una burla al proceso y torna inútil una de las principales protecciones brindadas a los distribuidores

¹⁰⁴² *Ver supra* II.C; Empresa Eléctrica de Guatemala, S.A., Presentación del *Roadshow*, del mes de mayo de 1998, página 20 (“[E]l nuevo paquete tarifario fija la tasa de descuento entre 7% y 13%. La tasa inicial de descuento se fija en 10%) (C-28).

¹⁰⁴³ *Ver supra* II.F.5.f; Resolución No. CNEE-144-2008 del 29 de julio de 2008, página 3 (C-272); *ver también* Resolución No. CNEE-145-2008 del 30 de julio de 2008, página 3 (C-273); Resolución No. CNEE-146-2008 del 30 de julio de 2008, página 3 (C-274).

¹⁰⁴⁴ *Ver supra* II.F.1; *see also supra* II.F.5.f, II.F.6; Alegría párrafos 65-69 (CER-1).

¹⁰⁴⁵ Alegría, párrafo 67 (CER-1).

¹⁰⁴⁶ *Ver* Maté, párrafo 54 (CWS-6); Calleja, párrafo 50 (CWS-3); Alegría, párrafo 74 (CER-1).

conforme a derecho¹⁰⁴⁷. Tampoco habría diferencia si la modificación del artículo 98 del RLGE modificado le otorgara dicha facultad a la CNEE (lo cual no es así): en ese caso, la promulgación y aplicación de ese reglamento a la revisión tarifaria de EEGSA habría violado la obligación de Guatemala de dispensar un trato justo y equitativo a la inversión de TECO por idénticos motivos.

274. En efecto, el hecho de que la CNEE se basara en el estudio de Sigla para fijar las tarifas de EEGSA fue rechazado por los tribunales inferiores, que entendieron que la interpretación de la CNEE de la modificación del artículo 98 del RLGE modificado “carece de validez puesto que la ley que la ley prevé la posibilidad de que el distribuidor no esté conforme con ciertas observaciones, lo que provoca la existencia de discrepancias.”¹⁰⁴⁸ Tal como resolvió el Juzgado Segundo de Primera Instancia del Ramo Civil, al basarse en su propio estudio para fijar las tarifas de EEGSA, la CNEE violó “el debido proceso garantizado en la Constitución Política de la República de Guatemala”¹⁰⁴⁹ y “actuó fuera del marco establecido establecido en la Ley General de Electricidad y su Reglamento.”¹⁰⁵⁰ Los tribunales inferiores también rechazaron la disolución unilateral de la Comisión Pericial por parte de la CNEE, y entendieron que esta última había violado el derecho de defensa de EEGSA así como los principios de debido proceso y legalidad.¹⁰⁵¹

275. La revocación de estas decisiones por parte del Tribunal Constitucional respondió a motivaciones políticas. En primer lugar, el Tribunal confirmó los actos de la CNEE en base a que las decisiones de la Comisión Pericial no eran vinculantes para la CNEE, fundamento que las Resoluciones de la CNEE ni siquiera contemplaron y que, de hecho, rechazaron tácitamente.¹⁰⁵²

¹⁰⁴⁷ Ver Alegría párrafo 74 (**CER-1**); Maté, párrafo 54 (**CWS-6**); Calleja, párrafo 50 (**CWS-3**).

¹⁰⁴⁸ Resolución del Juzgado Segundo Tribunal de Primera Instancia del Ramo Civil del 15 de mayo de 2009), página 6 (otorgando el Amparo C2-7964-2008) (**C-328**).

¹⁰⁴⁹ *Ib.*

¹⁰⁵⁰ *Ib.*, página 7.

¹⁰⁵¹ Resolución del Juzgado Octavo de Primera Instancia del Ramo Civil del 31 de agosto de 2009, página 10 (otorgando el Amparo 37-2008) (**C-330**); Alegría, párrafo 80 (**CER-1**).

¹⁰⁵² Resolución de la Corte de Constitucionalidad sobre el Amparo C2-7964-2008 del 18 de noviembre de 2009 páginas 14-15 (**C-331**); Resolución de la Corte de Constitucionalidad sobre el Amparo 37-2008 del 24 de febrero de 2010 páginas 16-17 (**C-345**); ver también *supra* II.F.6; Alegría, párrafo 74 (**CER-1**).

Tal como lo refleja la Resolución CNEE-144-2008,¹⁰⁵³ lejos de aducir que la decisión de la Comisión Pericial no era vinculante, la CNEE se basó expresamente en el Informe de la Comisión Pericial para supuestamente confirmar la omisión por parte de EEGSA de “de la corrección de la totalidad de las observaciones de la Resolución CNEE-63-2008,” que según concluyó de manera errónea, le otorgaba el derecho de basarse en las tarifas del informe de Sigla.¹⁰⁵⁴ La justificación *ex post facto* del Tribunal Constitucional para ignorar el Informe de la Comisión Pericial es contraria a la justificación que manifiesta la CNEE para adoptar esta acción ilícita.

276. Como sostuvo un tribunal del Capítulo XI del TLCAN, “[I]o que importa en este caso en cuanto al momento es la postura que Estados Unidos adoptó al momento de promulgar la ley, durante ese momento y cerca de éste” y “la conducta de los Estados Unidos a ese momento es lo que constituye la mejor prueba pertinente de su postura.”¹⁰⁵⁵ De igual modo, lo importante en este caso es la posición adoptada por Guatemala al emitir la Resolución CNEE-144-2008, y no la justificación *ex post facto* del Tribunal Constitucional para confirmar la acción arbitraria de la CNEE. Este principio fue ratificado por varios tribunales del CIADI, incluso en los casos *ADC c. Hungría* y *Rumeli c. Kazajistán*, en los cuales el tribunal rechazó las justificaciones *ex post facto* del Estado por sus acciones.¹⁰⁵⁶

277. En todo caso, la decisión del Tribunal Constitucional está tan desprovista de motivos y es tan contraria a la ley, que sólo puede concluirse, al igual que lo hizo el profesor Alegría, que estuvo “influenciada por consideraciones políticas para evitar un aumento de las

¹⁰⁵³ Resolución No. CNEE-144-2008 del 29 de julio de 2008, página 3 (C-272).

¹⁰⁵⁴ *Ib.*

¹⁰⁵⁵ *Canfor c. Estados Unidos; Tembec c. Estados Unidos; Terminal Forest Products c. Estados Unidos*, CNUDMI (TLCAN), Decisión sobre la Cuestión Preliminar del 6 de junio de 2006, párrafo 326 (CL-11).

¹⁰⁵⁶ *ADC c. Hungría*, párrafo 262 (que resolvió que no existen pruebas contemporáneas para sostener la acusación de Hungría en el sentido de que la expulsión de las demandantes de su operación de dos terminales en el aeropuerto fue resultado de la deficiente construcción y obras de renovación, y, por lo tanto, la rechazó por ser “un tibio intento *ex post facto* de brindar una justificación”) (CL-3); *Rumeli c. Kazajistán*, párrafo 617 (que resolvió que el grupo de trabajo nombrado por el Estado se basó de manera inapropiada no sólo en los fundamentos de la decisión inicial, “en otras razones completamente distintas de las que motivaron su decisión inicial.” (CL-39).

tarifas de energía eléctrica. . . .”¹⁰⁵⁷ El Tribunal fundamenta su decisión en su interpretación del verbo “*pronunciarse*,” – el artículo 75 de la LGE dispone que la Comisión Pericial “*se pronunciará sobre las discrepancias*”¹⁰⁵⁸ – y concluye que dicho término denota una decisión no vinculante.¹⁰⁵⁹ Pero, como explicó el profesor Alegría, (i) El *Diccionario de la Real Academia Española*, en el cual se basa el Tribunal, contiene una definición expresa del término utilizado dentro de un contexto jurídico, a saber, “publicar la sentencia o auto”, lo cual indica que la decisión es vinculante;¹⁰⁶⁰ (ii) otras definiciones del término en el mismo diccionario, como por ejemplo, “determinar, resolver”, asimismo connotan una decisión vinculante;¹⁰⁶¹ y (ii) el término se utiliza ininidad de veces en la ley guatemalteca, incluso en otros artículos de la LGE, y en todos los casos hace referencia a una decisión vinculante.¹⁰⁶²

278. Es más, Guatemala, de hecho manifestó – tanto a TECO como a otros inversores extranjeros y en presentaciones realizadas ante sus propios tribunales– que el pronunciamiento de la Comisión Pericial era vinculante. Específicamente, al promover la privatización de EEGSA, Guatemala informó a los posibles inversores, incluso a TECO, que “en caso de discrepancia, se nombrará una Comisión de tres peritos para que *resuelva* sobre las diferencias.”¹⁰⁶³ De igual modo, la CNEE adujo en un proceso judicial que nada tiene que ver

¹⁰⁵⁷ Alegría, párrafo 75 (CER-1). Como se vio reflejado en informes de organizaciones no gubernamentales, el sistema de justicia de Guatemala es extremadamente permeable ante la influencia política y fue definido como “corrupto”. *Ver, por ejemplo*, Transparency International, *Corrupción judicial y el legado militar en Guatemala*, en **GLOBAL CORRUPTION REPORT** 211, 213 (2007) (C-100); International Commission of Jurists, *Ataques a la Justicia - Guatemala 4* (2005) (C-90). Respecto la Corte Constitucional de Guatemala, la Comisión Internacional de Juristas informó que en 2006, los miembros del Tribunal Constitucional fueron reemplazados en su totalidad, “entre sospechas de maniobras políticas y designaciones amañadas.” International Commission of Jurists, *Ataques a la Justicia - Guatemala 4* (2005) (C-90).

