

CENTRO INTERNACIONAL DE ARREGLO DE DIFERENCIAS

RELATIVAS A INVERSIONES

CASO CIADI No. ARB/10/23

TECO GUATEMALA HOLDINGS LLC

DEMANDANTE

C.

REPÚBLICA DE GUATEMALA

DEMANDADA

**SOLICITUD DE ANULACIÓN
DE GUATEMALA**

18 de abril de 2014

TABLA DE CONTENIDOS

I.	INTRODUCCIÓN Y RESUMEN EJECUTIVO	1
II.	ANTECEDENTES SOBRE EL ARBITRAJE.....	3
	A. La controversia	3
	B. El arbitraje	6
	C. El Laudo	9
III.	CAUSALES DE ANULACIÓN	12
	A. El Tribunal se extralimitó manifiestamente en sus facultades	12
	1. Extralimitación manifiesta de facultades del Tribunal por afirmar y ejercer jurisdicción sobre una controversia meramente regulatoria y de derecho local.....	12
	2. Extralimitación manifiesta de facultades del Tribunal por revisar y de hecho revocar las Sentencias de la Corte de Constitucionalidad.....	14
	3. Extralimitación manifiesta de facultades del Tribunal por no aplicar el derecho internacional.....	17
	4. Extralimitación manifiesta de facultades del Tribunal por equiparar una violación del derecho nacional a una violación del Tratado.....	19
	B. El Tribunal no expresa en el laudo los motivos en los que se funda.....	20
	1. La falta de motivación de la decisión sobre jurisdicción	21
	2. La falta de motivación sobre el test de derecho internacional aplicable.....	22
	3. La contradicción manifiesta en relación a la posibilidad de revisar las Sentencias de la Corte de Constitucionalidad	23
	4. La contradicción manifiesta respecto al carácter vinculante del informe de la Comisión Pericial y del estudio Bates White de 28 de julio de 2008	25
	5. La falta de motivación de la decisión sobre costos	27
	C. El Tribunal quebrantó gravemente una norma fundamental de procedimiento	29
IV.	PETICIÓN DE SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN DEL LAUDO	29
V.	PETITORIO	30

I. INTRODUCCIÓN Y RESUMEN EJECUTIVO

1. Mediante el presente escrito (*Solicitud de Anulación* o *Solicitud*) la República de Guatemala (*Guatemala* o la *Demandada*) solicita la anulación total o, alternativamente, la anulación parcial del laudo dictado el 19 de diciembre de 2013 (*Laudo*) en el arbitraje *Teco Guatemala Holdings LLC c. La República de Guatemala* (Caso CIADI No. ARB/10/23) (el *Arbitraje*)¹. Esta Solicitud se presenta de acuerdo con el artículo 52 del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (*Convenio CIADI* o *Convenio*) y la regla 50 de las Reglas Procesales Aplicables a los Procedimientos de Arbitraje (*Reglas de Arbitraje*).
2. Se adjunta a esta Solicitud como Documento A el justificante del pago del derecho de registro conforme a la regla 50(1)(d) de las Reglas de Arbitraje.
3. De acuerdo con el artículo 52(1) del Convenio y la regla 50(1)(c)(iii) de las Reglas de Arbitraje, esta Solicitud se funda en las siguientes causales:
 - (a) Que el Tribunal se extralimitó manifiestamente en sus facultades al: (i) afirmar y ejercer su jurisdicción sobre la controversia meramente regulatoria y de derecho local planteada por la Demandante, Teco Guatemala Holdings LLC (*TGH*), en el Arbitraje; (ii) revisar y revocar de hecho las Sentencias de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala que ya habían resuelto dicha controversia, como si el Tribunal Arbitral fuera una corte de apelación en cuestiones de derecho guatemalteco, y a pesar de haber reconocido que ello se encontraba fuera de sus facultades; (iii) no aplicar el derecho aplicable para resolver la controversia, que era el derecho internacional; y (iv) equiparar una violación del derecho nacional a una violación del Tratado de Libre Comercio entre la República Dominicana–Centroamérica y los Estados Unidos (el *CAFTA-RD* o el *Tratado*). Estas causales de anulación implican la anulación total del Laudo,

¹ Las referencias en esta Solicitud a anexos R-, RL-, C- y CL- se refieren a los anexos presentados por las Partes durante el Arbitraje. Guatemala numerará G- y GL- los anexos documentales y los anexos de doctrina y jurisprudencia, respectivamente, presentados por primera vez en este procedimiento de anulación.

puesto que se refieren a las decisiones del Tribunal de afirmar su jurisdicción y de que Guatemala violó el Tratado.

- (b) Que el Laudo no expresa los motivos en los que se funda como se manifiesta en las siguientes cuestiones: (i) la falta de motivación de la decisión de jurisdicción del Tribunal; (ii) la falta de motivación sobre el test de derecho internacional aplicable para la decisión de fondo; (iii) la contradicción manifiesta sobre la posibilidad de revisar las Sentencias de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala; (iv) la contradicción manifiesta respecto al carácter vinculante del informe de la Comisión Pericial y del estudio Bates White de 28 de julio de 2008 determinante para la decisión sobre daños por pérdidas históricas de TGH; y (v) la falta de motivación de la decisión sobre costos. La anulación por falta de motivación de las decisiones de jurisdicción y de fondo (apartados i, ii y iii arriba) implican también la anulación total del Laudo. Las anulaciones de las decisiones sobre sobre daños por pérdidas históricas y costos (apartados iv y v) son alternativas a las anteriores, e implican la anulación parcial del Laudo, es decir, únicamente respecto de dichas decisiones específicas.
- (c) Que el Tribunal quebrantó gravemente una norma fundamental de procedimiento al ignorar la prueba y argumentos aportados por Guatemala en relación a las supuestas pérdidas históricas de TGH, lo que tuvo un impacto crucial en la decisión del Tribunal. La anulación bajo esta causal es también parcial ya que se refiere específicamente a la decisión del Tribunal sobre los supuestos daños por las pérdidas históricas de TGH, y es alternativa a las anulaciones de la totalidad del Laudo bajo los apartados (a) y (b) i, ii y iii, arriba.

- 4. La Sección II abajo describe brevemente la controversia y el Laudo y la Sección III analiza resumidamente las causales de anulación. El análisis es meramente introductorio y será desarrollado apropiadamente en el curso de este procedimiento. Guatemala se reserva su derecho de modificar, ampliar o completar los argumentos contenidos en esta Solicitud en el Memorial de Demanda sobre Anulación y escritos subsiguientes.
- 5. Conforme al artículo 52(5) del Convenio y la regla 54 de las Reglas de Arbitraje, Guatemala solicita que se suspenda la ejecución del Laudo hasta que el Comité de

anulación designado para resolver esta anulación dicte su decisión final sobre la Solicitud de Anulación (véase la Sección IV más abajo).

II. ANTECEDENTES SOBRE EL ARBITRAJE

A. LA CONTROVERSIA

6. La controversia que dio lugar al Arbitraje se originó a raíz de ciertos desacuerdos que surgieron en 2008 durante la revisión quinquenal de las tarifas de las empresas de distribución eléctrica de Guatemala, entre el regulador del sector eléctrico en Guatemala, la Comisión Nacional de Energía Eléctrica de Guatemala (la *CNEE*), y una de dichas distribuidoras, la Empresa Eléctrica de Guatemala S.A. (*EEGSA*). TGH, la Demandante en el Arbitraje, era accionista de EEGSA.
7. Los desacuerdos versaron sobre determinados aspectos del procedimiento establecido en el marco regulatorio del sector eléctrico de Guatemala. Dicho marco está formado por la Ley General de Electricidad (la *LGE*) y el Reglamento de la Ley General de Electricidad (el *Reglamento*)². La disputa regulatoria se centró en la determinación del llamado Valor Agregado de Distribución (el *VAD*), que es un componente de la tarifa de distribución eléctrica. El VAD es la anualidad que se le abona a la empresa de distribución para cubrir sus costos eficientes necesarios para prestar el servicio, amortizar su inversión y obtener un retorno.
8. El procedimiento de revisión tarifaria, incluyendo el proceso para determinar el VAD, se encuentra regulado en tres breves artículos de la LGE (artículos 74, 75 y 77) y dos del Reglamento (artículos 97 y 98). El responsable del desarrollo del proceso y de la aprobación de las tarifas es la CNEE, que es el órgano regulador. La CNEE tiene independencia funcional respecto del Gobierno, así como presupuesto propio.
9. El proceso comienza con la adopción por parte de la CNEE de la “*metodología para la determinación de las tarifas*”³ a través de los términos de referencia para los estudios del VAD (también llamados estudios tarifarios) que cada compañía de distribución debe

² LGE, **Anexo R-8**; Reglamento, **Anexo R-36**.

