

CASO CIADI N.º ARB/10/23 – Procedimiento de Anulación

TECO GUATEMALA HOLDINGS LLC

C.

REPÚBLICA DE GUATEMALA

**MEMORIAL DE RÉPLICA SOBRE ANULACIÓN DE LA REPÚBLICA DE
GUATEMALA**

8 de mayo de 2015

ÍNDICE

	PÁGINA
I. INTRODUCCIÓN Y RESUMEN	1
A. El Tribunal entremezcló una violación del Tratado con una violación del derecho interno, con lo cual cometió una extralimitación manifiesta en sus facultades y omitió expresar motivos	2
1. La defectuosa decisión sobre jurisdicción	2
2. La revocación de las decisiones de la Corte de Constitucionalidad	3
3. La falta de aplicación del derecho internacional, con la equiparación, en cambio, de una violación del derecho interno con una violación del Tratado.....	5
B. El Tribunal no expresó motivos y quebrantó gravemente una norma fundamental de procedimiento al determinar la indemnización	6
C. El Tribunal no expresó los motivos en que se funda su decisión en materia de costos.....	8
II. LA CONTROVERSIA Y EL LAUDO.....	9
A. Descripción de la controversia.....	10
B. El Laudo.....	12
III. EL TRIBUNAL SE EXTRALIMITÓ MANIFIESTAMENTE EN SUS FACULTADES.....	15
A. El Tribunal se extralimitó en sus facultades al ejercer jurisdicción para entender en una mera controversia regulatoria de derecho interno	20
1. El Tribunal no analizó la disposición del Tratado que establece el alcance de su jurisdicción ni aplicó el test <i>prima facie</i>	20
2. Cualquiera sea la caracterización objetiva que se emplee, la base fundamental del reclamo era una violación de derecho interno del Marco Regulatorio y no un verdadero reclamo por el Tratado.....	23
B. El Tribunal se extralimitó manifiestamente en sus facultades al revisar y revocar <i>de facto</i> las decisiones de la Corte de Constitucionalidad	32
C. El Tribunal se extralimitó manifiestamente en sus facultades al no aplicar el derecho internacional y equiparar una violación del derecho interno con una violación del CAFTA-RD	42
D. Conclusión sobre la extralimitación manifiesta en las facultades del Tribunal.....	50
IV. EL LAUDO NO EXPRESA LOS MOTIVOS EN LOS QUE SE FUNDA.....	51

A.	Falta de expresión de los motivos en que se funda la decisión sobre jurisdicción.....	52
B.	Falta de expresión de motivos en relación con el criterio del derecho internacional aplicable	58
C.	La manifiesta contradicción referida a la posibilidad de revisar las decisiones de la Corte de Constitucionalidad	61
D.	La falta de fundamentación y la manifiesta contradicción referidas a la decisión sobre daños por pérdidas históricas	63
E.	Falta de expresión de los motivos en que se funda la decisión sobre costos	73
F.	Conclusión sobre la falta de expresión de motivos.....	75
V.	EL TRIBUNAL QUEBRANTÓ GRAVEMENTE UNA NORMA FUNDAMENTAL DE PROCEDIMIENTO	75
VI.	PETITORIO	77

I. INTRODUCCIÓN Y RESUMEN

1. La República de Guatemala (*Guatemala*) presenta su Memorial de Réplica sobre Anulación (*Réplica*)¹, de conformidad con la Resolución Procesal N.º 1 de fecha 1 de agosto de 2014. La Réplica se presenta en respuesta al Memorial de Contestación de Anulación del Laudo de TGH (*Memorial de Contestación de Anulación* o *Memorial de Contestación de TGH*) del 9 de febrero de 2015 y en respaldo la Solicitud de Anulación y el Memorial de Anulación de Guatemala, del 18 de abril y 17 de octubre de 2014, respectivamente.
2. Como se explicó en el Memorial de Anulación de Guatemala, ésta pretende la anulación total o, alternativamente, parcial del Laudo dictado por el Tribunal en el Arbitraje por las deficiencias manifiestas que presenta dicho Laudo. El Memorial de Contestación de Anulación de TGH no refuta ninguna de estas deficiencias sino que, más bien, las confirma, como se explicará más adelante.
3. Tras la breve reseña de la postura de Guatemala incluida inmediatamente a continuación en las secciones A a C, la presente Réplica adopta la siguiente estructura:
 - La sección II resume la diferencia sometida al Arbitraje original y el Laudo, y corrige las descripciones incorrectas dadas por TGH;
 - La sección III se ocupa de la extralimitación manifiesta en las facultades del Tribunal;
 - La sección IV analiza la falta de expresión de los motivos en que se funda el Laudo;
 - La sección V analiza el quebrantamiento grave de una norma fundamental de procedimiento por parte del Tribunal; y
 - Por último, la sección VI contiene el petitorio de Guatemala.

¹ Los términos en mayúscula que no consten definidos específicamente en el presente documento corresponderán a los definidos en el Memorial de Anulación de Guatemala del 17 de octubre de 2014.

A. EL TRIBUNAL ENTREMEZCLÓ UNA VIOLACIÓN DEL TRATADO CON UNA VIOLACIÓN DEL DERECHO INTERNO, CON LO CUAL COMETIÓ UNA EXTRALIMITACIÓN MANIFIESTA EN SUS FACULTADES Y OMITIÓ EXPRESAR MOTIVOS

4. Se determinó que Guatemala había violado el Tratado por lo que fue, tal como lo pone de manifiesto el propio razonamiento del Tribunal, una mera violación del derecho interno. Sin embargo, a una violación del derecho interno no se la puede equiparar automáticamente a una violación de un tratado de protección de las inversiones; hace falta “algo más”². El Tribunal no respetó este principio básico y fundamental del derecho internacional. Por otra parte, efectivamente revocó las anteriores conclusiones de la Corte de Constitucionalidad guatemalteca por las que se había desestimado la supuesta violación del derecho interno. Sin embargo, está firmemente consagrado que los tribunales constituidos al amparo de tratados de inversión no constituyen tribunales de apelación de las cuestiones de derecho local. Estos serios defectos están presentes en todo el Laudo.

1. La defectuosa decisión sobre jurisdicción

5. En primer lugar, el Tribunal ejerció indebidamente su jurisdicción sobre los reclamos de TGH. Lo hizo sin siquiera ocuparse de manera significativa de la objeción a la jurisdicción opuesta por Guatemala.
6. Guatemala alegó que el Tribunal no tenía jurisdicción *ratione materiae* en virtud del CAFTA-RD porque el Tratado confería jurisdicción para entender en verdaderos reclamos atinentes al Tratado y no sobre meros reclamos de derecho interno. Al enfrentar este tipo de cuestiones “el análisis sobre jurisdicción debe realizarse de manera cuidadosa, [...] teniendo en cuenta el respectivo tratado o instrumento de expresión del consentimiento y sin partir de presunciones a favor o en contra de la jurisdicción del CIADI [...]”³. En especial, el tribunal debe “evaluar si los hechos alegados [...] son capaces, en caso de demostrarse, de constituir violaciones de las obligaciones [...]”

² *ADF Group Inc c. Estados Unidos de América* (Caso CIADI N.º ARB(AF)/00/1), Laudo, 9 de enero de 2003, **Anexo CL-4**, párr. 190.

³ *Iberdrola Energía S.A. c. República de Guatemala* (Caso CIADI N.º ARB/09/5), Laudo, 17 de agosto de 2012, **Anexo RL-32**, párr. 303.

invocadas⁴, es decir, el Tratado en nuestro caso. Esto es lo que se conoce como test *prima facie*. Al aplicarlo, “el tribunal debe caracterizar objetivamente [los] hechos a fin de determinar finalmente si se encuentran o no dentro del alcance del consentimiento de las partes [...]. [e]l tribunal no puede simplemente aceptar la caracterización de la demandante sin antes realizar un análisis”⁵.

7. En nuestro caso, el Tribunal no hizo ninguna de estas cosas. No analizó la disposición del Tratado que establece el alcance del consentimiento y tampoco aplicó el test *prima facie*. Así lo confirma el Memorial de Contestación de TGH. TGH coincide con que el Tratado establece la limitación a la jurisdicción *ratione materiae* identificada por Guatemala⁶ y que el tribunal debía aplicar un test *prima facie*. TGH aduce que el Tribunal lo aplicó al sostener que: “el Demandante ha hecho alegaciones que, en caso de probarse, permitirían establecer el incumplimiento de las obligaciones de Guatemala relacionadas con el estándar mínimo”⁷. Sin embargo, esto demuestra lo planteado por Guatemala: la cuestión no es qué había “alegado” TGH sino, más bien, si los hechos respaldaban esas alegaciones, aun *prima facie*.
8. El Tribunal no realizó el análisis requerido y sencillamente aceptó la caracterización de los reclamos propuesta por TGH. Esto neutralizó la limitación a la jurisdicción contenida en el Tratado. Así pues, el Tribunal se extralimitó manifiestamente en sus facultades al ejercer indebidamente jurisdicción sobre un reclamo que era puramente de derecho interno y no expresó los motivos para rechazar la objeción de Guatemala, siendo ambas cosas causales para la anulación total del Laudo.

2. La revocación de las decisiones de la Corte de Constitucionalidad

9. Existe jurisprudencia constante que sostiene que los tratados constituidos al amparo de un tratado de inversión “no puede reemplazar con su propia aplicación e interpretación del

⁴ *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. c. República Islámica de Pakistán* (Caso CIADI N.º ARB/03/29), Decisión sobre Jurisdicción, 14 de noviembre de 2005, **Anexo RL-75**, párr. 197.

⁵ *Duke Energy International Peru Investments No. 1 Ltd. c. República del Perú* (Caso CIADI N.º ARB/03/28), Decisión sobre Anulación, 1 de marzo de 2011, **Anexo RL-57**, párr. 118.

⁶ Memorial de Contestación de Anulación de TGH, párrs. 28 y 53.

⁷ Laudo, párr. 464. Memorial de Contestación de Anulación de TGH, párr. 56, donde se cita este párrafo.

derecho nacional la aplicación que de él hagan los tribunales nacionales”⁸, y el propio Tribunal reconoció que “la labor del tribunal no es ni puede ser revisar las conclusiones a las que llegan los tribunales de Guatemala en el marco del derecho interno”⁹.

10. El Tribunal no adhirió a este principio y autolimitación, como ya se explicó en el Memorial de Anulación de Guatemala¹⁰. Una vez más la defensa de TGH confirma la postura de Guatemala. TGH pretende diferenciar el Laudo de la sentencia de la Corte de Constitucionalidad pero, de hecho, destaca la superposición entre ambas decisiones¹¹.
11. Como se expuso precedentemente, el Tribunal determinó que Guatemala había violado el Tratado por lo que consideró era una violación del derecho interno por parte del ente regulador de la electricidad de Guatemala, la CNEE. Específicamente, el Tribunal criticó la Resolución CNEE 144-2008, que concluyó el proceso de revisión de las tarifas eléctricas de la distribuidora eléctrica guatemalteca EEGSA en 2008. El Tribunal determinó que “la resolución 144-2008 no guarda concordancia con el marco regulatorio”¹², y que “al adoptar la resolución 144-2008, [...] [la CNEE] actuó en forma arbitraria y en violación de los principios fundamentales del debido proceso en cuestiones regulatorias”¹³.
12. Sin embargo, la concordancia de la Resolución 144-2008 con el Marco Regulatorio de la electricidad en Guatemala ya había sido analizada por la Corte de Constitucionalidad de ese país. En particular, en su decisión del 18 de noviembre de 2009, la Corte confirmó la legalidad de la Resolución¹⁴. Así lo reconoció el Tribunal en el Laudo: “[e]l 18 de noviembre de 2009, la Corte de Constitucionalidad, mediante una decisión por mayoría,

⁸ *Mr. Franck Charles Arif c. República de Moldavia* (Caso CIADI N.º ARB/11/23), Laudo, 8 de abril de 2013, **Anexo RL-46**, párr. 441. Ver también *Case Concerning Ahmadou Sadio Diallo (República de Guinea c. República Democrática del Congo)*, Decisión, 10 de noviembre de 2010, **Anexo RL-15**, párr. 70.

⁹ Laudo, párr. 477.

¹⁰ Memorial de Anulación de Guatemala, párrs. 118 y 209.

¹¹ Memorial de Contestación de Anulación de TGH, párrs. 90, 94 y 100.

¹² Laudo, párr. 681.

¹³ *Ibíd.*, párr. 664.

¹⁴ Sentencia de la Corte de Constitucionalidad del 18 de noviembre de 2009, **Anexo R-105**, págs. 23-25 y 29-33; Sentencia de la Corte de Constitucionalidad del 24 de febrero de 2010, **Anexo R-110**, págs. 31-34.

revocó la sentencia del Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil, poniendo fin al planteamiento judicial contra la Resolución 144-2008”¹⁵.

13. Así pues, al declarar a Guatemala responsable en función de que la Resolución 144-2008 violaba el Marco Regulatorio, el Tribunal revocó las decisiones de la Corte de Constitucionalidad. Con ello contradijo el principio de derecho internacional y su anterior conclusión de que no podía revisar, ni revisaría, las decisiones de los tribunales locales que habían confirmado la conducta del ente regulador. Se trata de otra extralimitación manifiesta de facultades y falta de expresión de motivos. Ambas causales exigen la anulación del Laudo en su totalidad.

3. La falta de aplicación del derecho internacional, con la equiparación, en cambio, de una violación del derecho interno con una violación del Tratado

14. El Tribunal basó su decisión sobre el fondo en el supuesto “desconoci[miento] total de[l] [...] marco regulatorio” por parte del ente regulador de la electricidad, que caracterizó como arbitrario y falto del debido proceso¹⁶. No obstante, no se ofrece ningún análisis de los conceptos de conducta arbitraria o debido proceso en el derecho internacional o la forma en que una medida del Estado puede constituir una o el otro, a la luz de los hechos del caso. En cambio, el Laudo se centró prácticamente en su totalidad en el derecho guatemalteco. La “inobservancia deliberada de los principios fundamentales en los que se basa el marco regulatorio”, según las palabras del Tribunal¹⁷, es sencillamente un modo indirecto de referirse a una violación del Marco Regulatorio. Tras determinar que el regulador se condujo de manera contraria al Marco Regulatorio, el Tribunal da un salto injustificado para concluir que Guatemala violó el Tratado¹⁸. Falta el análisis de derecho internacional.
15. Así también lo confirma la respuesta de TGH. TGH coincide con que el derecho aplicable era el derecho internacional pero no logra identificar un solo párrafo del Laudo

¹⁵ Laudo, párr. 233.

¹⁶ *Ibíd.*, párr. 465. *Ver también Ibíd.*, párrs. 481, 489, 492-493, 587, 619, 621, 664, 681, 688, 691 y 711.

¹⁷ *Ibíd.*, párr. 458.

¹⁸ Laudo, párrs. 681-682, 690 y 711.

en el que el Tribunal haya analizado con algún grado de profundidad el derecho internacional o lo haya aplicado a los hechos¹⁹.

16. La falta de aplicación del derecho aplicable constituye un caso típico de extralimitación manifiesta en las facultades²⁰. Supone también una falta seria de expresión de motivos, dada la obvia falta de fundamentación de la conclusión de que se produjo la violación del Tratado (por contraposición a una violación del derecho nacional)²¹. Así pues, también por estos motivos corresponde anular el Laudo en su totalidad.

B. EL TRIBUNAL NO EXPRESÓ MOTIVOS Y QUEBRANTÓ GRAVEMENTE UNA NORMA FUNDAMENTAL DE PROCEDIMIENTO AL DETERMINAR LA INDEMNIZACIÓN

17. La diferencia traída ante el Tribunal, según la planteó TGH, se refería básicamente a si el regulador de la electricidad de Guatemala había actuado debidamente o no según el derecho guatemalteco al resolver, en el año 2008, cómo establecer las tarifas eléctricas de una distribuidora de electricidad guatemalteca para el quinquenio siguiente. En particular, la cuestión era si el regulador quedaba obligado por las conclusiones expuestas en el informe de la comisión pericial y un estudio técnico, el estudio de Bates White, presentado por la empresa para el cálculo de las tarifas.
18. El Tribunal determinó que Guatemala había actuado en violación del Tratado al no estarse al informe de la Comisión Pericial y el estudio de Bates White. Sin embargo, la

¹⁹ Memorial de Contestación de Anulación de TGH, párrs. 74-85. TGH cita los párrs. 448, 454-458, 587, 664, 682, 683, 690 y 710-711 del Laudo y sostiene que “el Tribunal aplicó el derecho internacional a los hechos presentados”. Sin embargo, en esos párrafos, el Tribunal lleva adelante un análisis general del nivel mínimo y afirma que prohíbe las conductas faltas de debido proceso así como también la conducta arbitraria de la CNEE. Sin embargo, el Tribunal no define el alcance de esos conceptos y no los aplica a los hechos, es decir, no explica por qué la conducta de la CNEE constituye arbitrariedad y falta de debido proceso (más allá de ser una violación del Marco Regulatorio).

²⁰ *Maritime International Nominees Establishment c. República de Guinea* (Caso CIADI N.º ARB/84/4), Decisión sobre Anulación, 14 de diciembre de 1989, **Anexo RL-47**, párr. 5.03; *CMS Gas Transmission Company c. República Argentina* (Caso CIADI N.º ARB/01/8), Decisión sobre Anulación, 25 de septiembre de 2007, **Anexo RL-54**, párr. 49; *MTD Chile S.A. c. República de Chile* (Caso CIADI N.º ARB/01/7), Decisión sobre Anulación, 21 de marzo de 2007, **Anexo RL-55**, párr. 44. *Ver también* párrs. 52-53.

²¹ *Hussein Nuaman Soufraki c. Emiratos Árabes Unidos* (Caso CIADI N.º ARB/02/7), Decisión sobre Anulación, 5 de junio de 2007, **Anexo RL-56**, párrs. 122-123, 126 y 133; *Maritime International Nominees Establishment c. República de Guinea* (Caso CIADI N.º ARB/84/4), Decisión sobre Anulación, 14 de diciembre de 1989, **Anexo RL-47**, párr. 5.08; *CDC Group plc c. República de Seychelles* (Caso CIADI N.º ARB/02/14), Decisión sobre Anulación, 29 de junio de 2005, **Anexo RL-58**, párr. 70. *Ver también* la sección IV.B.

violación se produjo porque el regulador de la electricidad no expresó suficientes motivos para su decisión de no acatar el informe de la Comisión Pericial y el estudio de Bates White, no por la decisión en sí misma²². En otras palabras, el Tribunal no declaró que Guatemala fuera responsable porque el informe de la Comisión Pericial y el estudio fueran vinculantes. Por el contrario, el Tribunal dejó en claro a lo largo de toda la sección del Laudo sobre responsabilidad que ni el informe ni el estudio eran vinculantes y que la violación tenía que ver con el hecho de no haber el ente regulador expresado motivos para no implementarlos²³. Como lo señaló el Tribunal: “[e]sto no significa afirmar, por supuesto, que el estudio del distribuidor es vinculante para el regulador”²⁴; y “las conclusiones de la Comisión Pericial no eran vinculantes”²⁵.

19. Sin embargo, al calcular las “pérdidas históricas” ocasionadas por la violación del Tratado cometida por Guatemala, el Tribunal pasó por alto su propia conclusión de que el informe de la Comisión Pericial y el estudio de Bates White no eran vinculantes. El Tribunal calculó los daños en función de la diferencia entre la tarifa aprobada por el regulador y aquella que se habría aplicado si efectivamente el informe de la Comisión Pericial y el estudio de Bates White hubieran sido vinculantes. En otras palabras, se condenó a Guatemala a pagar la indemnización por daños que no fueron ocasionados por el acto supuestamente ilícito.
20. La respuesta de TGH es que el Tribunal sí concluyó que el estudio de Bates White y el informe de la Comisión Pericial eran vinculantes²⁶. Según TGH²⁷, esta conclusión consta en el párrafo 731 del Laudo, en el que el Tribunal determinó que “[l]a Demandada [no] estableció que el regulador hubiera tenido una razón válida para desconocer los pronunciamientos de la Comisión Pericial [...]” y que “el Tribunal Arbitral no encuentra elementos convincentes para afirmar que [...] existe alguna razón para apartarse [...]” del

²² Laudo, párrs. 583 y 683.

²³ *Ibíd.*, párrs. 565, 582-583, 588, 664 y 681.

²⁴ *Ibíd.*, párr. 531.

²⁵ *Ibíd.*, párr. 565.

²⁶ Memorial de Contestación de Anulación de TGH, párrs. 82 y 97-99.

²⁷ *Ibíd.*, párrs. 106, 111 y 114-116.

estudio de Bates White y el informe de la Comisión Pericial²⁸. Sin embargo, este párrafo pertenece a la sección del Laudo sobre daños y perjuicios e ilustra precisamente la contradicción que presenta el Laudo, ya que es completamente incongruente con la anterior conclusión sobre el fondo.

21. Se trata de una contradicción importante y un salto lógico no explicado en el Laudo que constituye, de parte del Tribunal, otra falta de expresión de motivos. Así pues exige la anulación de la sección del Laudo sobre los daños históricos que se le concedieron a TGH como indemnización.
22. El Tribunal también pasó por alto prueba pericial de vital importancia presentada en el Arbitraje por Guatemala para calcular los supuestos daños históricos sobre la misma base que el estudio de Bates White. Sin embargo, mientras que el Tribunal basó su cálculo directamente en el estudio de Bates White, excluyó por completo la prueba pericial presentada por Guatemala en respuesta al mismo y sostuvo, sin explicación, que el Tribunal “no puede hacer referencia a su contenido para fundamentar su evaluación del escenario contrafáctico”²⁹. Aparentemente el Tribunal no examinó adecuadamente el expediente y no tomó en consideración la prueba presentada por Guatemala³⁰. Ello constituye una violación de los pilares fundamentales del debido proceso y un quebrantamiento grave de una norma fundamental de procedimiento que también exige la anulación de la sección del Laudo sobre daños históricos.

C. EL TRIBUNAL NO EXPRESÓ LOS MOTIVOS EN QUE SE FUNDA SU DECISIÓN EN MATERIA DE COSTOS

23. El Tribunal condenó a Guatemala a pagar el 75% de los costos de TGH, por un total de US\$7.520.695,39³¹, una de las condenas en daños más elevadas que se haya dictado contra un Estado demandado en la historia del CIADI. Previo a ello sostuvo, sin ningún tipo de análisis o demostración, que los costos de TGH eran “justificados” y “adecuados”

²⁸ Laudo, párr. 731.

²⁹ *Ibíd.*, párr. 727.

³⁰ Memorial de Objeciones de Jurisdicción y de Contestación de Demanda, párr. 618. *Ver también*, Escrito de la Demandada Posterior a la Audiencia, párrs. 334-335.

³¹ Laudo, párr. 780.

y que resultaba aplicable el principio de que la parte vencida paga los costos³². Sin embargo, TGH no se impuso en el 75% de los planteos que formuló ni obtuvo el 75% de los daños que pretendía. Perdió la amplia mayoría de sus argumentos³³ y obtuvo el cobro de solamente el 10% de los montos reclamados. Lo “vencido” aquí, en todo caso, fue un empate que queda adecuadamente demostrado por el hecho de que ambas Partes han pedido la anulación de distintas partes del Laudo. TGH no se considera “vencedora” y, a pesar de ello, obtuvo una condena favorable en costas como si se hubiera llevado una indemnización de US\$200 millones.