¹⁰⁵⁸ LGE, Art. 75 (C-17).

¹⁰⁵⁹ Resolución del Tribunal Constitucional sobre el Amparo C2-7964-2008 del 18 de noviembre de 2009, páginas 14-15 (C-331).

¹⁰⁶⁰ Alegría, párrafo 76 (CER-1); *Diccionario de la Real Academia Española* (2001), quinta definición de “*pronunciar*” (C-50).

¹⁰⁶¹ Alegría, párrafo 76 (CER-1); *Diccionario de la Real Academia Española* (2001), segunda definición de “*pronunciar*” (C-50).

¹⁰⁶² Alegría, párrafo 77 (CER-1).

¹⁰⁶³ Memorandum de Venta, página 49 (“en caso de discrepancia se nombrará una Comisión de tres peritos para que *resuelva* sobre las diferencias”) (énfasis añadido) (C-29).

con este caso, que “[e]n caso de discrepancias, de conformidad con el artículo 98 del [RLGE] y el [artículo] 75 de la [LGE], se conformará una Comisión Pericial para que *resuelva* sobre [las discrepancias] en un plazo de 60 días.”¹⁰⁶⁴ Asimismo, los términos de referencia de la CNEE para la revisión tarifaria del VAD 2003-2008 establecían que la Comisión Pericial “*conciliaria*” cualquier discrepancia que persistiera.¹⁰⁶⁵

279. De acuerdo con los principios fundamentales de la teoría de los actos propios y la renuncia, Guatemala no estaba facultada para basarse en el fallo judicial que establecía que la decisión de la Comisión Pericial era meramente “ilustrativa” o “informativa” como para fijar sus propias tarifas sin tener en cuenta el pronunciamiento de la Comisión Pericial. Tal como observó el tribunal en *ADC c. Hungría*, “[c]asi todos los sistemas jurídicos evitan que las partes cambien constantemente de opinión.”¹⁰⁶⁶ De acuerdo con la teoría de los actos propios, que se “[apoya] en principios de buena fe y la consistencia,”¹⁰⁶⁷ una parte no puede cambiar su posición después de haber hecho “una declaración de hechos previamente formulada por dicho partido a otro en donde ese otro ha actuado en su perjuicio o la parte que la declaración ha logrado obtener un

¹⁰⁶⁴ CNEE Respuesta a la objeción constitucional 1782-2003 del 10 de noviembre de 2003, páginas 5-6 (“De existir discrepancia, según artículo 98 del [RLGE] y [artículo] 75 de la [LGE], debe formarse una Comisión Pericial, que *resolverá* [las discrepancias] en un plazo de 60 días”) (énfasis añadido) (C-81); Alegría, párrafo 75 (CER-1).

¹⁰⁶⁵ Resolución CNEE-88-2002 del 23 de octubre de 2002, Art. A.6.5 (“*conciliadas*”) (énfasis añadido) (C-59); Alegría, párrafo 75 (CER-1).

¹⁰⁶⁶ *ADC c. Hungría*, párrafo 475 (CL-3); ver también BIN CHENG, PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO APLICADOS POR CORTES Y TRIBUNALES INTERNACIONALES [GENERAL PRINCIPLES OF LAW AS APPLIED BY INTERNATIONAL COURTS AND TRIBUNALS] 141 (Cambridge University Press 2006) (1958) (que afirma que la teoría de los actos propios exige que una parte no sea permitida “soplar frío y caliente - para afirmar en un tiempo y negar al otro . . .”) (se omitieron las citas) (CL-48).

¹⁰⁶⁷ IAN BROWNLIE, PRINCIPIOS DE DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO [PRINCIPLES OF PUBLIC INTERNATIONAL LAW] 644 (7ma edición 2008) (CL-53); ver también D.W. Bowett, *La teoría de los actos propios ante los tribunales internacionales y su relación con la aquiescencia* [*Estoppel before International Tribunals and its Relation to Acquiescence*], 33 BYIL 176 (1957) (donde se destaca que la base de la teoría de los actos propios “es el principio general de buena fe y, como tal, encuentra un lugar en muchos sistemas jurídicos.”) (CL-49); ANDREW NEWCOMBE Y LLUÍS PARADELL, DERECHO Y PRÁCTICA DE LOS TRATADOS DE INVERSIÓN: NORMAS DE TRATAMIENTO [LAW AND PRACTICE OF INVESTMENT TREATIES: STANDARDS OF TREATMENT] 525 (Kluwer Law International 2009) (donde destaca que “[e]l Impeditivo opera para impedir que una parte actúe de manera inconsistente donde el resultado de la inconsistencia sería en perjuicio de la otra parte”) (CL-47).

beneficio.”¹⁰⁶⁸ Este principio fue ratificado por la CIJ¹⁰⁶⁹ y varios tribunales del CIADI,¹⁰⁷⁰ y se aplicó para evitar que una parte “actúe de manera inconsistente donde el resultado de la inconsistencia sería en perjuicio de la otra parte.”¹⁰⁷¹ Al basarse en la decisión judicial en el sentido de que el dictamen de la Comisión Pericial no es vinculante para autorizar a la CNEE a imponer sus propias tarifas a EEGSA, después de que Guatemala sostuvo lo contrario para inducir inversiones internacionales, se considera que esta última “actúa de manera vacilante” en violación de un principio imperante en el derecho internacional de larga data, que exige que las partes actúen de manera coherente.¹⁰⁷²

280. No cabe duda de que las acciones de Guatemala respecto de la revisión tarifaria de EEGSA “infringi[ó] un sentido de justicia, equidad y sensatez.” en violación del estándar legal establecido por el tribunal de NAFTA en *Merrill v. Ring*.¹⁰⁷³ Al ignorar las decisiones de la Comisión Pericial y el estudio corregido de Bates White y, por el contrario, basarse en las tarifas de su propio estudio que no respetó los pronunciamientos de la Comisión Pericial y el cual

¹⁰⁶⁸ MALCOLM N. SHAW, DERECHO INTERNACIONAL [INTERNATIONAL LAW] 350 (4ta edición 1997) (CL-56); ver también D.W. Bowett, *Teoría de los actos propios ante los tribunales internacionales y su relación con la aquiescencia [Estoppel before International Tribunals and its Relation to Acquiescence]*, 33 BYIL 176 (1957) (“La regla del impeditivo . . . opera de manera que impide a una parte de negar ante un tribunal la veracidad de una declaración de hechos previamente formulada por dicho partido a otro en donde ese otro ha actuado en su perjuicio o la parte que la declaración ha logrado obtener un beneficio.”) (CL-49).

¹⁰⁶⁹ Ver, por ejemplo, el *Caso Relativo al Templo de Preah Vihear (Camboya c. Tailandia)* [1962] CIJ Rep. 6, 32 (que sostiene que Tailandia “no podía afirmar que no había aceptado” una frontera que Tailandia había respetado y de la cual se benefició durante 50 años) (CL-13).

¹⁰⁷⁰ Ver, por ejemplo, *ADC c. Hungría*, párrafo 475 (CL-3); *Duke Energy Int’l Peru Investments No. 1, Ltd. c. Perú*, Caso CIADI No. ARB/03/28, Laudo del 18 de agosto de 2008, párrafo 231 (donde se observa que “la doctrina de los actos propios, *allegans contraria non est audiendus*, *estoppel* o el principio de coherencia-también ha sido de aplicación universal como un principio general del derecho, tanto en el derecho civil como en el derecho internacional, que impide a un Estado adoptar medidas o efectuar declaraciones contradictorias o incongruentes con otras medidas o declaraciones que hubiera observado anteriormente en perjuicio de terceros.” (CL-20).