³ LGE, **Anexo R-8**, art. 77. *Ver también*, art. 4(c).

elaborar a través de una consultora independiente⁴. Luego se contempla que la CNEE revise los estudios, requiera —en su caso— correcciones a ellos⁵, la compañía incorpore dichas correcciones, y que, en caso de discrepancias entre la CNEE y la distribuidora, se constituya una Comisión Pericial para que se pronuncie sobre las mismas⁶. A continuación el marco regulatorio establece que la CNEE debe establecer el VAD y las tarifas⁷.

10. Durante el proceso de revisión tarifaria la CNEE detectó abundantes irregularidades en la actuación de EEGSA y de la consultora contratada por ella para la elaboración del estudio del VAD, la consultora Bates White LLC (*Bates White*). Entre dichas irregularidades se incluían las siguientes: que Bates White se hubiera apartado en numerosas ocasiones de los Términos de Referencia (exactamente en 423 ocasiones)⁸; que, contrariamente a lo requerido en los Términos de Referencia, Bates White no entregara la base de datos de precios en apoyo a su estudio, ni vinculara entre sí los datos presentes en las celdas de las planillas Excel del estudio para que fuera trazable y auditable por parte de la CNEE⁹; y que el estudio de Bates White presentara un VAD muy sobrevalorado¹⁰.

4 *Ibid*, art. 74; Reglamento, **Anexo R-36**, art. 97.

5 *Ibid*, art. 98.

6 LGE, **Anexo R-8**, art. 75.

7 *Ibid*, arts. 4(c), 60, 61, 71, 73, 76; Reglamento, **Anexo R-36**, arts. 82, 83, 92, 98-99.

8 Memorial de Jurisdicción y Contestación, párr. 347.

9 Un estudio del VAD es un documento largo y complejo. Contiene una multitud de datos numéricos, relativos a precios y cantidades de los distintos materiales, bienes y servicios, que se utilizan en la empresa modelo para la prestación del servicio de distribución eléctrica. Dichos datos, contenidos en celdas y planillas Excel, deben después ser cruzados entre sí (por ejemplo, multiplicando precios por cantidades, por extensión de la red, por usuario, etc.). Dichos cálculos están contenidos en otras celdas y planillas Excel. Así, para poder reconstruir y analizar los cálculos y los resultados que se encuentran en las planillas correspondientes, es absolutamente necesario poder verificar de qué otras celdas y planillas proceden los datos o factores utilizados. Naturalmente esto puede ser realizado en un modo eficiente solo si las planillas y celdas están vinculadas entre sí mediante “*hyperlinks*”, de modo que “clicando” en una celda aparezca automáticamente la celda que contiene el dato subyacente. Esta es la llamada “trazabilidad” del estudio que es fundamental para su “auditabilidad” por parte del regulador.

10 La primera versión del estudio de marzo 2008 triplicaba el VAD de la revisión tarifaria anterior. La segunda versión de mayo 2008 doblaba el VAD precedente. Es decir, lejos de reducir costos por razón de eficiencias, que es a lo que apunta el marco regulatorio, Bates White los aumentaba en un 100 o 200%. Para añadir aún más anomalías, mientras Bates White presentaba estos incrementos, el Presidente del

11. Ante la resistencia de EEGSA a incorporar las correcciones indicadas por la CNEE tal como lo ordenaba el Reglamento, la CNEE consideró inaceptable el estudio Bates White y se constituyó la Comisión Pericial prevista en el artículo 75 de la LGE para que se pronunciara sobre las discrepancias entre las partes. El informe de la Comisión Pericial dio la razón a la CNEE en la mayoría de las discrepancias, y entre ellas la cuestión de la falta de vinculación, trazabilidad y auditabilidad del estudio.
12. Recibido el informe de la Comisión Pericial y a la vista del mismo, la CNEE entendió que conforme al marco regulatorio, y en concreto al artículo 98 del Reglamento, podía rechazar el estudio Bates White y fijar el VAD de EEGSA sobre la base del estudio tarifario que había sido preparado, paralelamente, por otra consultora independiente, la empresa Sigla S.A. / Electrotek (*Sigla*) contratada por la CNEE¹¹.
13. EEGSA discrepó respecto de esta interpretación del marco regulatorio por parte de la CNEE. Para EEGSA la CNEE no podía rechazar el estudio tarifario de Bates White ni aprobar otro estudio independiente. La CNEE debía en cambio atribuir efectos vinculantes al informe de la Comisión Pericial, considerarlo como estableciendo las pautas para corregir el estudio de Bates White, y aceptar que EEGSA y Bates White tuvieran derecho a presentar un nuevo estudio incorporando unilateralmente tales correcciones (el estudio que Bates White presentó el 28 de julio de 2008, que según Guatemala sin embargo no incorporaba todas las correcciones). La CNEE debía entonces aguardar que la Comisión Pericial verificara y aprobara el estudio supuestamente corregido, y después fijar las tarifas que surgieran de dicho estudio. Como se ha observado anteriormente¹², ninguno de estos pasos está expresamente previsto en el marco regulatorio.

Consejo de Administración de EEGSA y Director del accionista mayoritario y operador de EEGSA, Iberdrola, para Latinoamérica, Sr. Gonzalo Pérez, que vivía en México, se personó en la CNEE en abril de 2008 “ofreciendo” un 10% de incremento, “*por fuera del estudio*”, es decir dejando de lado el cálculo supuestamente técnico del VAD realizado por Bates White. La CNEE rechazó esta “negociación”, pero lo más relevante es que confirmó la falta de confiabilidad del estudio Bates White.

¹¹ Resolución CNEE 144-2008, 29 de julio de 2008, **Anexo R-95**.

¹² Ver párrs. 8-9.

14. EEGSA recurrió a los tribunales locales para hacer valer su interpretación del marco regulatorio. EEGSA atacó, en dos procedimientos separados, por un lado la Resolución 144-2008 de 29 de julio de 2008 por la que la CNEE aprobó el estudio Sigla¹³, y por otro lado la Providencia 3121 de la CNEE que disolvió la Comisión Pericial¹⁴. Los dos procedimientos llegaron hasta la última instancia jurisdiccional guatemalteca, la Corte de Constitucionalidad, que emitió dos Sentencias rechazando la posición de EEGSA¹⁵.
15. En la primera Sentencia, de 18 de noviembre de 2009¹⁶, la Corte de Constitucionalidad afirmó la legalidad de la Resolución 144-2008. La Corte decidió que de acuerdo al marco regulatorio el dictamen de la Comisión Pericial tenía carácter consultivo y que correspondía a la CNEE como regulador decidir, a la vista del dictamen, qué estudio tarifario, si el de Bates White o el de Sigla, era pertinente aprobar para fijar las tarifas¹⁷.
16. En la segunda Sentencia, de 24 de febrero de 2010¹⁸, la Corte de Constitucionalidad afirmó la legalidad de la Providencia 3121. La Corte confirmó su fallo anterior, explicando que la regulación no otorga a la Comisión Pericial ninguna otra función que la de pronunciarse, con carácter consultivo, sobre las discrepancias entre la CNEE y la distribuidora¹⁹. Era a la CNEE a la que correspondía como regulador decidir sobre la continuación del procedimiento de aprobación del VAD y las tarifas²⁰.

B. EL ARBITRAJE

17. TGH comenzó el Arbitraje el 20 de octubre de 2010. En su Notificación de Arbitraje, de dicha fecha, afirmaba que estaba en “*peligro la sostenibilidad a largo plazo*” de

¹³ Resolución CNEE 144-2008, 29 de julio de 2008, **Anexo R-95**.

¹⁴ Resolución CNEE GJ-Providencia-3121 (Expediente GTTE-28-2008), 25 de julio de 2008, **Anexo R-86**.

¹⁵ 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**.

¹⁶ Sentencia de la Corte de Constitucionalidad, 18 de noviembre de 2009, **Anexo R-105**.

¹⁷ *Ibid*, págs. 23-25, 29-33.

