
CENTRO INTERNACIONAL DE
ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES

TECO GUATEMALA HOLDINGS, LLC

Demandante

c.

REPÚBLICA DE GUATEMALA

Demandada

CASO CIADI N.º ARB/10/23

RÉPLICA DE LA DEMANDANTE POSTERIOR A LA AUDIENCIA

WHITE & CASE LLP

Andrea J. Menaker

Jaime M. Crowe

Petr Polášek

Kristen M. Young

8 de julio de 2013

Abogados de la Demandante

RÉPLICA DE LA DEMANDANTE POSTERIOR A LA AUDIENCIA

ÍNDICE

RÉPLICA DE LA DEMANDANTE POSTERIOR A LA AUDIENCIA	I
RÉPLICA DE LA DEMANDANTE POSTERIOR A LA AUDIENCIA	1
ÍNDICE	1
RÉPLICA DE LA DEMANDANTE POSTERIOR A LA AUDIENCIA	3
I. INTRODUCCIÓN	3
II. EL TRIBUNAL TIENE JURISDICCIÓN SOBRE EL RECLAMO DE LA DEMANDANTE EN VIRTUD DEL ARTÍCULO 10.5 DEL CAFTA-RD.....	5
A. La Demandada interpreta erróneamente el estándar legal aplicable	6
B. Esta controversia no surge de un mero desacuerdo regulatorio	8
C. El reclamo de la Demandante no se encuentra limitado a un reclamo por denegación de justicia	12
III. LA DEMANDADA TERGIVERSA EL ESTÁNDAR MÍNIMO DE TRATO DEL ARTÍCULO 10.5 DEL CAFTA-RD	22
IV. LA DEMANDANTE HA ACREDITADO UN INCUMPLIMIENTO DEL ARTÍCULO 10.5 DEL CAFTA-RD.....	36
A. La Demandante confió legítimamente en las declaraciones específicas que Guatemala efectuó para inducir la inversión extranjera en EEGSA.....	36
1. Antes de invertir en EEGSA, el grupo de compañías TECO efectuó un exhaustivo <i>due diligence</i>	37
2. Guatemala declaró específicamente que el VAD de EEGSA se calcularía en función del Valor Nuevo de Reemplazo de la base de capital de una empresa modelo eficiente y que toda discrepancia sobre dicho cálculo sería resuelta por una comisión pericial de tres miembros designada por las partes	49
B. Los actos de la CNEE durante la revisión tarifaria de EEGSA de 2008-2013 violaron las expectativas legítimas de la Demandante, modificaron de manera esencial elementos clave del marco regulatorio y constituyeron un trato arbitrario en violación del estándar mínimo	57
1. En flagrante violación de sus declaraciones previas, Guatemala desconoció tanto los pronunciamientos de la Comisión Pericial como el estudio corregido del VAD de EEGSA, y aprobó su propio estudio del VAD, en el que el VAD de EEGSA se calculaba sobre la base de un VNR depreciado.....	58
2. Fue la CNEE, y no EEGSA, la que actuó de manera arbitraria y de mala fe durante la revisión tarifaria de EEGSA para el período 2008-2013.....	73

3.	Los argumentos <i>post hoc</i> de la Demandada relacionados con el estudio del VAD de Bates White del 28 de Julio de 2008 son jurídicamente irrelevantes y fácticamente incorrectos	90
a.	Bates White incorporó íntegramente los pronunciamientos de la Comisión Pericial en su estudio del VAD corregido del 28 de julio de 2008 ..	91
b.	El VNR y el VAD del 28 de julio de 2008 de Bates White eran razonables, a diferencia del VNR y el VAD de Sigla.....	100
V.	DAÑOS.....	112
A.	El intento de la Demandada de presentar una nueva medida de los daños debe rechazarse	113
B.	Las críticas de la Demandada del valor contrafáctico de EEGSA calculado por la Demandante son inválidas.....	115
C.	Los argumentos de la Demandada de que el VAD de Sigla es razonable y el de Bates White no lo es carece de fundamento.....	119
VI.	CONCLUSIÓN	137

RÉPLICA DE LA DEMANDANTE POSTERIOR A LA AUDIENCIA

I. INTRODUCCIÓN

1. De conformidad con la carta del Tribunal de fecha 22 de marzo de 2013, la Demandante presenta su Réplica Posterior a la Audiencia¹. Esta Réplica Posterior a la Audiencia responde a los argumentos planteados por la Demandada en su Escrito Posterior a la Audiencia del 10 de junio de 2013, modificado por la carta del Tribunal de fecha 27 de junio de 2013, mediante la cual se admitió la solicitud de la Demandante de eliminar ciertas partes de dicho Escrito². La Demandante ratifica todas sus presentaciones previas, orales y escritas.

2. Como la Demandante lo ha demostrado en su Escrito Posterior a la Audiencia, este caso se origina como consecuencia de la decisión arbitraria e injustificada de Guatemala de disminuir, por motivos netamente políticos, las tarifas de electricidad de EEGSA para el período 2008-2013 mediante una reducción drástica de su VAD, como así también de los actos arbitrarios e injustificados que Guatemala adoptó para lograr ese objetivo. Como la Demandante también lo demostró, dichos actos culminaron con la desestimación por parte de la CNEE de todo el proceso de revisión tarifaria de 2008-2013, incluidas las decisiones de la Comisión Pericial y el estudio del VAD corregido de EEGSA del 28 de julio de 2008, y con la imposición a EEGSA del VAD injustificadamente bajo de la CNEE, en incumplimiento de las declaraciones específicas que Guatemala había efectuado durante la privatización de EEGSA y en total repudio del marco legal y regulatorio que Guatemala había instaurado con miras a atraer e inducir la inversión extranjera en su sector eléctrico. Mediante dicha conducta, Guatemala, de manera deliberada, hizo caso omiso de los principios clave de la LGE y el RLGE en los cuales se basó la inversión de la Demandante en EEGSA, y de las declaraciones específicas que efectuó y ratificó y en las que la Demandante con toda razón confió, además de violar la obligación prevista en el Artículo 10.5 del CAFTA-RD de brindar un trato justo y equitativo (“TJE”) a la inversión de la Demandante.

¹ Las abreviaturas y los términos empleados en la Réplica de la Demandante Posterior a la Audiencia tendrán el mismo significado que en el Escrito de la Demandante Posterior a la Audiencia, la Dúplica sobre Jurisdicción, la Réplica y el Memorial.

² Escrito de la Demandada Posterior a la Audiencia de fecha 10 de junio de 2013 (“Escrito de la Demandada Posterior a la Audiencia”); Carta del Tribunal a las Partes de fecha 10 de junio de 2013.

3. En su Escrito Posterior a la Audiencia, la Demandada continúa intentando encubrir estas cuestiones y caracterizar a este caso como una controversia regulatoria meramente interna sobre la correcta interpretación del derecho guatemalteco que ya ha sido resuelta por la justicia de Guatemala. La Demandada también intenta retratar a la Demandante y al grupo de compañías TECO como meros inversores pasivos en EEGSA, quienes, al momento de la inversión, no llevaron a cabo ningún proceso de *due diligence* y, por ende, no tenían ninguna expectativa en cuanto a la aplicación del marco legal y regulatorio vigente.

4. Como la Demandante ha podido demostrarlo, y como se acreditará a continuación, esta controversia no se desprende de un desacuerdo meramente regulatorio sobre la correcta interpretación de ciertas disposiciones del derecho guatemalteco, sino que se deriva de actos deliberados de Guatemala orientados a evitar que EEGSA calculara su VAD en función del valor nuevo de reemplazo de su red y, de ese modo, lograr que se produjera una disminución considerable del VAD y las tarifas de EEGSA para 2008-2013. Las pruebas demuestran además que, al contrario de las afirmaciones *ipse dixit* de la Demandada, antes de decidir invertir en EEGSA, el grupo de compañías TECO sí realizó un exhaustivo *due diligence*, y que su entendimiento del marco legal y regulatorio aplicable (incluido el procedimiento y los presupuestos según los cuales el VAD de EEGSA se recalcularía cada cinco años, y la forma en que se resolverían las desavenencias surgidas entre la CNEE y EEGSA durante ese proceso) se basó directamente en las declaraciones específicas que Guatemala efectuó en ese entonces para inducir y atraer la inversión extranjera en EEGSA.

5. Ante la imposibilidad de fundamentar sus argumentos con pruebas contemporáneas, la Demandada opta por lanzar críticas contra la Demandante, interpretando erróneamente los testimonios verbales ofrecidos en la Audiencia e invocando argumentos *post-hoc*. Sin embargo, la alegación de la Demandada en su Escrito Posterior a la Audiencia de que son la Demandante y EEGSA “quienes se han comportado en forma arbitraria, de mala fe y abusando de sus influencias políticas”³ no halla sustento en las pruebas y, llamativamente, la Demandada no formula ninguna defensa legal en tal sentido. Asimismo, como se demuestra más adelante, de poco le sirven a la Demandada sus claros intentos de citar fuera de contexto los

³ Escrito de la Demandada Posterior a la Audiencia, párrafo 31.

testimonios prestados en la Audiencia, y sus diversos argumentos *post-hoc* carecen de todo sustento fáctico y fracasan como defensa legal frente al reclamo de la Demandante en este arbitraje.

II. EL TRIBUNAL TIENE JURISDICCIÓN SOBRE EL RECLAMO DE LA DEMANDANTE EN VIRTUD DEL ARTÍCULO 10.5 DEL CAFTA-RD

6. En su Escrito Posterior a la Audiencia, la Demandada continúa afirmando incorrectamente que la Demandante ha sometido a arbitraje una controversia meramente regulatoria en los términos del derecho guatemalteco, sobre la cual este Tribunal carece de jurisdicción⁴. Así, la Demandada sostiene que el meollo de esta diferencia “versa sobre simples desacuerdos entre EEGSA y TGH, de una parte, y de la otra la CNEE, sobre la interpretación y aplicación del marco regulatorio, tanto en temas de procedimiento como en cuestiones técnicas y financieras de la revisión tarifaria de EEGSA del 2008”⁵, y que tales desacuerdos regulatorios no pueden “configura[r] una violación por parte del Estado guatemalteco del estándar mínimo internacional del Tratado”⁶. Además, según la Demandada, la interpretación que la CNEE hace del marco regulatorio “no es descabellada, absurda o irracional al punto de dar lugar a un argumento de alteración fundamental del marco regulatorio, arbitrariedad o abuso de poder”, sino que “tiene una base jurídica y/o técnica y económica concreta y justificada”⁷. La Demandada también continúa alegando que las cuestiones planteadas por la Demandante ya han sido resueltas por los tribunales de Guatemala y que entonces “la única reclamación válida en este caso hubiera sido por denegación de justicia”⁸. Como se indica a continuación, los argumentos jurisdiccionales de la Demandada siguen guiados por una interpretación equivocada del estándar legal aplicable; tergiversan y distorsionan de manera intencionada el contenido de los reclamos de la Demandante y son esencialmente incompatibles con la prueba documental que obra en el expediente. Dichos argumentos jurisdiccionales de la Demandada también continúan confundiendo el TJE con la denegación de justicia y son incoherentes con numerosos casos

⁴ *Ver id.*, párrafos 33-67.

⁵ *Id.*, párrafo 80.

⁶ *Id.*, párrafo 60.

⁷ *Id.*, párrafo 59.

⁸ *Id.*, párrafo 71.

basados en tratados de inversión en los que se determinó que se había incumplido la obligación de TJE a partir de actos legislativos, administrativos o regulatorios de un Estado, independientemente de que hubiera habido o no una denegación de justicia en los tribunales del Estado receptor.