¹⁰⁷¹ ANDREW NEWCOMBE Y LLUÍS PARADELL, DERECHO Y PRÁCTICA DE LOS TRATADOS DE INVERSIÓN: NORMAS DE TRATAMIENTO [LAW AND PRACTICE OF INVESTMENT TREATIES: STANDARDS OF TREATMENT] 525 (Kluwer Law International, 2009) (CL-47).

¹⁰⁷² Ver, por ejemplo, BIN CHENG, PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO APLICADOS POR CORTES Y TRIBUNALES INTERNACIONALES [GENERAL PRINCIPLES OF LAW AS APPLIED BY INTERNATIONAL COURTS AND TRIBUNALS] 141 (Cambridge University Press 2006) (1958) (CL-48).

¹⁰⁷³ *Merrill & Ring c. Canadá*, párrafo 210 (CL-29).

EEGSA no tuvo la oportunidad de comentar, tal como lo manifestó el tribunal en *Cargill c. México*, los actos de la CNEE “constituyen una repudiación imprevista y chocante de los propios fines y objetivos de una política [la de la LGE], o de otro modo subvierte gravemente una ley o política nacional por un motivo oculto.”¹⁰⁷⁴ En paralelo de los actos de Tanzania, en el caso de *Biwater Gauff*, Guatemala creó la CNEE como órgano “funcionalmente independiente” que asegurara a los posibles inversores que el proceso de revisión tarifaria estaría despolitizado y redundaría en tasas justificables desde el punto de vista económico, el incumplimiento de Guatemala de “la omisión de establecer un ente regulador independiente e imparcial, aislado de toda influencia política, configura un incumplimiento del estándar de trato justo y equitativo por cuanto representa una desviación de la expectativa legítima [del inversionista]. . . .”¹⁰⁷⁵ En tal sentido, TECO pretende que el laudo emitido por este Tribunal declare que Guatemala incumplió la obligación plasmada en el tratado de dispensar un trato justo y equitativo, y que se ordene a Guatemala indemnizar los daños y perjuicios ocasionados por tal accionar, según se expone a continuación.

IV. DAÑOS

A. **TECO tiene derecho al pago de una indemnización suficiente para eliminar todas las consecuencias financieras derivadas del incumplimiento de las obligaciones del Tratado por parte de Guatemala**

281. Sin perjuicio de brindar una *lex specialis* respecto del criterio que debe aplicarse a efectos de determinar los daños en caso de expropiación legítima,¹⁰⁷⁶ el Tratado de Libre Comercio entre los Estados Unidos, Centroamérica y la República Dominicana (“RD-CAFTA”) no contiene ninguna referencia explícita al criterio de determinación de daños derivados de otras violaciones del Tratado, incluida la cláusula sobre trato justo y equitativo. El derecho internacional, que se aplica en dichas circunstancias,¹⁰⁷⁷ es claro a este respecto. Como afirmó la

¹⁰⁷⁴ *Cargill c. México*, párrafo 293 (CL-12).

¹⁰⁷⁵ *Biwater Gauff c. Tanzania*, párrafo 615 (CL-10).

¹⁰⁷⁶ RD-CAFTA, Art. 10.7.2-3 (CL-1).

¹⁰⁷⁷ *Ib.*, Art. 10.22.1 (según el cual “el tribunal decidirá las cuestiones en controversia de conformidad con este Tratado y con las normas aplicables del derecho internacional.”); ver también *S.D. Myers, Inc. c. Gobierno de Canadá*, CNUDMI (TLCAN), Laudo Parcial del 13 de noviembre de 2000, párrafo 310 (“Dado que el TLCAN

Corte Permanente de Justicia Internacional en el trascendental caso *Chorzów Factory*, la indemnización debe compensar los perjuicios ocasionados por el hecho internacionalmente ilícito y restablecer el *status quo* que habría existido si ese hecho no hubiese sido cometido:

De acuerdo con el principio esencial derivado la noción misma de hecho ilícito . . . la reparación debe, en la medida de lo posible, eliminar todas las consecuencias del hecho ilícito y restablecer la situación que, muy probablemente, habría existido si el hecho en cuestión no hubiese sido cometido.¹⁰⁷⁸

282. Este principio de reparación íntegra fue recogido por la Comisión de Derecho Internacional en el Artículo 31 de los Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos (“Artículos sobre Responsabilidad del Estado de la CDI”)¹⁰⁷⁹ y ha

no contiene otras disposiciones relevantes [sobre daños], además de las incluidas en el Artículo 1110 [en materia de expropiación], el Tribunal recurre al derecho internacional en busca de orientación.”) (CL-41); *Archer Daniels Midland Co. y Tate & Lyle Ingredients Americas, Inc. c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/04/5, Laudo del 21 de noviembre de 2007, párrafos 277-278 (CL-5) (“El TLCAN no brinda más orientación acerca de los principios adecuados para cuantificar los daños y la indemnización... En el presente caso, los principios que deberían regir el otorgamiento de indemnización emanan de las normas de derecho internacional vigentes.”); *Azurix Corp. c. Argentina*, párrafos 421-422 (en el cual el tribunal adoptó el principio establecido en *Chorzów Factory* a efectos de indemnizar a la demandante por el incumplimiento del estándar de trato justo y equitativo luego de observar que los tribunales constituidos en virtud del Capítulo 11 del TLCAN habían aplicado el mismo criterio y que “la ausencia, en el TLCAN, de una medida compensatoria por incumplimientos que no constituyeran expropiación reflejaba la intención de las partes de dejar en manos de los tribunales la determinación de tal medida según las circunstancias del caso, teniendo en cuenta tanto los principios del derecho internacional como las disposiciones del TLCAN.”) (CL-8).

¹⁰⁷⁸ *Chorzów Factory (Alemania c. Polonia)* (Sentencia No. 13 (Fondo) del 13 de septiembre de 1928) P.C.I.J. Series A, N° 17 en 40 (1928) (“*Chorzów Factory*”) (CL-15).

¹⁰⁷⁹ JAMES CRAWFORD, COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, ARTÍCULOS SOBRE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO (2005), Art. 31(1) (“El Estado responsable está obligado a reparar íntegramente el perjuicio causado por el hecho internacionalmente ilícito.”) (CL-54); *Ib.*, comentario al Art. 36, párrafo 3 (“El concepto fundamental de la “indemnización de daños y perjuicios” es . . . la reparación de una *pérdida* sufrida, una *compensación*, judicialmente determinada de un hecho lesivo. El remedio debe ser proporcionado a la pérdida, a fin de que la parte perjudicada pueda reintegrarse de ella” (donde se cita el caso *Lusitania*, UNRIAA, vol. VII (Sales No. 1956.V5), pág. 32, en pág. 39 (1923)).

¹⁰⁸⁰ *Ver ATA Construction, Industrial and Trading Company c. Reino Hachemita de Jordania*, Caso CIADI N° ARB/08/02, Decisión sobre la Interpretación y la Solicitud de Medidas Cautelares del 7 de marzo de 2011 párrafo 40 (donde se sostuvo que el estándar establecido en el caso *Chorzów Factory* era un “estándar reconocido universalmente”) (CL-7); *Rumeli . c. Kazajstán*, Caso CIADI N° ARB/05/16, Decisión del Comité ad hoc del 25 de Marzo de 2010, párrafo 141 (CL-40) (“la prueba general de la “reparación íntegra” del Artículo 31 del Proyecto de Artículos de la CDI puede identificarse fácilmente. Es aquella formulada tradicionalmente por la Corte Permanente de Justicia Internacional en el Caso *Chorzów Factory*”); *Joseph C. Lemire c. Ucrania*, Caso CIADI No. ARB/06/18, Laudo del 28 de marzo de 2011, párrafo 149

tenido una fuerte aceptación entre las decisiones y los laudos internacionales.¹⁰⁸⁰ Como destacó el tribunal en el caso *ADC c. Hungría*, “no puede haber ninguna duda sobre la validez actual del principio derivado de *Chorzów Factory* dado que la Corte Internacional de Justicia ha confirmado, en reiteradas ocasiones, que dicho principio se encuentra actualmente en plena vigencia”.¹⁰⁸¹ En consecuencia, como explicó el tribunal en el caso *AAPL c. Sri Lanka*, “los daños debidos deben ser calculados de modo tal que reflejen adecuadamente la pérdida del valor total de la inversión como consecuencia de la destrucción, así como los perjuicios ocasionados por ella”.¹⁰⁸²

283. Como explicaremos más adelante, de acuerdo con este principio, TECO tiene derecho al pago de una indemnización que le permita recuperar (i) su porción de los flujos de

(“Generalmente, se reconoce que cuando el incumplimiento del estándar de trato justo y equitativo no ocasiona la pérdida total de la inversión, la indemnización debe estar destinada a colocar al inversor en la misma posición económica en que se habría encontrado si la demandada no hubiese violado el TBI”) (CL-26).

¹⁰⁸¹ *ADC c. Hungría*, párrafo 493 (CL-3).