¹⁸ Sentencia de la Corte de Constitucionalidad, 24 de febrero de 2010, **Anexo R-110**.

¹⁹ *Ibid*, págs. 31-34.

²⁰ *Ibid*, págs. 33-34.

EEGSA, y que su “*viabilidad operativa*” se encontraba “*minad[a] severamente*”²¹. Tan solo un día después, el 21 de octubre de 2010, vendió su participación en EEGSA por un monto cercano a los US\$181.5 millones²².

18. TGH argumentó en el Arbitraje que la conducta de la CNEE durante la revisión tarifaria de 2008 constituía una violación del estándar mínimo internacional de trato justo y equitativo del artículo 10.5 del CAFTA-RD²³. Según TGH tal violación resultaba de la manera en que la CNEE interpretó y aplicó el marco regulatorio, al considerar el dictamen de la Comisión Pericial como consultivo y no vinculante, y rechazar el estudio Bates White de 28 de julio de 2008 y aprobar el estudio Sigla. Para TGH esto constituía una arbitrariedad, una modificación fundamental del marco regulatorio y una frustración de sus expectativas legítimas²⁴. TGH no reclamaba ninguna violación del Tratado respecto de las Sentencias de la Corte de Constitucionalidad, es decir, no alegaba denegación de justicia.
19. Guatemala planteó una objeción de jurisdicción *ratione materiae* argumentando que la reclamación presentada era de derecho guatemalteco y ya había sido resuelta por la Corte de Constitucionalidad de Guatemala²⁵. De acuerdo con el artículo 10.16 del CAFTA-RD²⁶, el Tribunal únicamente tenía jurisdicción sobre reclamaciones que versaran genuinamente sobre la violación por parte del Estado guatemalteco de una de

21 Notificación de Arbitraje, párr. 69.

22 Comunicado de prensa de Teco Guatemala Holdings LLC, “Teco Guatemala Holdings LLC sells its interest in Guatemalan electric distribution company”, 21 de octubre de 2010, **Anexo R-162**.

23 Memorial de Demanda, sección III, párrs. 228-280.

24 *Ibid*, párr. 259. *Ver también* párrs. 228, 268, 270-273, 280.

25 Memorial de Jurisdicción y Contestación, párrs. 460-494.

26 Específicamente, el artículo 10.16.1(a)(i)(A) dispone:

En caso de que una parte contendiente considere que no puede resolverse una controversia relativa a una inversión mediante consultas y negociación:

(a) El demandante, por cuenta propia, podrá someter a arbitraje una reclamación, de conformidad con esta Sección, en la que se alegue

(i) Que el demandado ha violado

(A) Una obligación de conformidad con la Sección A [...]

las protecciones a la inversión establecidas por el Tratado. Sin embargo, una controversia meramente sobre la interpretación y aplicación de un marco regulatorio por parte del regulador responsable, además ya resuelta por la justicia local, no puede dar lugar a tales violaciones, salvo que se alegue denegación de justicia, cosa que TGH no hacía.

20. Guatemala también rebatió la argumentación de fondo de TGH respecto a su interpretación del marco regulatorio así como sus argumentos de derecho internacional²⁷. La objeción de jurisdicción fue unida al fondo del caso y resuelta conjuntamente a éste en el Laudo final²⁸.
21. TGH pidió una compensación por daños y perjuicios de US\$243.6 millones más intereses²⁹. Este monto fue calculado sobre la base de la diferencia de ingresos netos de EEGSA entre la tarifa fijada por la CNEE en base al estudio Sigla, y la mayor tarifa que según TGH se hubiera debido fijar en base al estudio que Bates White presentó el 28 de julio de 2008³⁰, supuestamente corregido conforme al informe de la Comisión Pericial: US\$21.1 millones de las llamadas “*pérdidas históricas*”, es decir, por el período entre agosto 2008, cuando se aprobó la nueva tarifa, y octubre de 2010, cuando TGH vendió su inversión³¹; y US\$222.5 millones desde entonces hasta el final de la concesión³².
22. Guatemala objetó a esta cuantificación. A través de su perito independiente el Ingeniero Mario Damonte, Guatemala expuso que la base para el cálculo era incorrecta³³. Aun aceptando la posición de TGH de que la tarifa debió fijarse en base a un nuevo estudio de Bates White corregido conforme al informe de la Comisión Pericial (y no en base a la tarifa del estudio Sigla), el estudio Bates White de 28 de julio 2008 no incorporaba

²⁷ Memorial de Jurisdicción y Contestación, párrs. 495-585.

²⁸ Laudo, párr. 27.

²⁹ Memorial de Réplica, párr. 321; Escrito de la Demandante Posterior a la Audiencia, párr. 203.

³⁰ Ver párr. 13.

³¹ Laudo, párrs. 335-336.

³² *Ibid*, párr. 340.

³³ Memorial de Jurisdicción y Contestación, párrs. 599-615.

correctamente el informe de la Comisión Pericial³⁴. El Ingeniero Damonte rehízo el ejercicio y corrigió correctamente el estudio de Bates White. De esta forma el supuesto daño resultante se reducía a US\$ 5.3 millones³⁵. Guatemala también argumentó que el daño futuro alegado por TGH era especulativo, considerando la venta de la inversión por parte de TGH y la imposibilidad de determinar la tarifa futura dada la periodicidad de las revisiones tarifarias quinquenales³⁶.

C. EL LAUDO

23. En una escueta sección del Laudo de apenas 4 páginas³⁷, el Tribunal afirma su jurisdicción *ratione materiae* sobre la reclamación de TGH concluyendo:

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 mínimo³⁸.

24. Sobre la cuestión de fondo, el Tribunal sintetiza la controversia como sigue:

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 tarifaria³⁹.

25. Por tanto, la cuestión era esencialmente el cumplimiento o no del marco regulatorio por parte de la CNEE. Así, el Tribunal rechaza las alegaciones de TGH respecto de supuestas modificaciones del marco regulatorio y confirma que: “[e]l fundamento de la responsabilidad del Estado es, más bien, la inobservancia de dichos principios

34 Escrito de la Demandada Posterior a la Audiencia, párrs. 334-335.

35 Memorial de Jurisdicción y Contestación, párr. 618.

36 Escrito de la Demandada Posterior a la Audiencia, párr. 354.

37 Laudo, págs. 103-106, secciones 2, 3 y 4 de la parte sobre “[j]urisdicción” del Laudo, donde se abordan las excepciones planteadas por Guatemala, según expone el propio Tribunal en el párrafo 442 del Laudo.

38 *Ibid*, párr. 464.

39 *Ibid*, párr. 489.

*fundamentales [del marco regulatorio] y su violación del debido proceso administrativo*⁴⁰.

26. Por la misma razón el Tribunal rechaza la violación de expectativas legítimas, porque las expectativas invocadas por TGH se referían al mero cumplimiento por parte de la CNEE del marco regulatorio, que no son el tipo de expectativas protegidas por el derecho internacional: “*la expectativa de que el marco legal pertinente no se incumplirá ni se aplicará de manera arbitraria [...] no tiene importancia a la hora de determinar si un Estado debe ser considerado responsable*”⁴¹.
27. En realidad el Tribunal rechaza todas las alegaciones de TGH, menos una. Las alegaciones rechazadas incluyen las relativas a que la CNEE: manipulara los Términos de Referencia; no colaborara en el proceso de revisión tarifaria; hubiera intentado influenciar a la Comisión Pericial en forma indebida; hubiera repudiado unas supuestas reglas operativas que ampliaban las competencias de la Comisión Pericial; no tuviera derecho a disolver la Comisión Pericial una vez que ésta ya había emitido su informe; o hubiera tomado cualquier tipo de represalia contra EEGSA⁴². El Tribunal también admite el argumento de Guatemala de que el dictamen de la Comisión Pericial no era vinculante sino consultivo⁴³.
28. La decisión del Tribunal de que Guatemala violó el estándar mínimo internacional de trato justo y equitativo del Tratado se funda exclusivamente en la Resolución 144-2008 de la CNEE. Como ya se ha expuesto arriba⁴⁴, en dicha Resolución, la CNEE decidió que, una vez recibido el informe de la Comisión Pericial, que – tal como lo admitió el Tribunal – tenía naturaleza consultiva, y a luz del mismo, podía aprobar el estudio Sigla en lugar del estudio Bates White para fijar las tarifas. En concreto, para el Tribunal la violación radica no en dicha decisión *per se* sino en que la misma fuera tomada sin

40 *Ibid*, párr. 619. Véanse también párrs. 624-638.