A. La Demandada interpreta erróneamente el estándar legal aplicable

7. Apelando a la decisión del tribunal en el caso *Iberdrola c. Guatemala*, la Demandada continúa argumentando que, a fin de determinar si posee jurisdicción *ratione materiae* sobre esta controversia, el Tribunal debe analizar los aspectos sustanciales de los reclamos de la Demandante⁹. En este sentido, la Demandada afirma que “[e]n su análisis jurisdiccional, el Tribunal tiene que examinar si la controversia que somete TGH a este arbitraje es o no una verdadera controversia sobre materias reguladas por el Tratado” y que dicha determinación necesariamente “incluye, como hizo el tribunal en *Iberdrola*, examinar la esencia o parte sustancial de la reclamación presentada para cerciorarse si efectivamente se plantea o no una ‘genuina reclamación’ de violación del estándar mínimo internacional, ‘o que se dio una verdadera controversia internacional’”¹⁰. Con respecto al reclamo de la Demandante referido a las modificaciones esenciales del marco regulatorio efectuadas por Guatemala, la Demandada aduce que el Tribunal debe evaluar “la existencia y entidad de un cambio” porque “no cualquier reforma del marco regulatorio implica un cambio de las premisas básicas de dicho marco como para que pueda hablarse de una violación de Derecho internacional”, y que la finalidad de dicho análisis consiste en desentrañar “si un tal cambio reviste carácter manifiestamente arbitrario, desproporcionado o irrazonable”¹¹. El continuo intento de la Demandada de incorporar un análisis de la validez de un reclamo internacional al estándar *prima facie* debe ser rechazado¹².

8. Como lo ha explicado la Demandante, al examinar su jurisdicción *ratione materiae* en virtud del CAFTA-RD, el Tribunal debe determinar si los hechos, tal cual han sido alegados por la Demandante, “están comprendidos dentro del alcance de las disposiciones [del

⁹ *Ver id.*, párrafos 77-79.

¹⁰ *Íd.*, párrafo 77 (donde se cita el caso *Iberdrola Energía S.A. c. República de Guatemala*, Caso CIADI N° ARB/09/5, Laudo de fecha 17 de agosto de 2012 (“*Iberdrola c. Guatemala*”), párrafo 368 (RL-32)).

¹¹ *Íd.*, párrafo 78.

¹² Dúplica sobre Jurisdicción, párrafos 8-13; Réplica, párrafos 283-287.

tratado] o si pueden, en caso de quedar acreditados, constituir incumplimientos de las obligaciones a las que se refieren”¹³. A los efectos de tal determinación, el Tribunal aplica “un estándar *prima facie* tanto a la definición del significado y alcance de las disposiciones del TBI como a la consideración de si los hechos alegados pueden configurar incumplimientos”¹⁴. Por ende, el Tribunal “no debe abordar el fondo de los reclamos, sino que debe llegar al convencimiento de que tiene jurisdicción sobre la controversia, en los términos en los que ha sido planteada”¹⁵. Como lo confirmó el tribunal en *Siemens c. Argentina*, “el Tribunal no está obligado a considerar si las reclamaciones en virtud del Tratado. . . son correctas”, sino que “sólo necesita estar convencido de que, si se prueba que las alegaciones de la Demandante son correctas, tiene jurisdicción para considerarlas”¹⁶.

9. Por lo tanto, la Demandada se equivoca al afirmar que el Tribunal debe indagar en “la esencia o parte sustancial de la reclamación” a fin de determinar si existe una “genuina reclamación” o una “verdadera controversia internacional” sobre las cuales tiene jurisdicción¹⁷. A la hora de aplicar el estándar *prima facie*, el Tribunal, en realidad, debe evaluar si los hechos, según han sido alegados por la Demandante, esto es, si la decisión de la CNEE de desestimar los pronunciamientos de la Comisión Pericial e imponer a EEGSA su propio VAD artificialmente reducido en incumplimiento de las declaraciones específicas previas de Guatemala y del marco legal y regulatorio que estableció para atraer e inducir la inversión extranjera en EEGSA, como así también las modificaciones fundamentales efectuadas por Guatemala a dicho marco regulatorio y su conducta arbitraria y de mala fe en el desarrollo de la revisión tarifaria 2008-2013 de EEGSA, podrían originar un incumplimiento del Artículo 10.5 del CAFTA-RD, sobre el

¹³ *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. c. República Islámica de Pakistán*, Caso CIADI N.º ARB/03/29, Decisión sobre Jurisdicción de fecha 14 de noviembre de 2005 (“*Bayindir c. Pakistán*”), párrafo 197 (CL-84); ver también *Impregilo S.p.A. c. República Islámica de Pakistán*, Caso CIADI N.º ARB/03/3, Decisión sobre Jurisdicción de fecha 22 de abril de 2005, párrafo 254 (“[E]l Tribunal ha considerado si los hechos alegados por la Demandante en este caso, de probarse, pueden enmarcarse dentro de las disposiciones invocadas del TBI”). (énfasis en el original) (CL-63).

¹⁴ *Bayindir c. Pakistán*, párrafo 197 (CL-84).

¹⁵ *Salini Costruttori S.p.A. e Italstrade S.p.A. c. Reino Hachemita de Jordania*, Caso CIADI N.º ARB/02/13, Laudo de fecha 31 de enero de 2006, párrafo 137 (CL-67).

¹⁶ *Siemens A.G. c. República Argentina*, Caso CIADI N.º ARB/02/8, Decisión sobre Jurisdicción de fecha 3 de agosto de 2004, párrafo 180 (CL-94).

¹⁷ Escrito de la Demandada Posterior a la Audiencia, párrafo 77.

cual este Tribunal pueda ejercer su jurisdicción. Como la Demandante lo ha demostrado y lo probará más adelante, los hechos alegados por ella no solo son susceptibles, de quedar acreditados, de constituir un incumplimiento del Artículo 10.5 del CAFTA-RD, sino que también han quedado demostrados y configuran tal incumplimiento.

10. De manera similar, la Demandada desacierta al sostener que, al momento de evaluar su jurisdicción *ratione materiae* sobre el reclamo de la Demandante en torno a las modificaciones esenciales del marco regulatorio dispuestas por Guatemala, el Tribunal debe analizar la “existencia y entidad” de la modificación a fin de determinar “si un tal cambio reviste carácter manifiestamente arbitrario, desproporcionado o irrazonable” o si altera las “premisas básicas” del “marco [regulatorio] como para que pueda hablarse de una violación de Derecho internacional”¹⁸. Tal como la Demandante lo explicó en su Escrito Posterior a la Audiencia, la determinación de si un acto del Estado, regulatorio o de otro tipo, constituye o no una violación del estándar mínimo de trato es una decisión sobre el fondo, y no una decisión referida a la jurisdicción¹⁹. El análisis del Tribunal en cuanto a si las modificaciones fundamentales de Guatemala de componentes clave del marco regulatorio son manifiestamente arbitrarias, desproporcionadas o irrazonables, o si alteraron las premisas básicas de dicho marco de modo tal que generen un incumplimiento del estándar mínimo, es sin dudas un análisis fáctico, y exige una evaluación de las pruebas documentales y testimoniales, por lo que necesariamente se trata de una cuestión sobre el fondo y no sobre jurisdicción²⁰. En consecuencia, el argumento de la Demandada de que el hecho de que el reclamo de la Demandante se refiera o no a un “verdadero cambio regulatorio” “debe ser apreciado por el Tribunal a nivel jurisdiccional” debe ser rechazado²¹.

B. Esta controversia no surge de un mero desacuerdo regulatorio

¹⁸ *Íd.*, párrafo 78.

¹⁹ Escrito de la Demandante Posterior a la Audiencia de fecha 10 de junio de 2013 (“Escrito de la Demandante Posterior a la Audiencia”), párrafo 54; *ver también* Acta (22 de enero de 2013) 413:19-414:1 (Pregunta del Tribunal) (acerca de “si es un cambio regulatorio no demasiado importante en la opinión de una de las partes; si esa es una cuestión, quizás, que se puede decidir en la fase jurisdiccional o debe necesariamente ser debatido cuando se vean los méritos”).

²⁰ Escrito de la Demandante Posterior a la Audiencia, párrafo 54.

²¹ Escrito de la Demandada Posterior a la Audiencia, párrafo 79.

11. En su Escrito Posterior a la Audiencia, la Demandada continúa aseverando que la Demandante no ha “presentado una genuina reclamación bajo el Tratado”²² y que “los temas sobre los que versa esta controversia” en este arbitraje guardan relación con “desacuerdos sobre cómo deben interpretarse y aplicarse ciertas disposiciones del marco regulatorio guatemalteco”²³, incluidos, entre otros: (1) si los Términos de Referencia (“TdR”) redactados por la CNEE son obligatorios o si EEGSA y su consultor, Bates White, podían apartarse de los TdR cuando consideraran que no condecían con la LGE y el RLGE²⁴; (2) si las decisiones de la Comisión Pericial son vinculantes para la CNEE y, de serlo, si la Comisión Pericial debía revisar el estudio del VAD corregido de EEGSA a fin de corroborar que incorporara correctamente todos los pronunciamientos de la Comisión Pericial²⁵; (3) si la CNEE tiene la obligación en virtud de la LGE de basarse exclusivamente en el estudio del VAD del distribuidor para fijar el VAD y las tarifas del distribuidor, o si la LGE le permite a la CNEE basarse en su propio estudio del VAD²⁶; (4) si el diseño de las unidades de construcción del estudio del VAD de Bates White o del estudio del VAD de Sigla era correcto y (5) si la depreciación se incluye en el cálculo del VAD del distribuidor²⁷. Según la Demandada, “[e]n todos los casos, la posición de la CNEE tiene una base jurídica y/o técnica y económica concreta y justificada”²⁸ y el supuesto mero disenso de la Demandante con la CNEE no puede configurar una violación del estándar mínimo internacional²⁹. El continuo intento de la Demandada de eludir el escrutinio de sus actos a la luz del derecho internacional, reformulando este caso como si se tratara de una “mera” controversia regulatoria sobre la interpretación de la LGE y el RLGE, debe ser rechazado.

12. Como la Demandante lo ha explicado en reiteradas oportunidades, los hechos en los que se apoya su reclamo no se refieren a un mero desacuerdo sobre la interpretación apropiada del derecho guatemalteco, sino que se relacionan con actos deliberados de Guatemala

²² *Íd.*, párrafo 39.

²³ *Íd.*, párrafo 40.

²⁴ *Íd.*, párrafos 41-42.

²⁵ *Íd.*, párrafos 43-47.

²⁶ *Íd.*, párrafos 48-55.

²⁷ *Íd.*, párrafos 56-58.

²⁸ *Íd.*, párrafo 59.

²⁹ *Íd.*, párrafo 60.

tendientes a evitar que EEGSA calculara su VAD de 2008-2013 en función del valor nuevo de reemplazo de su red para así lograr una disminución considerable del VAD y las tarifas de EEGSA en el período 2008-2013³⁰. Por ende, el reclamo de la Demandante no consiste en que “un regulador aplicó incorrectamente un marco regulatorio nacional”, como sostiene erróneamente la Demandada³¹. En realidad, como lo demuestran las presentaciones de la Demandante, su reclamo consiste en que los actos arbitrarios de la CNEE al reducir el VAD de EEGSA de 2008-2013 contravinieron de manera directa las declaraciones específicas de Guatemala en relación con el proceso para el cálculo del VAD, efectuadas con el expreso propósito de atraer e inducir la inversión extranjera en EEGSA; en que las modificaciones del RLGE por parte de Guatemala, como también el modo en el que la CNEE se sirvió de ellas en defensa de sus actos ante la justicia guatemalteca, alteraron de manera esencial elementos fundamentales del marco regulatorio en los que se había fundado la inversión de la Demandante en EEGSA, y en que los actos adoptados por la CNEE para conseguir la reducción del VAD de EEGSA, a pesar del notable aumento en los costos de los materiales utilizados en la distribución de electricidad y de los pronunciamientos expresos de la Comisión Pericial sobre las discrepancias, reflejan una conducta arbitraria y de mala fe del regulador en el ejercicio de sus funciones³².