¹⁰⁸² *Asian Agricultural Prods. Ltd. c. República Socialista Democrática de Sri Lanka*, Caso CIADI N° ARB/87/3 (Laudo del 27 de junio de 1990) párrafo 88 (CL-6); ver también *ADC c. Hungría*, párrafo 495 (donde se sostuvo que debería otorgarse a las demandantes “en palabras de la decisión de *Chorzów Factory*, ‘el pago de un monto que concuerde con el valor que tendría la restitución en especie’”) (CL-3); *Siemens c. Argentina*, párrafo 352 (donde se afirmó que “la indemnización debe tener en cuenta “todos los daños susceptibles de una evaluación financiera” o “eliminar todas las consecuencias del acto ilegal”) (CL-44); *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal S.A. c. República Argentina*, Caso CIADI N° ARB/97/3, Laudo del 20 de agosto de 2007, párrafo 8.2.7 (donde se dispuso que “independientemente del tipo de inversión y de la naturaleza de la medida ilegítima, que el nivel de indemnización por daños y perjuicios adjudicado en un arbitraje internacional sobre inversiones sea suficiente para compensar plenamente a la parte afectada y eliminar las consecuencias de la acción del Estado”) (CL-18); *Biwater Gauff c. Tanzania*, párrafo 774 (CL-10) (donde se destacó que “la indemnización debe cubrir ‘todo daño que pueda cuantificarse económicamente, incluido el lucro cesante, siempre que sea demostrado’”); *Petrobart Ltd. c. República de Kirguisa*, Caso CCS No. 126/2003, Laudo del 29 de marzo de 2005, en 77-78 (donde se estableció que “dado que, aparentemente, Petrobart ha sufrido un perjuicio como consecuencia de los incumplimientos del Tratado por parte de la República, debe colocársela, en la medida de lo posible, en la misma posición económica en que se habría encontrado si estos incumplimientos no hubieran existido”) (CL-35).

efectivo perdidos que habrían sido generados por su inversión entre el 1 de agosto de 2008 (cuando la CNEE impuso las tarifas) y el 21 de octubre de 2010 (cuando TECO vendió su inversión) si EEGSA hubiese podido cobrar el VAD que le correspondía, más (ii) la diferencia entre el precio al cual TECO vendió sus acciones y el valor que éstas habrían tenido si Guatemala no hubiese incumplido sus obligaciones en virtud del Tratado y (iii) los intereses compuestos anteriores y posteriores al dictado del laudo a una tasa apropiada desde el punto de vista comercial.

B. TECO tiene derecho a recuperar su parte de los flujos de efectivo perdidos por EEGSA desde agosto de 2008 hasta octubre de 2010 y a percibir un monto que le permita compensar el valor deprimido al cual vendió sus acciones en octubre de 2010

284. En su Informe Pericial, Brent Kaczmarek – Director Gerente de Navigant Consulting, Inc. y Analista Financiero Certificado con vasta experiencia como perito en materia financiera, valuatoria y de daños – calcula el monto de daños que se requiere para colocar a TECO en la posición económica en que se encontraría si Guatemala no hubiese violado sus obligaciones en virtud del Tratado.

285. A tal efecto, Kaczmarek divide el cálculo de los daños de TECO en dos períodos. Durante el primer período, comprendido entre el 1 de agosto de 2008 (fecha en la cual la CNEE impuso las tarifas de Sigla) y el 21 de octubre de 2010 (fecha en la que TECO vendió su inversión), TECO sufrió una pérdida de flujo de efectivo como resultado de la implementación de las tarifas ilegítimas.¹⁰⁸³ El 21 de octubre de 2010, EPM compró las acciones de TECO en EEGSA al valor justo de mercado a esa fecha (el cual reflejaría el flujo de fondos que se esperaba de la inversión desde ese momento en adelante). En consecuencia, el segundo período de daños mide la pérdida de valor de las acciones de TECO en EEGSA como resultado de la implementación de la tarifa de Sigla.¹⁰⁸⁴ Kaczmarek emplea el mismo enfoque para proyectar los

¹⁰⁸³ Ver también, por ejemplo, *LG&E c. Argentina*, párrafo 59 (donde se observó que “la pérdida sufrida por las Demandantes es el monto de los dividendos que habrían ganado de no haberse revocado las garantías básicas”) (CL-28).

¹⁰⁸⁴ Ver también, por ejemplo, *CMS c. Argentina*, párrafo 422 (donde se explicó el criterio empleado por la Demandante para calcular sus daños, el cual consistía en comparar el valor de las acciones según el marco regulatorio actual con el mayor valor accionario que habría recibido si el marco regulatorio no hubiese sido

daños en el escenario real y en el escenario contrafáctico. La única diferencia es que, para el período que mide la pérdida de flujo de efectivo (esto es, del 1 de agosto de 2008 al 21 de octubre de 2010), no es necesario proyectar el desempeño real de EEGSA, dado que se emplean datos financieros históricos.¹⁰⁸⁵

286. El VAD y las tarifas adoptadas por la CNEE el 1 de agosto de 2008 eran aquellos establecidos en el informe de Sigla. Entre agosto de 2008 y julio de 2010, el Sr. Kaczmarek se basó en los resultados históricos del flujo de fondos de EEGSA en el escenario real.¹⁰⁸⁶ A partir de agosto 2010, cuando los resultados históricos ya no son accesibles, el Sr. Kaczmarek utiliza el informe de Sigla para establecer el flujo de fondos real.¹⁰⁸⁷ Por lo tanto, la proyección del flujo de fondos derivada del informe de Sigla se usa para determinar la pérdida del flujo de fondos comenzando en agosto de 2010 y también se usa como base para la valuación de EEGSA a partir del 21 de octubre 2010 en el escenario real. Asimismo, Kaczmarek utiliza el informe final de Bates White del 28 de julio de 2008, el cual estableció el VAD y las tarifas de conformidad con lo decidido por la Comisión Pericial, como base para proyectar cuál habría sido el valor de EEGSA si no se hubiesen adoptado las medidas ilegítimas.¹⁰⁸⁸

alterado) (**CL-17**); *ib.*, párrafo 434 (donde se aprueba el criterio de la Demandante para la determinación de los daños).

¹⁰⁸⁵ Para este mismo período, debe proyectarse el valor contrafáctico de EEGSA, dado que la determinación de este valor durante dicho período no consiste en reemplazar simplemente la tarifa de Sigla en el escenario real por el cálculo de la tarifa realizado por Bates White. Como explicamos anteriormente, como resultado de las medidas cuestionadas, EEGSA adoptó varias medidas de recorte de gastos. *Ver, por ejemplo*, Maté, párrafo 57 (**CWS-6**); Gillette, párrafo 24 (**CWS-5**); Callahan, párrafo 6 (**CWS-2**). Si la tarifa de Bates White hubiese sido adoptada, estas medidas de recorte no habrían sido implementadas y los gastos de capital de EEGSA habrían sido mayores de lo que fueron en el período histórico real. Por este motivo, el valor proyectado de EEGSA entre el 1 de agosto de 2008 y el 21 de octubre de 2010 incluye mayores gastos de capital y otras discrepancias con los datos financieros reales de EEGSA durante dicho período, además de los ingresos generados por las tarifas. *Ver* Kaczmarek, párrafo 172 (Figura 22) y párrafo 180 (Figura 25) (**CER-2**).

¹⁰⁸⁶ *Ver* Kaczmarek, párrafo 153 (**CER-2**).

¹⁰⁸⁷ *Ver ib.*, párrafo 126.

¹⁰⁸⁸ *Ver ib.*

1. Los métodos valuatorios aceptados confirman el valor real y el valor contrafáctico de EEGSA

287. A efectos de determinar el valor de EEGSA y, por consiguiente, el valor de la participación del 24% que TECO posee en dicha empresa, Kaczmarek utilizó tres métodos generalmente aceptados para determinar el valor justo de mercado de las empresas: el método de flujo de efectivo descontado (“DCF”, por sus siglas en inglés), el método de empresas abiertas comparables y el método de operaciones comparables. El método DCF depende de la proyección del flujo de fondos. Este flujo de fondos proyectado sirve el doble propósito en el contexto de los cálculos del Sr. Kaczmarek. En primer lugar, da una base para calcular la pérdida de flujo de fondos entre agosto de 2008 y octubre de 2010. En segundo lugar, forma la base para las valuaciones del DCF (real y contrafáctica) desde el 21 de octubre de 2010. Como explicó Kaczmarek:

[El Método DCF consiste en] la implementación práctica del concepto teórico financiero de que el valor de un activo que genera ingresos es igual al valor actual de los futuros flujos de efectivo que genera dicho activo. Para implementar el Método DCF, el valuador crea primero una proyección del futuro rendimiento esperado de la empresa objeto de valuación. Luego, a partir del rendimiento proyectado, calcula los flujos de efectivo relevantes, determina la tasa de descuento adecuada, y descuenta los futuros flujos de efectivo al valor actual.¹⁰⁸⁹

En efecto, existe un “amplio consenso” respecto de que, cuando se trata de “determinar la pérdida de valor justo de mercado de una empresa que se encuentra en funcionamiento, si existe dicha pérdida, se encuentra justificada la utilización del método de Descuento de Flujo de Efectivo (DCF)”.¹⁰⁹⁰ Como estableció el tribunal en el caso *National Grid P.L.C. c. Republica Argentina*, cuando existen antecedentes de una actividad redituable y es posible estimar los flujos de efectivo futuros con una precisión razonable, el método DCF “tiene la ventaja de medir de

¹⁰⁸⁹ *Ib.*, párrafo 142.