24. Pero antes de considerar la distribución de los costos, el Tribunal tenía la obligación de ofrecer una mínima motivación para su insustentada conclusión de que los costos de TGH de más de US\$10 millones estaban “justificados” y eran “adecuados” para un arbitraje que tuvo una duración récord de solamente dos años y medio y en el que no medió bifurcación del proceso. No se dedujo ni un centavo por lo inadecuado. Cabe destacar que Guatemala también estuvo representada por abogados internacionales y abogados locales y que tuvo en el caso la misma carga, no obstante lo cual declaró costos de apenas más de US\$5 millones³⁴. El Tribunal no hizo ningún intento de considerar la razonabilidad con la comparación de los costos de cada Parte.
25. La falta de cualquier tipo de motivación para la decisión del Tribunal en materia de costos constituye una falta de expresión de motivos y, por ende, corresponde la anulación.

II. LA CONTROVERSIA Y EL LAUDO

26. En el Memorial de Contestación de Anulación, TGH caracteriza incorrectamente la diferencia y el Laudo del Tribunal. Por ejemplo, TGH repite muchos de los argumentos que formuló en el transcurso del Arbitraje, incluidos sus planteos referentes a las expectativas legítimas, la violación “declaraciones previas” de Guatemala, sus alegaciones de “cambios fundamentales en el marco regulatorio” y sus alegaciones de

³² *Ibíd.*, párrs. 775 y 777.

³³ *Ver* párrs. 35-36, 163.

³⁴ Laudo, párr. 774.

que la CNEE “manipul[ó]” “desde el principio” la revisión de las tarifas³⁵. Sin embargo, en ninguna parte de su descripción del Laudo menciona el hecho crítico de que el Tribunal consideró y claramente rechazó todos estos planteos. TGH insiste en formular estas acusaciones para generar la falsa impresión de que se trató de más que una diferencia referente a la correcta interpretación y aplicación de un Marco Regulatorio nacional. Sin embargo, ese intento de nada le sirve.

27. Por otra parte, TGH tampoco menciona que el Tribunal determinó que Guatemala era responsable únicamente porque la CNEE no *expresó motivos* para sus decisiones de rechazar el estudio de Bates White y no implementar el informe de la Comisión Pericial y no por ninguna decisión que se haya tomado. Se trata de una omisión injustificable, dado que el Tribunal apuntó reiteradamente a la falta de motivación de la CNEE como base del Laudo³⁶.

28. Para corregir las incorrectas caracterizaciones efectuadas por TGH, en las secciones que siguen ofreceremos una descripción breve y objetiva del Laudo y las cuestiones claves de la controversia subyacente.

A. DESCRIPCIÓN DE LA CONTROVERSIA

29. Como se explicó en el Memorial de Anulación³⁷, la controversia objeto del Arbitraje tenía que ver con el proceso de revisión de las tarifas eléctricas de Guatemala en 2008. Durante ese proceso surgieron ciertas discrepancias entre el regulador del sector eléctrico guatemalteco (la *CNEE*) y una distribuidora eléctrica de la cual TGH era accionista (*EEGSA*). Básicamente, EEGSA no estuvo de acuerdo con la forma en que la CNEE interpretó determinados aspectos del procedimiento de revisión de las tarifas eléctricas en Guatemala, proceso que se lleva adelante cada cinco años.

30. Lo que sigue es un resumen de los hechos, que se exponen en detalle en el Memorial de Anulación³⁸:

³⁵ Memorial de Contestación de TGH, párrs. 4, 16, 19, 24 y 30.

³⁶ Laudo, párrs. 545, 561, 562, 564, 565, 576, 582, 583, 584, 585, 586, 587, 588, 633, 664, 670, 678, 683, 700 y 708.

³⁷ Memorial de Anulación de Guatemala, párrs. 31-49.

³⁸ *Ibíd.*, párrs. 31-49.

- Al inicio de la revisión tarifaria, la CNEE adoptó términos de referencia que establecen la “metodología para la determinación de las tarifas”³⁹.
- EEGSA contrató a la consultora Bates White para realizar su estudio tarifario, que debía ajustarse a los términos de referencia; dicho estudio se presentó en marzo de 2008.
- La CNEE examinó el estudio tarifario y determinó que presentaba varias irregularidades, y solicitó que Bates White incorporara las correcciones necesarias de modo tal de adecuarlo a los términos de referencia⁴⁰.
- A pesar de su obligación de incorporar las correcciones de la CNEE⁴¹, Bates White no las incorporó en las versiones posteriores del estudio tarifario⁴².
- Vistos sus desacuerdos y de conformidad con la normativa regulatoria⁴³, las Partes acordaron constituir una comisión pericial para que se pronunciara al respecto⁴⁴.
- Esa Comisión Pericial examinó cada cuestión y emitió un dictamen favorable a la CNEE respecto de más de la mitad de las discrepancias⁴⁵.
- Tras haber recibido los pronunciamientos favorables, la CNEE disolvió la Comisión Pericial⁴⁶ y dictó la Resolución 144-2008 por la que daba por concluido el proceso de revisión⁴⁷.
- Como la Comisión Pericial confirmó las deficiencias del estudio de Bates White⁴⁸, por medio de la Resolución 144-2008 la CNEE fijó tarifas basadas en un estudio confeccionado por la consultora independiente y precalificada Sigla⁴⁹.

³⁹ LGE, **Anexo R-8**, artículo 77. *Ver también* *Ibíd.*, artículo 4(c).

⁴⁰ Memorial de Anulación de Guatemala, párrs. 39-40. *Ver también* Memorial de Objeciones y de Contestación de Demanda, párrs. 330-335.

⁴¹ RLGE, **Anexo R-36**, artículo 98.

⁴² Memorial de Anulación de Guatemala, párrs. 41-42.

⁴³ LGE, **Anexo R-8**, artículo 75.

⁴⁴ Memorial de Objeciones y de Contestación de Demanda, párrs. 351-352.

⁴⁵ *Ibíd.*, párrs. 390 y 416; Dúplica, párr. 440; Escrito de la Demandada Posterior a la Audiencia, párr. 176.

⁴⁶ Memorial de Objeciones y de Contestación de Demanda, párrs. 411-414; y GJ-Providencia-3121 de la CNEE (Expediente GTTE-28-2008), 25 de julio de 2008, **Anexo R-86**.

⁴⁷ Memorial de Objeciones y de Contestación de Demanda, párrs. 415-420; y Resolución CNEE 144-2008, 29 de julio de 2008, **Anexo R-95**.

⁴⁸ Memorial de Objeciones y de Contestación de Demanda, párr. 417.

⁴⁹ *Ibíd.*, párrs. 415-420.

- EEGSA impugnó la Resolución 144-2008, y el proceso llegó al máximo tribunal de Guatemala, la Corte de Constitucionalidad, que dictó dos sentencias por las que confirmaba la legalidad de la conducta de la CNEE durante el proceso de revisión de las tarifas⁵⁰.

B. EL LAUDO

31. En el Arbitraje, TGH buscó disfrazar sus reclamos de reclamos por la violación de sus expectativas legítimas, así como por cambios fundamentales en el Marco Regulatorio⁵¹. TGH procedió de este modo para encuadrar su reclamo como un típico caso de violación del trato justo y equitativo al amparo de un tratado de inversión y no simplemente de la diferencia de derecho interno que EEGSA ya había planteado ante las cortes guatemaltecas.
32. Sin embargo, el Tribunal identificó la diferencia como nacional y referente al cumplimiento del Marco Regulatorio por parte de la CNEE:

La cuestión aquí consiste en determinar si el marco regulatorio permitía al regulador, en las circunstancias del caso, desconocer el estudio del distribuidor y aplicar el suyo propio. Las Partes discrepan al respecto⁵². (Énfasis añadido.)

33. Por otra parte, en el Laudo el Tribunal reconoció que no podía revisar las decisiones de la Corte de Constitucionalidad, al sostener que “[l]a labor del Tribunal no es ni puede ser revisar las conclusiones a las que llegan los tribunales de Guatemala en el marco del derecho interno”⁵³.
34. A pesar de ello, el Tribunal confirmó su jurisdicción *ratione materiae* en los siguientes términos:

⁵⁰ Memorial de Anulación de Guatemala, párrs. 46-49; Sentencia de la Corte de Constitucionalidad, 18 de noviembre de 2009, **Anexo R-105**; Sentencia de la Corte de Constitucionalidad, 24 de febrero de 2010, **Anexo R-110**.

⁵¹ Los memoriales de TGH básicamente se basaron en estos conceptos. Memorial de la Demandante, secciones II.B, II.C, II.E, II.F, III.A, III.B y III.C; Réplica, secciones II.A.2, II.B, II.E y III.A; Escrito de la Demandante Posterior a la Audiencia, secciones II.A.1, II.A.2, III.A, III.B y III.C; Réplica de la Demandante Posterior a la Audiencia, secciones IV.A, IV.B.1 y IV.B.2.

⁵² Laudo, párr. 534. *Ver también* *Ibíd.*, párrs. 79 y 497.

⁵³ *Ibíd.*, párr. 477. *Ver también* *Ibíd.*, párr. 474.

El Tribunal Arbitral considera que el Demandante ha hecho alegaciones que, en caso de probarse, permitirían establecer el incumplimiento de las obligaciones de Guatemala relacionadas con el estándar mínimo [...] ⁵⁴.

35. En cuanto al fondo, el Tribunal rechazó todos los planteos de TGH menos uno, y en cambio determinó que:

- “El Tribunal Arbitral no encuentra elementos convincentes para entender que el regulador actuó en forma indebida” ⁵⁵.
- El argumento de TGH de que el Gobierno alteró fundamentalmente el Marco Regulatorio “está mal fundamentado” ⁵⁶.
- El caso no involucraba las típicas expectativas legítimas que podría proteger un tratado de inversión sino que, más bien, se refería únicamente al cumplimiento del Marco Regulatorio por parte de la CNEE ⁵⁷.
- La CNEE y Guatemala, en términos generales, interpretaron correctamente el marco regulatorio ⁵⁸.

36. Sin embargo, TGH pretender resucitar en la etapa de anulación argumentos que el Tribunal ya rechazó, como la violación de “declaraciones previas” efectuadas por Guatemala, así como los “cambios fundamentales que introdujo en el marco regulatorio” ⁵⁹, a menudo introduciéndolos engañosamente con la frase “tal como lo demostró TECO” en el Arbitraje ⁶⁰. TGH también reitera su fallido argumento de que

⁵⁴ *Ibíd.*, párr. 464.

⁵⁵ *Ibíd.*, párr. 652. *Ver también Ibíd.*, párrs. 644 y 650. Del mismo modo, el Tribunal desestimó los planteos de que la CNEE manipuló los términos de referencia (Laudo, párrs. 639-643), no cooperó en el proceso de revisión de las tarifas (Laudo, párr. 644), y había violado su acuerdo con EEGSA para delegarle facultades a la Comisión Pericial (Laudo, párrs. 649-650). También concluyó que la CNEE no trató de influir indebidamente en la Comisión Pericial (Laudo, párrs. 645-652) y no había llevado adelante represalias de ningún tipo contra EEGSA (Laudo, párrs. 712-715).

⁵⁶ Laudo, párr. 629. *Ver también Ibíd.*, párr. 638.

⁵⁷ En palabras del Tribunal, “[l]as expectativas legítimas en las que se basa el Demandante son [...] que el marco legal pertinente no se incumplirá [...]” y que esas “expectativas” “no tienen importancia a la hora de determinar si un Estado debe ser considerado responsable [...]”. Laudo, párrs. 620-621.

⁵⁸ Por ejemplo, rechazó el argumento de que la CNEE no estaba autorizada a disolver la Comisión Pericial una vez que ésta hubiera emitido su informe (Laudo, párrs. 653-657), y también aceptó el argumento de Guatemala de que el informe de la Comisión Pericial no era vinculante sino consultivo (Laudo, párrs. 565 y 670).

⁵⁹ Memorial de Contestación de Anulación de TGH, párr. 30. *Ver también Ibíd.*, párr. 4.

⁶⁰ *Ibíd.*, párrs. 4, 11, 18, 19, 53, 59 y 62. *Ver también Ibíd.*, párrs. 22 y 25.

Guatemala intentó “manipular y controlar” la revisión tarifaria⁶¹. Los argumentos de TGH no prosperaron en la etapa de fondo y no pueden formar la base de su respuesta a la solicitud de anulación presentada por Guatemala⁶².

37. La decisión del Tribunal de que Guatemala violó el estándar internacional mínimo de trato justo y equitativo del Tratado se basó exclusivamente en la Resolución CNEE 144-2008⁶³:

Por lo expuesto, el Tribunal Arbitral concluye que la Resolución 144-2008 no guarda concordancia con el marco regulatorio. Al desconocer el estudio del distribuidor [...] sin tomar en cuenta las conclusiones de la Comisión Pericial ni hacer referencia a ellas, la CNEE actuó arbitrariamente y en violación del proceso administrativo delineado para la revisión tarifaria.

El Tribunal Arbitral opina que tanto el marco regulatorio como el estándar mínimo de trato del derecho internacional obligaban a la CNEE a actuar en concordancia con los principios fundamentales aplicables al proceso de revisión tarifaria previsto en las leyes guatemaltecas⁶⁴. (Énfasis añadido.)

38. Cabe destacar que la Resolución 144-2008 fue precisamente la medida regulatoria impugnada por EEGSA ante los tribunales guatemaltecos y que había sido confirmada por la Corte de Constitucionalidad en su decisión del 18 de noviembre de 2009⁶⁵.
39. En particular, el Tribunal determinó que el estudio tarifario de Bates White y el informe de la Comisión Pericial no eran vinculantes, por ejemplo al sostener que: “[e]sto no significa afirmar, por supuesto, que el estudio del distribuidor es vinculante para el regulador”⁶⁶ o “las conclusiones de la Comisión Pericial no eran vinculantes”⁶⁷. No

⁶¹ Comparar el Memorial de Contestación de Anulación de TGH, párr. 19 con el Laudo, título de la sección (b), pág. 131 (sobre “supuestas manipulaciones de los Términos de Referencia por parte de la CNEE y la supuesta falta de colaboración de la CNEE en el proceso de revisión tarifaria”).

⁶² Laudo, párrs. 618, 621 y 624-638.

⁶³ Resolución CNEE 144-2008, 29 de julio de 2008, **Anexo R-95**.

⁶⁴ Laudo, párrs. 681-682.

⁶⁵ Sentencia de la Corte de Constitucionalidad, 18 de noviembre de 2009, **Anexo R-105**, págs. 23-25 y 29-33; Sentencia de la Corte de Constitucionalidad, 24 de febrero de 2010, **Anexo R-110**, págs. 28-36.

⁶⁶ Laudo, párr. 531.

⁶⁷ *Ibíd.*, párr. 565.

obstante, la CNEE no expresó motivos para su decisión, en la Resolución 144-2008, de rechazar el estudio tarifario de Bates White y cuando consideró que no estaba obligada a implementar el informe de la Comisión Pericial y en cambio podía fijar las tarifas en función del estudio de Sigla:

En opinión del Tribunal Arbitral, la CNEE, al adoptar la Resolución 144-2008, al desconocer sin motivos el informe de la Comisión Pericial y al imponer unilateralmente una tarifa basada en los cálculos del VAD de su propia consultora, actuó en forma arbitraria y en violación de los principios fundamentales del debido proceso en cuestiones regulatorias⁶⁸. (Énfasis añadido.)

40. Sin embargo, respecto de las supuestas “pérdidas históricas”, el Tribunal determinó lo siguiente:

La suma de dichas pérdidas debe cuantificarse [...] sobre la base de cuáles hubieran sido las tarifas si el CNEE hubiese cumplido el marco regulatorio. [...] dicho cálculo se realiza adecuadamente en base al estudio de Bates White del 28 de julio de 2008⁶⁹.

41. Así pues, la decisión sobre daños se asienta en la obligación de la CNEE de adherir al estudio de Bates White y el informe de la Comisión Pericial, mientras que la decisión sobre responsabilidad se basa en la premisa contraria, es decir, que ni el estudio ni el informe eran vinculantes pero que la CNEE debería haber expresado los motivos en que se fundaba su rechazo.

III. EL TRIBUNAL SE EXTRALIMITÓ MANIFIESTAMENTE EN SUS FACULTADES

42. Como se explicó en el Memorial de Anulación de Guatemala⁷⁰, que el mecanismo de anulación previsto en el artículo 52 del Convenio del CIADI es un recurso limitado es un

⁶⁸ *Ibíd.*, párr. 664.

⁶⁹ *Ibíd.*, párr. 742, mencionado en el Memorial de Contestación de Anulación de TGH, párr. 27, para justificar la decisión del Tribunal en materia de daños.

⁷⁰ Memorial de Anulación de Guatemala, párrs. 67-74.

principio consagrado⁷¹. Sin embargo, ello no establece un impedimento absoluto para la anulación cuando el laudo presenta deficiencias serias. Como lo determinó el Comité del caso *MINE c. Guinea*:

Al artículo 52(1) se lo ha de interpretar de conformidad con su objeto y fin, lo que excluye, por un lado, como ya se dijo, extender su aplicación a la revisión de un laudo sobre el fondo y, por el otro, la negativa injustificada a reconocerle plenos efectos dentro del área limitada, pero importante, para el que fue concebido⁷².

43. En particular, la anulación es necesaria en “casos inusuales e importantes”⁷³ y “cuando se ha producido la violación manifiesta y sustancial de una serie de principios esenciales expuestos en [...] el artículo [52]”.⁷⁴ Es lo que ocurre en nuestro caso, en el que el Laudo adolece de una serie de defectos serios presentes en toda su estructura y que constituyen una serie de violaciones de los principios previstos en el artículo 52.
44. La primera causal de anulación prevista en el artículo 52 y que presenta relevancia en este caso es la de la extralimitación manifiesta en las facultades. La extralimitación manifiesta en las facultades se produce toda vez que el tribunal arbitral se excede de los límites de la jurisdicción que le fue conferida⁷⁵. Como se explica en los comentarios del profesor Schreuer: “[I]a forma más importante de extralimitación de facultades tiene

⁷¹ Ver, por ejemplo, *Impregilo S.p.A. c. República Argentina* (ICSID Case No ARB/07/17), Decisión sobre Anulación, 24 de enero de 2014, **Anexo RL-116**, párr. 119. Ver también CH Schreuer, “Three Generations of ICSID Annulment Proceedings” en: E Gaillard & Y Banifatemi (eds.), *Annulment of ICSID Awards* (2004) 17, **Anexo RL-131**, pág. 42.

⁷² *Maritime International Nominees Establishment (MINE) c. Gobierno de Guinea* (Caso CIADI N.º ARB/84/4), Decisión sobre Anulación, 14 de diciembre de 1989, **Anexo RL-47**, párr. 4.05.

⁷³ *CDC Group plc c. República de Seychelles* (Caso CIADI N.º ARB/02/14), Decisión sobre Anulación, 29 de junio de 2005, **Anexo RL-58**, párr. 34.

⁷⁴ *Consortium R.F.C.C. c. Reino de Marruecos* (Caso CIADI N.º ARB/00/6), Decisión sobre Anulación, 18 de enero de 2006, **Anexo RL-78**, párr. 223. En su versión original en francés dice lo siguiente:

[D]ans des hypothèses de violation manifeste et substantielle d'un certain nombre de principes fondamentaux, énoncés par cet article [52].

⁷⁵ Por ejemplo, *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal S.A. c. República Argentina* (Caso CIADI N.º ARB/97/3), Decisión sobre Anulación, 3 de julio de 2002, **Anexo RL-50**, párr. 86; *Hussein Nuaman Soufraki c. Emiratos Árabes Unidos* (Caso CIADI N.º ARB/02/7), Decisión sobre Anulación, 5 de junio de 2007, **Anexo RL-56**, párrs. 41-44; *Azurix Corp. c. República Argentina* (Caso CIADI N.º ARB/01/12), Decisión sobre Anulación, 1 de septiembre de 2009, **Anexo RL-59**, párr. 45.

lugar cuando un tribunal excede los límites de su jurisdicción [...]”⁷⁶. En su Memorial de Anulación Guatemala ofreció abundantes fuentes de peso en respaldo de este principio⁷⁷.

45. A pesar de esto, TGH alega que, *en primer lugar*, Guatemala invoca únicamente “fuentes secundarias”, lo cual es incorrecto dado que Guatemala citó abundante jurisprudencia⁷⁸ y, *segundo*, que no hay un “nivel mayor de escrutinio” respecto de las decisiones sobre jurisdicción⁷⁹. En la medida en que con esto se insinúe que las decisiones incorrectas sobre jurisdicción pueden sobrevivir la anulación, tampoco es cierto.
46. Por ejemplo, TGH cita la decisión sobre anulación del caso *Soufraki c. UAE*, pero el comité *ad hoc* que intervino en ese caso subrayó precisamente que si el tribunal avanza más allá de su jurisdicción, incluida su jurisdicción *ratione materiae*, por definición comete una extralimitación en sus facultades:

En primer lugar, puede decirse que existe una extralimitación de facultades si el tribunal actúa “demasiado”. Existe, en principio, extralimitación de facultades si un tribunal se excede en el alcance de su jurisdicción *ratione personae*, *ratione materiae* o *ratione voluntatis*. Existe extralimitación de facultades si el tribunal:

- ejerce su jurisdicción sobre una persona o un Estado en relación con el cual no tiene jurisdicción;
- ejerce su jurisdicción sobre una cuestión que no está comprendida dentro de la jurisdicción del tribunal;
- ejerce su jurisdicción sobre una cuestión no contemplada en el consentimiento de las Partes⁸⁰.

⁷⁶ C Schreuer *et al.*, *The ICSID Convention, A Commentary*, 2º ed., (2009), artículo 52, pág. 938, **Anexo RL-40**, párr. 133.

⁷⁷ Memorial de Anulación de Guatemala, párrs. 77-83.

⁷⁸ *Ibíd.*, párrs. 78-81 (donde se cita *Helnan International Hotels A/S c. República Árabe de Egipto* (Caso CIADI N.º ARB/05/19), Decisión sobre Anulación, 14 de junio de 2010, **Anexo RL-65**, párr. 46; *Hussein Nuaman Soufraki c. Emiratos Árabes Unidos* (Caso CIADI N.º ARB/02/7), Decisión sobre Anulación, 5 de junio de 2007, **Anexo RL-56**, párr. 42; *CDC Group plc c. República de Seychelles* (Caso CIADI N.º ARB/02/14), Decisión sobre Anulación, 29 de junio de 2005, **Anexo RL-58**, párr. 40).

⁷⁹ Memorial de Contestación de Anulación de TGH, párrs. 41-45.

⁸⁰ *Hussein Nuaman Soufraki c. Emiratos Árabes Unidos* (Caso CIADI N.º ARB/02/7), Decisión sobre Anulación, 5 de junio de 2007, **Anexo RL-56**, párr. 42.

47. TGH también invoca el caso *MCI c. Ecuador*⁸¹. Sin embargo, en ese caso el comité afirmó que “[l]a decisión de falta de jurisdicción puede resultar en una extralimitación manifiesta en las facultades cuando el Tribunal actúa por fuera de los límites adecuados de su competencia”⁸². Lo mismo se aplica a las decisiones que sostienen indebidamente la jurisdicción.
48. En palabras del comité de anulación del caso *CDC Group c. Seychelles*: “el ejercicio legítimo de facultades del Tribunal está ligado al consentimiento de las partes, por lo cual el Tribunal se extralimita en sus facultades al actuar en contravención de ese consentimiento (o sin su consentimiento, es decir, sin competencia)”⁸³.
49. De modo similar, en *Klöckner I* el comité determinó lo siguiente: “[c]laramente, la falta de jurisdicción de un tribunal arbitral, sea que se declare total o parcial, queda necesariamente comprendida en el ámbito de la ‘extralimitación de facultades’ del artículo 52 (1)(b)”⁸⁴.
50. En la reciente decisión sobre anulación del caso *Tza Yap Shum c. Perú* se destacó la misma conclusión:

El Comité está de acuerdo con la República del Perú en que, puesto que la jurisdicción de un tribunal de arbitraje se apoya en el consentimiento de las partes, ignorar los términos del acuerdo de las partes del modo en que está expresado en la cláusula arbitral constituye una extralimitación de facultades. Más generalmente, una extralimitación en las facultades tiene lugar toda vez que las facultades ejercidas por los árbitros no son aquellas que les fueron otorgadas. De ello se desprende que un tribunal de arbitraje usurpa sus facultades cuando le

⁸¹ Memorial de Contestación de Anulación de TGH, párr. 44.