13. Por otra parte, los distintos asuntos que la Demandada cita como supuestos fundamentos de esta controversia no constituyen meros “desacuerdos regulatorios” sobre la interpretación del derecho de Guatemala, sino que implican cuestiones de hecho controvertidas sobre las cuales este Tribunal lógicamente tiene jurisdicción³³. Así, por ejemplo, si bien la Demandada alega que el reclamo de la Demandante atañe a un desacuerdo en cuanto a la naturaleza y el impacto de los TdR de 2008-2013 de EEGSA, el hecho de que los TdR fueran o no obligatorios, o de que las partes hubieran acordado expresamente, en el Artículo 1.10, permitirle al consultor de EEGSA que se apartara de los TdR siempre y cuando brindara una

³⁰ Escrito de la Demandante Posterior a la Audiencia, párrafos 47-48; Dúplica sobre Jurisdicción, párrafos 14-24; Réplica, párrafos 228-230, 283-287.

³¹ Escrito de la Demandada Posterior a la Audiencia, párrafo 73.

³² Escrito de la Demandante Posterior a la Audiencia, párrafos 47-48; Dúplica sobre Jurisdicción, párrafos 14-24; Réplica, párrafos 228-230, 283-287.

³³ Escrito de la Demandada Posterior a la Audiencia, párrafos 41-60.

justificación fundamentada para hacerlo, son cuestiones fácticas controvertidas sobre las cuales este Tribunal tiene jurisdicción³⁴. De manera similar, tanto el hecho de que Guatemala haya o no proclamado a potenciales inversores en EEGSA que los pronunciamientos de la Comisión Pericial serían vinculantes, como la circunstancia de que la CNEE y EEGSA hayan convenido o no en la Regla 12 que sería la Comisión Pericial la que determinaría si el estudio corregido del VAD de EEGSA incorporaba correctamente todas sus decisiones, también son cuestiones fácticas controvertidas sobre las que el Tribunal posee jurisdicción³⁵. Por consiguiente, el intento de la Demandada de redefinir estas cuestiones como meros “desacuerdos regulatorios” sobre los cuales este Tribunal carece de jurisdicción es inútil.

14. Asimismo, como analizaremos más adelante, la postura de la CNEE sobre cada uno de estos puntos no “tiene una base jurídica y/o técnica y económica concreta y justificada”, como aduce la Demandada³⁶. Por el contrario, las posturas de la CNEE son justificaciones *post-hoc* que la Demandada simplemente ha inventado en su afán por defender los actos de la CNEE ante los tribunales de Guatemala y ante este Tribunal³⁷. No existe absolutamente *ninguna* prueba contemporánea que respalde ninguna de las interpretaciones de la CNEE y, de hecho, la Demandada no hace referencia a ninguna prueba en su Escrito Posterior a la Audiencia³⁸. Lo que la evidencia contemporánea sí demuestra es que la CNEE no estaba dispuesta a aceptar el resultado final del proceso de revisión tarifaria, que habría aumentado el VAD y las tarifas de EEGSA de 2008-2013, y, por ende, luego de analizar los pronunciamientos de la Comisión Pericial, decidió abandonar el proceso y adoptar su propio estudio del VAD, que no cumplía con las decisiones de la Comisión Pericial, con la excusa de que el Artículo 99 del RLGE la obligaba a fijar nuevas tarifas respecto de EEGSA a más tardar el 1º de agosto de 2008, un argumento que la CNEE más tarde soslayó ante su propio sistema judicial³⁹. En efecto, como lo manifestó el mismo Sr. Colom en una presentación de abril de 2010 ante la Asociación Iberoamericana de

³⁴ *Íd.*, párrafos 41-42.

³⁵ *Íd.*, párrafos 43-47.

³⁶ *Íd.*, párrafo 59.

³⁷ Escrito de la Demandante Posterior a la Audiencia, párrafos 105, 159-163; Réplica, párrafos 6, 184-190, 247-253.

³⁸ Escrito de la Demandada Posterior a la Audiencia, párrafos 40-58.

³⁹ Escrito de la Demandante Posterior a la Audiencia, párrafos 159-160; Réplica, párrafos 85-89, 188-190.

Entidades Reguladoras de la Energía, al adoptar su propio estudio del VAD, la CNEE logró eliminar “[d]istorsiones históricas del VAD (*el usuario paga lo que debe de pagar*)”⁴⁰. Por lo tanto, según lo confirman las pruebas contemporáneas, esta controversia jamás giró en torno a una mera diferencia de opiniones entre EEGSA y la CNEE con respecto a la interpretación de la LGE y el RLGE, como la Demandada querría hacerle creer al Tribunal; en verdad, esta controversia se encuentra vinculada a los actos deliberados adoptados por la CNEE para reducir el VAD de 2008-2013 de EEGSA (cuando objetivamente debería haber aumentado), de modo que los usuarios pagaran lo que, por motivos políticos, la CNEE quería que pagaran.

C. El reclamo de la Demandante no se encuentra limitado a un reclamo por denegación de justicia

15. En su Escrito Posterior a la Audiencia, la Demandada continúa arguyendo que los tribunales guatemaltecos ya han resuelto esta diferencia y que entonces la única pretensión válida en este caso sería un reclamo por denegación de justicia que la Demandante no ha formulado⁴¹. Invocando la observación del tribunal del caso *Azinian c. México* en el sentido de que “[u]na 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”⁴², la Demandada argumenta que, en los casos en los que conflictos regulatorios hayan sido analizados y resueltos por los tribunales del Estado receptor, el único reclamo internacional válido es un reclamo por denegación de justicia porque “[s]on precisamente los tribunales los que deben remediar toda controversia sobre la interpretación y aplicación del Derecho interno”⁴³. En palabras de la Demandada, la única obligación del Estado en esas circunstancias consiste en “asegurar que sus tribunales est[én] disponibles y tom[en] una decisión que no pu[eda] dar lugar a ninguna acusación de denegación de justicia”⁴⁴. Los argumentos de la Demandada son evidentemente incorrectos.

⁴⁰ Colom Bickford, Carlos E., Presidente CNEE, *Evolución de la Metodología del Cálculo Tarifario en Guatemala* de abril de 2010, p. 47 (énfasis añadido) (C-348).

⁴¹ Escrito de la Demandada Posterior a la Audiencia, párrafos 61-67, 71-73.

⁴² *Íd.*, párrafo 72 (donde se cita *Robert Azinian, Kenneth Davitian, & Ellen Baca c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI N.º ARB (AF)/97/2, Laudo de fecha 1º de noviembre de 1999 (“*Azinian c. México*”) (énfasis omitido), párrafo 97 (RL-2)).

⁴³ *Íd.*, párrafo 73.

⁴⁴ *Íd.*

16. En primer lugar, el argumento de la Demandada de que los tribunales de Guatemala ya han decidido esta controversia parte de la premisa errónea de que esta controversia se refiere a la correcta interpretación de la LGE y el RLGE⁴⁵. Contrariamente a lo afirmado por la Demandada, EEGSA *no* ventiló estos mismos reclamos en la justicia guatemalteca, por lo que los tribunales de Guatemala no han resuelto la presente diferencia⁴⁶. Como lo explicó la Demandante, los recursos de amparo de EEGSA pretendían impugnar las Resoluciones de la CNEE en virtud del derecho de Guatemala⁴⁷. Finalmente, los tribunales guatemaltecos dispusieron que, en virtud del modificado Artículo 98 del RLGE, la CNEE tenía la facultad de establecer las tarifas de EEGSA de conformidad con el estudio del VAD preparado por su propio consultor, Sigla⁴⁸. Dichos tribunales no tuvieron en cuenta si, al hacerlo, Guatemala actuó en contradicción con sus declaraciones específicas previas; ni si la modificación del Artículo 98 del RLGE había alterado de manera esencial el marco regulatorio preexistente que se había implementado con el objeto de atraer la inversión privada en EEGSA, ni si la CNEE había desarrollado la revisión tarifaria de EEGSA de un modo arbitrario e injusto⁴⁹.

17. Incluso más, en dichos casos iniciados ante la justicia de Guatemala los derechos invocados eran distintos de los ejercidos ante este Tribunal, como también eran distintas las partes involucradas en dichos procesos; la Demandante no fue parte de ninguna de las acciones

⁴⁵ *Ver*, por ejemplo, *id.* (donde se arguye que “[c]uando la queja del reclamante es, como aquí, que un regulador aplicó incorrectamente un marco regulatorio nacional, no puede ignorarse la actuación de los tribunales que han examinado la actuación del regulador”).

⁴⁶ *Id.*, párrafos 61-67.

⁴⁷ Escrito de la Demandante Posterior a la Audiencia, párrafo 53; Dúplica sobre Jurisdicción, párrafo 49; Réplica, párrafos 208-216, 283-287.

⁴⁸ Escrito de la Demandante Posterior a la Audiencia, párrafos 105, 111-116; Decisión de la Corte de Constitucionalidad sobre Amparo C2-2008-7964 de fecha 18 de noviembre de 2009, pp. 13-15 (**C-331**); Decisión de la Corte de Constitucionalidad sobre Amparo 37-2008 de fecha 24 de febrero de 2010, p. 17 (**C-345**). Además, el argumento expuesto continuamente por la Demandada de que la Corte de Constitucionalidad de Guatemala no se fundó en el modificado Artículo 98 del RLGE al reivindicar los actos de la CNEE en virtud del derecho guatemalteco es equivocado. *Ver* Escrito de la Demandada Posterior a la Audiencia, párrafos 62-65. Como lo demostró la Demandante en su Escrito Posterior a la Audiencia, la Corte de Constitucionalidad de Guatemala invocó expresamente la modificación de 2007 de dicho Artículo 98 del RLGE, que, por primera vez, permitió a la CNEE basarse en su propio estudio del VAD en ciertas circunstancias limitadas a los efectos del cálculo del VAD del distribuidor. *Ver* Escrito de la Demandante Posterior a la Audiencia, párrafos 105; 111-116; Decisión de la Corte de Constitucionalidad sobre Amparo C2-2008-7964 de fecha 18 de noviembre de 2009, p. 14 (**C-331**); Decisión de la Corte de Constitucionalidad sobre Amparo 37-2008 de fecha 24 de febrero de 2010, p. 17 (**C-345**).

⁴⁹ *Ver*, por ejemplo, Dúplica sobre Jurisdicción, párrafo 49.

judiciales entabladas por EEGSA en Guatemala y, por ende, las decisiones de los tribunales guatemaltecos no pueden tener ningún efecto de cosa juzgada con respecto a la Demandante en este arbitraje⁵⁰. En su Escrito Posterior a la Audiencia, la Demandada coincide con la Demandante en que ésta no habría gozado de legitimidad para impugnar las Resoluciones de la CNEE ante la justicia de Guatemala⁵¹. No obstante, la Demandada sostiene que, debido a que los tratados se aplican automáticamente en Guatemala, la Demandante podría haber presentado un reclamo de *derecho internacional* alegando una violación del *CAFTA-RD* ante los tribunales de dicho país⁵². Esto es irrelevante; y lo que la Demandada omite revelar es que, si la Demandante hubiese formulado dicho reclamo en la justicia guatemalteca, habría renunciado a su derecho de iniciar este reclamo en un arbitraje internacional⁵³. El *CAFTA-RD*, al igual que el *TLCAN*, garantiza que los inversores extranjeros solo tengan una oportunidad de efectuar un reclamo por incumplimiento del Tratado: pueden presentar su pretensión en un arbitraje internacional o bien ante los tribunales nacionales, en caso de que el reclamo pueda tramitarse ante ellos⁵⁴. Entonces, no sorprende que “ningún inversor extranjero ha[ya] invocado un tratado de protección de inversiones ante la justicia guatemalteca”⁵⁵, toda vez que renunciaría al derecho de que su caso sea juzgado por un tribunal internacional imparcial a cambio de que ese mismo reclamo se ventile ante los tribunales políticos y faltos de independencia de Guatemala⁵⁶. Sin embargo, a diferencia de lo que ocurre con un reclamo por incumplimiento del Tratado, los inversores no

⁵⁰ Escrito de la Demandante Posterior a la Audiencia, párrafo 53; Dúplica sobre Jurisdicción, párrafo 49; Réplica, párrafos 208-216, 283-287.