¹⁰⁹⁰ *National Grid c. Argentina*, párrafo 275 (CL-33); ver también *Walter Bau c. Tailandia*, párrafo 14.22 (donde se sostuvo que “[s]i tanto el valor como los daños deben computarse sobre la base de lo que se esperaba legítimamente en un momento determinado, el método DCF es el más razonable”) (CL-45).

manera realista el valor económico de una empresa en marcha sobre la base del flujo de valor que esta puede generar durante su vida útil”.¹⁰⁹¹

288. En su modelo DCF, Navigant proyectó el VNR correspondiente a cada año dado que este es la base de los componentes de retorno sobre el capital y retorno del capital del VAD del inversor. Kaczmarek empleó los VNR calculados por Bates White y Sigla para el año 2008 en sus proyecciones real y contrafáctica, respectivamente.. Los estudios relativos a las tarifas incluían los gastos de capital proyectados durante el período tarifario.¹⁰⁹² Conforme los métodos utilizados por Bates White y Sigla en la calculación del VNR, Kaczmarek ajustó el VNR agregando los gastos de capital proyectados durante cada año del tercer período tarifario.¹⁰⁹³ .

289. A fin de proyectar el ingreso por VAD en sí mismo en ambos escenarios, Kaczmarek consideró cada uno de los cuatro componentes de dicho ingreso. En primer lugar, Navigant adoptó el aumento en la cantidad de consumidores de acuerdo con los respectivos estudios sobre el VAD.¹⁰⁹⁴ Kaczmarek también utilizó los costos operativos incluidos en ambos estudios.¹⁰⁹⁵

290. El tercer componente del ingreso por VAD es la compensación por las pérdidas de energía. En el año 2008, EEGSA tuvo “uno de los porcentajes más bajos de pérdida de energía de Latinoamérica – una tasa de pérdida similar a los distribuidores en los países más desarrollados”.¹⁰⁹⁶ A medida que disminuyen las pérdidas, se torna cada vez más caro continuar reduciéndolas (cierto porcentaje de pérdida es una consecuencia inevitable del aspecto físico del

¹⁰⁹¹ *National Grid v. Argentina*, párrafo 276 (CL-33); ver también *CMS c. Argentina*, párrafo 416(donde se destacó que el tribunal “no tiene duda en adoptar [el método DCF] como el más apropiado en este caso. TGN era y es una empresa en plena marcha; las técnicas del FCD han sido usadas universalmente, incluso por numerosos tribunales arbitrales, como un método apropiado para la valoración de los activos de las empresas....Por último, existen datos suficientes para realizar una valoración racional de TGN utilizando este método.”) (CL-17).

¹⁰⁹² Kaczmarek, párrafo 162 (CER-2).

¹⁰⁹³ *Ib.*

¹⁰⁹⁴ *Ib.*, párrafo 165.

¹⁰⁹⁵ *Ib.*, párrafo 166.

¹⁰⁹⁶ *Ib.*, párrafo 175.

transporte de electricidad).¹⁰⁹⁷ Existe un nivel determinado de pérdidas del distribuidor (aquel que tendría una empresa eficiente modelo) que se compensa mediante el VAD pero el distribuidor debe absorber el costo de toda pérdida que supere este monto establecido.¹⁰⁹⁸ Las pérdidas meta que figuran en cada uno de los informes presentados por Bates White y por Sigla se emplearon, respectivamente, en los modelos real y contrafáctico. A su vez, de acuerdo con el informe de Sigla, EEGSA absorbe una mayor pérdida monetaria como resultado de las pérdidas de energía no compensadas.¹⁰⁹⁹

291. El último componente es el FRC. Como detallamos anteriormente, el informe de Sigla empleó la fórmula de FRC propuesta por la CNEE y rechazada por la Comisión Pericial.¹¹⁰⁰ Esta fórmula de FRC acarrea una reducción en el componente de retorno sobre el capital del VNR del 50%.¹¹⁰¹ Dicha fórmula se empleó en el escenario real, mientras que aquella aprobada por la Comisión Pericial, e incorporada al informe final de Bates White, se utilizó en el escenario contrafáctico.¹¹⁰²

292. Finalmente, cabe destacar que los gastos operativos, los gastos de capital y las variaciones en el capital de trabajo afectan el flujo de efectivo de la empresa y es por ello que se proyectaron en el modelo DCF.¹¹⁰³ Respecto de los gastos operativos y de capital, en el escenario contrafáctico, el modelo se basó en las proyecciones realizadas antes de la adopción de las medidas cuestionadas o en el último año de datos reales previo a la adopción de las medidas. En

¹⁰⁹⁷ Giacchino, párrafo 80 (**CWS-4**); Kaczmarek, párrafos 75, 167, 175 (**CER-2**); *ver también, en general*, Informe final de la Comisión Pericial (Discrepancia E.5, Pérdidas No Técnicas de Energía y Potencia), en 130-133 (**C-246**).

¹⁰⁹⁸ *Ver* Kaczmarek, párrafos 169, 173 (**CER-2**).

¹⁰⁹⁹ *Ib.*, párrafo 169.

¹¹⁰⁰ *Ib.*, párrafos 122, 161; Sigla - Fase D, Anualidad de Inversión, Componente de Valor Agregado de Distribución en 2 (**C-267**); Sigla - Fase G, Introducción de Componentes de Costo del VAD en 3 (**C-267**); *ib.*, Costos del Capital en 3.2.

¹¹⁰¹ Kaczmarek, Figura 15 (**CER-2**); Informe de la Comisión Pericial (Discrepancia D.1, Anualidad de la Inversión, Factor de Recuperación de Capital), en 91-93 (**C-246**); Bastos, párrafos 21-22 (**CWS-1**); Giacchino, párrafos 58-60 (**CWS-4**).

¹¹⁰² Kaczmarek, párrafo 164 (**CER-2**).

¹¹⁰³ *Ib.*, párrafos 171-181.

el escenario real, se utilizaron las proyecciones y gastos reales del estudio elaborado por Sigla.¹¹⁰⁴ Las variaciones en el capital de trabajo se predijeron sobre la base de datos históricos.¹¹⁰⁵

293. A fin de descontar los flujos de efectivo futuros en ambos modelos al valor actual, Kaczmarek utilizó una tasa de descuento del 8,80% en términos nominales, la cual era equivalente al costo promedio ponderado de capital (“WACC”, por sus siglas en inglés) y constituye la medida adecuada para descontar el flujo de efectivo para la empresa.¹¹⁰⁶ Este caso se diferencia de muchos otros en los que existe una controversia respecto de la tasa de descuento apropiada, ya que la CNEE misma calculó el WACC de EEGSA a los fines del estudio sobre el VAD de 2008.¹¹⁰⁷ En consecuencia, Kaczmarek utilizó dicho WACC y el método empleado por la CNEE y lo ajustó para reflejar el WACC al 21 de octubre de 2010.¹¹⁰⁸ El método DCF arrojó un valor empresa de EEGSA equivalente a **USD 1.451,4 millones** en el escenario contrafáctico y **USD 512,8 millones** en el escenario real.¹¹⁰⁹

294. Luego, Kaczmarek aplicó el método de empresas comparables para calcular el valor de EEGSA identificando empresas abiertas de distribución eléctrica comparables de América Latina.¹¹¹⁰ Dado que todas estas empresas cotizaban en bolsa, se pudo determinar fácilmente el capital accionario, el valor accionario y el valor de la deuda de cada una de ellas. Por lo tanto, fue posible estimar el valor de dichas empresas utilizando información de acceso

¹¹⁰⁴ *Ib.*, párrafos 172, 180.

¹¹⁰⁵ *Ib.*, párrafo 181.

¹¹⁰⁶ *Ib.*, párrafos 184, 195, 196.