⁸² *M.C.I. Power Group, L.C. y New Turbine, Inc. c. República del Ecuador* (Caso CIADI N.º ARB/03/6), Decisión sobre Anulación, 19 de octubre de 2009, **Anexo RL-62**, párr. 56.

⁸³ *CDC Group plc c. República de Seychelles* (Caso CIADI N.º ARB/02/14), Decisión sobre Anulación, 29 de junio de 2005, **Anexo RL-58**, párr. 40.

⁸⁴ *Klöckner Industrie-Anlagen GmbH y otros c. República Unida de Camerún y Société Camerounaise des Engrais* (Caso CIADI N.º ARB/81/2), Decisión sobre Anulación, 3 de mayo de 1985, **Anexo RL-49**, párr. 4.

atribuye a las partes acuerdos y declaraciones que estas no han hecho⁸⁵. (Énfasis añadido.)

51. Distinguidos juristas coinciden con esta postura y explican que “la causal de extralimitación manifiesta de facultades [...] le permite al comité *ad hoc* ejercer control sobre lo resuelto por el tribunal arbitral”⁸⁶ y que “el requisito de que la conducta sea manifiesta parece ser inadecuado en el contexto de la jurisdicción [...] todo ejercicio de autoridad jurisdiccional sin la adecuada jurisdicción constituye una extralimitación manifiesta de facultades”⁸⁷. Ello obedece a que “[l]a jurisdicción es, sin lugar a dudas, una cuestión fundamental” y, por ende, la extralimitación en las facultades no es “lo mismo que las demás causales de anulación”⁸⁸. Esto también se aplica al razonamiento de las decisiones sobre jurisdicción, que debería ser especialmente detallado porque, en palabras del distinguido jurista profesor Pierre Lalive, “la decisión de asumir jurisdicción cuando esta ha sido denegada por el Estado es de tal importancia capital que debe ser absolutamente fundada y justificada”⁸⁹.
52. Por otra parte, se produce una extralimitación en las facultades cuando el tribunal no aplica el derecho por el cual se rige la controversia⁹⁰. TGH no parece negar que así sea, ya que en el Memorial de Contestación no analiza este criterio legal en absoluto. De

⁸⁵ *Señor Tza Yap Shum c. República del Perú* (Caso CIADI N.º ARB/07/6), Decisión sobre Anulación, 12 de febrero de 2015, **Anexo RL-132**, párr. 76.

⁸⁶ P Pinsolle, “Jurisdictional Review of ICSID Awards”, presentación, British Institute of International and Comparative Law (BIICL), 7 de mayo de 2004, **Anexo RL-66**, pág. 7.

⁸⁷ G Kaufmann-Kohler, “Annulment of ICSID Awards in Contract and Treaty Arbitrations: Are There Differences?” en: (E Gaillard e Y Banitafermi (eds.), *Annulment of ICSID Awards* (2004) 189, **Anexo RL-67**, págs. 198-199. *Ver también* P Pinsolle, “Jurisdictional review of ICSID Awards” (2004) 5(4) *Journal of World Investment and Trade* 613, **Anexo RL-68**, pág. 616 (“uno no puede estar más o menos en lo cierto o más o menos equivocado cuando se trata de cuestiones de jurisdicción”); F Berman, “Review of the Arbitral Tribunal’s Jurisdiction in ICSID Arbitration” en: E. Gaillard (ed.), *The Review of International Arbitral Awards* (2010) 253, **Anexo RL-69**, pág. 260.

⁸⁸ F Berman, “Review of the Arbitral Tribunal’s Jurisdiction in ICSID Arbitration” en: E. Gaillard (ed.), *The Review of International Arbitral Awards* (2010) 253, **Anexo RL-69**, pág. 259.

⁸⁹ P Lalive, “On the Reasoning of International Awards” (2010) 1(1) *Journal of International Dispute Settlement* 55, **Anexo RL-63**, pág. 61.

⁹⁰ Memorial de Anulación de Guatemala, párrs. 84-88. *Ver también* *Maritime International Nominees Establishment c. República de Guinea* (Caso CIADI N.º ARB/84/4), Decisión sobre Anulación, 14 de diciembre de 1989, **Anexo RL-47**, párr. 5.03; *Wena Hotels Ltd c. República Árabe de Egipto* (Caso CIADI N.º ARB/98/4), Decisión sobre Anulación, 5 de febrero de 2002, **Anexo RL-64**, párr. 22; *MTD Chile S.A. c. República de Chile* (Caso CIADI N.º ARB/01/7), Decisión sobre Anulación, 21 de marzo de 2007, **Anexo RL-55**, párr. 44.

cualquier manera, existe abundante jurisprudencia sobre el particular⁹¹. Como se explica en el comentario del profesor Schreuer:

Otra instancia de extralimitación de facultades sería una violación del Artículo 42 sobre el derecho aplicable. La omisión de aplicar el derecho acordado por las partes o el derecho determinado por la norma residual del Artículo 42(1) contradice el acuerdo de arbitraje de las partes y puede constituir una extralimitación de facultades⁹².

53. Evidentemente ello también se aplica cuando el derecho aplicable es el derecho internacional, como se deja en claro en los comentarios de Schreuer: “[I]a omisión general de aplicar el derecho internacional, si es parte del derecho aplicable, constituiría una extralimitación de facultades dejando así al laudo sujeto a anulación”⁹³.

A. EL TRIBUNAL SE EXTRALIMITÓ EN SUS FACULTADES AL EJERCER JURISDICCIÓN PARA ENTENDER EN UNA MERA CONTROVERSIA REGULATORIA DE DERECHO INTERNO

1. El Tribunal no analizó la disposición del Tratado que establece el alcance de su jurisdicción ni aplicó el test *prima facie*

54. Como lo explicó en el Memorial de Anulación⁹⁴, en el Arbitraje Guatemala arguyó que el Tribunal no tenía jurisdicción *ratione materiae* porque TGH solamente sometió una diferencia regulatoria sujeta a derecho guatemalteco que ya se había planteado ante los tribunales de Guatemala⁹⁵. Guatemala basó su objeción en el artículo 10.16.1(a)(i)(A) del CAFTA-RD, la disposición con arreglo a la cual TGH sometió la controversia al Tribunal

⁹¹ Por ejemplo: *Helnan International Hotels A/S c. República Árabe de Egipto* (Caso CIADI N.º ARB/05/19), Decisión sobre Anulación, 14 de junio de 2010, **Anexo RL-65**, párr. 46; *Caratube International Oil Company LLP c. República de Kazajistán* (Caso CIADI N.º ARB/08/12) Decisión sobre la Solicitud de Anulación de Caratube Oil International, 21 de febrero de 2014, **Anexo RL-52**, párr. 79; *Duke Energy International Peru Investments No. 1 Ltd. c. República del Perú* (Caso CIADI N.º ARB/03/28), Decisión sobre Anulación, 1 de marzo de 2011, **Anexo RL-57**, párrs. 95, 96, 99 y 183-192; *Maritime International Nominees Establishment c. República de Guinea* (Caso CIADI N.º ARB/84/4), Decisión sobre Anulación, 14 de diciembre de 1989, **Anexo RL-47**, párr. 5.03; *Sempre Energy International c. República Argentina* (Caso CIADI N.º ARB/02/16), Decisión sobre Anulación, 29 de junio de 2010, **Anexo RL-71**, párrs. 208-209.

⁹² C Schreuer *et al.*, *The ICSID Convention, A Commentary*, 2º ed., (2009), artículo 52, pág. 938, **Anexo RL-40**, párr. 133.

⁹³ *Ibid.*, párr. 263.

⁹⁴ Memorial de Anulación de Guatemala, párrs. 89-113.

⁹⁵ Notificación de Arbitraje, párr. 27; Memorial de Objeciones y de Contestación de Demanda, párrs. 98-112; Dúplica, párrs. 31-37; Réplica de la Demandada Posterior a la Audiencia, párr. 46.

arbitral original⁹⁶. Así pues, esta disposición contenía el acuerdo arbitral escrito aplicable al caso que nos ocupa. De conformidad con dicho artículo Guatemala consintió en someter a arbitraje las diferencias referentes a “una reclamación [...] en la que se alegue que el demandado ha violado [...] una obligación de conformidad con la Sección A” del Tratado⁹⁷. El consentimiento de Guatemala no se refería, por ejemplo, a reclamos meramente basados en el derecho local.

55. TGH parece coincidir con que el Tribunal establece la limitación a la jurisdicción *ratione materiae* identificada por Guatemala⁹⁸. TGH también está de acuerdo con que, al enfrentarse con esta limitación, el Tribunal debía aplicar el test *prima facie*. En palabras de la propia TGH: “al analizar su jurisdicción *ratione materiae*, un tribunal debe determinar si los hechos, tal como fueron alegados por la Demandante, ‘se encuadran dentro de las disposiciones [del Tratado] o si son capaces, si se demuestran, de constituir violaciones de las obligaciones a las que se refieren’”⁹⁹. TGH también cita jurisprudencia sobre el deber de aplicar el criterio *prima facie* para resolver sobre objeciones a la jurisdicción *ratione materiae*¹⁰⁰.
56. Sin embargo, el Tribunal no se ocupó de forma significativa de la objeción a la jurisdicción opuesta por Guatemala. Por empezar, el Tribunal ni siquiera hizo referencia al artículo 10.16.1(a)(i)(A) del CAFTA-RD, que era la disposición sobre consentimiento que configuraba la base fundamental de la objeción de Guatemala¹⁰¹. TGH aduce que se trata de una omisión irrelevante, que no había “necesidad de que el Tribunal analizara el Artículo 10.16.1(a)(i)(A) en detalle en su Laudo, ni era necesario que el Tribunal citara o se refiriera a esta disposición”, porque “las partes no discutían que TECO había invocado

⁹⁶ Notificación de Arbitraje, párr. 27.

⁹⁷ CAFTA-DR, artículo 10.16.1(a)(i)(A).

⁹⁸ Memorial de Contestación de Anulación de TGH, párrs. 28 y 53.

⁹⁹ *Ibid.*, párr. 53.

¹⁰⁰ *Ibid.*, párrs. 53-55.

¹⁰¹ Memorial de Objeciones y de Contestación de Demanda, sección II.B; Dúplica, sección III; Escrito de la Demandada Posterior a la Audiencia, sección II.A; Réplica de la Demandada Posterior a la Audiencia, sección II.

la Sección A del Artículo 10.16.1(a)(i), es decir, que TECO había sometido a arbitraje un reclamo de que Guatemala había violado sus obligaciones en virtud del Tratado”¹⁰².

57. La respuesta de TGH precisa los defectos fundamentales del análisis del Tribunal. TGH obviamente había invocado la mencionada disposición del Tratado o había sometido su reclamo al amparo de la misma¹⁰³. La objeción opuesta por Guatemala con arreglo al artículo 10.16.1(a)(i)(A) exigía, entonces, un análisis de la base real y fundamental del reclamo. En cambio, el Tribunal simplemente aceptó la caracterización legal formal del reclamo tal como lo formuló TGH. Más adelante se desarrolla este punto en el ámbito de la falta de expresión de los motivos en que el Tribunal basó su Laudo¹⁰⁴.
58. Luego TGH aduce que, de todas formas, el Tribunal “aplic[ó] la evaluación *prima facie* a las alegaciones de TECO” ya que “el Tribunal sostuvo atinadamente que TECO había ‘hecho alegaciones que, en caso de probarse, permitirían establecer el incumplimiento de las obligaciones de Guatemala relacionadas con el estándar mínimo’”¹⁰⁵. Esto es incorrecto. El Tribunal no aplicó en absoluto el test *prima facie* para determinar la competencia, como lo demuestra el pasaje del Laudo citado por TGH:

El Tribunal Arbitral considera que el Demandante ha hecho alegaciones que, en caso de probarse, permitirían establecer el incumplimiento de las obligaciones de Guatemala relacionadas con el estándar mínimo, como se define en las secciones anteriores del presente laudo¹⁰⁶.

59. Naturalmente, TGH había formulado alegaciones de arbitrariedad, mala fe, modificaciones del Marco Regulatorio, violación de declaraciones, etc., que, de probarse, podían constituir una violación del estándar de trato justo y equitativo. Pero la cuestión no es qué había “alegado” TGH sino, más bien, si los hechos respaldaban, *prima facie*, esas alegaciones. Sencillamente este análisis no está presente en el Laudo. El Tribunal aceptó incorrectamente como suficientes las alegaciones de TGH. El Tribunal del caso

¹⁰² Memorial de Contestación de Anulación de TGH, párr. 50.

¹⁰³ Notificación de Arbitraje, párr. 27.

¹⁰⁴ Ver párrs. 131-135.

¹⁰⁵ Memorial de Contestación de Anulación de TGH, párr. 56, donde se cita el Laudo, párr. 464.

¹⁰⁶ Laudo, párr. 464.

*Conviaal c. Perú*¹⁰⁷ confirmó esta postura al concluir que un “tribunal arbitral del CIADI no tiene competencia para dirimir una disputa por el mero hecho que una de las partes invoque una supuesta violación del Tratado de inversión en cuestión” sino, más bien, es “la parte que invoca tal violación internacional [quien debe] fundament[ar] suficientemente que los hechos alegados, ‘de ser probados, podrían constituir una violación del Tratado’”¹⁰⁸.

60. Por consiguiente, el Tribunal no aplicó el test *prima facie* necesario para evaluar la objeción a la jurisdicción opuesta por Guatemala. En cambio, aceptó incorrectamente como suficientes las alegaciones de TGH sin examinar los hechos subyacentes. Más adelante se desarrollará este tema en la sección referente a la falta de expresión de motivos por parte del Tribunal¹⁰⁹.

2. Cualquiera sea la caracterización objetiva que se emplee, la base fundamental del reclamo era una violación de derecho interno del Marco Regulatorio y no un verdadero reclamo por el Tratado

61. El hecho de que el Tribunal no haya llevado adelante su tarea, como se explicó precedentemente, bastaría para anular el Laudo en su totalidad por extralimitación en las facultades. A saber, el Tribunal manifiestamente no cumplió el mandato que le confirieron las Partes, es decir, el de analizar el alcance de su jurisdicción. Por otra parte, esta falta de análisis provocó que el Tribunal ejerciera indebidamente su jurisdicción sobre una diferencia puramente de derecho interno, lo que también constituye una extralimitación manifiesta en sus facultades.
62. TGH aduce que no hay fuentes que sustenten la postura de que las diferencias de carácter meramente regulatorio en el ámbito del derecho interno quedan fuera de la jurisdicción que le cabe a un tribunal constituido al amparo de un tratado de inversión, que solamente está autorizado, al igual que ocurre en el presente Arbitraje, a resolver reclamos por violación del tratado¹¹⁰. Para TGH, que el reclamo sea o no una mera diferencia de

¹⁰⁷ *Conviaal Callao S.A. y CCI - Compañía de Concesiones de Infraestructura S.A. c. República del Perú* (Caso CIADI N.º ARB/10/2) Laudo Final, 21 de mayo de 2013, **Anexo RL-133**, párr. 447.

¹⁰⁸ *Ibíd.*, párr. 447.

¹⁰⁹ *Ver* párrs. 136-147.

¹¹⁰ Memorial de Contestación de Anulación de TGH, párrs. 57-59.

derecho interno o también pueda elevarse a la categoría de reclamo por el tratado es siempre una decisión de fondo. TGH alega que los casos citados por Guatemala en respaldo de su objeción a la jurisdicción *ratione materiae* eran laudos finales y no decisiones sobre jurisdicción. TGH añade que la única cuestión atinente a la jurisdicción *ratione materiae* que puede surgir respecto del carácter de un reclamo es la referente a la distinción entre reclamos contractuales y reclamos surgidos del tratado¹¹¹.

63. Esto es incorrecto. Para ser claros, Guatemala no alega que ninguna controversia regulatoria de derecho interno pueda jamás elevarse al nivel de un reclamo surgido de un tratado de inversión sino, más bien, que una mera diferencia de este carácter no puede hacerlo¹¹². Las meras diferencias regulatorias internas quedan sujetas a la jurisdicción de los tribunales locales, y solamente puede surgir un reclamo por el tratado de inversión si dichos tribunales cometen denegación de justicia.
64. Así lo ilustra el caso *ADF c. Estados Unidos*. Esta diferencia tenía que ver con medidas regulatorias referentes a la construcción de una carretera. El tribunal indicó que no tenía “*autoridad*” o “*jurisdicción*” con arreglo al TLCAN para entender en esas medidas al amparo del derecho interno:

[E]l Tribunal no está facultado para revisar la validez y autoridad legal de las medidas de los Estados Unidos objeto de esta controversia en los términos del *derecho administrativo interno de dicho país*. No funcionamos como un tribunal de apelación con respecto a las medidas de los Estados Unidos. Nuestra jurisdicción queda limitada por el artículo 1131(1) del TLCAN a evaluar la congruencia de las medidas estadounidenses con las disposiciones pertinentes del capítulo 11 del TLCAN y las normas aplicables de derecho internacional. El Tribunal también desea destacar que, aun si se demostrara o reconociera de alguna manera que las medidas estadounidenses se adoptaron *ultra vires* en los términos del derecho interno de Estados Unidos, ello por sí necesariamente no torna a las medidas seriamente injustas o inequitativas de conformidad con el estándar de trato del derecho internacional consuetudinario consagrado en el artículo 1105(1). Naturalmente, un acto *ultra vires* o no autorizado de una

¹¹¹ *Ibíd.*, párrs. 57-59.

¹¹² Memorial de Anulación de Guatemala, párrs. 89 y 111-113.

entidad gubernamental sigue siendo, para el derecho internacional, el acto del Estado del cual es parte la entidad que lo realizó, si ese ente actuó en carácter oficial. Sin embargo, para que un acto o una medida no sean congruentes con los requisitos de derecho internacional consuetudinario previstos en el artículo 1105(1) se requiere de algo más que una simple ilegalidad o falta de autoridad en el derecho interno de un Estado, aun según la forma en que el Inversor interpreta ese artículo. El Inversor no ha demostrado ese “algo más”¹¹³. (Énfasis añadido.)

65. El tribunal de *ADF* así resolvió en el laudo final, pero el principio por él expresado se relaciona con la jurisdicción y competencia y, por consiguiente, resulta aquí directamente relevante. El tribunal analizó su jurisdicción según estaba “limitada por el artículo 1131(1) del TLCAN a evaluar la congruencia de las medidas estadounidenses con las disposiciones pertinentes del capítulo 11 del TLCAN y las normas aplicables de derecho internacional”. Aquí, la jurisdicción del Tribunal quedaba limitada a las violaciones del CAFTA-RD por el artículo 10.16.1(a)(i)(A) de dicho instrumento, pero el Tribunal no llevó adelante el análisis expuesto por el tribunal de *ADF*.
66. El tribunal de *S.D. Myers c. Canadá* también entendió que este “mandato”, es decir, su jurisdicción, no podía extenderse a una diferencia puramente regulatoria de derecho interno:

Al interpretar y aplicar el “estándar mínimo”, un tribunal constituido al amparo del Capítulo 11 no tiene un mandato indefinido para cuestionar el proceso de toma de decisiones de un gobierno. [...] El remedio ordinario, si lo hay, para reparar

¹¹³ *ADF Group Inc c. Estados Unidos de América* (Caso CIADI N.º ARB(AF)/00/1), Laudo, 9 de enero de 2003, **Anexo CL-4**, párr. 190 (énfasis añadido). Ver también *Robert Azinian et al. c. Estados Unidos Mexicanos* (Caso CIADI N.º ARB(AF)/97/2), Laudo, 1 de noviembre de 1999, **Anexo RL-2**, párr. 90; *SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. República Islámica de Pakistán* (Caso CIADI N.º ARB/01/13), Decisión del Tribunal sobre Objeciones a la Jurisdicción, 6 de agosto de 2003, **Anexo RL-73**, párr. 145; *SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. Filipinas* (Caso CIADI N.º ARB/02/6), Decisión del Tribunal sobre Objeciones a la Jurisdicción, 29 de enero de 2004, **Anexo CL-69**, párr. 157; *Bureau Veritas, Inspection, Valuation, Assessment and Control, BIVAC B.V. c. Paraguay* (Caso CIADI N.º ARB/07/9), Decisión del Tribunal sobre Objeciones a la Jurisdicción, 29 de mayo de 2009, **Anexo RL-74**, párrs. 127 y 148-149; *Impregilo S.p.A. c. República Islámica de Pakistán* (Caso CIADI N.º ARB/03/3), Decisión del Tribunal sobre Objeciones a la Jurisdicción, 22 de abril de 2005, **Anexo CL-63**, párr. 243.

errores en los gobiernos modernos es a través de procesos políticos y legales internos [...]”¹¹⁴. (Énfasis añadido.)

67. De modo similar, el tribunal de *Generation Ukraine c. Ucrania* determinó que “[e]ste Tribunal no cuenta con jurisdicción general para entender en reclamos basados en cualquier fuente de derecho surgidos en cualquier momento contra cualquier posible demandada. La jurisdicción del Tribunal se limita a las diferencias sobre inversiones [...]”¹¹⁵. A partir de ello concluyó que su “función” no podía extenderse a diferencias puramente regulatorias de derecho interno:

Este Tribunal no ejerce la función de un órgano de revisión administrativa para asegurar que los entes locales cumplan sus tareas de manera diligente, concienzuda o eficiente. Esa función le compete efectivamente a los tribunales y las cortes nacionales que conocen los detalles del régimen regulatorio aplicable [...] la única posibilidad en este caso de que la serie de reclamos referentes a cuestiones muy técnicas del derecho ucraniano de la planificación se transformaran en una violación del TBI habría sido que a la Demandante se le hubiera denegado justicia ante los tribunales ucranianos en el marco de un intento de resolver esas cuestiones técnicas de buena fe¹¹⁶. (Énfasis añadido.)

68. También es aplicable al decisión del caso *Saluka c. República checa*:

[...] No se puede interpretar que el Tratado sancione todas y cada una de las violaciones de normas o reglamentaciones a las que está sujeto el Gobierno y por las cuales el inversor normalmente pueda buscar una solución ante los tribunales del Estado receptor.

Como lo manifestó el tribunal del caso *ADF Group Inc.* respecto del nivel de “trato justo y equitativo” del artículo 1105(1) del TLCAN:

para que un acto o una medida no sean congruentes con los requisitos de derecho internacional consuetudinario [...] se

¹¹⁴ *SD Myers Inc c. Canadá* (Caso CNUDMI), Primer Laudo Parcial, 13 de noviembre de 2000, **Anexo CL-41**, párr. 261.

¹¹⁵ *Generation Ukraine Inc. c. Ucrania* (Caso CIADI N.º ARB/00/9), Laudo Final, 16 de septiembre de 2003, **Anexo RL-6**, párr. 8.10 (énfasis añadido).

¹¹⁶ *Ibíd.*, párr. 20.33.

requiere de algo más que una simple ilegalidad o falta de autoridad en el derecho interno de un Estado¹¹⁷. (Énfasis añadido.)