⁵¹ Escrito de la Demandada Posterior a la Audiencia, párrafo 70; *ver también* Escrito de la Demandante Posterior a la Audiencia, párrafo 53 (en igual sentido).

⁵² Escrito de la Demandada Posterior a la Audiencia, párrafo 68.

⁵³ *Íd.*

⁵⁴ *CAFTA-RD*, Anexo 10-E (donde se dispone que “un inversionista de Estados Unidos no podrá someter a arbitraje . . . una reclamación en el sentido de que una Parte de Centroamérica . . . ha violado una obligación establecida en la Sección A . . . si el inversionista . . . ha alegado *esa violación de una obligación establecida en la Sección A* en procedimientos ante un tribunal judicial o administrativo de una Parte de Centroamérica”) (énfasis añadido) (**CL-1**); *TLCAN*, Anexo 1120.1 (donde se dispone que “un inversionista de otra Parte no podrá alegar que México ha violado una obligación” establecida en el Capítulo Once del *TLCAN* “tanto en un procedimiento arbitral conforme a esta sección, como en procedimientos ante un tribunal judicial o administrativo mexicano”) (**CL-116**). México es el único de los tres Estados parte del *TLCAN* en el que los tratados internacionales son de eficacia directa (*self-executing*).

⁵⁵ Escrito de la Demandada Posterior a la Audiencia, párrafo 68.

⁵⁶ *Ver* Rule of Law Index, The World Justice Project (2012) (**C-614**); Freedom in the World, FreedomHouse (2012) (**C-613**); Roberto Molina Barreto, Imperative Constitutional Reform (2011) (**C-609**).

solo están autorizados, sino que son alentados, a intentar resolver sus diferencias en los tribunales nacionales, en función de pretensiones contempladas en el derecho interno, a fin de evitar la internacionalización de la controversia⁵⁷. En su Escrito Posterior a la Audiencia, la Demandada no reconoce ni responde a la observación de la Demandante de que, en este sentido, sus argumentos jurisdiccionales se contraponen al objeto y propósito de la disposición de “no dar la vuelta completa” del Artículo 10.18(2) del CAFTA-RD⁵⁸.

18. En segundo lugar, en su Escrito Posterior a la Audiencia, la Demandada omite referirse a los numerosos casos planteados en virtud de tratados de inversión en los que se ha determinado que se había producido un incumplimiento del TJE como consecuencia de actos legislativos, administrativos o regulatorios de un Estado, independientemente de que hubiera habido o no una denegación de justicia por parte de los tribunales del Estado receptor, incluidos, entre otros, *EDF c. Argentina*⁵⁹, *ATA Construction c. Jordania*⁶⁰ y *CME c. República Checa*⁶¹. Como lo demuestran dichos casos, incluso cuando se encuentran involucrados los tribunales del Estado receptor, los tribunales que intervienen con arreglo a tratados de inversión han reconocido que un incumplimiento del estándar de TJE puede verificarse de manera independiente del trato que hubieran brindado dichos tribunales del Estado receptor⁶². Como lo confirma la decisión del

⁵⁷ Escrito de la Demandante Posterior a la Audiencia, párrafo 52; Dúplica sobre Jurisdicción, párrafo 56-57.

⁵⁸ CAFTA-RD, Art. 10.18(2) (CL-1); Escrito de la Demandante Posterior a la Audiencia, párrafo 52; Acta (21 de enero de 2013) 154:11-16 (Apertura de la Demandante); Dúplica sobre Jurisdicción, párrafos 56-57; *ver* también, *Azinian c. México*, párrafo 86 (donde se sostiene que el hecho de que las demandantes en ese caso tomaran “la iniciativa ante los tribunales mexicanos” no privaba al tribunal de su jurisdicción sobre el reclamo, y que “sería desafortunado que los demandantes potenciales, en virtud del TLCAN, se vieran disuadidos de buscar una reparación ante los tribunales nacionales [en virtud del derecho interno], porque esta acción puede tener el efecto beneficioso de resolver la controversia sin recurrir al arbitraje inversionista-Estado con base en el TLCAN”). (RL-2).

⁵⁹ *EDF Int’l S.A., Saur Int’l S.A. & Leon Participaciones Argentinas S.A. c. República Argentina*, Caso CIADI N.º ARB/03/23, Laudo de fecha 11 de junio de 2012, párrafos 905-907, 1095-1097 (“*EDF c. Argentina*”) (CL-86).

⁶⁰ *ATA Construction, Industrial and Trading Company c. Reino Hachemita de Jordania*, Caso CIADI N.º ARB/08/2, Laudo de fecha 18 de mayo de 2010 (“*ATA Construction c. Jordania*”), párrafos 121-128 (CL-58).

⁶¹ *CME Czech Republic B.V. c. República Checa*, CNUDMI, Laudo Parcial de fecha 13 de septiembre de 2001, párrafos 603, 611, 614 (CL-16).

⁶² Escrito de la Demandante Posterior a la Audiencia, párrafos 47-54; Dúplica sobre Jurisdicción, párrafos 29, 51-54; Réplica, párrafos 272-282.

tribunal en *Vivendi II*⁶³, ello es así porque la denegación de justicia no es sino un subconjunto del estándar internacional mínimo y solamente una de las formas en las que el Estado puede violar su obligación de conferirle a una inversión un TJE⁶⁴. Según lo concluido por el tribunal de *Vivendi II*, si “fuera a restringir las reclamaciones por trato injusto e inequitativo a las circunstancias en que las Demandantes también han establecido la existencia de denegación de justicia, se destruiría la norma del trato justo y equitativo”⁶⁵. La Demandada omite toda mención de este antecedente.

19. Asimismo, existe consenso en que un Estado no puede escudarse en su propio sistema judicial para tomar distancia de la violación de una obligación de derecho internacional⁶⁶. Como lo señaló el tribunal de *Azinian*, “un tribunal internacional a quien se solicite una decisión sobre el cumplimiento de un tratado internacional por parte de un gobierno no queda paralizado por el hecho de que los tribunales nacionales hayan aprobado los actos en cuestión de las autoridades públicas”⁶⁷. De manera similar, en *EDF c. Argentina*, el hecho de que

⁶³ *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal S.A. c. República Argentina*, Caso CIADI N.º ARB/97/3, Laudo de fecha 20 de agosto de 2007 (“*Vivendi I*”), párrafo 7.4.10 (**CL-18**) (donde se rechaza el mismo argumento que la Demandada plantea en este caso, y se dispone que “[e]n la medida en que la Demandada sostiene que la obligación del trato justo y equitativo rige para la conducta del gobierno sólo en caso de que los tribunales del Estado no puedan impartir justicia, esto al parecer es una fusión de los conceptos jurídicos de trato justo y equitativo, por un lado y, por el otro, de la denegación de justicia”).

⁶⁴ Escrito de la Demandante Posterior a la Audiencia, párrafo 49; Dúplica sobre Jurisdicción, párrafo 51; Réplica, párrafo 272; CAFTA-RD, Art. 10.5(1) (“Cada Parte otorgará a las inversiones cubiertas un trato acorde con el derecho internacional consuetudinario, *incluido* el trato justo y equitativo, así como protección y seguridad plenas”) (énfasis añadido) (**CL-1**); *comparar id.*, Art. 10.5(2)(a) (“trato justo y equitativo” *incluye* la obligación de no denegar justicia . . .”) (énfasis añadido), *con id.*, Art. 10.5(2)(b) (“protección y seguridad plenas” *exige* a cada Parte . . .”) (énfasis añadido).

⁶⁵ *Vivendi II*, párrafo 7.4.11 (**CL-18**).

⁶⁶ Réplica, párrafo 282.

⁶⁷ *Azinian c. México*, párrafo 98 (**RL-2**); *ver también ATA Construction c. Jordania*, párrafo 122 (“[E]l Tribunal trae a colación la regla general según la cual un Estado no puede invocar su legislación interna para evadir obligaciones impuestos por un determinado tratado o, en general, por el derecho internacional público.”) (**CL-58**); *Marvin Roy Feldman Karpa c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI N.º ARB(AF)/99/1, Laudo de fecha 16 de diciembre de 2002, párrafo 140 (“Tal como reconoce el Demandado, este Tribunal podría determinar que hubo violación del TLCAN incluso si los tribunales mexicanos respaldaran el derecho mexicano [...]; este Tribunal no está obligado por decisiones de un tribunal local si tales decisiones infringen el derecho internacional.”) (**RL-5**); *Ioannis Kardassopoulos c. Georgia*, Caso CIADI N.º ARB/05/18, Decisión sobre Jurisdicción de fecha 6 de julio de 2007 (“*Kardassopoulos c. Georgia*”), párrafo 146 (donde se establece que “cualquiera sea la resolución de un tribunal local que aplique el derecho de Georgia a la controversia, el Tribunal solo puede pronunciarse sobre los hechos controvertidos de conformidad con las normas y principios aplicables del derecho internacional”) (cita interna omitida) (**CL-88**).

la Corte Suprema de Mendoza había rechazado todos los reclamos planteados por la empresa distribuidora de las demandantes ante los tribunales argentinos no privó al tribunal de su jurisdicción, ni restringió esos reclamos a un reclamo por denegación de justicia⁶⁸. Todo lo contrario. Como observó el tribunal, “la legalidad de los actos de la Demandada según el derecho nacional no determina su legalidad con arreglo a los principios legales internacionales” y, por consiguiente, “[e]l hecho de que la Corte Suprema de Argentina haya investido a la Demandada con sólidas facultades durante una crisis económica nacional no modifica el análisis del Tribunal”⁶⁹. La Demandada tampoco se ocupa de este antecedente.

20. En tercer lugar, la decisión del tribunal de *Iberdrola* de que los reclamos de la demandante eran estrictamente regulatorios y, por ende, ajenos a la jurisdicción del tribunal, a excepción de su reclamo por denegación de justicia, es irrelevante⁷⁰. Como lo explicó la Demandante, la decisión del tribunal en el caso *Iberdrola* se fundó en el hecho de que “más allá de etiquetar las conductas de la CNEE como violatorias del Tratado, no planteó la Demandante una controversia bajo el Tratado y el derecho internacional, sino un debate técnico, financiero y jurídico sobre disposiciones del derecho del Estado demandado” y de que la demandante pretendía que el tribunal revisara “las decisiones regulatorias de la CNEE, del MEM y las decisiones judiciales de las cortes guatemaltecas, no a la luz del derecho internacional sino del derecho interno de Guatemala”⁷¹. El tribunal expresó que “según la reclamación planteada por la Demandante, [el tribunal] tendría que actuar como ente regulador, como entidad administrativa y como corte de instancia para definir” diversas cuestiones de derecho guatemalteco⁷². El tribunal dispuso además que sólo de manera marginal se dio un “debate acerca de las violaciones del Tratado, o del derecho internacional, o de cuáles actuaciones de la

⁶⁸ *EDF c. Argentina*, párrafo 1095 (**CL-86**).

⁶⁹ *Íd.*, párrafo 907; *ver también id.*, párrafos 905, 906 (donde se refiere que el Artículo 27 de la Convención de Viena de 1969 impide a un Estado receptor “invo[car] las disposiciones de su derecho interno como justificación de su incumplimiento” y que el Artículo 3 de los Artículos de la CDI “dispone que la calificación de un hecho de un Estado como internacionalmente ilícito no es afectada por la calificación del mismo hecho como lícito por el derecho interno”).

⁷⁰ Escrito de la Demandada Posterior a la Audiencia, párrafos 33-39, 74-76.