¹¹⁰⁷ *Ib.*, párrafo 185; Resolución CNEE No. 04-2008 del 17 de enero de 2008, página 2 (donde se establece un WACC del 7% en términos reales) (C-152). Antes de la elaboración del estudio sobre el VAD por parte del Consultor, la LGE dispone que la CNEE debe encargarle a una agencia la elaboración de un estudio para calcular el costo del capital del distribuidor. Art. 79 de la LGE (C-17). De conformidad con la LGE, si el resultado de dicho estudio arroja una tasa WACC inferior al 7% o superior al 13%, la tasa WACC real se reemplaza por el punto bajo o alto del rango permitido. *Ver ib.*

¹¹⁰⁸ Kaczmarek, párrafos 185-186 (CER-2).

¹¹⁰⁹ *Ib.*, párrafo 197.

¹¹¹⁰ *Ib.*, párrafos 198-210 .

público.¹¹¹¹ Luego de recabar y analizar los datos financieros y operativos de las empresas, Navigant evaluó la comparabilidad de cada una de ellas con EEGSA con relación a la cantidad de clientes, el tamaño de la red de distribución, el tipo de actividad y el marco regulatorio, entre otros factores.¹¹¹² Con respecto a las empresas que se consideró que guardaban mayor similitud con EEGSA, se calcularon los múltiplos valor empresa/EBITDA (ganancias antes de impuestos, intereses, depreciación y amortización) y se ajustaron para reflejar las diferencias entre la empresa objeto del cálculo y EEGSA.¹¹¹³ Luego, se ponderaron dichos múltiplos sobre la base de la comparabilidad de la empresa a fin de determinar cuál era el más apropiado para calcular el valor de EEGSA.¹¹¹⁴ Según este método, el valor de EEGSA ascendía a **USD 1.340,5 millones** en el escenario contrafáctico y a **USD 521,2 millones** en el escenario real.¹¹¹⁵

295. El método de operaciones comparables se asemeja al método de empresas comparables pero, a diferencia de este, se basa en operaciones recientes mediante las cuales una empresa comparable a EEGSA fue adquirida, en forma total o parcial, a fin de determinar el valor justo de mercado de la empresa comparable.¹¹¹⁶ Kaczmarek utilizó la misma metodología para calcular el valor implícito de EEGSA mediante este método que al emplear el método de empresas comparables, a saber, realizó los ajustes pertinentes a las operaciones objeto y ponderó los resultados sobre la base de las similitudes entre EEGSA y la empresa objeto de la operación.¹¹¹⁷ Conforme a este método, el valor de EEGSA ascendía a **USD 1.550,6 millones** en el escenario contrafáctico y a **USD 602,9 millones** en el escenario real.¹¹¹⁸

296. Dado que los tres métodos resultaron en una valuación de EEGSA en ambos escenarios entre un rango razonable de, cada uno de estos métodos sirve para confirmar la

¹¹¹¹ *Ver ib.*, párrafo 201.

¹¹¹² *Ib.*, párrafos 202-207, Tabla 11.

¹¹¹³ *Ib.*, párrafos 208-210.

¹¹¹⁴ *Ib.*, párrafo 210.

¹¹¹⁵ *Ib.*, párrafo 210, Tabla 14.

¹¹¹⁶ *Ib.*, párrafos 211-212.

¹¹¹⁷ *Ver ib.*, párrafos 213-215.

¹¹¹⁸ *Ib.*, párrafo 216, Tabla 18.

razonabilidad de la valuación total del Sr. Kaczmarek. Sobre la base del nivel de confianza que el experto tenía en los datos empleados para cada uno de los tres métodos, Kaczmarek asignó una ponderación de 60% al método DCF, 30% al método de empresas comparables y 10% al método de operaciones comparables.¹¹¹⁹ Estas ponderaciones dieron lugar a una valuación final de EEGSA al 21 de octubre de 2010 de **USD 1,428,1 millones** y **USD 524,3 millones** en los escenarios contrafáctico y real, respectivamente.¹¹²⁰

297. Considerando el desempeño financiero de EEGSA en los escenarios real y contrafáctico, el Sr. Kaczmarek calculó que las pérdidas de flujos de efectivo de TECO entre el 1 de agosto de 2008 y el 21 de octubre de 2010 eran equivalentes a **USD 17.8 millones**¹¹²¹.

298. Desde octubre de 2010, el Sr. Kaczmarek tomó el valor de empresa de EGAS, calculado anteriormente en el escenario real y contrafáctico. El Sr. Kaczmarek sustrajo la deuda neta de EGAS a partir del 21 de octubre de 2010 a fin de determinar el valor de su capital accionario¹¹²². Se calculó que la inversión de capital de la Demandante (dada su participación del 24,26% en EEGSA) ascendía a USD 106.0 millones y USD 325,3 millones en los escenarios real y contrafáctico, respectivamente. Por consiguiente, la pérdida de TECO derivada de la disminución del valor justo de mercado de sus acciones como resultado de las medidas adoptadas ilegítimamente por Guatemala ascendía a **USD 219,3 millones**¹¹²³.

2. Las medidas críticas convalidan las conclusiones valuatorias de Navigant

299. El hecho de que la diferencia entre el valor justo de mercado de las acciones de EEGSA determinado mediante los tres métodos valuatorios se encuentra en un rango razonable demuestra la fiabilidad de las valuaciones realizadas por Navigant. Asimismo, las tres pruebas

¹¹¹⁹ *Ib.*, párrafo 218.

¹¹²⁰ *Ib.*, párrafo 218, Tabla 19.

¹¹²¹ *Ib.*, párrafos 155-156.

¹¹²² *Ib.*, párrafo 219.

¹¹²³ *Ib.*

detalladas a continuación confirman aún más la razonabilidad de la valuación y calculación de daños de Navigant.

300. En primer lugar, la tasa interna de retorno de TECO (“IRR”, por sus siglas en inglés) por su inversión en EEGSA confirma que la calculación de daños hecha por el Sr. Kaczmarek es conservadora. Si la tasa IRR esperada respecto de un proyecto no excede el costo de capital propio que se debe invertir en dicho proyecto, este no es redituable.¹¹²⁴ El cálculo del costo de capital propio de EEGSA era un cálculo sencillo dado que, en el año 2008, la CNEE había determinado que el WACC de EEGSA era del 7% (es decir, se encontraba en el menor rango posible contemplado por la LGE)¹¹²⁵ y que el componente de costo de capital propio del WACC era del 11,01%¹¹²⁶. A fin de calcular el rendimiento del capital propio durante la vigencia de la inversión, Kaczmarek tuvo en cuenta la inversión de TECO en EEGSA y el retorno sobre el capital de TECO, que incluye todos los dividendos y honorarios por administración cobrados así como el producido de la venta de sus acciones a EPM¹¹²⁷. Así, se determinó que la tasa IRR real (es decir, ajustada por inflación) de TECO era del 0.6%¹¹²⁸. Dicha tasa de retorno es mucho menor que el costo de capital propio real – del 11,01% – publicado por la CNEE. Esto constituye una prueba irrefutable de que las tarifas impuestas por Guatemala le ocasionaron un daño económico grave a TECO, ya que disminuyeron el valor de EEGSA a un nivel tal que TECO no pudo recuperar de su inversión un monto ni siquiera cercano al costo de capital propio¹¹²⁹.

¹¹²⁴ *Id.*, párrafo 228.

¹¹²⁵ LGE, Art. 79 (C-17); Kaczmarek, párrafo 232 (CER-2). El cálculo de la CNEE del costo del capital propio de EEGSA también era inferior al determinado por los asesores de DECA II en 1998. *Ver* Kaczmarek, párrafo 232 (CER-2).

¹¹²⁶ Se calculó que el costo del capital propio nominal era del 13,98%, lo que equivale al costo del capital propio real del 11,01% en el momento pertinente. *Ver* Kaczmarek párrafo 231 (CER-2); Resolución CNEE No. 04-2008 del 17 de enero de 2008 en 5 (C-152). El costo del capital propio será superior al WACC dado que los accionistas tienen créditos residuales respecto de las ganancias que pueden ser cobrados únicamente luego de que la empresa cancele sus obligaciones de deuda. *Ver* Kaczmarek párrafo 145 (CER-2).

¹¹²⁷ Kaczmarek, párrafo 230 (CER-2).

¹¹²⁸ *Ib.*, párrafo 230, Tabla 21.

¹¹²⁹ *Ver ib.* párrafo 231.

301. A fin de verificar la razonabilidad de la calculación de daños, Kaczmarek, añadió los daños de TECO de USD 249,5 millones a partir del 1 de septiembre de 2011 a la calculación del IRR. Si TECO hubiese recibido los daños calculados por el Sr. Kaczmarek (incluyendo el interés calculado) encima de los ingresos de la venta, la tasa IRR real de TECO habría sido del 7.7%¹¹³⁰. Este valor *todavía* es inferior al costo de capital propio del 11,01% calculado por la CNEE, lo que demuestra que la valuación contrafáctica de Navigant es conservadora¹¹³¹.