69. Otro ejemplo bastante conocido está dado por *Azinian c. México*. En ese caso, el tribunal analizó si la diferencia estaba “[...] fundada en la violación de una obligación establecida en la Sección A”¹¹⁸ (protecciones a la inversión) del TLCAN, que es exactamente el mismo requisito contenido en el artículo 10.16.1(a)(i)(A) del Tratado. Así pues, la decisión fue una decisión sobre jurisdicción. El tribunal sostuvo la conclusión general de que una mera diferencia de derecho interno no puede automáticamente dar lugar a un reclamo al amparo del tratado:

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

Es una circunstancia ordinaria de la vida en todo lugar que las personas puedan decepcionarse en sus tratos con las autoridades públicas, y que esta decepción se repita cuando los tribunales nacionales rechazan sus reclamaciones. Podemos tener la certeza de que existen muchas empresas *mexicanas* que han tenido relaciones comerciales con entidades gubernamentales las cuales no han concluido a su satisfacción; México probablemente no sea distinto de otros países en este sentido. El TLCAN no tiene por objeto proporcionar a los inversionistas extranjeros una protección irrestricta frente a este tipo de desengaños, y ninguna de sus disposiciones permite entenderlo de otro modo¹¹⁹. (Énfasis añadido.)

70. El tribunal de *Azinian* añadió lo siguiente:

Enmarcada así la cuestión, resulta evidente que para dar la razón a los demandantes no basta con que el Tribunal Arbitral

¹¹⁷ *Saluka Investments B.V. c. República Checa* (Caso CNUDMI), Laudo Parcial, 17 de marzo de 2006, **Anexo CL-42**, párrs. 442-443.

¹¹⁸ *Robert Azinian et al. c. Estados Unidos Mexicanos* (Caso CIADI N.º ARB(AF)/97/2), Laudo, 1 de noviembre de 1999, **Anexo RL-2**, párr. 82.

¹¹⁹ *Ibíd.*, párrs. 82-83.

esté en desacuerdo con la resolución del Ayuntamiento. Una autoridad pública no puede ser inculpada por realizar un acto respaldado por sus tribunales *a menos que los propios tribunales sean desautorizados en el plano internacional*. Por cuanto los tribunales mexicanos consideraron que la decisión del Ayuntamiento de anular el Contrato de concesión era acorde a la ley mexicana reguladora de las concesiones de servicios públicos, la cuestión es si las decisiones mismas de los tribunales mexicanos infringen las obligaciones de México con arreglo al Capítulo Once¹²⁰. (Texto en negrita destacado en el original; énfasis añadido en el texto subrayado.)

71. El tribunal de *Iberdrola c. Guatemala* confirmó precisamente el principio de que las meras diferencias regulatorias de derecho interno no constituyen diferencias al amparo de un tratado de inversión. TGH alega que el tribunal de *Iberdrola* basó su decisión en la forma en que *Iberdrola* planteó su reclamo y no en el principio según el cual el tribunal constituido al amparo de un tratado no puede tener jurisdicción para entender en un mero reclamo regulatorio de derecho interno¹²¹. Una vez más, esto no es correcto. El tribunal de *Iberdrola* sostuvo, por ejemplo, lo siguiente:

[C]omo lo señala la Demandante, que la legalidad de la conducta de un Estado a la luz de su derecho interno no conduce necesariamente a la legalidad de esa conducta según el derecho internacional. Pero [...] un tribunal CIADI, constituido al amparo del Tratado, no puede determinar que tiene competencia para juzgar, según el derecho internacional, la interpretación que ha hecho el Estado de su normativa interna simplemente porque el inversionista no la comparte o la considera arbitraria o violatoria del Tratado¹²². (Énfasis añadido.)

72. El comité de anulación de *Iberdrola* confirmó lo sostenido por el tribunal original:

En definitiva, el Tribunal consideró que el CIADI carecía de jurisdicción y el Tribunal de competencia, porque la demanda de *Iberdrola* era calificable únicamente bajo la perspectiva del

¹²⁰ *Ibíd.*, párr. 97.

¹²¹ Memorial de Contestación de Anulación de TGH, párrs. 59-61.

¹²² *Iberdrola Energía S.A. c. República de Guatemala* (Caso CIADI N.º ARB/09/5), Laudo, 17 de agosto de 2012, **Anexo RL-32**, párr. 367.

derecho interno, y el Tratado otorgaba jurisdicción sólo para el conocimiento de incumplimientos de derecho internacional¹²³.

73. Así pues, existe un principio consagrado según el cual las meras diferencias regulatorias de derecho interno, que no dan lugar a reclamos al amparo del tratado, pueden quedar fuera de la jurisdicción de los tribunales constituidos al amparo de un tratado de inversión.
74. Los hechos del caso que nos ocupa son idénticos a los del arbitraje de *Iberdrola*, en el que el tribunal identificó claramente el reclamo como referente meramente a una diferencia regulatoria interna, a pesar de que Iberdrola había enmarcado el caso como referente a una violación del tratado de inversión:

Como lo afirmó el Tribunal y lo acredita el expediente, más allá de la calificación que la demandante dio a los temas controvertidos, la parte sustancial de esos temas y, sobre todo, de las controversias que la Demandante pide al Tribunal que resuelva, se refieren al derecho guatemalteco. En los distintos escritos presentados durante el arbitraje, las Partes debatieron *in extenso* sobre la forma en la que debían interpretarse determinadas disposiciones del derecho guatemalteco, y particularmente, las disposiciones de la LGE y el RLGE¹²⁴.

75. Así pues, la esencia del reclamo de Iberdrola, que era el mismo que el planteado por TGH en el presente Arbitraje, era un mero desacuerdo regulatorio al amparo del derecho local, que el tribunal resumió en estos términos:

El Tribunal, según la reclamación planteada por la demandante, tendría que actuar como regulador, como entidad administrativa y como corte [local] [...], para definir, entre otros y a la luz del derecho guatemalteco, los siguientes asuntos:

[...]

b. El alcance de la participación del distribuidor en el cálculo del VAD (particularmente, con base en los Artículos 74 y 75 de

¹²³ *Iberdrola Energía S.A. c. República de Guatemala* (Caso CIADI N.º ARB/09/5), Decisión sobre Anulación, 13 de enero de 2015, **Anexo RL-130**, párr. 88.

¹²⁴ *Iberdrola Energía S.A. c. República de Guatemala* (Caso CIADI N.º ARB/09/5), Laudo, 17 de agosto de 2012, **Anexo RL-32**, párr. 351.

la LGE y 97 y 98 del RLGE) y si el consultor tenía la facultad de separarse de los Términos de Referencia.

c. La fórmula correcta para calcular el VAD y en particular para definir [...] si el VAD correcto fue el resultante del primer estudio de Bates White, el del segundo estudio de esa empresa, el determinado por la Comisión Pericial, el definido por Sigla, [...].

d. La interpretación correcta de los Artículos 73 y 79 de la LGE que señalan la tasa de actualización que se debe utilizar para calcular las tarifas.

[...]

f. La interpretación correcta de las normas referentes a la contratación de estudios tarifarios y si esas normas autorizaban a la CNEE para contratar su propio estudio tarifario, independiente del estudio del distribuidor.

g. Las facultades de la CNEE y, en particular, aunque no exclusivamente, si esas facultades eran simplemente de supervisión, en lo que respecta a la determinación de las tarifas, o si le correspondía fijar esas tarifas.

h. Si el pronunciamiento de la Comisión Pericial era vinculante (como se señaló, sobre este asunto se dio un extenso debate basado en los criterios de interpretación de la ley guatemalteca).

i. Si existió un acuerdo entre la CNEE y EEGSA sobre las reglas de funcionamiento de la Comisión Pericial. De ser ese el caso, si ese acuerdo era válido.

j. Si la decisión unilateral de la CNEE de disolver la Comisión Pericial fue legal.

k. Si la actuación de la CNEE al rechazar el estudio del consultor de la Demandante y acoger el de Sigla fue legal¹²⁵.
[...]

76. Se trata de las mismas cuestiones planteadas por TGH en este caso, y que el tribunal de *Iberdrola* calificó de mera diferencia regulatoria local:

¹²⁵ *Ibíd.*, párr. 354.

En resumen, la Demandante pide al Tribunal que actúe como juez [local] [...] para definir el debate que se dio de acuerdo con el derecho guatemalteco y que le conceda la razón en su interpretación de cada uno de los asuntos debatidos, de manera que, a partir de esa decisión de este Tribunal Arbitral, la Demandante pueda construir y reclamar una violación de los estándares del Tratado¹²⁶. (Énfasis añadido.)

77. En definitiva, como se explicó precedentemente, el tribunal de *Iberdrola* concluyó que el reclamo se basaba exclusivamente en el derecho guatemalteco y no era un verdadero reclamo surgido al amparo del tratado sobre el cual pudiera ejercer jurisdicción.
78. El Tribunal en nuestro caso debería haber arribado a la misma conclusión. Caracterizó correctamente la diferencia como referente al Marco Regulatorio, al sostener que: “[l]a presente disputa surge de la alegada violación [...] del marco regulatorio guatemalteco”¹²⁷, “[l]a posición del Demandante se basa, en gran medida, en la afirmación de que la CNEE desconoció [...] el marco regulatorio aplicable a la fijación de las tarifas de electricidad en Guatemala, conforme a lo establecido en la LGE y el RLGE”¹²⁸, y que “[l]a cuestión aquí consiste en determinar si el marco regulatorio permitía al regulador, en las circunstancias del caso, desconocer el estudio del distribuidor y aplicar el suyo propio”¹²⁹.
79. Sin embargo, el Tribunal no arribó a la conclusión correcta a partir de su propio análisis. No examinó de forma significativa la objeción a la jurisdicción *ratione materiae* opuesta por Guatemala, según la cual una diferencia de esa naturaleza no se elevaba a la categoría de diferencia al amparo del Tratado. No analizó la disposición del Tratado en la cual se fundaba la objeción y no aplicó el test *prima facie* ni ningún otro test jurisdiccional.
80. El Tribunal sencillamente aceptó la caracterización de los reclamos según los planteó TGH y ejerció su jurisdicción. Con ello se extralimitó manifiestamente en sus facultades al abdicar su función judicial y confirmar y ejercer jurisdicción cuando no la tenía. En consecuencia, el Tribunal terminó revocando las decisiones de la Corte de

¹²⁶ *Ibíd.*, párr. 355.

¹²⁷ Laudo, párr. 79.

¹²⁸ *Ibíd.*, párr. 497.

¹²⁹ *Ibíd.*, párr. 534.

Constitucionalidad y equiparando una violación del derecho interno con una violación del Tratado, a lo que nos referiremos a continuación.

B. EL TRIBUNAL SE EXTRALIMITÓ MANIFIESTAMENTE EN SUS FACULTADES AL REVISAR Y REVOCAR *DE FACTO* LAS DECISIONES DE LA CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD

81. Como se explicó en el Memorial de Anulación de Guatemala¹³⁰, que un tribunal constituido al amparo de un tratado de inversión no puede revisar decisiones dictadas por tribunales nacionales sobre cuestiones de derecho local salvo en casos de denegación de justicia es un principio fundamental del derecho internacional. De lo contrario se desdibujaría la distinción entre estándares del derecho interno y del derecho internacional.

82. Así se confirmó recientemente en el caso *Hassan Awdi c. Rumania*:

Como lo manifestó un tribunal constituido al amparo de un tratado de inversión, “[u]n Tribunal del CIADI no se comportará como tribunal de instancia para revisar cuestiones de derecho interno tal como lo puede hacer un tribunal de alzada”. En cambio, el Tribunal aceptará las conclusiones de los tribunales locales siempre que no se demuestren defectos, de fondo o de forma, respecto del proceso local que sean de índole tal que devengan inaceptables desde la perspectiva del derecho internacional, como ocurre cuando media denegación de justicia¹³¹. (Énfasis añadido.)

83. Del mismo modo, el Tribunal del caso *Apotex c. Estados Unidos* hizo un repaso de la jurisprudencia existente y determinó lo siguiente:

En primer lugar, como proposición general, no es la función apropiada de un tribunal internacional constituido con arreglo al Capítulo 11 del TLCAN ponerse en el lugar de la Corte Suprema de EE.UU. o actuar como tribunal supranacional de apelaciones. Así se ha destacado reiteradamente en anteriores decisiones. Por ejemplo:

(a) Laudo de *Mondev*, párrafo 126:

¹³⁰ Memorial de Anulación de Guatemala, párrs. 115-119.

¹³¹ *Hassan Awdi, Enterprise Business Consultants, Inc. y Alfa El Corporation c. Rumania* (Caso CIADI N.º ARB/10/13), Laudo, 2 de marzo de 2015, **Anexo RL-134**, párr. 327.

“De conformidad con el TLCAN, las partes tienen la opción de buscar soluciones en el ámbito local. Si lo hacen y sus planteos de fondo no prosperan, no es función de los tribunales del TLCAN comportarse como tribunales de apelación”.

(b) Laudo de *Azinian*, párrafo 99:

“La posibilidad de considerar a un Estado internacionalmente responsable por decisiones judiciales no otorga, sin embargo, al demandante el derecho a solicitar una revisión internacional de las decisiones judiciales nacionales como si el tribunal internacional que conoce del caso tuviera plena competencia de apelación. Esto no es así generalmente, y tampoco en el caso del TLCAN”.

(c) Laudo de *Waste Management*, párrafo 129:

“En cuanto a los motivos efectivos dados por los tribunales federales, este Tribunal señalaría que no constituye una nueva instancia de apelación, así como el Capítulo XI del TLCAN no es una forma novedosa de amparo en relación con las sentencias dictadas por los tribunales federales de las Partes del TLCAN”¹³². (Énfasis añadido.)

84. En palabras del tribunal de *Jan de Nul c. Egipto*:

No es función de un tribunal constituido sobre la base de un TBI comportarse como tribunal de apelaciones respecto de los tribunales nacionales. Más bien, la tarea del Tribunal consiste en determinar si la Sentencia es “claramente inapropiada y se la puede desacreditar”, en palabras del tribunal de *Mondev*¹³³. (Énfasis añadido.)

85. En el Memorial de Anulación de Guatemala ya se citó abundante jurisprudencia, como el siguiente fallo del caso *Arif c. Moldavia*:

[L]os tribunales internacionales deben abstenerse de cumplir el rol de máximos tribunales de apelación. No pueden reemplazar con su propia aplicación e interpretación del derecho nacional la aplicación que de él hagan los tribunales nacionales. Se

¹³² *Apotex Inc. c. Estados Unidos* (CNUDMI), Laudo sobre Jurisdicción y Admisibilidad, 14 de junio de 2013, **Anexo RL-135**, párr. 278 (negrita y bastardilla en el original).

¹³³ *Jan de Nul N.V. y Dredging International N.V. c. República Árabe de Egipto* (Caso CIADI N.º ARB/04/13), Laudo, 6 de noviembre de 2008, **Anexo RL-11**, párr. 209.

empañará la distinción necesaria entre la jerarquía de instancias dentro del sistema judicial nacional y la función de los tribunales internacionales si “[una] simple diferencia de opinión de un tribunal internacional fuera suficiente” para hacer lugar a la conclusión de que un tribunal nacional violó el derecho internacional. La opinión de un tribunal internacional de que posee una mejor comprensión del derecho interno que el tribunal nacional y de que éste incurrió en un error no basta. En efecto, como lo señaló la Demandante, los tribunales arbitrales no pueden “ponerse en la piel de tribunales internacionales de apelación”¹³⁴. (Énfasis añadido.)

86. Así pues, un tribunal constituido al amparo de un tratado de inversión no puede revisar las decisiones dictadas por tribunales nacionales sobre cuestiones de derecho interno. Tampoco se puede concluir que una autoridad pública haya violado el derecho internacional por implementar una decisión que cuenta con el respaldo de los tribunales locales, a menos que la decisión misma de esos tribunales haya sido impugnada con arreglo al derecho internacional por conllevar una denegación de justicia, como se determinó en *Azinian c. México*:

La posibilidad de considerar a un Estado internacionalmente responsable por decisiones judiciales no otorga, sin embargo, al demandante el derecho a solicitar una revisión internacional de las decisiones judiciales nacionales como si el tribunal internacional que conoce del caso tuviera plena competencia de apelación. Esto no es así generalmente, y tampoco en el caso del TLCAN. *Lo que debe demostrarse es que la propia decisión judicial constituye una infracción del tratado.* Aún si los demandantes convencieran a este Tribunal Arbitral de que los tribunales mexicanos actuaron incorrectamente con respecto a la nulidad del Contrato de Concesión, esto no constituiría per se una infracción del TLCAN. Se necesita más; los demandantes deben acreditar una denegación de justicia o una pretensión de forma para conseguir un fin

¹³⁴ *Mr. Franck Charles Arif c. República de Moldavia* (Caso CIADI N.º ARB/11/23), Laudo, 8 de abril de 2013, **Anexo RL-46**, párr. 441. Ver también *ADF Group Inc c. Estados Unidos de América* (Caso CIADI N.º ARB(AF)/00/1), Laudo, 9 de enero de 2003, **Anexo CL-4**, párr. 190; *Waste Management Inc. c. Estados Unidos Mexicanos* (Caso CIADI N.º ARB(AF)/00/3), Laudo, 30 de abril de 2004, **Anexo CL-46**, párr. 129.

internacionalmente ilícito¹³⁵. (Texto en negrita destacado en el original; énfasis añadido en el texto subrayado.)

87. Por consiguiente, el derecho internacional excluye la revisión de las decisiones de los tribunales nacionales sobre cuestiones de derecho local. No obstante, TGH sostiene que “incluso en casos donde se encuentra implicada la justicia local del Estado, los tribunales de tratados de inversión han reconocido que una violación del estándar de trato justo y equitativo puede ocurrir en forma separada y aislada de cualquier trato conferido por los tribunales locales”¹³⁶. Sin embargo, no se trata de eso. Hay muchos casos en los que los reclamos no se basan puramente en el derecho interno aun si éste cumple cierta función. Se trata de determinar si el tribunal de inversión puede concluir que se produjo una violación del derecho interno en un caso en que el tribunal local determinó que no la había, y basar su conclusión de violación del tratado en esa misma violación del derecho interno.
88. Por ejemplo, TGH cita en sustento de su postura el laudo del caso *Vivendi c. Argentina* (laudo de *Vivendi II*) que se refería a actos gubernamentales (y parlamentarios) realizados en el transcurso de varios años que “indebidamente y sin justificación alguna, montó una ‘campaña’ ilegítima contra la Concesión, el Contrato de Concesión y la empresa concesionaria ‘extranjera’ desde el momento en que entró en funciones, con miras a revertir la privatización”¹³⁷. No hay indicación alguna de que en nuestro caso exista una campaña política de mala fe tras la aplicación de un marco regulatorio nacional¹³⁸.

¹³⁵ *Robert Azinian et al. c. Estados Unidos Mexicanos* (Caso CIADI N.º ARB(AF)/97/2), Laudo, 1 de noviembre de 1999, **Anexo RL-2**, párr. 99.

¹³⁶ Memorial de Contestación de Anulación de TGH, párrs. 62-67.

¹³⁷ *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal c. Argentina* (Caso CIADI N.º ARB/97/3), Laudo, 20 de agosto de 2007, **Anexo CL-18**, párrs. 7.4.10-7.4.11.

¹³⁸ De modo similar, otras decisiones en las que se apoya TGH en el Memorial de Contestación de Anulación no respaldan su postura. En *ATA Construction c. Jordania* (Caso CIADI N.º ARB/08/2), Laudo, 18 de mayo de 2010, **Anexo CL-58** (Memorial de Contestación de Anulación de TGH, párr. 64), el tribunal declinó la jurisdicción sobre todos los reclamos en relación con la anulación del laudo por parte del tribunal local con arreglo al derecho nacional. En *CME c. República Checa* (CNUDMI) Laudo Parcial, 13 de septiembre de 2001, **Anexo CL-16** (Memorial de Contestación de Anulación de TGH, párr. 65), la materia objeto del proceso judicial local era completamente distinta de la que tenía ante sí el tribunal arbitral. La controversia local se refería a una diferencia comercial entre el *joint venture* de los inversores en la República Checa y sus accionistas y/o socios comerciales, mientras que la diferencia al amparo del tratado guardaba relación con la interferencia del gobierno en aquella controversia, que no era un tema debatido en el proceso judicial local (*CME*, párrs. 403-404).

89. En el presente Arbitraje, el propio Tribunal reconoció que no podía revisar las decisiones de la Corte de Constitucionalidad:

En efecto, es cierto que los tribunales guatemaltecos han resuelto algunas de las cuestiones en disputa sobre la interpretación del marco regulatorio de Guatemala y la regularidad de algunas de las decisiones de la CNEE en el marco de dicha legislación. También es cierto que el Tribunal Arbitral deberá aplicar el derecho guatemalteco a algunos de los aspectos regulatorios de la controversia y que, al hacerlo, probablemente deba acatar las decisiones adoptadas por los tribunales de Guatemala cuando esos aspectos de la controversia están sujetos al derecho de ese país¹³⁹. (Énfasis añadido.)

La labor del Tribunal no es ni puede ser revisar las conclusiones a las que llegan los tribunales de Guatemala en el marco del derecho interno¹⁴⁰. [...] (Énfasis añadido.)

90. Como se explicó en el Memorial de Anulación de Guatemala¹⁴¹, en el Laudo el Tribunal hizo precisamente lo contrario. Revisó y, de hecho, revocó las decisiones de la Corte de Constitucionalidad.
91. La respuesta de TGH consiste en afirmar que el Tribunal advirtió que “las controversias resueltas por los tribunales guatemaltecos no son las mismas que las que debe dirimir el Tribunal Arbitral en el presente caso” y que el Tribunal “naturalmente [...] puede atenerse a lo decidido por la Corte de Constitucionalidad de Guatemala” pero que “esas decisiones adoptadas con arreglo al derecho guatemalteco no pueden tener incidencia alguna en la evaluación que hace este Tribunal Arbitral de la aplicación del derecho internacional a los hechos del presente caso”¹⁴².
92. Si hubiera habido una diferencia surgida del Tratado distinta de una mera diferencia de derecho interno el Tribunal habría estado en lo cierto en los pasajes citados por TGH precedentemente o al sostener que “las decisiones del Tribunal de Constitucionalidad no

¹³⁹ Laudo, párr. 474.

¹⁴⁰ *Ibíd.*, párr. 477.

¹⁴¹ Memorial de Anulación de Guatemala, párrs. 120-144.

¹⁴² Memorial de Contestación de Anulación de TGH, párrs. 70 y 90, donde se cita el Laudo, párrs. 483 y 516-519.

pueden tener el efecto de un precedente o de *res judicata*” sobre esa diferencia¹⁴³. El tema es, sin embargo, que no existía diferencia tal al amparo del Tratado y que el Tribunal resolvió sobre la diferencia puramente de derecho guatemalteco sobre la cual ya se había pronunciado la Corte de Constitucionalidad, con lo cual revocó las conclusiones de dicha Corte.

93. Así queda claro a partir de la decisión del Tribunal sobre el fondo¹⁴⁴, en la que desestimó los reclamos referentes a la modificación del Marco Regulatorio y las expectativas legítimas, así como varias otras alegaciones formuladas por TGH. La decisión del Tribunal de que Guatemala violó el estándar internacional mínimo consagrado en el Tratado se basó únicamente en la Resolución 144-2008 y su supuesta ilicitud en los términos del Marco Regulatorio.
94. Las conclusiones relevantes del Tribunal respecto de la violación del Marco Regulatorio por parte de la CNEE y la responsabilidad que le cabe a Guatemala en los términos del Tratado se encuentran en la sección 3(d) de la parte del Laudo referente al fondo. Esa sección está dedicada completamente a la Resolución 144-2008. Primero, el Tribunal cita el texto completo de la Resolución:

El 29 de julio de 2008, la CNEE aprobó la Resolución 144-2008, por la cual decidió fijar las tarifas sobre la base del informe del VAD preparado por su propia consultora, Sigla.