41 *Ibid*, párr. 621.

42 *Ibid*, párrs. 639-657, 712-714.

43 *Ibid*, párrs. 565, 670.

44 *Ver* párr. 12.

suficiente motivación y sin previa consideración del informe de la Comisión Pericial, y en su incorporación al estudio Bates White. En palabras del Tribunal:

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.

Al hacerlo, la CNEE incumplió, de hecho, los dos principios fundamentales sobre los cuales se fundaba el marco regulatorio de la revisión tarifaria [...].

[...]

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 fundamentos⁴⁵. (Énfasis añadido)

29. En relación a los daños, el Tribunal acepta la reclamación de TGH respecto a las pérdidas históricas de US\$21.1 millones pero no las pérdidas futuras de US\$222.5 millones⁴⁶.
30. El Tribunal también condena a Guatemala al pago del 75% de los costos de TGH⁴⁷, es decir US\$7.5 millones de un total de US\$10 millones, a pesar de haber rechazado casi la totalidad de las pretensiones y argumentos de TGH y el 90% de los daños reclamados.

45 Laudo, párrs. 664-665, 683.

46 *Ibid*, párrs. 716-761.

47 *Ibid*, párrs. 769-779.

III. CAUSALES DE ANULACIÓN

A. EL TRIBUNAL SE EXTRALIMITÓ MANIFIESTAMENTE EN SUS FACULTADES

31. Conforme al artículo 52(1)(b) del Convenio CIADI, un laudo debe ser anulado si “*el Tribunal se hubiere extralimitado manifiestamente en sus facultades*”. La extralimitación manifiesta puede darse cuando un tribunal CIADI excede los límites de la jurisdicción que le ha sido acordada⁴⁸ o cuando no aplica el derecho aplicable⁴⁹.

1. Extralimitación manifiesta de facultades del Tribunal por afirmar y ejercer jurisdicción sobre una controversia meramente regulatoria y de derecho local

32. Como se ha explicado arriba⁵⁰, Guatemala objetó a la jurisdicción *ratione materiae* del Tribunal alegando que TGH no había presentado más que una controversia sobre cuestiones regulatorias de derecho guatemalteco sobre las que el Tribunal no tenía competencia. El Tribunal únicamente podía conocer de una verdadera reclamación por violación de los estándares internacionales del Tratado.

33. Guatemala se basaba en el artículo 10.16.1(a)(i)(A) del CAFTA-RD que establece que consiente en someter a arbitraje la reclamación de un inversor “*en la que se alegue [...] que el demandado ha violado [...] una obligación de conformidad con la Sección A*” del Tratado⁵¹. De acuerdo con esta disposición, el consentimiento de Guatemala no se refiere a cualquier tipo de reclamación, por ejemplo, una reclamación basada meramente en el derecho local, sino solo a aquella que verse sobre la violación por parte del Estado guatemalteco de una de las protecciones a la inversión establecidas por el Tratado.

48 Véanse por ejemplo: *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal c. República Argentina* (Caso CIADI No. ARB/97/3) Decisión sobre Anulación, 3 de julio de 2002, **Anexo GL-3**, párr. 86; *Hussein Nuaman Soufraki c. Emiratos Árabes Unidos* (Caso CIADI No. ARB/02/7) Decisión del Comité *ad hoc* sobre la Solicitud de Anulación, 5 de junio de 2007, **Anexo GL-6**, párrs. 41-44.

49 Véanse por ejemplo: *Maritime International Nominees Establishment (MINE) c. Gobierno de Guinea (Guinea)* (Caso CIADI No. ARB/84/4) Decisión sobre Solicitud de Anulación Parcial de Laudo, 14 de diciembre de 1989, **Anexo GL-1**, párr. 5.03; *Wena Hotels Ltd c. República de Egipto* (Caso CIADI No. ARB/98/4) Decisión sobre Solicitud de Anulación de Laudo, 5 de febrero de 2002, **Anexo GL-2**, párr. 22.

50 Ver párr. 19.

51 *Ibid.*

34. La jurisprudencia reconoce que una reclamación de violación del derecho local no equivale a una reclamación bajo un tratado de protección de inversiones: “*something more than simple illegality or lack of authority under the domestic law of a State is necessary to render an act or measure inconsistent with*” las protecciones sustantivas de un tratado de protección de inversiones⁵².
35. A este respecto, es bien sabido que los tribunales internacionales deben examinar la base esencial de las reclamaciones presentadas por los demandantes bajo tratados de protección de inversiones para identificar si efectivamente la controversia presentada califica como reclamación internacional: “*the relevant test is [...] whether or not ‘the fundamental basis of a claim’ sought to be brought before the international forum is autonomous of claims to be heard elsewhere*”⁵³. La caracterización jurídica formal que le quiera dar el demandante no es suficiente⁵⁴.
36. El Tribunal desconoce todo esto a la hora de decidir sobre su jurisdicción. Sin enfocarse en la base fundamental de la reclamación de TGH, considera únicamente la caracterización formal que TGH quiso darle a su propia reclamación:

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 laudo.

52 *ADF Group Inc c. Estados Unidos de América* (Caso CIADI No. ARB(AF)/00/1) Laudo, 9 de enero de 2003, **Anexo CL-4**, párr. 190. Véanse también por ejemplo, *Robert Azinian y otros c. Estados Unidos Mexicanos* (Caso CIADI No. ARB(AF)/97/2) Laudo, 1 de noviembre de 1999, **Anexo RL-2**, párr. 90; *SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. República Islámica de Pakistán* (Caso CIADI No. ARB/01/13) Decisión sobre Objeciones de Jurisdicción, 6 de agosto de 2003, **Anexo GL-4**, párr. 145; *SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. República de Filipinas* (Caso CIADI No. ARB/02/6) Decisión sobre Jurisdicción, 29 de enero de 2004, **Anexo CL-69**, párr. 157; *Bureau Veritas, Inspection, Valuation, Assessment and Control, BIVAC B.V. c. República del Paraguay* (ICSID Case No. ARB/07/9) Decisión del Tribunal sobre Objeciones de Jurisdicción, 29 de mayo de 2009, **Anexo GL-9**, párrs. 127, 148-149; *Impregilo S.p.A. c. República Islámica de Pakistán* (ICSID Case No. ARB/03/3) Decisión del Tribunal sobre Objeciones de Jurisdicción, 22 de abril de 2005, **Anexo CL-63**, párr. 243.

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

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

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 mínimo⁵⁵.

37. Las alegaciones de, por ejemplo, arbitrariedad o mala fe, fueron precisamente las etiquetas que TGH utilizó para enmascarar su reclamación y hacerla aparecer como una reclamación válida bajo el Tratado. Aceptarlas sin analizar la base fundamental de la reclamación, como hace el Tribunal, equivale a dejar en manos de TGH el cumplimiento del requisito jurisdiccional *ratione materiae* del CAFTA-RD y constituye una extralimitación manifiestamente en sus facultades.

2. Extralimitación manifiesta de facultades del Tribunal por revisar y de hecho revocar las Sentencias de la Corte de Constitucionalidad

38. Como se ha descrito anteriormente⁵⁶, EEGSA recurrió a los tribunales locales para hacer valer su interpretación del marco regulatorio. Para ello atacó por un lado la Resolución 144-2008 de la CNEE, por la cual la CNEE decidió que, una vez emitido el informe de la Comisión Pericial, y a la vista del mismo, podía aprobar el estudio Sigla en lugar del estudio Bates White⁵⁷; y por otro lado atacó la Providencia 3121 de la CNEE que disolvió la Comisión Pericial⁵⁸.
39. Como también se ha expuesto arriba, la Corte de Constitucionalidad emitió dos Sentencias rechazando la posición de EEGSA⁵⁹. En la Sentencia de 18 de noviembre de 2009⁶⁰, la Corte de Constitucionalidad afirmó la legalidad de la Resolución 144-2008 concluyendo que una vez emitido el informe de la Comisión Pericial la CNEE podía decidir, a la luz de dicho informe, qué estudio tarifario era pertinente aprobar. En la

55 Laudo, párrs. 464-465.

56 Ver párr. 14.

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

58 Resolución CNEE GJ-Providencia-3121 (Expediente GTTE-28-2008), 25 de julio de 2008, **Anexo R-86**.

59 Ver párrs. 15-16.

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

Sentencia de 24 de febrero de 2010 la Corte de Constitucionalidad confirmó estas conclusiones al declarar la legalidad de la Providencia 3121⁶¹.