⁷¹ Escrito de la Demandante Posterior a la Audiencia, párrafo 48; Dúplica sobre Jurisdicción, párrafos 25-30; *Iberdrola c. Guatemala*, párrafos 353, 354 (**RL-32**).

⁷² *Iberdrola c. Guatemala*, párrafo 354 (énfasis añadido) (**RL-32**).

República de Guatemala, en ejercicio de poder del Estado, habían violado determinados estándares contenidos en el Tratado”⁷³ y que “[p]or la forma en que se desarrollaron el debate y las audiencias y por los temas que se plantearon, este proceso semejaba más un arbitraje comercial internacional que uno de inversión”⁷⁴. De hecho, Guatemala subrayó en ese caso que Iberdrola no había hecho *ninguna referencia* al derecho internacional durante la audiencia⁷⁵. De ningún modo se podría llegar a esas mismas conclusiones a la luz del expediente de este caso.

21. A diferencia del caso *Iberdrola*, el debate de derecho internacional de la Demandante no ha estado ausente; en todas sus presentaciones verbales y escritas, la Demandante ha demostrado, citando jurisprudencia en materia de tratados de inversión y otras fuentes de derecho internacional, que, si se acredita la corrección de sus alegaciones, “la consecuencia sería que la Demandada vulneró el tratado o el derecho internacional”⁷⁶. La Demandante también ha solicitado expresamente al Tribunal que evalúe la conducta de Guatemala no a la luz de su derecho interno, sino a la luz de la obligación de Guatemala, prevista en el Artículo 10.5 del CAFTA-RD, de conferir un TJE a la inversión de la Demandante en EEGSA⁷⁷. Por lo tanto, en consideración del reclamo presentado por la Demandante en este arbitraje, el Tribunal no “tendría que actuar como ente regulador, como entidad administrativa y como corte de instancia para definir” diversas cuestiones de derecho guatemalteco, como sí resultó ser el caso en *Iberdrola*, conforme lo dictaminado por el tribunal en ese arbitraje⁷⁸.

22. Por otra parte, como ya se analizó, el reclamo de TJE de la Demandante no depende de una determinación de cuál es la interpretación adecuada del derecho de Guatemala, ni surge de irregularidades de índole meramente regulatoria en la interacción habitual de EEGSA con la CNEE⁷⁹. Por consiguiente, a diferencia de lo resuelto en el caso *Iberdrola*, la Demandante

⁷³ *Íd.*, párrafo 352.

⁷⁴ *Íd.*, párrafo 353.

⁷⁵ *Íd.*, párrafo 261.

⁷⁶ *Íd.*, párrafo 357.

⁷⁷ Ver Escrito de la Demandante Posterior a la Audiencia, párrafo 48; Acta (21 de enero de 2013) 157:21-158:10 (Apertura de la Demandante); Dúplica sobre Jurisdicción, párrafos 14-24; Réplica, párrafos 228-282.

⁷⁸ *Iberdrola c. Guatemala*, párrafo 354 (**RL-32**).

⁷⁹ Ver *supra* Sección II.B; Escrito de la Demandante Posterior a la Audiencia, párrafos 29, 47-48; Dúplica sobre Jurisdicción, párrafos 6, 14-24, 43-48; Réplica, párrafos 228-282.

no había presentado a este Tribunal una mera controversia regulatoria sobre la correcta interpretación del derecho guatemalteco, como la Demandada aduce erróneamente⁸⁰. En realidad, la Demandante ha sometido al Tribunal un reclamo en el sentido de que la Demandada realizó actos intencionados en contravención de sus declaraciones específicas previas; modificó de manera elemental componentes clave de su marco regulatorio, que había sido establecido con la finalidad puntual de atraer e inducir la inversión extranjera en EEGSA y adoptó una conducta arbitraria y de mala fe en relación con la revisión tarifaria de EEGSA de 2008-2013 para disminuir el VAD de EEGSA⁸¹. De cualquier modo, como lo ha demostrado la Demandante, en la medida en que el tribunal de *Iberdrola* dispuso que carecía de jurisdicción para considerar asuntos de derecho interno al momento de analizar la conducta de las autoridades regulatorias en los términos del derecho internacional, su conclusión es palmariamente incorrecta⁸². No solo se acepta generalmente que los tribunales intervinientes con arreglo a tratados de inversión pueden determinar cuestiones de derecho interno al valorar si ha habido una violación de una obligación de derecho internacional⁸³, sino que muchos de esos tribunales se han expedido sobre asuntos de derecho nacional en un contexto regulatorio, incluso en casos en los que, como en este, el reclamo de la demandante se basaba en una modificación fundamental del régimen legal, un abuso de poder o una conducta arbitraria de cualquier otro tipo⁸⁴. En efecto, como lo ratificó

⁸⁰ Escrito de la Demandada Posterior a la Audiencia, párrafos 74-76.

⁸¹ *Ver infra* Sección IV.B; Escrito de la Demandante Posterior a la Audiencia, párrafos 101-164; Dúplica sobre Jurisdicción, párrafos 14-24; Réplica, párrafos 228-230, 283-287.

⁸² Dúplica sobre Jurisdicción, párrafos 31-42; *ver también* Acta (21 de enero de 2013) 158:20-160:10 (Apertura de la Demandante).

⁸³ Dúplica sobre Jurisdicción, párrafos 32-34 (donde se cita el caso *Kardassopoulos c. Georgia*, párrafo 145) (CL-88); *Asian Agricultural Products Ltd. (AAPL) c. República Democrática Socialista de Sri Lanka*, Caso CIADI N.º ARB/87/3, Laudo Final de fecha 27 de junio de 1990, párrafo 21 (CL-82); *Total S.A. c. República Argentina*, Caso CIADI N.º ARB/04/1, Decisión sobre Responsabilidad de fecha 27 de diciembre de 2010, párrafo 39 (CL-70); *Azurix Corp. c. República Argentina*, Caso CIADI N.º ARB/01/12, Decisión sobre Jurisdicción de fecha 8 de diciembre de 2003, párrafo 95 (CL-83)).

⁸⁴ Dúplica sobre Jurisdicción, párrafos 35-41 (donde se cita el caso *Telefónica S.A c. República Argentina*, Caso CIADI N.º ARB/03/20, Decisión del Tribunal sobre Objeciones a la Jurisdicción de fecha 25 de mayo de 2006, párrafo 87 (CL-96); *EDF Int'l c. Argentina*, párrafos 994-1051 (CL-86); *Railroad Development Corp. (RDC) c. República de Guatemala*, Caso CIADI N.º ARB/07/23, Laudo de fecha 29 de junio de 2012, párrafos 232-235 (CL-92); *PSEG Global Inc. y Konya Ilgin Elektrik Üretim ve Ticaret Limited Şirketi c. República de Turquía*, Caso CIADI N.º ARB/02/5, Laudo de fecha 19 de enero de 2007, párrafos 246-248 (CL-37); *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI N.º ARB (AF)/00/2, Laudo de fecha 29 de mayo de 2003, párrafos 164, 166 (CL-95); *Waste Management, Inc. c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI N.º ARB(AF)/00/3, Laudo de fecha 30 de abril de 2004 (“*Waste Management II*”), párrafo 98 (CL-46).

expresamente el tribunal en *Chemtura c. Canadá*, el estándar mínimo de trato del derecho internacional consuetudinario “busca asegurar que los inversores de Estados miembros del TLCAN se beneficien con la *equidad regulatoria*”⁸⁵.

23. La afirmación de la Demandada de que los tribunales a menudo rechazan reclamos derivados de los denominados incumplimientos regulatorios “en la etapa jurisdiccional de los arbitrajes, tal como ha ocurrido en los reclamos por presuntas ilegalidades regulatorias en los casos *Iberdrola* y *Azinian*”, también es errada⁸⁶. Como lo ha podido probar la Demandante, la decisión de *Iberdrola* es el *único* caso en el que la reclamación fue rechazada por falta de jurisdicción en razón de dichos fundamentos⁸⁷; al contrario de lo alegado por la Demandada, la decisión del tribunal del caso *Azinian* no fue una decisión jurisdiccional, sino una decisión sobre el fondo⁸⁸. Por cierto, a excepción de *Iberdrola*, ninguno de los casos citados por la Demandada se desestimó porque la falta de jurisdicción se debiera a que los reclamos de la demandante eran producto de una simple controversia regulatoria, y a que entonces el único reclamo respecto del cual el tribunal gozaba de jurisdicción era un reclamo de denegación de justicia⁸⁹. En realidad, como lo explicó la Demandante, los casos invocados por la Demandada se inscriben en dos categorías: (i) reclamos rechazados por falta de jurisdicción, debido a que los reclamos de la demandante eran puramente contractuales y (ii) pretensiones desestimadas en cuanto al fondo, en circunstancias en las que el tribunal determinó que la demandante no había probado una violación de la obligación de trato justo y equitativo⁹⁰. La primera categoría de casos es irrelevante, puesto que la Demandante no funda sus reclamos en un incumplimiento contractual, mientras que la segunda categoría de casos confirma la postura de la Demandante de que el Tribunal posee jurisdicción sobre sus reclamos y de que el tipo de conducta que se discute en este caso, que se diferencia claramente de la conducta controvertida en esos otros casos, equivale

⁸⁵ *Chemtura Corp. c. Canadá*, CNUDMI, Laudo de fecha 2 de agosto de 2010, párrafo 179 (énfasis añadido) (CL-14).

⁸⁶ Escrito de la Demandada Posterior a la Audiencia, párrafo 38 (cita interna omitida).

⁸⁷ Escrito de la Demandante Posterior a la Audiencia, párrafo 49; Dúplica sobre Jurisdicción, párrafo 50.

⁸⁸ Ver *Azinian c. México* (RL-2).

⁸⁹ Ver Escrito de la Demandada Posterior a la Audiencia, párrafo 38 (donde se citan las decisiones del tribunal en *Azinian c. México*, *Iberdrola c. Guatemala*, *SGS c. Pakistán*, *Generation Ukraine c. Ucrania* y *Joy Mining c. Egipto*).

⁹⁰ Dúplica sobre Jurisdicción, párrafo 55; Réplica, párrafo 277.

a un incumplimiento del TJE.

24. En su Escrito Posterior a la Audiencia, la Demandada pretende establecer un vínculo entre la decisión del tribunal en *Iberdrola* y casos en los que se ventilaron reclamos netamente contractuales⁹¹; sin embargo, *no* existe ninguna fuente legal que respalde la sugerencia de la Demandada de que los reclamos surgidos de las denominadas meras controversias regulatorias sean análogos a los reclamos derivados de meros incumplimientos contractuales y, de hecho, la Demandada no alude a ninguna⁹². Si bien es indiscutible que, por regla general, los tribunales que actúan en virtud de tratados de inversión carecen de jurisdicción sobre reclamos de naturaleza estrictamente contractual⁹³, ello responde a la distinción que se hace entre actos realizados por un Estado en su carácter de soberano y actos adoptados por un Estado como simple parte contractual. Como lo explicó el tribunal de *Impregilo c. Pakistán*, “[s]olo el Estado en ejercicio de su autoridad soberana (*‘puissance publique’*), y no como parte contratante, puede incumplir las obligaciones asumidas en virtud del TBI. Dicho de otro modo, el tratado de protección de inversiones solo contempla un resarcimiento a favor del inversor cuando éste demuestre que los daños alegados fueron consecuencia de la conducta del Estado Receptor en incumplimiento de las obligaciones asumidas de conformidad con el tratado”⁹⁴. De modo similar, el tribunal de *Azinian* resolvió que el Capítulo Once del TLCAN no “permite a los inversionistas recurrir al arbitraje internacional por simples incumplimientos contractuales”⁹⁵, dado que ello elevaría “una multitud de transacciones *ordinarias* con las autoridades públicas a la categoría de controversias internacionales”⁹⁶. En el caso de las “meras controversias

⁹¹ Escrito de la Demandada Posterior a la Audiencia, párrafo 38.