A continuación se citan las partes pertinentes de la Resolución 144-2008: [...] ¹⁴⁵.

95. Luego, analiza el Marco Regulatorio en relación con la Resolución y afirma:

Sobre la base de dichos principios, el Tribunal Arbitral procederá a analizar si la Resolución 144-2008 es arbitraria y constituye una violación de las obligaciones internacionales del Estado en virtud del estándar mínimo de trato ¹⁴⁶.

¹⁴³ Laudo, párr. 516.

¹⁴⁴ Ver párrs. 35-36.

¹⁴⁵ Laudo, párrs. 658-659.

¹⁴⁶ *Ibíd.*, párr. 671.

96. El Tribunal concluye que la Resolución violó el Marco Regulatorio y, por consiguiente, fue arbitraria y no respetó el debido proceso:

El Tribunal Arbitral no está de acuerdo con la Demandada por los motivos que se explicarán más adelante. En opinión del Tribunal Arbitral, la CNEE, al adoptar la resolución 144-2008, al desconocer sin motivos el informe de la Comisión Pericial y al imponer unilateralmente una tarifa basada en los cálculos del VAD de su propia consultora, actuó en forma arbitraria y en violación de los principios fundamentales del debido proceso en cuestiones regulatorias¹⁴⁷. (Énfasis añadido.)

97. Finalmente el Tribunal determina que la Resolución es contraria al Marco Regulatorio y el estándar mínimo de trato previsto en el Tratado:

Por lo expuesto, el Tribunal Arbitral concluye que la Resolución 144-2008 no guarda concordancia con el marco regulatorio. Al desconocer el estudio del distribuidor porque había omitido incorporar la *totalidad* de las observaciones que la CNEE había realizado en abril de 2008, sin tomar en cuenta las conclusiones de la Comisión Pericial ni hacer referencia a ellas, la CNEE actuó arbitrariamente y en violación del proceso administrativo delineado para la revisión tarifaria.

El Tribunal Arbitral opina que tanto el marco regulatorio como el estándar mínimo de trato del derecho internacional obligaban a la CNEE a actuar en concordancia con los principios fundamentales aplicables al proceso de revisión tarifaria previsto en las leyes guatemaltecas¹⁴⁸. (Énfasis añadido.)

98. Por consiguiente, el Laudo se basa claramente en la Resolución 144-2008 y su supuesta falta de concordancia con el Marco Regulatorio. Sin embargo, la Resolución 144-2008 era precisamente la medida que se estaba revisando en la decisión de la Corte de Constitucionalidad del 18 de noviembre de 2009. En esa sentencia, la Corte ya había evaluado y desestimado el argumento de que la Resolución era arbitraria y violaba el Marco Regulatorio. Éste es el modo en que la Corte de Constitucionalidad identificó la cuestión debatida en el proceso tramitado ante la Justicia local:

¹⁴⁷ *Ibíd.*, párr. 664.

¹⁴⁸ *Ibíd.*, párrs. 681-682.

En el caso *sub judice*, la Empresa Eléctrica de Guatemala, Sociedad Anónima, insta garantía constitucional de amparo contra la Comisión Nacional de Energía Eléctrica, por haber emitido la resolución CNEE – ciento cuarenta y cuatro – dos mil ocho (CNEE-144-2008) de veintinueve de julio del mismo año, publicada dos días después en el Diario de Centro América, por medio de la cual la autoridad impugnada aprobó en forma definitiva el estudio tarifario elaborado por la Asociación de empresas conformada por Sistemas Eléctricos y Electrónicos de Potencia, Control y Comunicaciones, Sociedad Anónima y Sigla, Sociedad Anónima. Estima la postulante que la autoridad impugnada violó sus derechos enunciados porque pese a haber agotado el trámite para la fijación de tarifa de energía eléctrica con estricto apego a la Ley General de Electricidad y su Reglamento, fijó las tarifas de conformidad con un estudio tarifario elaborado por cuenta propia; omitiendo así ceñirse al informe pericial que la Comisión ya había rendido. Asegura que en el acto reclamado se hizo valer arbitrariamente la facultad de aprobar unilateralmente un estudio tarifario independiente, sin que el supuesto a que se refiere el artículo 98 del Reglamento de la Ley General de Electricidad que posibilita el ejercicio de esa facultad, hubiera ocurrido¹⁴⁹. (Énfasis añadido.)

99. La Corte de Constitucionalidad concluyó que la Resolución 144-2008 quedaba comprendida en el ámbito de las facultades de la CNEE y que ésta había “seguí[do] el proceso regulado por ley” y no se había conducido de manera arbitraria¹⁵⁰. En particular, determinó que el informe de la Comisión Pericial no era vinculante y que la CNEE podía resolver aceptar o no el estudio de Bates White y adoptar o no el estudio de Sigla para fijar las tarifas¹⁵¹. Al arribar a la conclusión contraria, es decir, que la Resolución 144-2008 violó el Marco Regulatorio y fue arbitraria, el Laudo revocó la decisión de la Corte de Constitucionalidad.
100. En su sentencia del 24 de febrero de 2010¹⁵², la Corte de Constitucionalidad concluyó también que la Resolución 144-2008 se dictó conforme a derecho¹⁵³:

¹⁴⁹ Sentencia de la Corte de Constitucionalidad, 18 de noviembre de 2009, **Anexo R-105**, págs. 14-15, sección II.

¹⁵⁰ *Ibíd.*, págs. 31-32.

¹⁵¹ *Ibíd.*, págs. 25-27.

¹⁵² Sentencia de la Corte de Constitucionalidad, 24 de febrero de 2010, **Anexo R-110**.

Esta Corte, al igual que lo hizo en los [procesos en los que se dictó la sentencia del 18 de noviembre de 2009], al contraponer lo regulado en los citados cuerpos normativos y la forma en la que se sustanció el expediente administrativo, que subyace al presente amparo, determina que el trámite seguido por la amparista y la autoridad impugnada, se llevó a cabo con apego a la citada Ley y al Reglamento¹⁵⁴. [...] (Énfasis añadido.)

101. Por consiguiente, en el Laudo el Tribunal también revocó la sentencia dictada por la Corte de Constitucionalidad el 24 de febrero de 2010.
102. TGH aduce que el Tribunal diferenció las decisiones de la Corte de Constitucionalidad de la decisión sobre el Fondo dictada en el Laudo. Por ejemplo, THG afirma que “el Tribunal determinó que ni EEGSA ni la CNEE habían solicitado a la Corte de Constitucionalidad decidir si [...] la reforma del Artículo 98 del RLGE [...] habría facultado a la CNEE a fijar las tarifas de EEGSA sobre la base de su propio estudio del VAD”¹⁵⁵. Por otra parte, TGH sostiene que “el Tribunal agregó que, a pesar de sostener que el informe de la Comisión Pericial no era vinculante en virtud del derecho guatemalteco, la Corte de Constitucionalidad no había decidido si la CNEE no obstante tenía la obligación de considerarlo y fundamentar su decisión de ignorarlo”¹⁵⁶.
103. El Tribunal intentó trazar estas distinciones en el Laudo. Sin embargo, se trató de falsas distinciones, y el Tribunal terminó fundando su decisión en una cuestión resuelta directamente por la Corte de Constitucionalidad. Como ya se explicó precedentemente y se seguirá explicando más adelante¹⁵⁷, la decisión del Tribunal sobre el fondo se basó en la Resolución 144-2008, y en su supuesta violación del Marco Regulatorio y su arbitrariedad. En dicha Resolución, la CNEE decidió rechazar el estudio de Bates White y no implementar las recomendaciones contenidas en el informe de la Comisión Pericial. Por otra parte, se basó para ello en el artículo 98 del RLGE reformado. La sentencia de la

¹⁵³ *Ibíd.*, págs. 27-28.

¹⁵⁴ *Ibíd.*, pág. 28.

¹⁵⁵ Memorial de Contestación de Anulación de TGH, párr. 92.

¹⁵⁶ *Ibíd.*, párr. 94.

¹⁵⁷ Ver párrs. 11-13 y 92-100, y sección IV.C.

Corte de Constitucionalidad del 18 de noviembre de 2009 confirmó precisamente la concordancia de la Resolución 144-2008 con todo el Marco Regulatorio.

104. En particular, al resolver que el marco Regulatorio requiere otra cosa en cuanto al nivel de razonamiento que debe respetar la CNEE al dictar sus decisiones y determinar que la Resolución 144-2008 no cumplía ese requisito, el Tribunal interpretó de forma distinta el Marco Regulatorio en comparación con la forma en que lo interpretó la Corte de Constitucionalidad. Esto necesariamente importa la revisión de las decisiones de la Corte de Constitucionalidad. Conlleva censurar a la Corte por no reconocer lo que el Tribunal entiende constituye un pilar “fundamental” del Marco Regulatorio. El resultado no podría ser más incongruente: para la Corte, la Resolución 144-2008 fue lícita; para el Tribunal, no solamente fue ilícita sino que fue contraria a “principios fundamentales” del Marco Regulatorio¹⁵⁸.
105. Con ello, el Tribunal “[...] empañ[ó] la distinción necesaria entre la jerarquía de instancias dentro del sistema judicial nacional y la función de los tribunales internacionales [...]”, y violó el principio básico del derecho internacional descripto precedentemente según el cual “los tribunales arbitrales no pueden *‘ponerse en la piel de tribunales internacionales de apelación’*”¹⁵⁹ y tampoco se comportan “[...] como tribunales finales de apelación para revisar la corrección de las decisiones de las cortes supremas nacionales”¹⁶⁰.
106. Por consiguiente, el Tribunal claramente se extralimitó en sus facultades. Si el Tribunal hubiera respetado los límites de su jurisdicción, es decir, que no podía desconocer ni revisar las decisiones judiciales locales sobre cuestiones de derecho nacional, entonces no podría haber determinado que si “la CNEE desconoció deliberadamente los principios del marco regulatorio vigente durante el proceso de revisión tarifaria que es objeto de controversia, dicho desconocimiento supondría una violación del derecho

¹⁵⁸ Laudo, párrs. 664-665.

¹⁵⁹ *Mr. Franck Charles Arif c. República de Moldavia* (Caso CIADI N.º ARB/11/23), Laudo, 8 de abril de 2013, **Anexo RL-46**, párr. 441.

¹⁶⁰ *Ibíd.*, párr. 260.

internacional”¹⁶¹. Así lo concluyó el Tribunal y con ello se extralimitó manifiestamente en sus facultades.

C. EL TRIBUNAL SE EXTRALIMITÓ MANIFIESTAMENTE EN SUS FACULTADES AL NO APLICAR EL DERECHO INTERNACIONAL Y EQUIPARAR UNA VIOLACIÓN DEL DERECHO INTERNO CON UNA VIOLACIÓN DEL CAFTA-RD

107. Como se explicó en el Memorial de Anulación de Guatemala¹⁶², el derecho aplicable al fondo del caso que nos ocupa consistía en el Tratado y el derecho internacional consuetudinario. El CAFTA-RD establece que, toda vez que un inversor plantea un reclamo contra un Estado miembro, “el tribunal decidirá las cuestiones en controversia de conformidad con este Tratado y con las normas aplicables del derecho internacional”¹⁶³. TGH basó su reclamo en el nivel mínimo de trato del artículo 10.5 del CAFTA-RD. En el Memorial de Contestación de Anulación, TGH no niega que el Tribunal debiera aplicar el derecho internacional para resolver la diferencia¹⁶⁴.
108. Por otra parte, el artículo 10.5 del CAFTA-RD hace referencia al “trato acorde con el derecho internacional consuetudinario” y “prescribe que el nivel mínimo de trato a los extranjeros según el derecho internacional consuetudinario es el nivel mínimo de trato”. El Anexo 10-B del CAFTA-RD deja en claro que el “‘derecho internacional consuetudinario’ referido de manera general y específica en los artículos 10.5, [...] resulta de una práctica general y consistente de los Estados, seguida por ellos en el sentido de una obligación legal”.
109. En sus escritos, las Partes expusieron ampliamente sus posturas sobre el contenido del nivel mínimo de trato¹⁶⁵. Guatemala describió en detalle su postura sobre el nivel mínimo

¹⁶¹ Laudo, párr. 481 (énfasis añadido).

¹⁶² Memorial de Anulación de Guatemala, párrs. 145-174.

¹⁶³ CAFTA-DR, artículo 10.22(1).

¹⁶⁴ Memorial de Contestación de Anulación de TGH, párrs. 74-85.

¹⁶⁵ Memorial de la Demandante, párrs. 228-280; Memorial de Objeciones y de Contestación de Demanda, párrs. 460-590; Réplica, párrs. 228-282; Dúplica, párrs. 79-213; Dúplica de la Demandante sobre Jurisdicción y Admisibilidad, párrs. 14-24; Escrito de la Demandante Posterior a la Audiencia, párrs. 11-164; Escrito de la Demandada Posterior a la Audiencia, párrs. 247-332; Réplica de la Demandante Posterior a la Audiencia, párrs. 41-123; Réplica de la Demandada Posterior a la Audiencia, párrs. 114-159.

de trato y cómo difería del estándar autónomo de trato justo y equitativo¹⁶⁶. Conjuntamente, TGH y Guatemala dedicaron a este tema 447 páginas de sus escritos¹⁶⁷, y citaron no menos de 150 fuentes sobre el contenido y alcance del nivel mínimo de trato, principalmente jurisprudencia pero también trabajos de doctrina.

110. Guatemala, por ejemplo, citó el caso *Myers c. Canadá* en sustento de la proposición de que “[a]l interpretar y aplicar el ‘estándar mínimo’, un tribunal constituido al amparo del Capítulo 11 no tiene un mandato indefinido para cuestionar el proceso de toma de decisiones de un gobierno”¹⁶⁸. Guatemala también se remitió, por ejemplo, a *Thunderbird c. México*, en que se determinó que el umbral para que se configure la violación del nivel mínimo de trato es la “denegación notoria de justicia o una arbitrariedad manifiesta que viole los estándares internacionales aceptables”, y conducta administrativa “lo suficientemente grave como para contravenir aquello que resulta adecuado judicialmente”¹⁶⁹.
111. Entre otras fuentes citadas por Guatemala estaban *GAMI c. México*, en que se determinó que se produce la violación del nivel mínimo de trato por el “‘repudio evidente e injustificado’ de las reglamentaciones pertinentes”¹⁷⁰, y *Cargill c. México*, donde se concluyó que lo que ha de determinarse es “si las medidas sujetas a reclamación fueron manifiestamente injustas, ilícitas o idiosincrásicas; arbitrarias más allá de una simple aplicación contradictoria o cuestionable de la política o los procedimientos administrativos o jurídicos al punto de que el acto constituye una repudiación imprevista

¹⁶⁶ Memorial de Objeciones y de Contestación de Demanda, párrs. 460-494; Dúplica, párrs. 79-104 y 182-213; Escrito de la Demandada Posterior a la Audiencia, párrs. 247-332; Réplica de la Demandada Posterior a la Audiencia, párrs. 114-159.

¹⁶⁷ Memorial de la Demandante, págs. 137-170; Memorial de Objeciones y de Contestación de Demanda, págs. 201-258; Réplica, págs. 190-235; Dúplica, págs. 41-106; Dúplica de la Demandante sobre Jurisdicción y Admisibilidad, págs. 7-16; Escrito de la Demandante Posterior a la Audiencia, págs. 7-124; Escrito de la Demandada Posterior a la Audiencia, págs. 98-131; Réplica de la Demandante Posterior a la Audiencia, págs. 30-98; Réplica de la Demandada Posterior a la Audiencia, págs. 48-69.

¹⁶⁸ *SD Myers Inc c. Canadá* (Caso CNUDMI), Primer Laudo Parcial, 13 de noviembre de 2000, **Anexo CL-41**, párr. 261.

¹⁶⁹ *International Thunderbird Gaming Corporation c. Estados Unidos Mexicanos* (Caso CNUDMI), Laudo, 26 de enero de 2006, **Anexo CL-25**, párrs. 194 y 200.

¹⁷⁰ *GAMI Investments, Inc c. México* (Caso CNUDMI) Laudo Final, 15 de noviembre de 2004, **Anexo RL-7**, párrs. 103-104.

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”¹⁷¹.

112. La postura de Guatemala fue avalada por los escritos detallados de otros cuatro Estados miembros del CAFTA-RD¹⁷², incluido Estados Unidos –el Estado del que TGH es nacional. Estados Unidos planteó que el texto del CAFTA-RD demostraba “la intención de los Estados Parte de que el Artículo 10.5 refleje un estándar del derecho internacional consuetudinario”¹⁷³, que “[c]orresponde al demandante la carga”, entre otras cosas, de demostrar la costumbre, y que “[l]a determinación de un incumplimiento del estándar mínimo de trato ‘debe efectuarse a la luz del alto grado de deferencia que el derecho internacional suele tener respecto del derecho de las autoridades locales a regular distintas materias dentro de sus fronteras’”¹⁷⁴. Estados Unidos concluyó:

Los actos regulatorios violan el ‘trato justo y equitativo’ previsto por el estándar mínimo de trato cuando, por ejemplo, equivalen a una denegación de justicia, según la interpretación de dicho término en el derecho internacional consuetudinario, o configuran una arbitrariedad manifiesta que se ubica por debajo del estándar mínimo internacional¹⁷⁵.

113. El Salvador confirmó que “el concepto de ‘trato justo y equitativo’ en el artículo 10.5 del Tratado no incluye la protección de las expectativas legítimas del inversionista ni tampoco otorga protección contra medidas meramente arbitrarias”¹⁷⁶. A su vez, la República Dominicana explicó:

[S]olo las conductas manifiestamente arbitrarias, de repudio flagrante y conductas muy graves pueden ser reclamadas bajo

¹⁷¹ *Cargill, Incorporated c. Estados Unidos Mexicanos* (Caso CIADI N.º ARB(AF)/05/2), Laudo, 18 de septiembre de 2009, **Anexo CL-12**, párr. 296. Ver también *Glamis Gold Ltd. c. Estados Unidos de América* (Caso CNUDMI), Laudo, 8 de junio de 2009, **Anexo CL-23**, párrs. 616-617, 762 y 779.

¹⁷² Escrito de Parte No Contendiente de la República Dominicana, 5 de octubre de 2012; Escrito de Parte No Contendiente de la República de El Salvador, 5 de octubre de 2012; Escrito de Parte No Contendiente de los Estados Unidos de América, 23 de noviembre de 2012; Escrito de Parte No Contendiente de la República de Honduras, sin fecha.

¹⁷³ Escrito de Parte No Contendiente de los Estados Unidos de América, 23 de noviembre de 2012, párr. 4.

¹⁷⁴ *Ibíd.*, párr. 7.

¹⁷⁵ *Ibíd.*, párr. 6.

¹⁷⁶ Escrito de Parte No Contendiente de la República de El Salvador, 5 de octubre de 2012, párr. 17.

el amparo del 10.5 del DR-CAFTA, y no solo el simple incumplimiento o la simple arbitrariedad¹⁷⁷.

114. Por su parte, Honduras describió el estándar en estos términos:

[E]l concepto más restrictivo posible de ‘trato justo y equitativo’ como parte del nivel mínimo de trato conforme al derecho internacional consuetudinario [...] un ‘piso’ absoluto [...] solamente acciones de carácter chocante, excesivo, ultrajante, de parte de un Estado, pueden violar el Nivel Mínimo de Trato, [...] una grave denegación de justicia, una arbitrariedad manifiesta, una injusticia flagrante, una completa falta de debido proceso, una discriminación manifiesta o la ausencia manifiesta de las razones para una decisión¹⁷⁸.

115. Estados Unidos, El Salvador y la República Dominicana también efectuaron presentaciones orales en la audiencia, en las que plantearon las mismas cuestiones que en sus presentaciones escritas¹⁷⁹.

116. Por consiguiente, el Tribunal debía aplicar el derecho internacional, en particular el nivel internacional mínimo de trato previsto en el artículo 10.5 del Tratado. A su vez, ello requería distinguir cuidadosamente entre el estándar autónomo de “trato justo y equitativo” y el estándar que impone el derecho internacional consuetudinario. Por otra parte, el Tribunal debía examinar en detalle el derecho internacional consuetudinario, tal como se establecía en el CAFTA-RD. Las Partes y las partes no contendientes se habían explayado sobre el alcance de este principio, y también habían dejado en claro la delicada tarea que debía llevar adelante el Tribunal.

117. El Tribunal no realizó esa tarea. En el Memorial de Contestación de Anulación, TGH aduce que el análisis de derecho internacional del Tribunal consta en los párrafos 454 a 458 del Laudo¹⁸⁰. Sin embargo, esos cuatro párrafos muestran la ausencia de cualquier tipo de examen real del estándar por parte el Tribunal y mucho menos la consideración de las posturas de las Partes, las presentaciones efectuadas por las partes no contendientes o

¹⁷⁷ Escrito de Parte No Contendiente de la República Dominicana, 2 de octubre de 2012, párr. 8.

¹⁷⁸ Escrito de Parte No Contendiente de la República de Honduras, sin fecha, párrs. 6 y 9-10.

¹⁷⁹ Transcripción (inglés), Día 5, 822:2-824:7, Estados Unidos; Transcripción (inglés), Día 5, 808:18-816:14, El Salvador, y Transcripción (inglés), Día 5, 817:2-821:20, República Dominicana.

¹⁸⁰ Memorial de Contestación de Anulación de TGH, párrs. 76-78.

cualquier tipo de examen del derecho internacional consuetudinario. En cambio, en el párrafo 454 el Tribunal se contentó con simplemente enunciar lo siguiente en la sección del Laudo sobre jurisdicción:

El Tribunal Arbitral considera que el estándar mínimo de trato justo y equitativo conforme a lo establecido en el artículo 10.5 del CAFTA-RD se ve quebrantado por una conducta atribuida al Estado y resulta perjudicial para el inversor si la conducta es arbitraria, notoriamente injusta o idiosincrática, es discriminatoria o involucra la ausencia del debido proceso y lleva así a un resultado que atenta contra la discrecionalidad jurídica¹⁸¹.

118. Más allá de eso, en los párrafos 456 a 458 el Tribunal simplemente afirmó que el estándar estaba vinculado con la “buena fe” y que la “falta de debido proceso” y la “falta total de fundamentación” violarían el estándar¹⁸².
119. TGH alega que no “había necesidad de que el Tribunal analizara”¹⁸³. Esto es incorrecto. El deber del Tribunal de determinar cuidadosamente el contenido del nivel mínimo de trato claramente surge del texto del propio artículo 10.5 del CAFTA-RD. El artículo 10.5 es una disposición compleja que refleja la preocupación de los autores y los Estados Partes en cuanto a la forma que ha de interpretarse y aplicarse el estándar. El artículo 10.5 dispone:

Nivel Mínimo de Trato

1. Cada Parte otorgará a las inversiones cubiertas un trato acorde con el derecho internacional consuetudinario, incluido el trato justo y equitativo, así como protección y seguridad plenas.

2. Para mayor certeza, el párrafo 1 prescribe que el nivel mínimo de trato a los extranjeros según el derecho internacional consuetudinario es el nivel mínimo de trato que se le otorgará a las inversiones cubiertas. Los conceptos de “trato justo y equitativo” y “protección y seguridad plenas” no requieren un tratamiento adicional o más allá de aquél exigido

¹⁸¹ Laudo, párr. 454.