40. Es un principio fundamental de derecho internacional que la labor de un tribunal bajo un tratado de protección de inversiones no es revisar las decisiones de los tribunales nacionales. Como afirmó el tribunal en *ADF c. Estados Unidos*: “*the Tribunal has no authority to review the legal validity and standing of the U.S. measures here in question under U.S. internal administrative law. We do not sit as a court with appellate jurisdiction with respect to the U.S. measures*”⁶². El propio Tribunal reconoció en el Laudo que su papel no era revisar las decisiones de la Corte de Constitucionalidad:

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 interno⁶³.

41. Sin embargo, el Tribunal afirma jurisdicción sobre la reclamación de TGH como sigue:

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 internacional⁶⁴. (Énfasis añadido)

42. Sin revisar las decisiones de la Corte de Constitucionalidad el Tribunal no podía examinar si la “*la CNEE desconoció deliberadamente los principios fundamentales del marco regulatorio*”⁶⁵. Nótese que el Tribunal entiende que la cuestión planteada en el caso “*consiste en determinar si el marco regulatorio permitía al regulador, en las circunstancias del caso, desconocer el estudio del distribuidor y aplicar el suyo*”

61 Sentencia de la Corte de Constitucionalidad, 24 de febrero de 2010, **Anexo R-110**, pág. 28.

62 *ADF Group Inc. c. Estados Unidos de América* (Caso CIADI No. ARB(AF)/00/1) Laudo, 9 de enero de 2003, **Anexo CL-4**, párr. 190. Véanse también por ejemplo, *Robert Azinian y otros c. Estados Unidos Mexicanos* (Caso CIADI No. ARB(AF)/97/2) Laudo, 1 de noviembre de 1999, **Anexo RL-2**, párr. 99; *Waste Management Inc. c. Estados Unidos Mexicanos* (Caso CIADI No. ARB(AF)/00/3) Laudo, 30 de abril de 2004, **Anexo CL-46**, párr. 129.

63 Laudo, párr. 477.

64 *Ibid*, párr. 481.

65 *Ibid*, párr. 481.

propio”⁶⁶. Esta fue la cuestión analizada y resuelta precisamente por la Corte de Constitucionalidad, en particular en la Sentencia de 18 de noviembre de 2009. TGH no presentó ninguna alegación de violación del Tratado en contra de dicha Sentencia.

43. En su decisión sobre el fondo, como ya se ha dicho⁶⁷, el Tribunal rechazó las demandas relativas a la modificación del marco regulatorio y de expectativas legítimas, así como otras numerosas alegaciones de TGH. La decisión del Tribunal de que Guatemala violó el estándar mínimo internacional de trato justo y equitativo del Tratado se fundó únicamente en la Resolución 144-2008 de la CNEE:

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.

Al hacerlo, la CNEE incumplió, de hecho, los dos principios fundamentales sobre los cuales se fundaba el marco regulatorio de la revisión tarifaria [...]”⁶⁸.

44. La Resolución 144-2008 fue precisamente el acto atacado por EEGSA en el procedimiento resuelto en última instancia por la Sentencia de la Corte de Constitucionalidad de 18 de noviembre de 2009⁶⁹. Dicha Sentencia concluyó que la Resolución no incumplió el marco regulatorio, mientras que el Laudo considera que sí hubo tal violación: “[p]or lo expuesto, el Tribunal Arbitral concluye que la Resolución 144-2008 no guarda concordancia con el marco regulatorio”⁷⁰.
45. Por tanto, al revisar y de hecho revocar las Sentencias de la Corte de Constitucionalidad, infringiendo el principio reconocido por el propio Tribunal de que un tribunal internacional, actuando bajo un tratado de protección de inversiones, no puede ignorar

⁶⁶ *Ibid*, párr. 534.

⁶⁷ Ver párrs. 25-27.

⁶⁸ Laudo, párrs. 664-665.

⁶⁹ Sentencia de la Corte de Constitucionalidad, 18 de noviembre de 2009, **Anexo R-105**, pág. 1.

⁷⁰ Laudo, párr. 681 (énfasis añadido).

decisiones judiciales domésticas sobre cuestiones de derecho interno, el Tribunal se extralimitó manifiestamente en sus facultades.

3. Extralimitación manifiesta de facultades del Tribunal por no aplicar el derecho internacional

46. El CAFTA-RD establece que, cuando se presente una reclamación de un inversionista contra un Estado miembro, “*el tribunal decidirá las cuestiones en controversia de conformidad con este Tratado y con las normas aplicables del derecho internacional*”⁷¹.
47. El propio Tribunal insiste repetidamente en el Laudo sobre su deber de aplicar el Tratado y el derecho internacional: “*el Tribunal debe resolver una controversia completamente distinta sobre la base de normas legales diferentes*”, es decir, “*el estándar mínimo del derecho internacional consuetudinario*”⁷²; “[s]e trata de una controversia internacional en la que el Tribunal Arbitral aplicará el derecho internacional”⁷³; “[l]a labor del Tribunal [...] [c]onsiste [...] en aplicar el derecho internacional”⁷⁴; “*la cuestión fundamental [...] es si la conducta de la Demandada constituye un incumplimiento del estándar mínimo de trato en el marco del derecho internacional*”⁷⁵.
48. Sin embargo, a pesar de estos anuncios y promesas sobre la aplicación del derecho internacional para resolver la controversia, y de la regla clara del CAFTA-RD a este respecto, el análisis de derecho internacional está prácticamente ausente del Laudo. Se reduce a cuatro breves párrafos relativos a la jurisdicción⁷⁶, en los que el Tribunal se limita escuetamente a enunciar, en base a dos precedentes jurisprudenciales y algunas citas doctrinales, lo siguiente:

71 CAFTA-RD, art. 10.22(1).

72 Laudo, párr. 517.

73 *Ibid*, párr. 467.

74 *Ibid*, párr. 477.

75 *Ibid*, párr. 470.

76 *Ibid*, párrs. 454-457.

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 [...] 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 jurídica⁷⁷.

49. No hay en el Laudo ninguna elaboración de la posición de Guatemala sobre el contenido del estándar mínimo internacional, y su distinción respecto del llamado estándar autónomo de trato justo y equitativo. Este tema ocupó gran parte del análisis jurídico de las partes durante el Arbitraje. Tampoco hay análisis sobre las presentaciones escritas y orales de cuatro Estados miembros del CAFTA-RD como partes no contendientes, incluyendo los Estados Unidos, país de nacionalidad de TGH, definiendo el estándar mínimo internacional en forma restrictiva y apoyando la posición de Guatemala. De hecho dichas presentaciones merecen solo un par de referencias en la parte del Laudo sobre la descripción del procedimiento⁷⁸ y tan solo una nota a pie de página en la discusión sobre el fondo de la disputa⁷⁹.
50. El Tribunal tampoco define en ningún lugar lo que debe entenderse por “*arbitrariedad*” o “*debido proceso*” bajo el derecho internacional, si bien estos conceptos fueron centrales en el análisis del Tribunal y en su conclusión de que Guatemala violó el Tratado:

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 equitativo en virtud del artículo 10.5 del CAFTA-RD⁸⁰. (Énfasis añadido)

⁷⁷ *Ibid*, párr. 454.

⁷⁸ *Ibid*, sección III, titulada “*Historia Procesal*”: párrs. 36, 38 y 40, en relación con la estipulación de un plazo límite para la presentación de los Escritos de parte no contendiente; y párrs. 46, 55 y 59, en relación con la fechas de recepción de los Escritos.

⁷⁹ *Ibid*, párr. 621, nota a pie de página 513.

⁸⁰ *Ibid*, párr. 711.

51. Estando ausente el análisis del concepto de arbitrariedad y debido proceso, y en realidad de cualquier otra noción de derecho internacional, tampoco hay ningún examen en el Laudo sobre cómo las supuestas violaciones del marco regulatorio por parte de la CNEE podían llegar a ser censuradas bajo tales conceptos. Es decir, el Tribunal examina el marco regulatorio y luego no va más allá, no muestra como las presuntas irregularidades internas violan el Tratado. Esta falta de aplicación del derecho internacional constituye otra extralimitación manifiesta de facultades del Tribunal.