302. En segundo lugar, los VNR calculados por Bates White y Sigla sirven para confirmar la razonabilidad de la valuación de Navigant. Como destacamos, el FRC se aplica al VNR por medio del WACC. El WACC representa el costo de capital del distribuidor, así como su retorno sobre el capital y, como explicamos previamente, la LGE dispone que el WACC utilizado por las distribuidoras en los estudios sobre el VAD debe oscilar entre el 7 y el 13 por ciento¹¹³². Dado que el WACC es igual al costo de capital de la distribuidora y a su retorno sobre el capital, el VNR debería ser equivalente al valor justo de mercado de la empresa¹¹³³.

303. En su informe final del 28 de julio de 2008, Bates White determinó que el VNR para el 2010 era de USD 1.214 millones¹¹³⁴, mientras que Navigant concluyó que el valor empresa de EEGSA en el escenario contrafáctico a partir de octubre de 2010 era de USD 1.451 millones¹¹³⁵. No obstante, utilizando el método DCF el costo de capital disminuyó entre 2008 y 2010, tal como demuestra el WACC de 9,60% utilizado en el informe de Bates White y el WACC de 8.80% empleado por Kaczmarek para valorar a EEGSA a partir de octubre de 2010¹¹³⁶. A fin de comprobar si la diferencia en los VNR se debía a los diferentes WACC, Navigant descontó los flujos de efectivo en su valuación contrafáctica aplicando una tasa del 9,60%. Esto

¹¹³⁰ *Ib.*, párrafo 233.

¹¹³¹ *Ib.*

¹¹³² LGE, Art. 79 (C-17).

¹¹³³ Kaczmarek, párrafos 234-235 (CER-2).

¹¹³⁴ Bates White no calculó un VNR separado para cada año del período tarifario. Por lo tanto, Navigant calculó el VNR para el año tarifario de agosto de 2010 hasta julio de 2011 sobre la base de las suposiciones realizadas en el informe de Bates White. *Ver* Kaczmarek, párrafo 236 y nota al pie 211 (CER-2).

¹¹³⁵ *Ib.*, párrafo 196.

¹¹³⁶ *Ib.*, párrafo 236.

resultó en un valor contrafáctico para EEGSA de USD 1.288¹¹³⁷. La diferencia entre este valor y el valor del VNR calculado por Bates White se encuentra en el rango del 6%, lo cual demuestra la fiabilidad de la valuación efectuada por Navigant.

304. De manera similar, Kaczmarek comparó el VNR de Sigla de USD 496,6 millones en el año tarifario de 2011 con la valuación de EEGSA usando el metodo DCF en el escenario real de USD 512,8 millones¹¹³⁸. Si el WACC del modelo de Navigant se ajusta para equipararlo con aquel utilizado por Sigla dos años antes se disminuye la valuación de Navigant en el escenario real a USD 456 millones¹¹³⁹. Como explica Kaczmarek, Navigant esperaba que el cálculo del valor real de EEGSA aplicando el WACC de la CNEE arrojara un valor inferior al VNR de Sigla porque, como detallamos anteriormente, Sigla había empleado una formula de FRC que reducía el retorno de la inversión en el capital¹¹⁴⁰. Así, la relación entre el VNR de Sigla y el cálculo del valor real de EEGSA realizado por Kaczmarek demuestra aún más la fiabilidad de la valuación de Navigant¹¹⁴¹.

305. Finalmente, el precio al cual EPM compró DECA II respalda el cálculo de daños de Navigant. TECO recibió USD 181,5 millones por su participación en DECA II. Si bien el contrato de compraventa no le asignó un valor a cada una de las empresas de DECA II¹¹⁴², las pruebas permiten implicar que EEGSA tenía un valor empresa de USD 498 millones¹¹⁴³.

306. Como explica Kaczmarek, Navigant pudo atribuirle una parte del precio de compra de DECA II a EEGSA al comparar varias medidas económicas de desempeño de las sociedades controladas de DECA II tomadas de una presentación de gestión actual de DECA

¹¹³⁷ *Ib.*

¹¹³⁸ *Ib.*, párrafo 237.

¹¹³⁹ *Ib.*

¹¹⁴⁰ *Ib.*

¹¹⁴¹ *Ib.*, párrafo 237-238.

¹¹⁴² Contrato de Compraventa de Acciones entre Iberdrola, TPS, EDP, y EPM del 21 de octubre de 2010 (C-356).

¹¹⁴³ Kaczmarek, párrafo 241 (CER-2).

II.¹¹⁴⁴ Estas medidas financieras demostraron que EEGSA representaba un 62,2% del valor de DECA II, lo cual indica que el valor implícito de EEGSA era de USD 498 millones¹¹⁴⁵. Por lo tanto, la venta de DECA II a EPM confirma el cálculo del valor empresa de EEGSA de USD 524,3 millones en el escenario real efectuado por Navigant¹¹⁴⁶.

C. La indemnización debe incluir intereses sobre el monto del capital a una tasa comercial adecuada hasta la fecha de pago del laudo

307. A fin de que TECO sea íntegramente resarcida, se deben otorgar intereses compuestos anteriores y posteriores al dictado del laudo a una tasa comercial apropiada, en este caso equivalente al rendimiento de la deuda soberana de Guatemala.

308. De conformidad con el principio de derecho internacional que ordena la reparación íntegra, el Artículo 10.26(1) del RD-CAFTA contempla el otorgamiento de daños pecuniarios y de los intereses que procedan.¹¹⁴⁷ Por lo tanto, toda vez que —como en este caso— la condena al pago de daños determine la pérdida sufrida y la indemnización debida antes del dictado del laudo, se deberá ordenar el pago de intereses desde la fecha en que se calcularon los daños (es decir, intereses previos al laudo) a fin de que la demandante pueda recuperar el valor tiempo del dinero. Como explicó el tribunal en el caso *LG&E*:

Deben pagarse intereses por el monto de los dividendos que habrían percibido las Demandantes de no haberse revocado el régimen tarifario, menos los dividendos efectivamente percibidos. Los dividendos perdidos indemnizan a las Demandantes por el incumplimiento por parte de Argentina y los intereses las indemnizan por la imposibilidad de invertir el monto adeudado.¹¹⁴⁸

¹¹⁴⁴ *Ib.*, párrafo 239, Tabla 23.

¹¹⁴⁵ *Ib.*, Tabla 25.

¹¹⁴⁶ *Ib.*, párrafo 241.

¹¹⁴⁷ RD-CAFTA, 10.26.1 (CL-1); *ver también* Artículos sobre Responsabilidad de la CDI, Art. 38 (“1. Se debe pagar intereses sobre toda suma principal . . . en la medida necesaria para asegurar la reparación íntegra. La tasa de interés y el modo de cálculo se fijarán de manera que se alcance ese resultado. 2. Los intereses se devengarán desde la fecha en que debería haberse pagado la suma principal hasta la fecha en que se haya cumplido la obligación de pago.”) (CL-54).

¹¹⁴⁸ *LG&E c. Argentina*, párrafo 104 (CL-28).

De manera similar, la indemnización por las pérdidas sufridas mientras TECO era accionista de EEGSA y por la pérdida del valor accionario servirá para compensar a TECO por el incumplimiento del estándar de trato mínimo y deberán otorgarse intereses desde el momento en que se produjeron dichas pérdidas a fin de indemnizar a TECO por la imposibilidad de invertir los montos adeudados.

309. Como también reconocen los Artículos sobre Responsabilidad de la CDI, a fin de resarcir a la parte damnificada, los intereses se devengarán hasta la fecha en que se haya cumplido la obligación de pago (es decir, intereses posteriores al laudo).¹¹⁴⁹ En su reciente investigación sobre esta materia, Sir Elihu Lauterpacht y Penelope Nevill destacaron, en igual sentido, que “en la actualidad, los tribunales y las cortes internacionales generalmente adjudican intereses posteriores a la sentencia, incluso las cortes regionales de derechos humanos, las cortes de la Unión Europea y los tribunales arbitrales”.¹¹⁵⁰

310. La tasa de interés aplicada debe “conseguir el resultado de dar reparación integral del perjuicio sufrido como resultado del hecho internacionalmente ilícito”.¹¹⁵¹ De conformidad con este principio, TECO debe percibir intereses a una tasa del 5.7% a 7.0%, que equivale al rendimiento de los bonos soberanos de Guatemala.¹¹⁵² Como explica Kaczmarek, “se trata de una tasa comercial de interés razonable para aplicar a este caso dado que las Medidas han efectivamente convertido a la Demandante en un prestamista involuntario de Guatemala. Como

¹¹⁴⁹ Artículos sobre Responsabilidad de la CDI, Art. 38 (CL-54). Este principio general ha sido aplicado en incontables contextos, incluso por la Comisión de Indemnizaciones de las Naciones Unidas. *Ver* Elihu Lauterpacht y Penelope Nevill, *The Different Forms of Reparation: Interest, in THE LAW OF INTERNATIONAL RESPONSIBILITY* 615 (2010) (“los intereses se adjudicarán a partir de la fecha en que se produjo la pérdida hasta la fecha de pago, a una tasa suficiente para resarcir a los demandantes vencedores por la pérdida de uso del capital de la sentencia”) (*donde se cita la* Decisión del Consejo de Gobierno de la Comisión de Indemnizaciones de las Naciones Unidas del 18 de diciembre de 1992, S/AC.26/1992/16) (CL-51).