¹⁸² *Ibíd.*, párrs. 456-458.

¹⁸³ Memorial de Contestación de Anulación de TGH, párr. 81.

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.

3. La determinación de que se ha violado otra disposición de este Tratado, o de otro acuerdo internacional, no establece que se ha violado este Artículo. (Énfasis añadido.)

120. Por otra parte, en el Anexo 10-B del Tratado, los Estados Partes definieron meticulosamente su interpretación del significado de derecho internacional consuetudinario, en estos términos:

Anexo 10-B

Derecho Internacional Consuetudinario

Las Partes confirman su común entendimiento que el “derecho internacional consuetudinario” referido de manera general y específica en los Artículos 10.5, 10.6, y el Anexo 10-C resulta de una práctica general y consistente de los Estados, seguida por ellos en el sentido de una obligación legal. Con respecto al Artículo 10.5, el nivel mínimo de trato a los extranjeros del derecho internacional consuetudinario se refiere a todos los principios del derecho internacional consuetudinario que protegen los derechos e intereses económicos de los extranjeros.

121. Por otra parte, las propias disposiciones del CAFTA-RD imponían al Tribunal una pesada carga al interpretar y aplicar el artículo 10.5. Por otra parte, así lo exigían también las presentaciones efectuadas por las Partes y las partes no contendientes. A pesar de esto, el Laudo es deficiente en el tratamiento que hace del derecho internacional. No hubo un análisis de la amplia jurisprudencia citada por las Partes ni un examen real de la diferencia entre el nivel mínimo internacional y la regla del trato justo y equitativo o el contenido del derecho internacional consuetudinario. A las presentaciones de las partes

no contendientes ni siquiera se las mencionó en las secciones del Laudo referentes al fondo¹⁸⁴.

122. El Laudo tampoco presenta una verdadera aplicación del derecho internacional a los hechos del caso. TGH pretende alegar lo contrario con sus referencias a las veces en que el Laudo menciona conceptos como “falta de debido proceso”, “desconocimiento deliberado del marco regulatorio aplicable”, “abuso de autoridad” o “arbitrariedad”¹⁸⁵. Pero el Tribunal no analizó el significado o contenido de ninguno de esos conceptos para el derecho internacional, a pesar de ser éstos fundamentales para la conclusión del Tribunal de que Guatemala violó el Tratado¹⁸⁶.
123. En otras palabras, el Tribunal jamás demostró cómo es que la supuesta violación del Marco Regulatorio por parte de Guatemala también generó una violación del derecho internacional. Sencillamente combinó los conceptos de violación del derecho nacional y violación del derecho internacional. Primero el Tribunal determinó que se había violado el derecho nacional:

Por lo expuesto, el Tribunal Arbitral concluye que la Resolución 144-2008 no guarda concordancia con el marco regulatorio¹⁸⁷. (Énfasis añadido.)

En opinión del Tribunal Arbitral, la CNEE, al adoptar la Resolución 144–2008, [...] actuó en forma arbitraria y en violación de los principios fundamentales del debido proceso en cuestiones regulatorias¹⁸⁸.

Al hacerlo, la CNEE incumplió, de hecho, los dos principios fundamentales sobre los cuales se fundaba el marco regulatorio de la revisión tarifaria¹⁸⁹. (Énfasis añadido.)

¹⁸⁴ Salvo por una única referencia a esas presentaciones en una nota al pie: Laudo, párr. 621, nota al pie 513.

¹⁸⁵ Memorial de Contestación de Anulación de TGH, párrs. 82-85. Ver, por ejemplo, Laudo, párrs. 321, 465, 473, 489, 493, 664 y 681.

¹⁸⁶ Laudo, párrs. 321, 489, 664, 681 y 711.

¹⁸⁷ *Ibíd.*, párr. 681.

¹⁸⁸ *Ibíd.*, párr. 664.

¹⁸⁹ *Ibíd.*, párr. 665.

El Tribunal Arbitral también considera que la decisión del regulador de aplicar el estudio de su propia consultora no se ajusta al artículo 98 del RLGE¹⁹⁰. (Énfasis añadido.)

124. Luego, el Tribunal equiparó automáticamente la violación del derecho interno con una violación del derecho internacional, sin más análisis:

En particular, si el Tribunal Arbitral concluyera (como señala el Demandante) que la CNEE desconoció deliberadamente los principios fundamentales del marco regulatorio vigente durante el proceso de revisión tarifaria que es objeto de controversia, dicho desconocimiento supondría una violación del derecho internacional¹⁹¹. (Énfasis añadido.)

El Tribunal Arbitral opina que tanto el marco regulatorio como el estándar mínimo de trato del derecho internacional obligaban a la CNEE a actuar en concordancia con los principios fundamentales aplicables al proceso de revisión tarifaria previsto en las leyes guatemaltecas¹⁹². (Énfasis añadido.)

125. Así pues, el Tribunal no definió los conceptos de derecho internacional que eran relevantes para su decisión ni los aplicó a los hechos del caso. El Laudo presenta una falta manifiesta de análisis del derecho internacional. El Tribunal sencillamente no aplicó el derecho internacional y equiparó una violación del derecho local con una violación del derecho internacional.
126. En el Memorial de Contestación de Anulación, TGH aduce que el análisis de derecho internacional del Tribunal consta en el párrafo 587 del Laudo, que dice lo siguiente¹⁹³:

En virtud del estándar mínimo, el derecho internacional prohíbe a los funcionarios del Gobierno ejercer su autoridad de manera abusiva, arbitraria o discriminatoria. El artículo 10.5 del CAFTA-RD también obliga al Estado a observar el debido proceso en el procedimiento administrativo. La falta de razones

¹⁹⁰ *Ibíd.*, párr. 679. En sentido completamente contrario a esto, la Corte de Constitucionalidad manifestó que “el procedimiento llevado a cabo por ambas partes hasta antes de que la autoridad impugnada dispusiera disolver la Comisión Pericial y con base en un estudio realizado de manera independiente dictar el acto reclamado, fue ceñido a lo regulado en el artículo 98 del Reglamento de la Ley General de Electricidad”, **Anexo R-105**, pág. 22 (énfasis añadido).

¹⁹¹ *Ibíd.*, párr. 481.

¹⁹² *Ibíd.*, párr. 682.

¹⁹³ Memorial de Contestación de Anulación de TGH, párr. 85.

puede ser un factor importante para determinar si una determinada decisión fue arbitraria y para establecer la falta de debido proceso en el procedimiento administrativo. Como lo han dicho autores destacados: “*si los funcionarios pueden demostrar que la decisión se adoptó de manera objetiva y racional (es decir, razonada), podrán desarticular cualquier reclamación efectuada en el marco del estándar. Si no pueden hacerlo, la conducta arbitraria debe remediarse*”. Esto es particularmente cierto en el contexto del proceso de revisión tarifaria, que se basa en la cooperación de buena fe entre las partes y en el que las partes habían previsto la intervención de un órgano neutral para resolver las diferencias.

127. Como puede apreciarse, este pasaje no hace más que ofrecer una breve definición del contenido del nivel mínimo de trato. No explica con profundidad qué significan la arbitrariedad y el debido proceso en el derecho internacional y, por cierto, no aplica esos estándares a los hechos. Esto no consta en ninguna parte del Laudo.
128. El no examinar apropiadamente el derecho internacional, no aplicar el derecho correcto a los hechos del caso y mezclar una violación del derecho regulatorio local con una violación del derecho internacional constituye otra extralimitación manifiesta en las facultades del Tribunal. Como lo determinó el tribunal del caso *MINE c. Guinea*, “el acuerdo de las partes sobre el derecho aplicable forma parte de su acuerdo de arbitraje”¹⁹⁴. En palabras del comité de anulación del caso *Sempra*, el tribunal “cometió un error fundamental de identificación y aplicación del derecho aplicable” y, por lo tanto, el Tribunal “no ha efectuado su examen sobre la base de [...] la norma legal aplicable”. Así pues, “esta no aplicación constituye una extralimitación de facultades dentro del Convenio del CIADI”¹⁹⁵.

D. CONCLUSIÓN SOBRE LA EXTRALIMITACIÓN MANIFIESTA EN LAS FACULTADES DEL TRIBUNAL

129. El Tribunal se extralimitó manifiestamente en sus facultades, básicamente por: (i) no haber analizado y reconocido que la diferencia planteada por TGH era una diferencia puramente de derecho interno, idéntica a la que ya había resuelto la Corte de

¹⁹⁴ *Maritime International Nominees Establishment c. República de Guinea* (Caso CIADI N.º ARB/84/4), Decisión sobre Anulación, 14 de diciembre de 1989, **Anexo RL-47**, párr. 5.03.

¹⁹⁵ *Sempra Energy International c. República Argentina* (Caso CIADI N.º ARB/02/16), Decisión sobre Anulación, 29 de junio de 2010, **Anexo RL-71**, párrs. 208-209.

Constitucionalidad, y no planteaba verdaderos reclamos por violación del Tratado; (ii) haber revocado las decisiones de la Corte de Constitucionalidad; y (iii) haber equiparado una violación del derecho interno con una supuesta violación del derecho internacional. La extralimitación manifiesta en las facultades del Tribunal exige la anulación del Laudo en su totalidad.

IV. EL LAUDO NO EXPRESA LOS MOTIVOS EN LOS QUE SE FUNDA

130. Como se explicó en el Memorial de Anulación de Guatemala¹⁹⁶, la falta de expresión de motivos en un laudo del CIADI constituye causal de anulación con arreglo al artículo 52(1)(e) del Convenio del CIADI. Tanto la falta total de motivos¹⁹⁷ como la expresión de motivos insuficientes, inadecuados o contradictorios¹⁹⁸ pueden constituir causales de anulación con arreglo a esta disposición. El laudo debe permitir al lector comprender cómo el tribunal pasó de los hechos iniciales a sus conclusiones¹⁹⁹. La motivación del Laudo en nuestro caso presenta serias omisiones y deficiencias y, por consiguiente, el Laudo no expresa los motivos en los que se funda.

¹⁹⁶ Memorial de Anulación de Guatemala, párrs. 180-182.

¹⁹⁷ *Hussein Nuaman Soufraki c. Emiratos Árabes Unidos* (Caso CIADI N.º ARB/02/7), Decisión sobre Anulación, 5 de junio de 2007, **Anexo RL-56**, párr. 126; *MTD Chile S.A. c. República de Chile* (Caso CIADI N.º ARB/01/7), Decisión sobre Anulación, 21 de marzo de 2007, **Anexo RL-55**, párrs. 50 y 78; *AES Summit Generation Limited y AES-Tisza Erömü Kft. c. República de Hungría* (Caso CIADI N.º ARB/07/22), Decisión sobre Anulación, 29 de junio de 2012, **Anexo RL-53**, párr. 17.

¹⁹⁸ *Maritime International Nominees Establishment c. República de Guinea* (Caso CIADI N.º ARB/84/4), Decisión sobre Anulación, 14 de diciembre de 1989, **Anexo RL-47**, párrs. 5.08-5.09; *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal S.A. c. República Argentina* (Caso CIADI N.º ARB/97/3), Decisión sobre Anulación, 3 de julio de 2002, **Anexo RL-50**, párrs. 64-65; *Wena Hotels Ltd c. República Árabe de Egipto* (Caso CIADI N.º ARB/98/4), Decisión sobre Anulación, 5 de febrero de 2002, **Anexo RL-64**, párrs. 77-78; *Hussein Nuaman Soufraki c. Emiratos Árabes Unidos* (Caso CIADI N.º ARB/02/7), Decisión sobre Anulación, 5 de junio de 2007, **Anexo RL-56**, párr. 23; *CDC Group plc c. República de Seychelles* (Caso CIADI N.º ARB/02/14), Decisión sobre Anulación, 29 de junio de 2005, **Anexo RL-58**, párr. 70; *Consortium RFCC c. Reino de Marruecos* (Caso CIADI N.º ARB/00/6), Decisión sobre Anulación, 18 de enero de 2006, **Anexo RL-78**, párrs. 243 y 260; *Patrick Mitchell c. República Democrática del Congo* (Caso CIADI N.º ARB/99/7), Decisión sobre Anulación, 1 de noviembre de 2006, **Anexo RL-79**, párrs. 21 y 65.

¹⁹⁹ *Maritime International Nominees Establishment c. República de Guinea* (Caso CIADI N.º ARB/84/4), Decisión sobre Anulación, 14 de diciembre de 1989, **Anexo RL-47**, párr. 5.09.

A. FALTA DE EXPRESIÓN DE LOS MOTIVOS EN QUE SE FUNDA LA DECISIÓN SOBRE JURISDICCIÓN

131. Como se explicó precedentemente²⁰⁰, Guatemala opuso una objeción a la jurisdicción *ratione materiae* con el argumento de que el reclamo de TGH no constituía un reclamo en los términos del Tratado de conformidad con el artículo 10.16.1(a)(i)(A) del CAFTA-RD, que contiene el consentimiento de Guatemala al arbitraje²⁰¹. El Tribunal desestimó esta objeción sin motivación: no analizó la disposición pertinente del CAFTA-RD y pasó completamente por alto el test *prima facie* que se aplica a este tipo de excepciones en el derecho internacional. Sencillamente adhirió a la forma en que TGH caracterizó su propio reclamo, pero no era ese el razonamiento necesario para explicar la desestimación de la objeción a la jurisdicción opuesta por Guatemala.
132. La primera tarea del Tribunal era analizar el alcance del consentimiento, el compromiso arbitral escrito aplicable al caso que nos ocupa, es decir, el artículo 10.16.1(a)(i)(A) del CAFTA-RD. El tribunal del caso *Iberdrola c. Guatemala*²⁰² evaluó hechos idénticos a los del caso que nos ocupa y aceptó la misma objeción a la jurisdicción opuesta por Guatemala, en relación con lo cual explicó que “el consentimiento es el requisito fundamental para que puedan someterse a arbitraje, al amparo del Convenio del CIADI, las controversias entre un Estado contratante y un inversionista de otro Estado contratante” y “el Tribunal no puede limitarse a constatar que el Estado correspondiente, en este caso la República de Guatemala, haya dado su consentimiento a la jurisdicción del CIADI. Por el contrario, debe verificar el alcance de dicho consentimiento”²⁰³.
133. El tribunal de *Iberdrola* añadió lo siguiente:

El consentimiento de la República de Guatemala al arbitraje con inversionistas españoles está contenido en el Tratado y, por lo tanto, las materias respecto de las cuales se dio ese consentimiento son las que determinan la competencia del Tribunal Arbitral. Corresponde entonces a este, teniendo en

²⁰⁰ Ver sección III.A.1.

²⁰¹ Ver párr. 54.

²⁰² *Iberdrola Energía S.A. c. República de Guatemala* (Caso CIADI N.º ARB/09/5), Laudo, 17 de agosto de 2012, **Anexo RL-32**.

²⁰³ *Ibíd.*, párrs. 293-294.

cuenta la materia de la controversia planteada por el inversionista reclamante, establecer si esta queda comprendida o no dentro del consentimiento al arbitraje y, por lo tanto, si es esta materia acerca de la cual el Tribunal puede decidir. Para este efecto se debe analizar el instrumento mediante el cual la República de Guatemala prestó su consentimiento al arbitraje, es decir, el Tratado²⁰⁴. (Énfasis añadido.)

134. En nuestro caso, el Tribunal no hizo nada por el estilo. Ni siquiera consideró relevante citar el artículo 10.16.1(a)(i)(A) del CAFTA-RD aunque sea una vez. Es así como, desde el principio de la sección sobre jurisdicción, el Tribunal juzgó equivocadamente la tarea que le competía. Cabe advertir que, por el contrario, el análisis debía realizarse con especial cuidado. En palabras, una vez más, del tribunal de *Iberdrola*:

Como se ha señalado en anteriores decisiones dictadas por tribunales arbitrales, el análisis sobre jurisdicción debe realizarse de manera cuidadosa, en cada caso en particular, teniendo en cuenta el respectivo tratado o instrumento de expresión del consentimiento y sin partir de presunciones a favor o en contra de la jurisdicción del CIADI o de la competencia del tribunal²⁰⁵.

135. Así pues, en este caso el Tribunal debería haber analizado cuidadosamente el artículo 10.16.1(a)(i)(A) del CAFTA-RD para determinar si tenía jurisdicción, pero no lo hizo. Contrariamente a lo que sostiene TGH²⁰⁶, no es irrelevante que el Tribunal haya omitido este análisis y presupuesto superficialmente que simplemente debía verificar si TGH había invocado el Tratado, lo que obviamente no era la cuestión. Se trataba de entender la importancia del alcance del consentimiento con arreglo al artículo 10.16.1(a)(i)(A) del CAFTA-RD y verificar la verosimilitud de las alegaciones efectuadas por TGH al amparo del Tratado tal como lo exigía esa disposición.
136. No obstante, el Tribunal no aplicó el test *prima facie* para evaluar la objeción a la jurisdicción opuesta por Guatemala. Al encontrarse frente a una objeción a la jurisdicción *ratione materiae* como la que aquí planteó Guatemala, un tribunal constituido al amparo

²⁰⁴ *Ibíd.*, párr. 295.

²⁰⁵ *Ibíd.*, párr. 303.

²⁰⁶ Memorial de Contestación de Anulación de TGH, párr. 50.

de un tratado debe analizar cuál es la base fundamental del reclamo²⁰⁷. Para ello, el tribunal debe analizar si, de demostrárselos, los hechos del caso pueden, *prima facie*, dar lugar a un reclamo verdaderamente internacional más que caracterizarse simplemente como configurativos de cuestiones de derecho local²⁰⁸.

137. En el Laudo, el Tribunal le dedicó apenas una página a este tema. Cabe advertir que, en esa página, el Tribunal no lleva adelante en absoluto un análisis de los hechos. El Tribunal recita las alegaciones de TGH y luego salta a la conclusión de que esas alegaciones bastan para demostrar que el reclamo queda comprendido en el ámbito del Tratado. Los siguientes son párrafos relevantes del Laudo (se incluyen los números de párrafo):

459. [E]l Demandante alega que los actos de Guatemala infringieron “*un sentido de justicia, equidad y sensatez*” y “*constituyen una repudiación imprevista y chocante de los propios fines y objetivos de una política [la de LGE], o de otro modo subvierte[n] gravemente una ley o política nacional por un motivo oculto*”. [...]

460. Esencialmente, el Demandante sostiene que [...] Guatemala repudió los principios fundamentales en los que se basaba el marco regulatorio [...].

461. El Demandante también aduce que la CNEE no actuó de buena fe [...].

462. Dichas alegaciones están respaldadas con pruebas que el Tribunal Arbitral deberá evaluar.

463. De acuerdo con el Demandante, dicha conducta constituye no solo una violación del marco regulatorio [...] sino también un incumplimiento de las obligaciones internacionales de la Demandada en el marco del CAFTA-RD.

464. El Tribunal Arbitral considera que el Demandante ha hecho alegaciones que, en caso de probarse, permitirían

²⁰⁷ Memorial de Objeciones y de Contestación de Demanda, párrs. 99-112; Dúplica, párrs. 31-37 y 77-78; Escrito de la Demandada Posterior a la Audiencia, párrs. 33-39 y 67; Réplica de la Demandada Posterior a la Audiencia, párrs. 45-52.

²⁰⁸ Memorial de Objeciones y de Contestación de Demanda, párrs. 3, 79-97 y 100-106; Dúplica, párrs. 21, 29 y 62-78; Escrito de la Demandada Posterior a la Audiencia, párrs. 35-39 y 59-60; Réplica de la Demandada Posterior a la Audiencia, párrs. 11-12, 14 y 44-52.

establecer el incumplimiento de las obligaciones de Guatemala relacionadas con el estándar mínimo, como se define en las secciones anteriores del presente laudo.

465. En opinión del Tribunal Arbitral, no cabe duda de que, si el Demandante prueba que Guatemala actuó en forma arbitraria y desconoció total y deliberadamente el marco regulatorio aplicable o mostró una falta absoluta de candor o buena fe en el proceso regulatorio, dicha conducta constituiría un incumplimiento del estándar mínimo²⁰⁹. (Énfasis añadido.)

138. Como se puede apreciar, el Tribunal salta de enumerar sin pronunciarse las alegaciones y los planteos de TGH (párrafos 459 a 463) a concluir que se encuentra superado el test *prima facie* para determinar la jurisdicción *ratione materiae* (párrafos 464 y 465). En el medio, nada. No se hizo ningún intento de analizar si los hechos respaldaban, aunque fuera *prima facie*, las alegaciones. Sencillamente no hay análisis. Si la parte demandante puede eludir una limitación a la jurisdicción *ratione materiae* sencillamente mediante planteos, afirmaciones y alegaciones unilaterales, entonces esa limitación queda sin efectos.
139. El análisis que el Tribunal debería haber llevado adelante es muy conocido en la práctica de los tribunales arbitrales. Para determinar si una diferencia configura un reclamo internacional, el tribunal debe analizar la base fundamental del reclamo y no puede aceptar la caracterización legal formal del mismo formulada por la parte demandante. Por ejemplo, en palabras del comité del caso *Duke c. Perú*:

[A]l aplicar los hechos que se presumen a la cuestión legal de la competencia, el tribunal debe caracterizar objetivamente tales hechos a fin de determinar finalmente si se encuentran o no dentro del alcance del consentimiento de las partes. Al efectuar la determinación, el tribunal no puede simplemente aceptar la caracterización de la demandante sin antes realizar un análisis de los hechos en cuestión²¹⁰.

²⁰⁹ Laudo, párrs. 459-465.

²¹⁰ *Duke Energy International Peru Investments No. 1 Ltd. c. República del Perú* (Caso CIADI N.º ARB/03/28), Decisión sobre Anulación, 1 de marzo de 2011, **Anexo RL-57**, párr. 118.

140. Como también se determinó correctamente en el caso *UPS c. Canadá*: “la mera afirmación de la parte demandante de que la diferencia queda comprendida en el ámbito de la competencia del Tribunal no es concluyente. Es el Tribunal quien debe resolver”²¹¹.
141. En el conocido fallo del caso *Oil Platforms*, la Corte Internacional de Justicia explicó lo siguiente:

Cuando la Corte debe determinar, en función de un tratado cuya aplicación e interpretación se discuten, si tiene jurisdicción, esa decisión debe ser definitiva [...] No basta, para arribar a esa decisión definitiva que la Corte concluya que oyó reclamos atinentes a los diversos artículos que constituyen “cuestiones planteables” o que son “de buena fe cuestiones de interpretación”. [...]

[...] El único modo en el que, en el presente caso, puede determinarse si los reclamos formulados por Irán se basan, de forma suficientemente verosímil, en el Tratado de 1955 es aceptar *pro tem* los hechos tal como los alegó Irán como ciertos y a la luz de ello interpretar los artículos I, IV y X a efectos de la competencia — es decir, ver si en función de los planteos de hecho de Irán podría configurarse la violación de uno o más de ellos²¹². (Énfasis añadido.)

142. En palabras del tribunal de *Bayindir c. Pakistán*, que la propia TGH cita:²¹³

En este sentido, la primera tarea del Tribunal es determinar el significado y el alcance de las disposiciones que invoca Bayindir como que confieren jurisdicción y evaluar si los hechos alegados por Bayindir están comprendidos en dichas disposiciones o son capaces, en caso de demostrarse, de constituir violaciones de las obligaciones a las que refieren. Al llevar adelante esta tarea, el Tribunal aplicará un estándar de *prima facie* tanto para determinar el significado y el alcance de las disposiciones del TBI como para evaluar si los hechos alegados pueden constituir o no violaciones. Si el resultado es afirmativo, habrá quedado establecida la jurisdicción del

²¹¹ *United Parcel Service of America, Inc. c. Canadá* (UNCITRAL case), Decisión sobre Jurisdicción, 22 de noviembre de 2002, **Anexo RL-4**, párrs. 34-35 y 37.