4. Extralimitación manifiesta de facultades del Tribunal por equiparar una violación del derecho nacional a una violación del Tratado

52. Lo que antecede, es decir la constatación de que el Tribunal: (a) omitió analizar la base fundamental de la demanda de TGH aceptando simplemente la caracterización de la reclamación que quiso darle la propia TGH; (b) revisó y revocó de hecho las decisiones de la Corte de Constitucionalidad; y (c) prescindió sustancialmente del derecho internacional, lleva a la conclusión de que el Tribunal equiparó una violación del derecho nacional a una violación del Tratado.
53. Esto es claro de una mera lectura del Laudo. Por ejemplo, el primer párrafo del Laudo sobre la decisión de fondo establece que “[l]a 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 tarifaria”⁸¹. Es decir, para el Tribunal la controversia era esencialmente sobre si la CNEE violó el marco regulatorio.
54. De este modo, la decisión de fondo del Tribunal se basa en afirmaciones de que la CNEE violó el marco regulatorio y, sin demostrarlo, que ello conlleva una violación del Tratado y del derecho internacional:

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

81 *Ibid*, párr. 489 (énfasis añadido).

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 tarifaria⁸². (Énfasis añadido)

55. El automatismo en el Laudo entre la supuesta violación del derecho doméstico y del Tratado, y la ausencia del paso intermedio de cómo lo primero conlleva lo segundo, es claro:

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 guatemaltecas⁸³.

56. Esta equiparación de una violación del derecho internacional a una violación del derecho doméstico es contraria al principio fundamental de derecho internacional de que dichas cuestiones son distintas: “*an act of state cannot be characterized as internationally wrongful unless it constitutes a breach of an international obligation, even if it violates a provision of the State’s own law*”⁸⁴. Por tanto, la decisión de fondo del Tribunal constituye también una extralimitación manifiesta de facultades del Tribunal.

B. EL TRIBUNAL NO EXPRESA EN EL LAUDO LOS MOTIVOS EN LOS QUE SE FUNDA

57. La falta de razonamiento de un tribunal CIADI sobre los motivos en que basa su decisión constituyen una causal de anulación bajo el artículo 52(1)(e) del Convenio CIADI. Tanto la ausencia total de motivación, como un razonamiento insuficiente, inadecuado o contradictorio⁸⁵, pueden constituir motivo de anulación bajo esta causal. El

82 *Ibid*, párr. 681.

83 *Ibid*, párr. 682.

84 *Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, “Materials on The Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts”* (2012), *United Nations Legislative Series (ST/LEG/SER.B/25)*, **Anexo GL-13**, comentario 1 al art. 3.

85 *Maritime International Nominees Establishment (MINE) c. Gobierno de Guinea (Guinea)* (Caso CIADI No. ARB/84/4) Decisión sobre Solicitud de Anulación Parcial de Laudo, 14 de diciembre de 1989, **Anexo GL-1**, párrs. 5.08-5.09; *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal c. República Argentina* (Caso CIADI No. ARB/97/3) Decisión sobre Anulación, 3 de julio de 2002, **Anexo GL-3**, párrs. 64-65; *Wena Hotels Ltd c. República de Egipto* (Caso CIADI No. ARB/98/4) Decisión sobre Solicitud de Anulación de Laudo, 5 de febrero de 2002, **Anexo GL-2**, párrs. 77-78.

razonamiento del Tribunal en el Laudo incurre en estas omisiones y deficiencias de motivación como se expone brevemente a continuación.

1. La falta de motivación de la decisión sobre jurisdicción

58. Como se ha explicado arriba, Guatemala formuló una objeción *ratione materiae* alegando que la reclamación de TGH no calificaba de reclamación bajo el Tratado conforme al artículo 10.16 del CAFTA-RD, que contiene el consentimiento de Guatemala al Arbitraje⁸⁶. Este artículo 10.16 del CAFTA-RD no es analizado y ni siquiera citado en la sección de jurisdicción del Laudo, ni tampoco en ninguna otra parte del Laudo que contenga el análisis de la reclamación por parte del Tribunal. El Laudo tampoco hace ninguna referencia a la jurisprudencia citada por Guatemala relativa a la necesidad de analizar la base fundamental de la reclamación, y la distinción entre una reclamación genuinamente internacional de aquélla que plantea cuestiones meramente de derecho local.
59. El Tribunal acepta jurisdicción meramente en base a las alegaciones de TGH⁸⁷. Esto equivale a aceptar sin más la caracterización formal que le quiso dar TGH a su reclamación, y dejar sin efecto alguno la limitación *ratione materiae* del artículo 10.16 del Tratado. Todo ello a pesar de que, como dijo el tribunal en el caso *UPS* refiriéndose a la misma limitación jurisdiccional presente en el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (artículo 1116): “[t]here is a contrast, for instance, between a relatively general grant of jurisdiction over ‘investment disputes’ and the more particularised grant in article 1116”⁸⁸. Es decir, el Tribunal omite el análisis y motivación necesaria para su decisión de jurisdicción, que exigía que el Tribunal analizara la base fundamental de la reclamación, y no simplemente la caracterización que TGH le quiso dar.

86 Ver sección III.A.1.

87 Ver párr. 36.

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

2. La falta de motivación sobre el test de derecho internacional aplicable

60. El Tribunal liquida su análisis sobre el contenido del estándar mínimo de trato justo y equitativo prácticamente enunciando escuetamente que dicho estándar “*se ve quebrantado por una conducta [...] 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*”⁸⁹. No hay nada sobre qué consideración se dio a la posición de Guatemala y a las presentaciones escritas y orales de cuatro Estados miembros del CAFTA-RD como partes no contendientes sobre el contenido del estándar mínimo internacional.
61. La falta de análisis y de definición del test de derecho internacional aplicable se manifiesta a lo largo de todo el Laudo. Por ejemplo no se explica cómo la Resolución 144-2008, aunque supuestamente violando el marco regulatorio, constituye una arbitrariedad o una violación del estándar internacional de debido proceso que infringe el estándar mínimo internacional de trato del Tratado. El Tribunal nunca define el concepto de “*arbitrariedad*” o de “*debido proceso*” en derecho internacional y, omitiendo esto, tampoco expone cómo o porqué los hechos del caso recaen en dichos conceptos jurídicos.
62. Por ejemplo, el Tribunal no se refiere a la definición, hoy ya clásica, de arbitrariedad por parte de la Corte Internacional de Justicia en el caso *ELSI*, y que Guatemala citó en el Arbitraje:

Arbitrariness is not so much something opposed to a rule of law, as something opposed to the rule of law [...].

Thus, the Mayor’s order was consciously made in the context of an operating system of law and of appropriate remedies of appeal, and treated as such by the superior administrative authority and the local courts. These are not at all the marks of an “arbitrary” act⁹⁰.

89 Laudo, párr. 454.

90 *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI) (USA v. Italy)* [1989] ICJ Rep 15, 20 de julio de 1989, **Anexo RL-1**, párrs. 128-129.

63. La arbitrariedad no es algo que se presume a la ligera. Los Estados miembros del CAFTA-RD en sus presentaciones hicieron hincapié en esta cuestión⁹¹. La arbitrariedad, como explica la decisión *ELSI*, se refiere a actos que no solo violan el derecho nacional sino que muestran desprecio por los principios del Estado de Derecho, es decir el principio de sometimiento de todos los poderes públicos al imperio de la ley. No hay arbitrariedad cuando los actos, aun criticables, hayan sido tomados sobre la base de un sistema jurídico efectivo, y que otorga recursos judiciales apropiados.
64. El Tribunal no define porqué la conducta de la CNEE, aun si hubiera violado el marco regulatorio (por ejemplo, porqué la Resolución 144-2008 no fue suficientemente razonada o motivada, que es la base de la decisión del Tribunal), llegaba además a ser arbitraria. Este análisis, fundamental para poder entender la decisión del Tribunal, está totalmente ausente. El Tribunal simplemente concluye que ha habido arbitrariedad, sin definir el estándar de arbitrariedad bajo el derecho internacional.
65. En síntesis, también en relación a la decisión sobre el fondo el Tribunal incurre en serias omisiones y deficiencias de razonamiento. No define el test de derecho internacional aplicable ni, por tanto, cómo dicho test se aplica a los hechos del caso. En consecuencia, el Laudo no expresa los motivos en los que se funda el Tribunal para su decisión.