⁹² *Íd.*

⁹³ Ver, por ejemplo, *El Paso Energy Int’l Co. c. República Argentina*, Caso CIADI N.º ARB/03/15, Decisión sobre Jurisdicción de fecha 27 de abril de 2006, párrafo 65 (donde se observa que un tribunal interviniente en virtud de un tratado de inversión “tiene jurisdicción sobre reclamos basados en el Tratado y que no puede conocer de reclamos estrictamente contractuales que no entrañen reclamos por violaciones del TBI”) (CL-102); *SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. Pakistán*, Caso CIADI N.º ARB/01/13, Decisión sobre Objeciones a la Jurisdicción de fecha 6 de agosto de 2003, párrafo 162 (en la que se concluye que el tribunal no tenía jurisdicción sobre reclamos contractuales “que no configuren también incumplimientos de estándares sustantivos del TBI”) (CL-117).

⁹⁴ *Impregilo c. Pakistán*, párrafo 260 (CL-63).

⁹⁵ *Azinian c. México*, párrafo 87 (RL-2).

⁹⁶ *Íd.* (énfasis añadido).

regulatorias”, que, por definición, implican la intervención del Estado como soberano, no se traza ese tipo de distinción. Por lo tanto, conforme lo expuesto, si los actos regulatorios de un Estado constituyen o no un incumplimiento del tratado es una decisión sobre el fondo, y no una decisión sobre jurisdicción⁹⁷.

III. LA DEMANDADA TERGIVERSA EL ESTÁNDAR MÍNIMO DE TRATO DEL ARTÍCULO 10.5 DEL CAFTA-RD

25. En su Escrito Posterior a la Audiencia, la Demandada continúa caracterizando de manera equivocada el estándar mínimo de trato consagrado en el Artículo 10.5 del CAFTA-RD al argüir que “el estándar mínimo internacional es menos exigente para los Estados que el trato justo y equitativo, y es infringido sólo en caso de conductas particularmente graves y serias”⁹⁸. La Demandada destaca además que los Estados miembro del CAFTA-RD “han querido ilustrar al Tribunal cuál fue su voluntad común y entendimiento mutuo al comprometerse al respeto del estándar mínimo internacional”⁹⁹ y “han identificado expresamente el contenido del estándar, y coinciden en limitarlo a la denegación de justicia y, a lo sumo, a la arbitrariedad manifiesta”¹⁰⁰. Según la Demandada, “[e]sta visión colectiva de los Estados respecto de la obligación a la que ellos suscribieron tiene carácter vinculante para las partes a este procedimiento y el Tribunal”¹⁰¹. Asimismo, la Demandada aduce que “la arbitrariedad manifiesta exige la existencia de un elemento de voluntariedad en la conducta arbitraria”¹⁰² y “la doctrina de las expectativas legítimas no es aplicable en el contexto del estándar mínimo internacional”¹⁰³. Como se verá a continuación, las afirmaciones de la Demandada son incorrectas.

26. Primero, como lo demostró la Demandante en su Escrito Posterior a la Audiencia, numerosos tribunales llamados a actuar en virtud de tratados de inversión, e incluso la misma Demandada, han reconocido que el estándar mínimo de trato ha evolucionado y, en el contexto

⁹⁷ Escrito de la Demandante Posterior a la Audiencia, párrafo 54.

⁹⁸ Escrito de la Demandada Posterior a la Audiencia, párrafo 268.

⁹⁹ *Íd.*, párrafo 262.

¹⁰⁰ *Íd.*, párrafo 273.

¹⁰¹ *Íd.*, párrafo 262.

¹⁰² *Íd.*, párrafo 273.

¹⁰³ *Íd.*, párrafo 284.

de la protección de la inversión extranjera, ha convergido en lo esencial hacia el estándar de TJE, de manera tal que ambos principios son fundamentalmente lo mismo¹⁰⁴. Como la misma Demandada señaló en el arbitraje *Iberdrola*, “[e]l estándar mínimo internacional y el trato justo y equitativo son *difficilmente distinguibles*”¹⁰⁵. El tribunal en *Deutsche Bank c. Sri Lanka* también llegó a la conclusión de que “el contenido real del estándar de tratamiento justo y equitativo del tratado no difiere sustancialmente del contenido del estándar mínimo de tratamiento en el derecho internacional consuetudinario”¹⁰⁶, mientras que el tribunal de *SAUR c. Argentina* manifestó que es “indiferente que el concepto de TJE se interprete de acuerdo con su ‘sentido corriente’ – tal como lo exige la Convención de Viena – o de acuerdo con el derecho internacional consuetudinario – *en ambos casos el estándar de conducta exigible al Estado es el mismo, y no exige un elemento volitivo reforzado*”¹⁰⁷. De hecho, es bastante revelador el hecho de que ni la Demandada, ni los tribunales, ni comentaristas respetados hayan mencionado ningún reclamo de TJE formulado al amparo del TLCAN o del CAFTA-RD que no haya prosperado, y que todos ellos hayan opinado que este mismo reclamo habría llegado a buen puerto si se hubiera apegado a un denominado estándar “autónomo” de TJE; de igual modo, en los laudos arbitrales y en la literatura no existen comentarios que sugieran que un reclamo de TJE que haya prosperado en los términos de un tratado en el que se contempla un estándar “autónomo” de TJE habría fracasado si se hubiera planteado con arreglo al TLCAN o el CAFTA-RD. Ello se debe a que tanto el TLCAN como el CAFTA-RD ofrecen la mayor protección a la inversión extranjera, y es en este sentido que la distinción entre el estándar mínimo de trato y el denominado estándar

¹⁰⁴ Escrito de la Demandante Posterior a la Audiencia, párrafos 13-20; *ver también* Réplica, párrafo 231; Memorial, párrafos 229-244.

¹⁰⁵ Acta de la Audiencia Final en *Iberdrola Energía, S.A. c. República de Guatemala*, Caso CIADI N.º ARB/09/05 de fecha 25 de julio de 2011, p. 170:12-14 (Apertura de la Demandada) (“[E]l estándar mínimo internacional y el trato justo y equitativo son difícilmente distinguibles”). (énfasis añadido) (C-628).

¹⁰⁶ *Deutsche Bank AG c. República Democrática Socialista de Sri Lanka*, Caso CIADI N.º ARB/09/2, Laudo de fecha 31 de octubre de 2012 (“*Deutsche Bank c. Sri Lanka*”), párrafo 419 (CL-100).

¹⁰⁷ *SAUR Int’l S.A. c. República Argentina*, Caso CIADI N.º ARB/04/4, Decisión sobre Jurisdicción y Responsabilidad de fecha 6 de junio de 2012 (“*SAUR c. Argentina*”), párrafo 494 (“*Par conséquent, il est devenu indifférent que le concept de TJE soit interprété conformément à son « sens courant », comme l’exige la Convention de Vienne, ou conformément au droit international coutumier; dans les deux cas, le niveau de conduite exigible de l’État est le même et il ne requiert pas d’élément volitif renforcé.*”) (énfasis añadido) (CL-107).

autónomo de TJE es “más teórica que real”¹⁰⁸.

27. Así, numerosos tribunales actuantes en materia de tratados de inversión, e incluso la Demandada, han confirmado que el estándar articulado por el tribunal de *Waste Management II* refleja con precisión tanto el estándar mínimo de trato del derecho internacional consuetudinario como el denominado estándar autónomo de TJE¹⁰⁹. En *RDC c. Guatemala*, el primer caso en virtud del CAFTA-RD en llegar a la etapa sobre el fondo, no solo el tribunal suscribió al estándar enunciado en *Waste Management II* en su Laudo, al concluir que “integra de forma convincente el análisis acumulado de anteriores tribunales del TLCAN y refleja una descripción equilibrada del estándar mínimo de trato”¹¹⁰, sino que la misma Demandada avaló y aprobó expresamente dicho estándar¹¹¹. En *Deutsche Bank*, el tribunal, al aplicar el estándar autónomo de TJE, de modo similar declaró “que el estándar quedó definido correctamente, aunque no de forma exhaustiva, en el caso *Waste Management II*” y que sus componentes incluyen la “protección de las expectativas legítimas y razonables en función de las cuales el inversor realizó su inversión; conducta de buena fe, si bien para que se configure una violación no es necesario que medie mala fe por parte del Estado; conducta que sea transparente y

¹⁰⁸ *Rumeli Telekom A.S. y Telsim Mobil Telekomikasyon Hizmetleri A.S. c. República de Kazajistán*, Caso CIADI N.º ARB/05/16, Laudo de fecha 29 de julio de 2008, párrafo 611 (CL-39).

¹⁰⁹ Escrito de la Demandante Posterior a la Audiencia, párrafos 18-20 (donde se cita *Waste Management II*, párrafo 98 (CL-46); *RDC c. Guatemala*, párrafos 162, 219 (CL-92); *GAMI Investments, Inc. c. Estados Unidos Mexicanos*, CNUDMI, Laudo Final de fecha 15 de noviembre de 2004, párrafo 95 (RL-7); *Cargill, Inc. c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI N.º ARB(AF)/05/2, Laudo de fecha 18 de septiembre de 2009, párrafos 283-285 (CL-12); *Methanex Corp. c. Estados Unidos de América*, CNUDMI, Laudo Final del Tribunal sobre Jurisdicción y sobre el Fondo de fecha 3 de agosto de 2005, Parte IV, Capítulo D, párrafo 8 (CL-105); *Deutsche Bank c. Sri Lanka* (CL-100); *Jan de Nul N.V. & Dredging Int'l N.V. c. República Árabe de Egipto*, Caso CIADI N.º ARB/04/13, Laudo de fecha 6 de noviembre de 2008, párrafo 187 (RL-11); *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. c. República Unida de Tanzania*, Caso CIADI N.º ARB/05/22, Laudo de fecha 24 de julio de 2008, párrafos 597, 601-602 (CL-10); *Siemens A.G. c. República Argentina*, Caso CIADI N.º ARB/02/8, Laudo de fecha 6 de febrero de 2007, párrafo 297 (CL-44); *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., y LG&E Int'l Inc. c. República Argentina*, Caso CIADI N.º ARB/02/1, Decisión sobre Responsabilidad de fecha 3 de octubre de 2006, párrafo 128 (CL-27); *Azurix Corp. c. República Argentina*, Caso CIADI N.º ARB/01/12, Laudo de fecha 14 de julio de 2006, párrafo 370 (CL-8); *BG Group c. República Argentina*, CNUDMI, Laudo Final de fecha 24 de diciembre de 2007 (anulado por otros motivos), párrafos 292, 294 (CL-9); *Saluka Investments BV (Países Bajos) c. República Checa*, CNUDMI, Laudo Parcial de fecha 17 de marzo de 2006, párrafo 302 (CL-42)).

¹¹⁰ *RDC c. Guatemala*, párrafo 219 (CL-92).

¹¹¹ *Íd.*, párrafo 162 (“La Demandada se refiere con aprobación a la descripción del estándar mínimo de trato efectuada por los tribunales arbitrales en *Waste Management II*, *GAMI*, *Thunderbird* y *Genin*”) (cita interna omitida).

coherente y no sea discriminatoria, es decir, que no se base en distinciones injustificables o que no sea arbitraria; [y] conducta que no sea contraria a lo que es judicialmente correcto, que se ajuste al debido proceso y al derecho a la defensa”¹¹².