¹¹⁵⁰ Elihu Lauterpacht y Penelope Nevill, *The Different Forms of Reparation: Interest, in THE LAW OF INTERNATIONAL RESPONSIBILITY* 617 (2010) (CL-51).

¹¹⁵¹ Artículos sobre Responsabilidad de la CDI, comentario al Art. 38, párrafo 10 (CL-54).

¹¹⁵² Kaczmarek, párrafo 221, Tabla 20 (CER-2).

tal, a la Demandante debería aplicarse la misma tasa de interés que Guatemala paga a sus prestamistas voluntarios”.¹¹⁵³

311. Finalmente, los intereses otorgados se deben capitalizar en forma anual. Como explican Lauterpacht y Nevill:

[Ú]ltimamente se ha reconocido cada vez más que los intereses simples no siempre garantizan el resarcimiento completo por la pérdida sufrida y, por lo tanto, que no se debe descartar la adjudicación de intereses compuestos . . . El razonamiento que sustenta este cambio de enfoque es que el acreedor declarado en juicio que inmediatamente recibe la posesión de los fondos adeudados podría prestarlos o invertirlos a una tasa de interés compuesto o, si fuera obligado a prestarlo como consecuencia de algún hecho ilícito del demandado, lo hará a tasas compuestas. Por consiguiente, es irrazonable limitar los intereses a los intereses simples.¹¹⁵⁴

En efecto, actualmente se reconoce que “la práctica habitual de los tribunales de tratados de inversión ha cambiado hacia la adjudicación de intereses compuestos cuando fueran solicitados por el demandante”.¹¹⁵⁵ Siguiendo este criterio, en su informe, Navigant efectuó la capitalización de intereses en forma anual, como es la práctica en el mercado¹¹⁵⁶.

¹¹⁵³ *Ib.* Las tasas de interés alternativas propuestas por Navigant incluyen la Tasa de interés preferencial de los EE.UU. más 2% y la tasa LIBOR más 4%. *Ver ib.*, párrafos 222-223.

¹¹⁵⁴ Elihu Lauterpacht y Penelope Nevill, *The Different Forms of Reparation: Interest*, en *THE LAW OF INTERNATIONAL RESPONSIBILITY* 618 (2010) (CL-51).

¹¹⁵⁵ *Ib.* en 620; *ver también* F.A. Mann, *Compound Interest as an Item of Damage in International Law*, 21 U.C. DAVIS L. J. 577, 586 (1988) (“[S]obre la base de pruebas concluyentes, los tribunales pueden y – ante la falta de circunstancias especiales – deben otorgar a la demandante intereses compuestos en carácter de daños”) (CL-52); *Metalclad Corp. c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/97/1 (Laudo del 30 de agosto de 2000) párrafo 128 (“A fin de devolver al Demandante a una situación aproximadamente similar a aquella en que se encontraría si no se hubiera cometido el hecho ilícito, se ha calculado un interés compuesto del 6% anual”) (CL-30); *Cargill c. Mexico*, párrafos 544 (“Con respecto a los intereses, el Tribunal cree que la Demandante tiene derecho a percibir intereses en virtud del presente Laudo, basados en el tipo preferencial activo mensual aplicado por los bancos en Estados Unidos, ya que la Demandante en la práctica prestó esa suma al Demandado durante el período de duración de la presente diferencia. Esos intereses deben componerse anualmente y pagarse a partir del 1 de enero de 2008 y hasta la fecha del presente Laudo y ulteriormente, hasta que se haya recibido la totalidad del pago”) (CL-12); *Pope & Talbot Inc. c. Gobierno de Canadá*, CNUDMI (TLCAN) (Laudo sobre Daños del 31 de mayo de 2002) párrafo 90 (“[E]l Tribunal otorga intereses sobre el monto de capital a una tasa del 5% anual, los cuales se capitalizarán en forma trimestral, como la tasa

* * *

312. Como demostramos anteriormente, entre el 1 de agosto de 2008 y el 21 de octubre de 2010, EEGSA tuvo una pérdida de flujo de efectivo de USD 73 millones. En consecuencia, la pérdida de flujo de efectivo de TECO, que refleja su participación del 24,3% en dicha empresa, era **USD 17,8 millones**¹¹⁵⁷. El valor real de EEGSA a partir del 21 de octubre de 2010, es decir, cuando se vendió a EPM, fue de USD 524,3 millones, en comparación con el valor de USD 1.428,1 millones que habría tenido si Guatemala no hubiese adoptado las medidas internacionalmente ilícitas¹¹⁵⁸. Como resultado, TECO sufrió daños relacionados con la pérdida de su valor accionario equivalentes a **USD 219,3 millones**¹¹⁵⁹. La pérdida de flujo de efectivo de TECO y la pérdida de su valor accionario suman al monto de **USD 237,1 millones**. La tasa de interés de los bonos soberanos de Guatemala desde el final de cada año por la pérdida de flujo de efectivo y el 21 de octubre de 2010 por la pérdida de valor en acciones, capitalizada anualmente, arroja un valor de interés de **USD 12,4 millones**,¹¹⁶⁰ lo cual se traduce en un monto total de daños a TECO a partir del 1 de septiembre de 2011 de **USD 249.524.000**¹¹⁶¹.

adecuada”) (CL-36); *Gemplus, S.A., SLP, S.A. y Gemplus Industrial, S.A. de C.V. c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/04/3 & ARB(AF)/04/4 (Laudo del 16 de junio de 2010) párrafos 16-26 (“[E]s claro que, sobre la base del material jurídico que citaron las Demandantes (resumido anteriormente y al que se podría agregar más material), la práctica actual de los tribunales internacionales (incluidos los del CIADI) es adjudicar intereses compuestos y no simples. Según este Tribunal, en la actualidad, existe una suerte de “jurisprudencia constante”, según la cual la presunción que existía hace aproximadamente una década ha cambiado, por lo que, hoy por hoy, resultaría más apropiado conceder intereses compuestos, a menos que se demuestre que no son apropiados y que en cambio los intereses simples sí lo son, y no al revés”) (CL-22).

¹¹⁵⁶ Kaczmarek, párrafo 224 (CER-2).

¹¹⁵⁷ *Ib.*, párrafos 155-156, 220.

¹¹⁵⁸ *Ib.*, párrafo 218, Tabla 19.

¹¹⁵⁹ *Ib.*, párrafo 219.

¹¹⁶⁰ *Ib.*, párrafo 224 Tabla 20.

¹¹⁶¹ *Ib.* Si el cálculo de intereses se efectúa según la Tasa Preferencial de los EE.UU. más dos por ciento o la tasa LIBOR más cuatro por ciento, es decir, las tasas alternativas propuestas por Navigant (*ver ib.* párrafos 222-223), los intereses totales ascenderían entre USD 9,5-11,7 millones por un monto total de daños entre USD 246.634.000 o USD 248.812.000 respectivamente.

V. CONCLUSIÓN

313. Por las razones expuestas, el Demandante solicita respetuosamente que el Tribunal otorgué el siguiente laudo:

1. Encontrar que la Demandada ha violado sus obligaciones en virtud del Artículo 10.5 del CAFTA-DR;
2. Ordenar a la Demandada a pagar al Demandante una compensación en la cantidad de USD 237.1 millones;
3. Ordenar a la Demandada a pagar el interés sobre la cantidad mencionada anteriormente basado en una tarifa comercial razonable, agravado desde el 1 de agosto de 2008 hasta que se finalicé el pago en su totalidad; y
4. Ordenar a la Demandada a pagar los costos y honorarios de abogados del Demandante incurridos durante este proceso.

Respetuosamente,

[s]

WHITE & CASE_{LLP}

Andrea J. Menaker

Jaime M. Crowe

Brody K. Greenwald

Kristen M. Young

Stephanie M. Early

Nicholas G. Nassim

701 Thirteenth Street, N.W.

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

Abogados del Demandante

23 de septiembre de 2011