3. La contradicción manifiesta en relación a la posibilidad de revisar las Sentencias de la Corte de Constitucionalidad

66. En la misma sección sobre jurisdicción el Tribunal se contradice en modo evidente. El Tribunal admite 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”⁹². Como

91 Por ejemplo, la República Dominicana opinó que el nivel mínimo de trato sería violado por “[u]na manifiesta arbitrariedad, o una arbitrariedad inconsistente que sea cuestionada en lo relativo a las políticas judiciales y administrativas, así como los procedimientos, de modo que constituya un rechazo del objetivo y propósito de la política, entre otros”, y que para violar ese estándar bajo el CAFTA-RD “sólo las conductas manifiestamente arbitrarias, de repudio flagrante y conductas muy graves pueden ser reclamadas [...] y no solo el simple incumplimiento o la simple arbitrariedad” (Escrito de Parte No Contendiente de la República Dominicana, párrs. 6, 8). Por su parte la República de El Salvador remarcó que la práctica de los estados no ha demostrado que una “conducta meramente arbitraria constituye un incumplimiento del Nivel Mínimo de Trato” (Escrito de Parte No Contendiente de la República de El Salvador, párr. 15).

92 Laudo, párr. 477 (énfasis añadido).

se ha dicho arriba la última instancia jurisdiccional guatemalteca, la Corte de Constitucionalidad, negó que la CNEE hubiera violado el marco regulatorio⁹³. Sin embargo, el Tribunal acepta jurisdicción sobre la reclamación de TGH porque:

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 internacional⁹⁴. (Énfasis añadido)

67. Sin revisar las decisiones de la Corte de Constitucionalidad el Tribunal no podía examinar si la “*la CNEE desconoció deliberadamente los principios fundamentales del marco regulatorio*”⁹⁵. La contradicción es manifiesta.
68. La contradicción continúa en la sección de fondo del Laudo. La decisión de fondo del Tribunal se funda en la Resolución 144-2008 de la CNEE⁹⁶. El Tribunal reconoce que la Sentencia de la corte de 18 de noviembre de 2009 resolvió la controversia sobre dicha Resolución: “*el 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 144-2008*”⁹⁷. A pesar de esto, el Tribunal condena a Guatemala justamente porque la Resolución 144-2008 supuestamente viola el marco regulatorio:

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 regulatorias⁹⁸. (Énfasis añadido)

93 Ver párrs. 38-39, 43-44.

94 Laudo, párr. 481.

95 Ver párr. 42.

96 Ver párr. 28.

97 Laudo, párr. 233.

98 *Ibid*, párr. 664.

69. Por tanto el Laudo es patentemente contradictorio. Por un lado afirma que las Sentencias de la Corte de Constitucionalidad no pueden ser revisadas, pero luego condena a Guatemala por una Resolución de la CNEE que la Corte expresamente declaró como ajustada al marco regulatorio. El resultado es que el Laudo es manifiestamente contradictorio, lo que constituye una omisión de motivación.

4. La contradicción manifiesta respecto al carácter vinculante del informe de la Comisión Pericial y del estudio Bates White de 28 de julio de 2008

70. La decisión del Tribunal de que Guatemala violó el estándar mínimo internacional de trato justo y equitativo del Tratado se fundó en la Resolución 144-2008 por la cual la CNEE aprobó el estudio Sigla, y en concreto, en que dicha decisión no tomara en cuenta suficientemente las conclusiones de la Comisión Pericial y su posible incorporación al estudio Bates White:

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 fundamentos⁹⁹. (Énfasis añadido)

71. Lo que viola el Tratado es que la CNEE no diera mayor consideración al informe de la Comisión Pericial y si era pertinente incorporarlo al estudio Bates White, pero no *per se* el hecho que la CNEE se apartara del informe de la Comisión Pericial y rechazara el estudio. El Tribunal es claro respecto a que el informe de la Comisión Pericial no era vinculante:

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

⁹⁹ *Ibid.*, párr. 683.

razones válidas en el caso de que decidiera apartarse de ellas¹⁰⁰.

72. Por tanto, el Tribunal no estima que la CNEE tuviera un deber absoluto de admitir acriticamente el informe de la Comisión Pericial ni el informe Bates White de 28 de julio 2008. Para el Tribunal la única irregularidad es que la CNEE no hubiera examinado suficientemente el informe de la Comisión Pericial antes de tomar su decisión, y no hubiera motivado apropiadamente dicha decisión.
73. Sin embargo, cuando el Tribunal determina los daños respecto a las pérdidas históricas de US\$21.1 millones, lo hace en base a la posición de TGH de que el estudio Bates White de 28 de julio de 2008 tal y como fue presentado, es decir, supuestamente incorporando el informe de la Comisión Pericial, debía haber sido adoptado por la CNEE para fijar la tarifa y no lo fue. Esto supone un salto lógico y una contradicción: Guatemala debe responder por algo que el Tribunal no ha identificado como un deber de la CNEE bajo el marco regulatorio y que no constituye la violación del Tratado por la cual Guatemala ha sido condenada (no aceptar el informe de la Comisión Pericial y el estudio Bates White).
74. Esto se demuestra claramente cuando el Tribunal rechaza el informe pericial independiente realizado por el Ingeniero Damonte a encargo de Guatemala, sobre como la CNEE hubiera debido corregir el estudio Bates White, teniendo en cuenta el estudio de la Comisión Pericial, en caso de no aprobar el estudio Sigla. El Tribunal desestima el informe pericial del Ing. Damonte sobre el único fundamento de que no aplicó un aspecto concreto del informe de la Comisión Pericial, el Factor de Recuperación de Capital (el *FRC*)¹⁰¹, aspecto que el Ing. Damonte consideró incorrecto y contrario a los Términos de Referencia. En palabras del Tribunal:

Sin embargo, no está en discusión que, al corregir el estudio de Bates White de mayo de 2008, el Sr. Damonte desconoció los pronunciamientos de la Comisión Pericial en al menos una cuestión importante: el FRC. [...]

100 *Ibid*, párr. 565.

101 El FRC es la fórmula utilizada para el cálculo del costo de capital del inversor y es una componente importante para el cálculo del VAD.

Dado 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.

En consecuencia, el Tribunal Arbitral procederá a trabajar sobre la base de la versión del 28 de julio de 2008 del estudio y analizará si la crítica de la Demandada a dicho estudio y el escenario contrafáctico resultante son razonables respecto de cada uno de los principales puntos de desacuerdo [...]102. (Énfasis añadido)

75. La contradicción es evidente: el Tribunal no puede a la vez afirmar en su decisión sobre los méritos que la CNEE no tenía por qué aceptar acríticamente el informe de la Comisión Pericial y el estudio Bates White, pero sí imponer ambos en modo estricto en su decisión sobre el cómputo del daño. Esto implica introducir por la puerta de atrás una obligación de la CNEE de aceptar sin más dichos estudios, cuando el Tribunal, sin embargo, no ha identificado dicha obligación en la parte del Laudo sobre el análisis del fondo. Significa también variar en forma encubierta la violación del Tratado por la que Guatemala es considerada responsable.
76. Por tanto, el Laudo tampoco expresa los motivos en que se funda en relación a la decisión sobre las supuestas pérdidas históricas de TGH. Este motivo de anulación entraña la anulación parcial del Laudo, es decir exclusivamente en relación a la decisión del Tribunal sobre las pérdidas históricas de TGH, y es alternativa a las causales de anulación total del Laudo¹⁰³.

5. La falta de motivación de la decisión sobre costos

77. En su decisión sobre costos el Tribunal decide que Guatemala debe hacerse cargo del 75% de los costos de TGH sobre la base de que el Tribunal “*debería aplicar el principio de que la parte vencida paga los costos*”¹⁰⁴.