28. En su Escrito Posterior a la Audiencia, la Demandada ignora este antecedente de manera interesada y, en flagrante contradicción con su anterior declaración en el arbitraje *Iberdrola* de que “el estándar mínimo internacional y el trato justo y equitativo son *difícilmente distinguibles*”¹¹³, asegura que “no hay duda de que el estándar mínimo internacional restringe en menor medida la conducta del Estado y, por lo tanto, constituye un menor nivel de protección para el inversor respecto a la regla de trato justo y equitativo”¹¹⁴. Como lo advirtió la Demandante en su Escrito Posterior a la Audiencia, no puede permitírsele a la Demandada que abrace interpretaciones contradictorias en pos de una ventaja puramente estratégica, por lo que se le debe impedir alegar, como hace en este caso, que el estándar mínimo de trato es un estándar de rango superior¹¹⁵.

29. La Demandada asegura además que “el Tratado indica muy claramente la fuente a la que debe hacerse referencia para dar contenido al estándar, que es la costumbre internacional, es decir, la práctica general y consistente de los Estados seguida por ellos en el sentido de una obligación legal”¹¹⁶ y que la Demandante “ignora por completo en sus escritos y en la Audiencia la práctica general de los Estados seguida como obligación legal en tanto que fuente del estándar de protección”¹¹⁷. Esto también es incorrecto. Como la Demandante lo ha demostrado, y según lo ratificó el tribunal en *Cargill c. México*, “las obras académicas y las decisiones de los tribunales pueden servir como prueba de la costumbre”, especialmente si se considera el hecho de que “un relevamiento de las prácticas del Estado [...] es especialmente difícil en lo referente a la norma de ‘trato justo y equitativo’, pues en estos casos es posible que no existan muchos ejemplos

¹¹² *Deutsche Bank c. Sri Lanka*, párrafo 420 (CL-100).

¹¹³ Acta de la Audiencia Final en *Iberdrola Energía, S.A. c. República de Guatemala*, Caso CIADI N.º ARB/09/05 de fecha 25 de julio de 2011, p. 170:12-14 (Apertura de la Demandada) (“[E]l estándar mínimo internacional y el trato justo y equitativo son difícilmente distinguibles.”) (énfasis añadido) (C-628).

¹¹⁴ Escrito de la Demandada Posterior a la Audiencia, párrafo 266.

¹¹⁵ Escrito de la Demandante Posterior a la Audiencia, párrafo 16.

¹¹⁶ Escrito de la Demandada Posterior a la Audiencia, párrafo 250.

¹¹⁷ *Íd.*, párrafo 251.

desarrollados de prácticas del Estado o no pueda accederse fácilmente a ellos”¹¹⁸. Como lo señaló la Demandante en su Escrito Posterior a la Audiencia, el tribunal de *Merrill & Ring c. Canadá* consideró y rechazó el mismo argumento que la Demandada opone en este caso¹¹⁹. Habiendo tomado nota del argumento de Canadá de que “debe probarse la existencia de la regla”, el tribunal concluyó que, “a la luz de la evolución del estándar mínimo de trato”, estaba “convencido de que el trato justo y equitativo ha pasado a ser parte del derecho consuetudinario”¹²⁰. En palabras del tribunal, “[e]l requisito de que los extranjeros deben ser tratados justa y equitativamente en relación con los negocios, el comercio y las inversiones es el resultado de su realidad cambiante y, en cuanto tal, se ha convertido suficientemente en parte de la práctica extendida y consistente de manera de demostrar que es reflejado en la actualidad en el derecho internacional consuetudinario como *opinio juris*”¹²¹.

30. Segundo, la Demandada se equivoca al afirmar que las interpretaciones del estándar mínimo de trato a las que adhieren las partes no contendientes en este caso son las que deben prevalecer¹²², en razón de que “[e]sta visión colectiva de los Estados respecto de la obligación a la que ellos suscribieron tiene carácter vinculante para las partes [de] este procedimiento y el Tribunal”¹²³. Como se desprende claramente de los Artículos 10.22.3 y 19.1.3(c) del CAFTA-RD, únicamente la Comisión de Libre Comercio puede “emitir interpretaciones sobre las disposiciones” del CAFTA-RD, que serían vinculantes para este Tribunal¹²⁴. Las declaraciones efectuadas por algunos de los Estados parte no contendientes en virtud del Artículo 10.20 en este caso no configuran semejante decisión y, por lo tanto, no son

¹¹⁸ *Cargill c. México*, párrafos 277, 274 (CL-12); ver también Escrito de la Demandante Posterior a la Audiencia, párrafo 21; Réplica, párrafos 232-233.

¹¹⁹ Escrito de la Demandante Posterior a la Audiencia, párrafo 24.

¹²⁰ *Merrill & Ring Forestry L.P. c. Gobierno de Canadá*, CNUDMI, Laudo del 31 de marzo de 2010 (“*Merrill & Ring c. Canadá*”), párrafo 211 (CL-29).

¹²¹ *Íd.*, párrafo 210.

¹²² Escrito de la Demandada Posterior a la Audiencia, párrafo 252.

¹²³ *Íd.*, párrafo 262.

¹²⁴ Tratado de Libre Comercio entre Estados Unidos, Centroamérica y República Dominicana de fecha 5 de agosto de 2004 (“CAFTA-RD”), Capítulo Diez, Art. 10.22.3 (“Una decisión de la Comisión en la que se declare la interpretación de una disposición de este Tratado, conforme al Artículo 19.1.3(c) (La Comisión de Libre Comercio), será obligatoria para un tribunal que se establezca de conformidad con esta Sección, y toda decisión o laudo emitido por el tribunal deberá ser compatible con esa decisión”). (CL-1); *id.*, Art. 19.1.3(c) (“La Comisión podrá: . . . emitir interpretaciones sobre las disposiciones de este Tratado”).

vinculantes para este Tribunal¹²⁵. Por otra parte, debido a que no todas las partes no contendientes efectuaron declaraciones en este caso, no existe ningún consenso sobre la interpretación del Tratado que deba ser tenido en cuenta por el Tribunal¹²⁶. El intento superficial de la Demandada de interpretar el silencio de Costa Rica y Nicaragua como una aprobación de las declaraciones realizadas también debe ser rechazado¹²⁷. La noción de que podría considerarse que un Estado que guarda silencio manifiesta estar de acuerdo con declaraciones legales efectuadas por otro Estado contraviene los principios más fundamentales del derecho internacional, además de evidenciar la intención de la Demandada de desestimar incluso nociones elementales del derecho en su afán por sacar una ventaja estratégica en este caso. Por cierto, es contundente el hecho de que cada uno de los Estados parte no contendientes que efectuó una declaración en los términos del Artículo 10.20 en este caso indicó expresamente que su omisión de comentar sobre un determinado asunto *no* debe interpretarse como un acuerdo ni un desacuerdo con la postura de cualquiera de las partes al respecto¹²⁸; ello hace que la afirmación de Guatemala resulte aun más sorprendente.

31. El intento de la Demandada de interpretar la presunta “visión colectiva de los Estados” respecto del contenido del Artículo 10.5 del CAFTA-RD valiéndose selectivamente del texto más restrictivo de cada una de las declaraciones de las partes no contendientes también es

¹²⁵ *Íd.*, Art. 10.20.

¹²⁶ *Ver* Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, Art. 31(3)(a) (en el que se establece que deberá tenerse en cuenta “todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones”); *Íd.* Art. 31(3)(b) (en el que se prevé que deberá tenerse en cuenta “toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado”) (CL-2).

¹²⁷ Escrito de la Demandada Posterior a la Audiencia, párrafo 252, nota al pie 366.

¹²⁸ Declaración de los Estados Unidos conforme al Art. 10.20.2 de fecha 23 de noviembre de 2012, párrafo 1 (“[La] ausencia de comentario sobre cualquier asunto no tratado en adelante no deberá dar lugar a ninguna inferencia.”); Declaración de la República Dominicana conforme al Art. 10.20.2 de fecha 5 de octubre de 2012, párrafo 2 (“[E]l hecho de que una cuestión jurídica que haya surgido durante el procedimiento no sea abordada en esta comunicación no significa ni debe considerarse que la República Dominicana está de acuerdo o en desacuerdo con la posición adoptada por las Partes Contendientes.”); Declaración de El Salvador conforme al Art. 10.20.2 de fecha 5 de octubre de 2012, párrafo 2 (“[L]a ausencia de comentarios sobre cualquier otro asunto de interpretación del Tratado en este escrito no deberá dar lugar a ninguna inferencia sobre la interpretación que El Salvador pudiese tener sobre cualesquiera disposiciones del Tratado que no sean específicamente abordadas en este escrito.”); Declaración de Honduras conforme al Art. 10.20.2 de fecha 15 de noviembre de 2012, párrafo 2 (“[E]l hecho que está es una cuestión jurídica que haya surgido durante el procedimiento no se aborde esta comunicación no deberá considerarse como que Honduras está de acuerdo o en desacuerdo con la posición adoptadas por las partes contendientes.”).

inconducente¹²⁹. Como puede verse en esas mismas declaraciones de las partes no contendientes, no existe ninguna “visión colectiva de los Estados” en cuanto al contenido del estándar¹³⁰. Tampoco es verdad que Estados Unidos haya coincidido en que “el estándar protege sólo contra la denegación de justicia y la arbitrariedad manifiesta”, como alega la Demandada¹³¹. A decir verdad, como lo advirtió la Demandante en su Escrito Posterior a la Audiencia, Estados Unidos jamás se ha referido al hecho de que un Estado incurra o no en responsabilidad por transgredir el estándar mínimo de trato cuando actúa de manera contraria a declaraciones específicas efectuadas para inducir la inversión de un inversor; en realidad, sus declaraciones en este y en otros casos se centran exclusivamente en el principio de que la responsabilidad en razón del estándar mínimo de trato no nace por el simple hecho de que las expectativas “subjetivas” o las “meras” expectativas del inversor se vean supuestamente frustradas¹³². La Demandante jamás ha alegado lo contrario.

32. Asimismo, las opiniones expresadas por las partes no contendientes en este caso no solo se emitieron a modo de defensa, como era de esperar en atención a su rol de actuales y potenciales demandadas en arbitrajes en virtud del CAFTA-RD, sino que tampoco difieren de las declaraciones que hicieron en otros casos. En este sentido, por ejemplo, tres de las mismas partes del CAFTA-RD efectuaron declaraciones en el arbitraje *RDC c. Guatemala*, esencialmente idénticas a las efectuadas en este procedimiento¹³³. Como lo explicó la Demandante, el tribunal

¹²⁹ Escrito de la Demandada Posterior a la Audiencia, párrafos 252-262.

¹³⁰ Cf. Declaración de Honduras conforme al Art. 10.20.2 de fecha 15 de noviembre de 2012, párrafos 6, 10 (donde se señala que una violación del Artículo 10.5 del CAFTA-RD equivale a una “grave denegación de justicia, una arbitrariedad manifiesta, ... una completa falta de debido proceso, una discriminación manifiesta, o la ausencia manifiesta de las razones para una decisión”, que son niveles mínimos de trato de conformidad con el derecho internacional consuetudinario); Declaración de la República Dominicana conforme al Art. 10.20.2 de fecha 5 de octubre de 2012, párrafo 8 (donde se reconoce que las “conductas manifiestamente arbitrarias, de repudio flagrante y conductas muy graves” constituyen un incumplimiento del Artículo 10.5 del CAFTA-RD como instancias de violación del derecho internacional consuetudinario); Declaración de El Salvador conforme al Art. 10.20.2 de fecha 5 de octubre de 2012, párrafos 16-17 (donde se expresa que la única violación evidente del “trato justo y equitativo” es una “denegación de justicia” y que las medidas arbitrarias no son incumplimientos consolidados del derecho internacional consuetudinario, por lo que su calidad de incumplimientos debería acreditarse para que medie una violación del Artículo 10.5 del CAFTA-RD).

¹³¹ Escrito de la Demandada Posterior a la Audiencia, párrafo 255.

¹³² Escrito de la Demandante Posterior a la Audiencia, párrafo 26.