²¹² *Case concerning Oil Platforms (República Islámica de Irán c. Estados Unidos)* (1996 o Reports 803, General List No 90) Decisión sobre Excepciones Preliminares, Voto Razonado de la Jueza Higgins, 12 de diciembre de 1996, **Anexo RL-136**, párrs. 31-32.

²¹³ Memorial de Contestación de Anulación de TGH, párr. 53.

tribunal, pero la existencia de las violaciones seguirá siendo objeto de litigio en relación con la cuestión de fondo²¹⁴. (Énfasis añadido.)

143. Más recientemente, el tribunal de *Convial c. Perú* determinó lo siguiente:

[E]l Tribunal concuerda con la Demandada, y con el tribunal en el caso *Iberdrola c. Guatemala*, en el sentido que un tribunal arbitral CIADI no tiene competencia para dirimir una disputa por el mero hecho que una de las partes invoque una supuesta violación del Tratado de inversión en cuestión. En efecto, es necesario además que la parte que invoca tal violación internacional, fundamente suficientemente que los hechos alegados, “*de ser probados, podrían constituir una violación del Tratado*”²¹⁵.

144. En el Laudo no hay ningún análisis de los hechos o su caracterización objetiva o de la verosimilitud de los reclamos o su fundamento suficiente. El Tribunal no pasó de la caracterización de los hechos formulada por TGH. Este es el tipo de criterio que los tribunales internacionales y la Corte Internacional de Justicia consideran directamente inadmisibles, al abordar una objeción a la jurisdicción *ratione materiae* como la que aquí opuso Guatemala.

145. Por consiguiente, la decisión del Tribunal sobre jurisdicción es incomprensible. La base fundamental del reclamo de TGH estaba dada por la diferencia en torno a si la CNEE violó o no el Marco Regulatorio con la forma en que lo aplicó en el contexto de la revisión de las tarifas de EEGSA en el año 2008. El Tribunal describió la diferencia en estos términos:

La presente disputa surge de la alegada violación, por parte de la CNEE, del marco regulatorio guatemalteco para la determinación de las tarifas de distribución de energía por parte de EEGSA, sociedad distribuidora de electricidad en la cual el Demandante tenía una participación indirecta²¹⁶.

²¹⁴ *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. c. República Islámica de Pakistán* (Caso CIADI N.º ARB/03/29), Decisión sobre Jurisdicción, 14 de noviembre de 2005, **Anexo RL-75**, párr. 197.

²¹⁵ *Convial Callao S.A. y CCI - Compañía de Concesiones de Infraestructura S.A. c. República del Perú* (Caso CIADI N.º ARB/10/2) Laudo Final, 21 de mayo de 2013, **Anexo RL-133**, párr. 447.

²¹⁶ Laudo, párr. 79.

146. En otros párrafos del Laudo se ofrece una descripción similar:

La presente controversia se basa esencialmente en una alegación de abuso de poder por parte de un ente regulador y de violación del marco regulatorio en el contexto del proceso administrativo de revisión tarifaria²¹⁷.

La cuestión aquí consiste en determinar si el marco regulatorio permitía al regulador, en las circunstancias del caso, desconocer el estudio del distribuidor y aplicar el suyo propio. Las Partes discrepan al respecto²¹⁸.

147. Sin embargo, para explicar cómo la conducta de la CNEE cuestionada por TGH podría dar lugar a un planteo verosímil de violación del Tratado y superar la prueba de la jurisdicción, el Tribunal debía analizar la base fundamental del reclamo y si superaba el test *prima facie*. Pero falta este análisis.

148. En suma, el Tribunal rechazó el planteo de Guatemala de que el reclamo de TGH quedaba fuera del ámbito de jurisdicción del Tribunal sin exponer motivos respecto de cómo arribó a esa conclusión, en violación del Convenio del CIADI. Siguiendo la afirmación del profesor Pierre Lalive ya citada precedentemente, la decisión de sostener la jurisdicción cuando Guatemala la había negado es “de tal importancia capital que debe ser absolutamente fundada y justificada”²¹⁹. El Tribunal no ofreció los motivos en que se fundó su decisión sobre jurisdicción y ello exige la anulación del Laudo en su totalidad.

B. FALTA DE EXPRESIÓN DE MOTIVOS EN RELACIÓN CON EL CRITERIO DEL DERECHO INTERNACIONAL APLICABLE

149. Como se explicó precedentemente y en el Memorial de Anulación de Guatemala²²⁰, el análisis del Tribunal también resulta claramente insuficiente respecto del criterio del derecho internacional aplicable al fondo de la controversia. El análisis del contenido del estándar de trato justo y equitativo efectuado por el Tribunal se limitó a una breve afirmación de que dicho estándar “se ve quebrantado por una conducta [que] [...] es

²¹⁷ Laudo, párr. 489.

²¹⁸ Laudo, párr. 534.

²¹⁹ P Lalive, “On the Reasoning of International Awards” (2010) 1(1) Journal of International Dispute Settlement 55, **Anexo RL-63**, pág. 61. *Ver párr.* 51.

²²⁰ *Ver* sección III.C. *Ver también* Memorial de Anulación de Guatemala, párrs. 197-203.

arbitraria, notoriamente injusta o idiosincrática, es discriminatoria o involucra la ausencia del debido proceso y lleva así a un resultado que atenta contra la discrecionalidad jurídica”²²¹. Pero el Tribunal no definió el contenido del estándar más allá de la oración precedente y no vinculó los hechos a ese criterio. Así pues, para un lector objetivo del Laudo resulta imposible comprender por qué o cómo Guatemala violó o no violó el estándar mínimo de trato.

150. Por otra parte, el Tribunal no definió los términos “arbitrariedad” y “debido proceso” para el derecho internacional, conceptos que fueron de crucial importancia en su decisión. A estos dos conceptos se los repite a lo largo del Laudo, como se puede apreciar en los siguientes párrafos:

Teco afirma que Guatemala violó su obligación de otorgarle su inversión un trato justo y equitativo al [...] haber actuado de forma arbitraria, ilegal y de mala fe durante el procedimiento de revisión tarifaria de 2008²²². (Énfasis añadido.)

En opinión del Tribunal Arbitral, la CNEE, al adoptar la Resolución 144-2008, [...] actuó en forma arbitraria y en violación de los principios fundamentales del debido proceso en cuestiones regulatorias²²³. (Énfasis añadido.)

Por lo expuesto, el Tribunal Arbitral concluye que la Resolución 144-2008 no guarda concordancia con el Marco Regulatorio. [...] [L]a CNEE actuó arbitrariamente y en violación del proceso administrativo delineado para la revisión tarifaria²²⁴. (Énfasis añadido.)

El Tribunal arbitral concluye que el incumplimiento de los dos principios fundamentales del marco regulatorio aplicables al proceso de revisión tarifaria es arbitrario y viola los principios básicos del debido proceso en cuestiones administrativas. Dicho comportamiento, por ende, constituye una violación de la obligación de Guatemala de conferir un trato justo y

²²¹ Laudo, párr. 454.

²²² *Ibíd.*, párr. 321.

²²³ *Ibíd.*, párr. 664.

²²⁴ *Ibíd.*, párr. 681.

equitativo en virtud del artículo 10.5 del CAFTA-RD²²⁵.
(Énfasis añadido.)

151. Pero en ninguna parte del Laudo se incluye un análisis de los términos “arbitrariedad” o “debido proceso” en el derecho internacional. El Tribunal tampoco explicó de qué manera los hechos de este caso podrían caracterizarse como arbitrarios o faltos de debido proceso. Se omitió hasta la definición clásica de arbitrariedad formulada por la Corte Internacional de Justicia en el caso *ELSI*²²⁶, a la que las partes se refirieron reiteradamente en sus presentaciones²²⁷.
152. En el Memorial de Contestación TGH sostiene que no había necesidad de que el Tribunal se remitiera al caso *ELSI* respecto de la definición de arbitrariedad en el derecho internacional porque ésta “no era un punto de desacuerdo entre las Partes”²²⁸. Esto es incorrecto. Guatemala alegó en el Arbitraje, en función del caso *ELSI*, que no media arbitrariedad cuando los actos, aun de ser censurables, se realizaron sobre la base de un régimen legal efectivo que ofrece recursos judiciales apropiados²²⁹. TGH disintió²³⁰. Por lo tanto, el Tribunal no le dio importancia a las opiniones divergentes de las Partes sobre el particular. El Tribunal no hizo referencia a *ELSI* y no aportó ninguna otra definición del concepto de arbitrariedad en el derecho internacional.
153. La falta de definición y análisis del criterio aplicable en el derecho internacional está presente en todo el Laudo. Por ejemplo, el Tribunal no define por qué el comportamiento de la CNEE, aun de conllevar la violación del Marco Regulatorio (por ejemplo, por no

²²⁵ *Ibíd.*, párr. 711.

²²⁶ *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI)*, Sentencia, ICJ Reports, 1989, pág. 15, **Anexo RL-1**, párrs. 128-129.

²²⁷ Memorial de la Demandante, párr. 240; Memorial de Objeciones y de Contestación de Demanda, párrs. 528 y 533; Réplica, párr. 237; Dúplica, párrs. 165-166 y 170; Escrito de la Demandante Posterior a la Audiencia, párr. 41; Escrito de la Demandada Posterior a la Audiencia, párrs. 274 y 277; Réplica de la Demandante Posterior a la Audiencia, párr. 35; Réplica de la Demandada Posterior a la Audiencia, párr. 147.

²²⁸ Memorial de Contestación de Anulación de TGH, párr. 79.

²²⁹ Memorial de Objeciones y de Contestación de Demanda, párr. 529; Dúplica, párr. 167; Escrito de la Demandada Posterior a la Audiencia, párr. 275; Réplica de la Demandada Posterior a la Audiencia, párr. 147.

²³⁰ Réplica, párr. 237; Escrito de la Demandante Posterior a la Audiencia, párr. 46; Réplica de la Demandante Posterior a la Audiencia, párr. 35.

estar suficientemente fundamentada la Resolución 144-2008), también era arbitrario para el derecho internacional.

154. El Tribunal sencillamente concluyó que había arbitrariedad y falta de debido proceso sin definir los criterios internacionales de arbitrariedad y debido proceso y, por ende, sin aplicar el derecho internacional a los hechos. En consecuencia, el Laudo no expresa los motivos en que el Tribunal fundó su decisión.

C. LA MANIFIESTA CONTRADICCIÓN REFERIDA A LA POSIBILIDAD DE REVISAR LAS DECISIONES DE LA CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD

155. Como se señaló precedentemente y en el Memorial de Anulación de Guatemala²³¹, la Corte de Constitucionalidad determinó que la CNEE no había violado el Marco Regulatorio²³². En la decisión del 18 de noviembre de 2009²³³ referida específicamente a la Resolución 144-2008²³⁴, la Corte de Constitucionalidad concluyó que la CNEE actuó dentro del ámbito de su competencia, es decir, que “sigui[ó] el proceso regulado por ley”²³⁵, y, por ende, la Corte confirmó la legalidad de la Resolución. Así lo confirmó la decisión de la Corte del 24 de febrero de 2010²³⁶.
156. El Tribunal reconoció que la decisión de la Corte del 18 de noviembre de 2009 resolvió la diferencia referente a la Resolución 144-2008:

[E]l 18 de noviembre de 2009, la Corte de Constitucionalidad, mediante una decisión por mayoría, revocó la sentencia del Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil, poniendo fin al planteamiento judicial contra la Resolución 144-2008²³⁷.
(Énfasis añadido.)

²³¹ Ver sección III.B. Ver también Memorial de Anulación de Guatemala, párrs. 204-212.

²³² Ver párrs. 12, 30 y 38.

²³³ Sentencia de la Corte de Constitucionalidad, 18 de noviembre de 2009, **Anexo R-105**.

²³⁴ Resolución CNEE 144-2008, 29 de julio de 2008, **Anexo R-95**.

²³⁵ Sentencia de la Corte de Constitucionalidad, 18 de noviembre de 2009, **Anexo R-105**, pág. 31.

²³⁶ Sentencia de la Corte de Constitucionalidad, 24 de febrero de 2010, **Anexo R-110**, págs. 27-28 y 32.

²³⁷ Laudo, párr. 233.

157. Por otra parte, el Tribunal reconoció en el Laudo que “[l]a labor del Tribunal no es ni puede ser revisar las conclusiones a las que llegan los tribunales de Guatemala”²³⁸.
158. Sin embargo, en clara contradicción de ello, el Tribunal fundó su decisión de que la CNEE violó el Marco Regulatorio con el dictado de la Resolución 144-2008:

Por lo expuesto, el Tribunal Arbitral concluye que la Resolución 144-2008 no guarda concordancia con el marco regulatorio. Al desconocer el estudio del distribuidor [...] sin tomar en cuenta las conclusiones de la Comisión Pericial ni hacer referencia a ellas, la CNEE actuó arbitrariamente y en violación del proceso administrativo delineado para la revisión tarifaria²³⁹. (Énfasis añadido.)

El Tribunal Arbitral opina que tanto el marco regulatorio como el estándar mínimo de trato del derecho internacional obligaban a la CNEE a actuar en concordancia con los principios fundamentales aplicables al proceso de revisión tarifaria previsto en las leyes guatemaltecas²⁴⁰.

Sobre la base de dichos principios, el Tribunal Arbitral procederá a analizar si la Resolución 144-2008 es arbitraria y constituye una violación de las obligaciones internacionales del Estado en virtud del estándar mínimo de trato²⁴¹.

159. Así pues, el Tribunal concluyó que la Resolución 144-2008 era contraria al Marco Regulatorio, si bien la Corte de Constitucionalidad había determinado que estaba en concordancia con el mismo.
160. Por consiguiente, el Laudo es claramente contradictorio. Nadie que lea el Laudo puede entender cómo es que se puede concluir que la CNEE violó el Marco Regulatorio y se condujo arbitrariamente y sin respetar el debido proceso al dictar la Resolución 144-2008, siendo que la Corte de Constitucionalidad confirmó dicha resolución por considerar que se ajustaba al Reglamento y el derecho guatemalteco. Por otra parte, el Tribunal afirmó categóricamente que no pondría en duda las decisiones de la Corte Constitucional. Ello constituye una clara contradicción y, por lo tanto, una falta de expresión de motivos.

²³⁸ *Ibíd.*, párr. 477 (énfasis añadido).

²³⁹ *Ibíd.*, párr. 681.

²⁴⁰ *Ibíd.*, párr. 682.

²⁴¹ *Ibíd.*, párr. 671.

D. LA FALTA DE FUNDAMENTACIÓN Y LA MANIFIESTA CONTRADICCIÓN REFERIDAS A LA DECISIÓN SOBRE DAÑOS POR PÉRDIDAS HISTÓRICAS

161. Como se explicó en el Memorial de Anulación de Guatemala y precedentemente²⁴², el Tribunal determinó que la CNEE podía rechazar el estudio de Bates White y no estaba obligada a seguir el informe de la Comisión Pericial, ya que ninguno de estos dos documentos era vinculante. Sin embargo, al proceder de este modo la CNEE debería haber expresado los motivos correspondientes. Esta falta de expresión de motivos constituye la base de la conclusión, en el Laudo, de que Guatemala violó el Tratado.
162. Sin embargo, en la decisión sobre daños históricos, el Tribunal le concedió a TGH una indemnización en función de que la CNEE debería haber aprobado el estudio de Bates White. Entonces, al estudio se lo considera vinculante. En efecto, las pérdidas se calcularon como diferencia entre las tarifas que se habrían fijado en función del estudio de Bates White (en su versión de julio de 2008, que supuestamente contenía las correcciones recomendadas en el informe de la Comisión Pericial) y las tarifas fijadas por la CNEE mediante la aplicación del estudio de Sigla. Así pues, se condenó a Guatemala a pagar por un acto (el rechazo del estudio de Bates White por parte de la CNEE) que el Tribunal no había declarado violatorio del Marco Regulatorio o el Tratado. Ello es claramente erróneo y supone una clara contradicción. Ningún lector objetivo del Laudo podría llegar a comprender la condena en daños al tener frente a sí la decisión sobre responsabilidad, lo que constituye por parte del Tribunal una falta de expresión de motivos. Así pues, corresponde la anulación de la sección del Laudo referente a los daños históricos.
163. Recordemos brevemente la decisión del Tribunal sobre el fondo. El Tribunal desestimó la mayor parte de los planteos de TGH en el Arbitraje. Rechazó los argumentos referentes a las expectativas legítimas y modificaciones fundamentales del Marco Regulatorio²⁴³. Desestimó también el argumento de que la CNEE no estaba facultada a disolver la Comisión Pericial una vez que ésta hubiera emitido su informe²⁴⁴ y que la CNEE

²⁴² Ver párrs. 18-20, 27, 30, 39 y 103. Ver también Memorial de Anulación de Guatemala, párrs. 213-224.

²⁴³ Laudo, párrs. 618, 621 y 624-638.

²⁴⁴ *Ibíd.*, párrs. 653-657.

manipuló los términos de referencia²⁴⁵, no cooperó en el proceso de revisión de las tarifas²⁴⁶ y había violado el acuerdo con EEGSA de delegar facultades a la Comisión Pericial²⁴⁷. También determinó que la CNEE no intentó influir indebidamente en las decisiones de la Comisión Pericial²⁴⁸ y no había tomado represalias de ningún tipo contra EEGSA²⁴⁹.

164. El Tribunal solamente criticó la decisión de la CNEE, una vez emitido el informe de la Comisión Pericial, de: (a) considerar que no estaba obligada a implementar el informe de la Comisión Pericial sobre el estudio de Bates White; (b) rechazar el estudio de Bates White, incluido el del 28 de julio de 2008 que, según Bates White y EEGSA, contenía todas las correcciones pedidas en el informe de la Comisión Pericial; y (c) aplicar el estudio de Sigla para fijar las tarifas. Como ya se explicó antes reiteradamente²⁵⁰, todas esas decisiones constaban en la Resolución 144-2008 de la CNEE.
165. Para ser precisos, la violación identificada por el Tribunal no tenía que ver con las decisiones mencionadas de la CNEE según constaban en la Resolución 144-2008 sino con el hecho de que la CNEE no expresó los fundamentos o motivos en que se basaban esas decisiones²⁵¹. En consonancia con la conclusión del Tribunal de que el estudio de Bates White no era vinculante y el informe de la Comisión Pericial tampoco lo era sino que era consultivo²⁵², el Tribunal no podía declarar responsable a la CNEE por no haber implementado el informe o por haber rechazado el estudio de Bates White. Así pues, el punto central era la insuficiente fundamentación de las decisiones en cuestión.
166. En efecto, toda la sección del Laudo sobre responsabilidad tiene como premisa la falta de expresión de motivos por parte de la CNEE. Cabe destacar los siguientes párrafos del Laudo (se incluyen los números de párrafo; énfasis añadido):

²⁴⁵ *Ibíd.*, párrs. 639-643.

²⁴⁶ *Ibíd.*, párr. 644.

²⁴⁷ *Ibíd.*, párrs. 649, 650.

²⁴⁸ *Ibíd.*, párrs. 645-652.

²⁴⁹ *Ibíd.*, párrs. 712-715.

²⁵⁰ *Ver párrs.* 11-13 y 93-100.

²⁵¹ Laudo, párrs. 545, 561-563 y 576.

²⁵² *Ibíd.*, párrs. 565 y 670.

457. [...] Al evaluar si ha existido dicha falta de debido proceso, es importante señalar que la administración de Guatemala no fundamentó completamente sus decisiones o no acató sus propias normas.

531. Esto no significa afirmar, por supuesto, que el estudio del distribuidor es vinculante para el regulador. Este último puede no estar de acuerdo con ciertas partes del estudio, en cuyo caso la Comisión Pericial deberá emitir un pronunciamiento que, si bien no es vinculante, el regulador deberá considerar con cuidado y de buena fe. Lo que el artículo 98 excluye, no obstante, es la facultad discrecional del regulador para rechazar sin fundamento el estudio del distribuidor y, según sea el caso, los pronunciamientos de la Comisión Pericial.

545. Como se verá en otras secciones del presente laudo, la Corte de Constitucionalidad tampoco decidió si, a pesar de que el informe de la Comisión Pericial no era vinculante, la CNEE tenía la obligación de considerarlo y justificar toda decisión de no tenerlo en cuenta. En consecuencia, dicha cuestión será decidida por el Tribunal Arbitral.

561. Dicho esto, el Tribunal Arbitral observa que la Corte de Constitucionalidad no estaba llamada a decidir si, a pesar de que el dictamen de la Comisión Pericial tenía un valor “*informativo*”, la CNEE tenía la obligación, en virtud del marco regulatorio, de tomarlo seriamente en cuenta para establecer las tarifas o justificar la decisión de apartarse de él.

562. Indudablemente, la Corte de Constitucionalidad no puede haber pretendido decir que la CNEE podía, en forma arbitraria y sin motivo alguno, desatender las recomendaciones de la Comisión Pericial.

564. [L]a CNEE conserva la potestad exclusiva de fijar la tarifa [...] Sin embargo, esto no significa que la CNEE no debía haber considerado seriamente el informe de la Comisión Pericial. Tampoco significa que la CNEE tenía facultades discrecionales ilimitadas para apartarse de él sin razones válidas.

565. El Tribunal Arbitral considera que, si bien las conclusiones de la Comisión Pericial no eran vinculantes en el sentido de que esta no tenía poder de decisión, la CNEE estaba obligada por el marco regulatorio a considerarlas seriamente y a presentar razones válidas en el caso de que decidiera apartarse de ellas.

576. La segunda es que las conclusiones de la Comisión Pericial debían tener un peso mucho mayor que las opiniones de un consultor que el regulador pudiese haber contratado para su propio beneficio. Si el regulador estuviera facultado para desconocer las conclusiones de la Comisión Pericial sin explicar los motivos, el marco regulatorio no tendría sentido.

583. En la opinión del Tribunal Arbitral, el regulador no podía optar por desconocer los pronunciamientos de la Comisión Pericial sin expresar sus motivos. La obligación de justificar proviene del marco regulatorio y de las obligaciones internacionales del Estado que impone el estándar mínimo.

584. Dentro del marco regulatorio, sería totalmente incongruente proporcionar un mecanismo de determinación de peritos y, al mismo tiempo, permitir al regulador desconocer las conclusiones de la Comisión Pericial sin expresar motivo alguno. Admitir que el regulador podría ignorar las conclusiones de la Comisión Pericial sin dar justificación alguna equivaldría a asimilar a esta última a una consultora contratada por el regulador en su propio beneficio, lo que, claramente, no era el objetivo al que apuntaba la LGE y el RLGE.

585. En primer lugar, las partes ciertamente no habrían dedicado tanto cuidado y atención al proceso de determinación pericial si el regulador tenía derecho a ignorar totalmente las conclusiones de la Comisión Pericial sin expresar los motivos. [...]

586. Asimismo, la obligación del regulador de expresar los motivos deriva del propio marco regulatorio. [...]

587. [...] La falta de razones puede ser un factor importante para determinar si una determinada decisión fue arbitraria y para establecer la falta de debido proceso en el procedimiento administrativo. [...]

588. En resumen, el Tribunal Arbitral concluye que, si bien las conclusiones de la Comisión Pericial no eran técnicamente vinculantes para la CNEE, ésta tenía la obligación de considerarlas seriamente y de explicar sus razones en caso de que decidiera desconocerlas.