102 Laudo, párrs. 726-728.

103 Ver Causales de la sección III, apartados (A), y (B) 1, 2 y 3.

104 Laudo, párr. 776.

78. En la práctica de arbitraje de inversión no es habitual la condena a una parte al pago de costos de la otra¹⁰⁵, y menos aún a hacerse responsable del 75% de dichos costos como en este caso, excepto si existen “*circunstancias excepcionales*”¹⁰⁶. Además, el Tribunal en este caso admite que “*se han aceptado parcialmente los reclamos de [la Demandada] en relación con el monto compensatorio*”¹⁰⁷. Guatemala demostró que TGH no tenía razón en nada menos que el 90% de lo reclamado en concepto de daños, pero aun así se condena a Guatemala a pagar los costos de TGH como si hubiera perdido prácticamente todo el caso (debe pagar el 75% de los costos de TGH, ahorrándose solo el 25% restante). El Tribunal no tiene en cuenta tampoco que la gran mayoría de las reclamaciones de TGH sobre el fondo fueron rechazadas, como las alegaciones relativas a la modificación fundamental del marco regulatorio y a la violación de las expectativas legítimas de TGH¹⁰⁸.
79. Nótese también que TGH incurrió en gastos de más de US\$ 10 millones, casi el doble de los gastos de Guatemala en este Arbitraje, en un procedimiento que no implicó una fase separada de jurisdicción y se resolvió en tres años, muy rápidamente para este tipo de arbitrajes —lo cual atestigua el comportamiento colaborativo de Guatemala en el desarrollo del procedimiento. A pesar de todo esto, y sin fundamento o razonamiento alguno, el Tribunal estima que dichos costos de TGH están “*justificados*” y son “*adecuados*”¹⁰⁹.

¹⁰⁵ Por ejemplo, *Tza Yap Shum c. República de Perú* (Caso CIADI No. ARB/07/6) Laudo, 7 de julio de 2011, **Anexo GL-12**, párr. 296; *Bayview Irrigation District y otros c. Estados Unidos Mexicanos* (Caso CIADI No. ARB(AF)/05/1) Laudo, 19 de junio de 2007, **Anexo GL-7**, párr. 125; *Alasdair Ross Anderson y Otros c. República de Costa Rica* (Caso CIADI No. ARB(AF)/07/3) Laudo, 19 de mayo de 2010, **Anexo GL-11**, párr. 62.

¹⁰⁶ En la mayoría de los casos en que se ha ordenado a una parte el pago de los costos de la parte contraria, la decisión se basó en faltas graves o conducta impropia de la parte condenada. Por ejemplo: *Europe Cement Investment and Trade SA c. República de Turquía* (Caso CIADI No. ARB(AF)/07/2) Laudo, 13 de agosto de 2009, **Anexo GL-10**, párrs. 182–186; *Phoenix Action Ltd c. República Checa* (Caso CIADI No. ARB/06/5) Laudo, 15 de abril de 2009, **Anexo GL-8**, párrs. 148-152; *ADC Affiliate Ltd. y ADC & ADMC Mgmt. Ltd c. República de Hungría* (Caso CIADI No. ARB/03/16) Laudo, 2 de octubre de 2006, **Anexo GL-5**, párr. 537.

¹⁰⁷ Laudo, párr. 778.

¹⁰⁸ Ver párrs. 25-27.

¹⁰⁹ Laudo, párr. 775.

80. En conclusión, el Tribunal tampoco expresa los motivos en los que se funda para su decisión sobre costos. Este motivo de anulación entraña la anulación parcial del Laudo y es alternativa a las causales de anulación total del Laudo¹¹⁰.

C. EL TRIBUNAL QUEBRANTÓ GRAVEMENTE UNA NORMA FUNDAMENTAL DE PROCEDIMIENTO

81. En relación al rechazo del informe Damonte ya analizado arriba¹¹¹, el Tribunal afirma que supuestamente el Ing. Damonte “*se aparta del pronunciamiento de la Comisión Pericial en esta cuestión importante [el FRC]*”, y por ello “*el Tribunal Arbitral no puede hacer referencia a su contenido para fundamentar su evaluación*” de las pérdidas históricas de TGH¹¹². Sin embargo, esto es incorrecto: el Ing. Damonte sí presentó en sus informes un escenario considerando el FRC de la Comisión Pericial. El Tribunal también omite analizar la posición de Guatemala y del Ing. Damonte de que el informe Bates White de 28 de julio de 2008 en cualquier caso no incorporaba en modo correcto el informe de la Comisión Pericial.
82. De esta forma, el Tribunal no tiene en cuenta para nada argumentos y elementos de prueba aportados por Guatemala que tenían un impacto directo en la valuación de las supuestas pérdidas históricas de TGH. Esta omisión supone un “*quebrantamiento grave de una norma de procedimiento*” bajo el artículo 52(1)(d) del Convenio CIADI.

IV. PETICIÓN DE SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN DEL LAUDO

83. De acuerdo al artículo 52(5) del Convenio CIADI y la regla 54 de las Reglas de Arbitraje, Guatemala solicita la suspensión provisional de la ejecución del Laudo.
84. Además, como se desarrollará en la etapa procesal oportuna, existen motivos que justifican ordenar la continuación de la suspensión provisional hasta que se dicte la decisión sobre anulación. La Solicitud es legítima y no dilatoria, y la suspensión no le

110 Ver Causales de la sección III, apartados (A), y (B) 1, 2 y 3.

111 Ver párrs. 70-76.

112 Laudo, párr. 727 (énfasis añadido).

causa ninguna privación o daño irreparable a TGH que no pueda compensarse con el pago de interés.

V. PETITORIO

85. Por todas las razones expuestas, y sin perjuicio de modificar, ampliar o completar los argumentos contenidos en esta Solicitud en el Memorial de Demanda sobre Anulación y escritos subsiguientes, Guatemala solicita respetuosamente que el Comité:
- (a) ANULE el Laudo en su totalidad porque el Tribunal se extralimitó manifiestamente en sus facultades y por no haber expresado en el Laudo los motivos en los que se funda su decisión de jurisdicción y de fondo;
 - (b) Alternativamente a la petición anterior, ANULE el Laudo en las partes relativas a: (i) la decisión sobre los daños por supuestas pérdidas históricas de TGH, y la condena a Guatemala a pagar dichos daños; y (ii) la decisión sobre costos y condena a Guatemala a pagar dichos costos; por no haberse expresado en el Laudo los motivos en los que se fundan dichas decisiones y por quebrantamiento grave de una norma fundamental de procedimiento;
 - (c) ORDENE a TGH pagar todos los costos de este procedimiento de anulación, incluyendo los costos de la representación legal de Guatemala con intereses.
86. Además, Guatemala reitera su solicitud de suspensión provisional del Laudo hasta que se dicte la decisión sobre anulación.

Respetuosamente presentado por la República de Guatemala el 18 de abril de 2014.



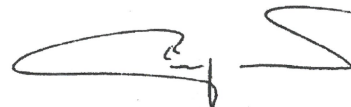
Nigel Blackaby



Alejandro Arenales



Alfredo Skinner Klée



Rodolfo Salazar

Possible Duplicate Delivery

Network : SWIFT
Session Holder : BAGUGTGCAXXXF
Session : 3101
Sequence : 095523
Delivery Status : Network Ack

----- Instance Type and Transmission -----

Original
Priority/Delivery : Normal

----- Message Header -----

Swift Input : FIN 103 Single Customer Credit Transfer
Sender : BAGUGTGXXX
BANCO DE GUATEMALA
GUATEMALA GT
Receiver : PNBUS3N NYC
WELLS FARGO BANK, N.A.
(NEW YORK INTERNATIONAL BRANCH)
NEW YORK, NY US
MUR : OPEX 2141/2014

----- Message Text -----

20: Sender's Reference
140414-2141/2014
23B: Bank Operation Code
CRED
32A: Val Dte/Curr/Interbnk Settl'd Amt
Date : 15 April 2014
Currency : USD (US DOLLAR)
Amount : #25000,00#
50K: Ordering Customer-Name & Address
/ACC. NR: 1100106
1/MINISTERIO DE ECONOMIA
2/8a. AVENIDA 10-43 ZONA 1
3/CIUDAD DE GUATEMALA, GUATEMALA
7/GT/3440494
53A: Sender's Correspondent - FI BIC
/2000192002794
BAGUGTGC
BANCO DE GUATEMALA
GUATEMALA GT
57A: Account With Institution - FI BIC
//FW026009593
BOFAUS3N
BANK OF AMERICA, N.A.
NEW YORK, NY US
59: Beneficiary Customer-Name & Addr
/226000253217
INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT
OF INVESTMENT DISPUTES
1818 H STREET, NW, WASHINGTON, DC
20433, USA
70: Remittance Information
PAGO DEL GOBIERNO DE GUATEMALA POR
DERECHO DE PRESTACION DE SOLICITUD
DE ANULACION DE UN LAUDO ARBITRAL
CIADI ARB NO. 10/23
71A: Details of Charges
OUR