633. [...] [Si] el regulador, luego de su debida consideración, habría expresado de buena fe motivos suficientes para desconocer el informe de la Comisión Pericial). El Tribunal

Arbitral no considera objetable que, si el distribuidor omite incorporar las correcciones en dicha situación, el regulador pueda decidir utilizar su propio estudio independiente.

664. [...] En opinión del Tribunal Arbitral, la CNEE, al adoptar la Resolución 144-2008, al desconocer sin motivos el informe de la Comisión Pericial y al imponer unilateralmente una tarifa basada en los cálculos del VAD de su propia consultora, actuó en forma arbitraria y en violación de los principios fundamentales del debido proceso en cuestiones regulatorias.

670. Por último, el Tribunal Arbitral concluyó que, si bien las conclusiones de la Comisión Pericial no son técnicamente vinculantes en el sentido de que la Comisión Pericial no cuenta con poder de decisión, el regulador tenía la obligación de considerarlas seriamente y de proveer razones en el caso que decidiera apartarse de ellas.

678. En la Resolución 144-2008 se indica, sin embargo, que la CNEE [...] decidió, sin motivo alguno, no tomar en cuenta los pronunciamientos de la Comisión Pericial.

683. La CNEE, luego de recibir el informe de la Comisión Pericial, lo debería haber analizado y debería haber tomado en cuenta sus conclusiones al determinar la tarifa sobre la base del estudio del VAD de Bates White, a menos que hubiera tenido una justa razón para considerar que dichas conclusiones no se ajustaban al marco regulatorio, en cuyo caso tenía la obligación de expresar fundamentos válidos en tal sentido. No obstante, no se ofrecieron dichos fundamentos.

687. En opinión del Tribunal Arbitral, al aceptar que la Comisión Pericial entregaría su informe en la semana del 24 de julio de 2008, o incluso a mediados de julio de 2008, la CNEE también tenía que aceptar que no estaría en condiciones de considerar seriamente las conclusiones de los peritos, de corregir el estudio del VAD de Bates White y de llegar a publicar las tarifas el 1 de agosto de 2008.

698. En cuanto a la opinión de Guatemala sobre la libertad del regulador de fijar las tarifas sobre la base de un estudio del VAD que no reflejara los pronunciamientos de la Comisión Pericial, también se entiende que es incorrecta. De hecho, el marco regulatorio solo permite a la CNEE aplicar su propio estudio unilateral del VAD en dos circunstancias especiales, ninguna de las cuales se dio en el presente caso.

700. En primer lugar, si el regulador estaba en desacuerdo con las conclusiones de la Comisión Pericial sobre la depreciación, debería haber expresado de buena fe dicho desacuerdo en forma razonable al recibir el informe de la Comisión Pericial.

708. La decisión del regulador se funda en que el consultor no había incorporado la totalidad de las observaciones efectuadas en abril de 2008. Dicho fundamento es a todas luces incongruente con el marco regulatorio y constituye un desconocimiento infundado de los pronunciamientos de la Comisión Pericial.

167. Como queda claro a partir de los párrafos precedentes, la CNEE estaba habilitada a rechazar el estudio de Bates White y el informe de la Comisión Pericial. No obstante, no podía hacerlo sin considerarlos seriamente y expresar los motivos de su decisión. Es esto lo que el Tribunal entendió violatorio del Tratado.
168. El Tribunal luego determinó que esta violación le había “causado” daños a TGH por los que Guatemala debía indemnizarla:

Como se verá en las siguientes secciones de este laudo, el Tribunal Arbitral considera que esta violación ha causado daños al Demandante, respecto de los cuales el Demandante tiene derecho a ser compensado²⁵³.

169. Las “siguientes secciones de este laudo” son las que constan en la sección IX del mismo, titulada “Daños”. Así pues, en esas secciones, como lo expresó precisamente el Tribunal en el pasaje recién citado, el Tribunal identificaría los daños causados por la falta de expresión de los motivos por los cuales la CNEE rechazó el estudio de Bates White y el informe de la Comisión Pericial, que fue la violación declarada en la sección del Laudo sobre responsabilidad.
170. Sin embargo, en la sección del Laudo referente a las “pérdidas históricas”, el Tribunal no identificó los daños ocasionados por la falta de fundamentación por parte de la CNEE sino, más bien, los daños derivados de otra conducta de la CNEE, como el siguiente pasaje del Laudo permite apreciar con claridad:

²⁵³ Laudo, párr. 711.

El Tribunal Arbitral considera que los incumplimientos de la Demandada han causado daños al Demandante. [...] La suma de dichas pérdidas debe cuantificarse [...] sobre la base de cuáles habrían sido las tarifas si el CNEE hubiese cumplido el marco regulatorio. Tal como se dijo más arriba en el párrafo 728, dicho cálculo se realiza adecuadamente en base al estudio de Bates White del 28 de julio de 2008. El Tribunal Arbitral ha aceptado la postura del Demandante sobre las tres cuestiones en disputa (VNR, FRC, gastos de capital). En consecuencia, el Tribunal Arbitral acepta el reclamo del Demandante referido a las pérdidas históricas que ascienden a US\$21.100.552²⁵⁴. (Énfasis añadido.)

171. Así pues, el Tribunal cuantificó los daños en función del estudio de Bates White, tal como si la CNEE hubiera estado obligada a acatar ese estudio al fijar las tarifas. Sin embargo, no era esta una obligación que el Tribunal hubiera identificado al interpretar el Marco Regulatorio y concluir que la CNEE lo había violado. La obligación y la violación identificadas tenían que ver con la falta de fundamentación de la decisión de la CNEE de rechazar el estudio de Bates White, no el rechazo *per se*. Por lo tanto, el Tribunal jamás podría haber ordenado el pago de las pérdidas ocasionadas por el rechazo del estudio de Bates White por parte de la CNEE. Se determinó que esto era, en sí, lícito.
172. TGH aduce que el Tribunal en realidad determinó que “no hubo razones válidas” para que la CNEE rechazara el estudio de Bates White y el informe de la Comisión Pericial²⁵⁵ y, por consiguiente, que el estudio y el informe eran vinculantes para la CNEE. Sin embargo, TGH basa este argumento en el párrafo 731 del Laudo, situado en la sección sobre daños y no en la sección sobre responsabilidad. Dicho pasaje ilustra claramente la contradicción que presenta el Laudo.
173. En el párrafo al que se remite TGH, el Tribunal determinó que “[l]a Demandada [no] estableció que el regulador hubiera tenido una razón válida para desconocer los pronunciamientos de la Comisión Pericial en relación con la base de activos” y que “[t]ras realizar un análisis exhaustivo de las pruebas, el Tribunal Arbitral no encuentra elementos convincentes para afirmar que en el estudio de Bates White del 28 de julio no se incorporaron los pronunciamientos de la Comisión Pericial o que existe alguna razón

²⁵⁴ *Ibíd.*, párr. 742.

²⁵⁵ Memorial de Contestación de Anulación de TGH, párrs. 111-112.

para apartarse de dichos pronunciamientos”²⁵⁶. Así, el Tribunal procedió a ordenar una indemnización por las pérdidas históricas en función de que el estudio de Bates White de julio de 2008 era vinculante para la CNEE.

174. Por consiguiente, en el párrafo 731 del Laudo, el Tribunal cambió el fundamento de la responsabilidad de Guatemala. Con el argumento de que no había razones válidas para apartarse del estudio de Bates White y desatender los pronunciamientos de la Comisión Pericial, se responsabilizó a Guatemala porque la CNEE rechazó el estudio de Bates White de julio de 2008 y el informe de la Comisión Pericial. Sin embargo, no es ésta la violación que anteriormente había identificado el Tribunal en la sección sobre responsabilidad y por la cual, al final de esa sección, declaró que “[c]omo se verá en las siguientes secciones de este laudo, el Tribunal Arbitral considera que esta violación ha causado daños al Demandante, respecto de los cuales el Demandante tiene derecho a ser compensado”²⁵⁷. La sección siguiente sobre pérdidas históricas calculó los daños por una “violación” distinta y, por lo tanto, es completamente incorrecta.
175. En otras palabras, se calcularon los daños por un acto (el rechazo del estudio de Bates White y el informe de la Comisión Pericial) que el Tribunal había considerado lícito en la sección del Laudo sobre el fondo. Esto es consecuencia necesaria del hecho de que se declaró culpable a la CNEE de no fundamentar ese rechazo; si el rechazo hubiera sido ilícito *per se*, no habría tenido sentido fundar la decisión sobre responsabilidad en la falta de fundamentación. Por otra parte, el Tribunal dejó en claro que el rechazo no era ilícito porque el estudio de Bates White y el informe de la Comisión Pericial no eran vinculantes para la CNEE:

Esto no significa afirmar, por supuesto, que el estudio del distribuidor es vinculante para el regulador. Este último puede no estar de acuerdo con ciertas partes del estudio, en cuyo caso la Comisión Pericial deberá emitir un pronunciamiento que [...] no es vinculante²⁵⁸. (Énfasis añadido.)

²⁵⁶ Laudo, párr. 731.

²⁵⁷ *Ibíd.*, párr. 711.

²⁵⁸ *Ibíd.*, párr. 531.

[A] pesar de que el informe de la Comisión Pericial no era vinculante, la CNEE tenía la obligación de considerarlo y justificar toda decisión de no tenerlo en cuenta²⁵⁹. (Énfasis añadido.)

[A] pesar de que el dictamen de la Comisión Pericial tenía un valor “informativo”, la CNEE tenía la obligación, en virtud del marco regulatorio, de tomarlo seriamente en cuenta para establecer las tarifas o de justificar la decisión de apartarse de él²⁶⁰. (Énfasis añadido.)

[L]as conclusiones de la Comisión Pericial no eran vinculantes en el sentido de que esta no tenía poder de decisión [...]²⁶¹. (Énfasis añadido.)

[L]as conclusiones de la Comisión Pericial no eran técnicamente vinculantes para la CNEE [...]²⁶². (Énfasis añadido.)

[Si] el regulador, luego de su debida consideración, habría expresado de buena fe motivos suficientes para desconocer el informe de la Comisión Pericial) [...], [e]l Tribunal Arbitral no considera objetable que, si el distribuidor omite incorporar las correcciones en dicha situación, el regulador pueda decidir utilizar su propio estudio independiente²⁶³. (Énfasis añadido.)

La CNEE, luego de recibir el informe de la Comisión Pericial, lo debería haber analizado y debería haber tomado en cuenta sus conclusiones al determinar la tarifa sobre la base del estudio del VAD de Bates White, a menos que hubiera tenido una justa razón para considerar que dichas conclusiones no se ajustaban al marco regulatorio, en cuyo caso tenía la obligación de expresar fundamentos válidos en tal sentido. No obstante, no se ofrecieron dichos fundamentos²⁶⁴. (Énfasis añadido.)

176. En definitiva, la CNEE no estaba obligada a aceptar el informe de la Comisión Pericial ni el estudio de Bates White, en su versión corregida en julio de 2008 y que supuestamente incorporaba (unilateralmente) el informe de la Comisión Pericial, es decir, el Estudio de

²⁵⁹ *Ibíd.*, párr. 545.

²⁶⁰ *Ibíd.*, párr. 561.

²⁶¹ *Ibíd.*, párr. 565.

²⁶² *Ibíd.*, párr. 588.

²⁶³ *Ibíd.*, párr. 633.

²⁶⁴ *Ibíd.*, párr. 683.

Bates White de Julio de 2008. Si la CNEE hubiera considerado más el informe de la Comisión Pericial y hubiera ofrecido motivos suficientes para apartarse del mismo y del estudio de Bates White y adoptado, de todas formas, el estudio de Sigla, no se habría producido la violación del Tratado. Así pues, el Tribunal no podía calcular los daños sobre el presupuesto de que el informe de la Comisión Pericial y el estudio de Bates White eran plenamente vinculantes. Sin embargo, el Tribunal sí calculó los daños de este modo. Esto significa que finalmente Guatemala debe pagar las consecuencias de conducta que no se declaró violatoria del Tratado.

177. En el caso *Pey Casado c. Chile* un defecto similar llevó a la anulación. El tribunal aceptó el cálculo de los daños propuesto por la demandante sobre la base del reclamo por expropiación pero rechazó ese reclamo como cuestión de fondo y solamente concluyó que medió responsabilidad por la violación del trato justo y equitativo²⁶⁵. En palabras del comité:

La utilización del Tribunal del cálculo de daños por expropiación es manifiestamente incoherente con su decisión unos párrafos antes de que dicho cálculo de daños por expropiación es irrelevante y que todas las pruebas y presentaciones relativas a él no podían ser tenidas en cuenta²⁶⁶.

178. Ello resulta completamente aplicable en el caso que nos ocupa: existe una incoherencia obvia entre la decisión sobre el fondo del reclamo de TGH y la decisión sobre daños. Los daños calculados sobre la base de que la CNEE no podía rechazar el estudio de Bates White o que no podía implementar el informe de la Comisión Pericial no podían utilizarse para ordenar el pago de una indemnización por el hecho de que la CNEE no fundamentó esas medidas. Existe una diferencia evidente entre ambas cuestiones. En un escenario, se considera que la CNEE está obligada a seguir el estudio de Bates White o el informe de la Comisión Pericial; en el otro, no se considera que la CNEE deba estarse al estudio e informe sino que solamente está obligada a fundamentar su decisión de desatenderlos. Los daños no pueden ser los mismos en dos escenarios distintos.

²⁶⁵ *Victor Pey Casado y Fundación "Presidente Allende" c. Chile* (Caso CIADI N.º ARB/98/2), Decisión sobre Anulación, 18 de diciembre de 2012, **Anexo RL-80**, párr. 282.

²⁶⁶ *Victor Pey Casado y Fundación "Presidente Allende" c. Chile* (Caso CIADI N.º ARB/98/2), Decisión sobre Anulación, 18 de diciembre de 2012, **Anexo RL-80**, párr. 285.

179. El comité de anulación de *MINE c Guinea* sostuvo que “el requisito de que un laudo debe ser fundamentado implica que debe permitirle al lector seguir el razonamiento del tribunal sobre cuestiones de hecho y de derecho”²⁶⁷. En el Arbitraje, no hay lector capaz de entender por qué el Tribunal calculó los daños en función de un estudio tarifario, el de Bates White, que la CNEE no estaba obligada a acatar a los efectos de fijar las tarifas.
180. Esta contradicción e incoherencia patentes constituyen una falta de expresión de motivos que exige la anulación de la decisión del Tribunal sobre daños históricos.

E. FALTA DE EXPRESIÓN DE LOS MOTIVOS EN QUE SE FUNDA LA DECISIÓN SOBRE COSTOS

181. Como se explicó en el Memorial de Anulación de Guatemala²⁶⁸, también es imposible entender el razonamiento del Tribunal en materia de costos.
182. En primer lugar, sin explicación alguna, el Tribunal determinó que los costos de TGH eran “justificados” y “adecuados”²⁶⁹. Sin embargo, el Tribunal no intentó en absoluto explicar esta conclusión.
183. TGH sostiene que sus costos de más de US\$10 millones eran razonables y afirma que “los costos [...] fueron exacerbados por la conducta indebida de Guatemala en el arbitraje”²⁷⁰. Se trata de una acusación extraordinaria si consideramos que Guatemala no generó obstáculo alguno en el Arbitraje e incluso consintió en no bifurcar la cuestión de la jurisdicción del Tribunal. Guatemala cooperó tanto que el proceso se extendió solamente dos años y medio desde su inicio hasta los escritos posteriores a la audiencia, lo que resulta totalmente excepcional en la práctica actual de los arbitrajes referentes a tratados de inversión.
184. En segundo lugar, el Tribunal adujo que aplicaría el principio de que la parte vencida paga los costos²⁷¹. Sin embargo, condenó a Guatemala a pagar el 75% de los costos de TGH. Esto contrasta con el hecho de que TGH no pudo imponerse respecto de la mayor

²⁶⁷ *Maritime International Nominees Establishment c. República de Guinea* (Caso CIADI N.º ARB/84/4), Decisión sobre Anulación, 14 de diciembre de 1989, **Anexo RL-47**, párr. 5.08

²⁶⁸ Memorial de Anulación de Guatemala, párrs. 225-230.

²⁶⁹ Laudo, párr. 775.

²⁷⁰ Memorial de Contestación de Anulación de TGH, párr. 126.

²⁷¹ Laudo, párr. 777.

parte de sus planteos de fondo, incluidos aquellos basados en las expectativas legítimas, las modificaciones del Marco Regulatorio, las represalias contra ejecutivos de EEGSA y muchos otros²⁷². TGH solamente se impuso respecto de uno de tales reclamos: el basado en la arbitrariedad y falta de debido proceso respecto de la Resolución 144-2008 de la CNEE. Más importante aún, respecto de los daños, TGH se impuso en menos del 10% de sus reclamos. En efecto, reclamaba US\$243,6 millones²⁷³ y obtuvo US\$21.100.552²⁷⁴. Por otra parte, en la práctica de los arbitrajes de inversión no es común que se condene a una parte a cubrir los costos de la otra²⁷⁵. En suma, ninguna aplicación correcta del principio de que la parte vencida paga los costos podría jamás haber llevado a condenar a Guatemala a sufragar el 75% de los costos de TGH.

185. TGH aduce que los tribunales cuentan con un amplio margen de discreción en lo que a cuestiones de indemnización se refiere²⁷⁶. Sin embargo, aquí lo que importa es que no hay correlación posible entre el principio de que la parte vencida paga los costos, sostenido por el Tribunal, y el monto de los costos a cuyo pago se condenó a Guatemala. A Guatemala se le ordenó pagar, en concepto de costos, aproximadamente 35% de la indemnización total concedida por el Tribunal, lo que representa una de las condenas en costos más elevadas que se haya dictado contra un Estado en la historia del CIADI.
186. En suma, la inexplicable decisión del Tribunal en materia de costos también debería anularse, dado que no expresa los motivos en los que se funda.

²⁷² *Ibíd.*, *inter alia*, párrs. 618, 621, 624-652, 657 y 712-715.

²⁷³ Réplica, párr. 321; Escrito de la Demandante Posterior a la Audiencia, párr. 203. Específicamente, la Demandante solicitó US\$21,1 millones en concepto de “[p]érdidas históricas”, es decir, por el período comprendido entre agosto de 2008, cuando se aprobó la nueva tarifa, y octubre de octubre de 2010, cuando TGH vendió su inversión; y US\$222,5 millones por el período comprendido entre esa fecha y el vencimiento de la concesión (*Ver* Laudo, párrs. 335-336 y 340).

²⁷⁴ Laudo, párr. 780.

²⁷⁵ Por ejemplo, *Tza Yap Shum c. República del Perú* (Caso CIADI N.º ARB/07/6), Laudo, de julio de 7 2011, **Anexo RL-81**, párr. 296; *Bayview Irrigation District y otros c. Estados Unidos Mexicanos* (Caso CIADI N.º ARB(AF)/05/1), Laudo, 19 de junio de 2007, **Anexo RL-82**, párr. 125; *Alasdair Ross Anderson y otros c. República de Costa Rica* (Caso CIADI N.º ARB(AF)/07/3), Laudo, 19 de mayo de 2010, **Anexo RL-83**, párr. 62.

²⁷⁶ Memorial de Contestación de Anulación de TGH, párrs. 120-121, 125 y 129.

F. CONCLUSIÓN SOBRE LA FALTA DE EXPRESIÓN DE MOTIVOS

187. El Tribunal no expresó los motivos en los que se fundaron sus decisiones sobre jurisdicción y fondo, y por los cuales se contradijo claramente en relación con las decisiones de la Corte de Constitucionalidad. Esta falta de expresión de motivos exige la anulación del Laudo en su totalidad. Por otra parte, el modo en que el Tribunal calculó las pérdidas históricas de TGH también constituye una falta de expresión de motivos que exige la anulación parcial del Laudo, específicamente de la decisión sobre daños históricos. Por último, la decisión sobre costos tampoco está fundamentada y ello exige su anulación.

V. EL TRIBUNAL QUEBRANTÓ GRAVEMENTE UNA NORMA FUNDAMENTAL DE PROCEDIMIENTO

188. Procede la anulación de un laudo amparada en la causal de que el tribunal quebrantó gravemente una norma fundamental de procedimiento, como el derecho de las partes a ser oídas y a que se les brinde la misma oportunidad de efectuar sus planteos, incluido el tratamiento de la prueba por parte del Tribunal²⁷⁷.
189. En el caso que nos ocupa, el Tribunal cometió un quebrantamiento grave de una norma fundamental de procedimiento. Pasó por alto pruebas presentadas por Guatemala sobre los daños que, en función del razonamiento del propio Tribunal, habrían resultado cruciales para la decisión sobre los daños por pérdidas históricas.
190. El Tribunal determinó que, en su informe, el perito de Guatemala en materia de revisiones de las tarifas de la electricidad, Sr. Damonte, no había evaluado la tarifa que se habría aplicado si la CNEE hubiera adoptado el informe de la Comisión Pericial a los efectos de determinar el VAD. En palabras del Tribunal: “[d]ado que el estudio corregido por el Sr. Damonte de mayo de 2008 se aparta del pronunciamiento de la Comisión Pericial en esta cuestión importante, el Tribunal Arbitral no puede hacer referencia a su contenido para fundamentar su evaluación del escenario contrafáctico”²⁷⁸.

²⁷⁷ *Togo Electricité and GDF-Suez Energie Services c. República de Togo* (Caso CIADI N.º ARB/06/7), Decisión sobre Anulación, 16 de septiembre de 2011, **Anexo RL-87**, párr. 59.

²⁷⁸ Laudo, párr. 727.

191. Sin embargo, ello es incorrecto. En sus informes periciales, el Sr. Damonte sí presentó un escenario que tomaba en consideración la aplicación del informe de la Comisión Pericial a los efectos de fijar la tarifa (incluido el controvertido tema del FRC, o “factor de recuperación de capital”). Dicho estudio consta en los dos informes periciales del Sr. Damonte y fue presentado en el Escrito Posterior a la Audiencia de Guatemala²⁷⁹. En el Memorial de Contestación de Anulación, TGH no reconoce que el Sr. Damonte presentó esos cálculos y pruebas²⁸⁰.
192. El Tribunal no tomó en consideración los argumentos y la prueba pericial de Guatemala. En cambio, aplicó directamente los cálculos de TGH. Con ello omitió tomar en consideración las pruebas que tenía ante sí y respetar el debido proceso frente a Guatemala, con lo que cometió “un quebrantamiento grave de una norma fundamental de procedimiento” en los términos del artículo 52(1)(d) del Convenio del CIADI. Ello debería dar lugar a la anulación de la porción del Laudo referente a los daños históricos.

²⁷⁹ Damonte, **Apéndice RER-2**, párr. 188 y Tabla 5; Interrogatorio de Mario Damonte, filmina 16, Transcripción (inglés), Día 6, 1414:6-1415:15; Escrito de la Demandada Posterior a la Audiencia, párr. 194.

²⁸⁰ Memorial de Contestación de Anulación de TGH, párrs. 113-118.

VI. PETITORIO

193. Por todos los motivos expuestos, Guatemala solicita respetuosamente al Comité:

- (a) Que ANULE el Laudo en su totalidad o en cualquiera de sus partes en ejercicio de las facultades del Comité;
- (b) Que ORDENE a TGH el pago de todos los costos de este procedimiento de anulación, incluidos los costos de la representación legal de Guatemala, con intereses.

Atentamente,



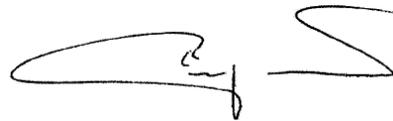
Nigel Blackaby



Alejandro Arenales



Alfredo Skinner Klée



Rodolfo Salazar