¹³³ Ver *RDC c. Guatemala (CL-92)*; *RDC c. Guatemala*, Declaración de Honduras conforme al Art. 10.20.2 de fecha 1º de enero de 2012 (**RL-27**); *RDC c. Guatemala*, Declaración de El Salvador conforme al Art. 10.20.2

en *RDC* concluyó que “la forma en la que [Guatemala había] aplicado la declaratoria de lesivo en las circunstancias de este caso y los fundamentos con los que lo había hecho constituyeron una violación del estándar mínimo de trato previsto en el artículo 10.5 del CAFTA al ser, en palabras del tribunal de *Waste Management II*, ‘arbitrarios, notoriamente injustos [y] antijurídicos’, lo que incluye el haberse probado que la declaratoria de lesivo violó las declaraciones efectuadas por Guatemala y en las cuales confió razonablemente la Demandada”¹³⁴, con lo cual aceptó que una conducta arbitraria, como también aquella que contradice declaraciones previas, vulnera el Artículo 10.5 del CAFTA-RD, y rechazó la interpretación indebidamente restrictiva que Guatemala propone y que, según alega, ciertas partes no contendientes promueven.

33. Otras aseveraciones de la Demandada en el sentido de que los abogados de la Demandante “ni siquiera pronunciaron el nombre ‘parte no contendiente’ una sola vez en su Discurso de Apertura”; de que “decidí[eron] no ejercer su derecho a efectuar comentarios en respuesta [a las presentaciones orales de las partes no contendientes], aun cuando dicha oportunidad de réplica estaba expresamente prevista en el programa de la Audiencia” y de que “[l]a única razón que TGH pudo haber tenido para guardar su silencio fue que no tenía argumentos para responder, y prefirió ignorar la cuestión” no solo son abiertamente incorrectas, sino que también son completamente falsas¹³⁵. Como lo refleja el acta de la Audiencia, la Demandante mencionó de manera directa y citó la declaración realizada en virtud del Artículo 10.20 por la República Dominicana en su Alegato de Apertura¹³⁶. Por otra parte, si bien la Demandante se reservó en forma expresa el derecho de responder a las declaraciones orales ofrecidas por las partes no contendientes en la Audiencia¹³⁷, el Tribunal aclaró que no quería dedicar “mucho tiempo a discutir esta presentación. Pensamos que los temas están realmente cubiertos en los escritos y preferimos mantener el tiempo libre [] para quizás responder a preguntas del Tribunal y también referirnos a la organización de los pasos subsiguientes de este

del 1º de enero de 2012, párrafos 6-7 (**RL-28**); *RDC c. Guatemala*, Declaración de los Estados Unidos conforme al Art. 10.20.2 del 31 de enero de 2012, párrafo 2 (**RL-29**).

¹³⁴ *RDC c. Guatemala*, párrafo 235 (**CL-92**); Escrito de la Demandante Posterior a la Audiencia, párrafo 27; Dúplica sobre Jurisdicción, párrafo 38.

¹³⁵ Escrito de la Demandada Posterior a la Audiencia, párrafos 15, 16.

¹³⁶ Acta (21 de enero de 2013) 121:4-6, 123:11-124:1 (Alegato de Apertura de la Demandante); Diapositivas de Apertura de la Demandante 126, 130.

¹³⁷ Acta (22 de enero de 2013) 539:14-17 (Demandante).

procedimiento”¹³⁸. Por tal motivo, luego de que la Audiencia se pospusiera y su duración se acortara considerablemente, las partes, en su Acuerdo sobre la Organización de la Audiencia del 25 de febrero de 2013, le sugirieron a “la República de El Salvador que no se explayara demasiado en su declaración, en atención al tiempo acotado disponible para la audiencia” y adelantaron que “[d]ependiendo de la extensión y el contenido de la declaración de El Salvador, las partes se reservan el derecho de solicitar una oportunidad para responder brevemente en la audiencia (respuesta que no podrá tomar más de 15 minutos a cada parte)”¹³⁹. Las partes reiteraron este acuerdo en sus posteriores correos electrónicos dirigidos al Tribunal el 2 de marzo de 2013 con respecto a la declaración de la República Dominicana¹⁴⁰.

34. En consideración de la preferencia manifestada por el Tribunal y el tiempo limitado de la audiencia, la Demandante decidió no responder verbalmente a las presentaciones de las partes no contendientes y dedicar su tiempo restante a los interrogatorios y contrainterrogatorios; en consecuencia, las partes convinieron expresamente que abordarían dichas presentaciones en sus escritos posteriores a la audiencia¹⁴¹. De hecho, incluso sin hacer referencia a las presentaciones, el quinto día de Audiencia, en el que las partes no contendientes prestaron sus declaraciones orales, no finalizó sino hasta las 8:40 pm, y el Tribunal le solicitó expresamente a la Demandante que acotara la duración de sus contrainterrogatorios de esa jornada, a lo que la Demandante accedió dadas las circunstancias¹⁴². De todos modos, en sus presentaciones orales en la Audiencia, las partes no contendientes no hicieron observaciones distintas de las incluidas en sus presentaciones escritas, a excepción de Estados Unidos, que sostuvo que “denega[ba]” la sugerencia de Guatemala en su Alegato de Apertura de que su “presentación por escrito en este caso representara un incumplimiento por parte de los Estados Unidos de ‘proteger’ a un

¹³⁸ Acta (22 de enero de 2013) 540:4-12 (Tribunal).

¹³⁹ Correo electrónico de la Demandada al Tribunal del 25 de febrero de 2013, al que se adjunta el Acuerdo sobre la Organización de la Audiencia, p. 2.

¹⁴⁰ Correo electrónico de la Demandante al Tribunal del 2 de marzo de 2013; Correo electrónico de la Demandada al Tribunal del 2 de marzo de 2013.

¹⁴¹ Acta (4 de marzo de 2013) 824:8-14 (Demandante) (“La Demandante no cree que sea necesario y está preparada para responder en los Escritos Posteriores a la Audiencia”.); Acta (4 de marzo de 2013) 824:15-20 (Demandada) (“También podemos reservar nuestra respuesta para el Escrito Posterior a la Audiencia”).

¹⁴² *Ver* Acta (4 de marzo de 2013) 1154:7-14, 1174:1-5, 1244:14-22, 1252:15-18 (Tribunal).

inversionista americano”¹⁴³, un argumento que, sin embargo, la Demandada continúa oponiendo en su Escrito Posterior a la Audiencia¹⁴⁴.

35. Tercero, con respecto a la arbitrariedad, como lo señaló la Demandante en su Escrito Posterior a la Audiencia, no está en discusión entre las partes que la arbitrariedad, conforme lo expuesto por la CIJ en el caso *ELSI*, “no es tan sólo lo opuesto a una regla del derecho sino lo opuesto al imperio de la ley Es la inobservancia intencional del debido proceso legal, un acto que choca contra el sentido de idoneidad judicial, o al menos lo sorprende”¹⁴⁵. La proposición de la Demandada de que la “arbitrariedad *requiere* un elemento de intencionalidad” y de que “[d]icha voluntariedad es lo que permite calificar una mera ilegalidad como de violación de los principios básicos de juridicidad y [] somet[er] [a]l poder público al imperio de la ley” es incorrecta¹⁴⁶. Según lo mencionó la Demandante en su Escrito Posterior a la Audiencia, si bien no es necesario que medie intencionalidad, como mala fe, para que se concrete la arbitrariedad, si se corrobora dicha intencionalidad—o un acto regulatorio que “subvierte gravemente una ley o política nacional por un motivo oculto”—se viola el estándar mínimo internacional¹⁴⁷. Como lo explicó el tribunal en *Cargill c. México*, “la arbitrariedad puede ocasionar una violación . . . cuando los actos del Estado exceden una simple aplicación contradictoria o cuestionable de la política o los procedimientos administrativos o jurídicos *al punto de que el acto constituye una repudiación imprevista y chocante de los propios fines y objetivos de una política, o de otro modo subvierte gravemente una ley o política nacional por un motivo oculto*”¹⁴⁸. Ello condice con lo dispuesto por el tribunal del caso *SAUR c. Argentina* en cuanto a que no se requiere un elemento volitivo para que se configure una violación del TJE¹⁴⁹. En palabras del tribunal de *SAUR*, cuando el Tratado “define el TJE ‘conforme a los principios

¹⁴³ Acta (4 de marzo de 2013) 822:17-20 (Estados Unidos).

¹⁴⁴ Escrito de la Demandada Posterior a la Audiencia, párrafo 14.

¹⁴⁵ Escrito de la Demandante Posterior a la Audiencia, párrafo 41 (donde se cita *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI) (Estados Unidos de América c. Italia)*, Sentencia de fecha 20 de julio de 1989, reimpresa en 1989 I.C.J. REP. 15, párrafo 128 (**RL-1**)); Réplica, párrafo 237; Memorial de Contestación, párrafo 528.

¹⁴⁶ Escrito de la Demandada Posterior a la Audiencia, párrafo 276 (énfasis en el original).

¹⁴⁷ Escrito de la Demandante Posterior a la Audiencia, párrafo 46 (donde se cita *Cargill c. México*, párrafo 293 (**CL-12**)).

¹⁴⁸ *Cargill c. México*, párrafo 293 (énfasis añadido) (**CL-12**).

¹⁴⁹ *SAUR c. Argentina*, párrafo 494 (**CL-107**).

del Derecho internacional’, el Tratado se está refiriendo a dichos principios tal como se entienden en la actualidad” y “*en la actualidad, es prácticamente unánime la interpretación que no se exige un elemento volitivo reforzado en la conducta del Estado ofensor*”¹⁵⁰.

36. Por otra parte, si bien la Demandada afirma que “una mera violación de una norma jurídica” y una “mera ilegalidad” no constituyen un trato arbitrario en violación del estándar mínimo internacional, como se analizó en esta Réplica y en los escritos de la Demandante, en los reclamos de la Demandante por el trato arbitrario de la Demandada no se alega “una mera violación de una norma jurídica” ni una “mera ilegalidad” por parte de la CNEE en el ejercicio corriente de sus funciones; por el contrario, los reclamos de la Demandante se derivan de los actos deliberados y calculados adoptados por la CNEE durante la revisión tarifaria de EEGSA de 2008-2013 para lograr una disminución del VAD de EEGSA, propósito por el cual, entre otras cosas, la indujo a abandonar su amparo provisional en contra de los TdR a cambio de la implementación del Artículo 1.10, para luego actuar en flagrante violación de ese acuerdo; incorporó una fórmula del FRC ilegal en los TdR luego de que EEGSA desistiera de su amparo provisional; promulgó el Artículo 98 *bis* del RLGE e intentó aplicarlo retroactivamente a la revisión tarifaria de EEGSA; aceptó la Regla 12 de las Reglas Operativas para luego desconocer dicho acuerdo; mantuvo comunicaciones *ex parte* inapropiadas con el Sr. Riubrugent; impidió que la Comisión Pericial concluyera su labor conforme a la Regla 12; ignoró el Informe de la Comisión Pericial y el estudio corregido de Bates White del 28 de julio de 2008 y adoptó el estudio de Sigla, sin ningún aporte de EEGSA o su consultor¹⁵¹. La Demandante jamás ha dicho que la “mera ilegalidad” constituya un trato arbitrario en repudio del estándar mínimo internacional.

37. Por último, la afirmación de la Demandada de que “la doctrina de las expectativas legítimas no es aplicable en el contexto del estándar mínimo internacional”¹⁵² es errada. Como

¹⁵⁰ *Íd.* (“*Quand l’art. 3 de l’APRI définit le TJE « conforme aux principes du droit international », le traité se réfère aux dits principes tels qu’on les comprend actuellement. Et, actuellement, l’interprétation selon laquelle le principe n’exige pas d’élément volitif renforcé dans la conduite de l’État offenseur est pratiquement unanime.*”) (énfasis añadido) (cita interna omitida).

¹⁵¹ *Ver infra* Sección IV.B; Escrito de la Demandante Posterior a la Audiencia, párrafos 117-164; Réplica, párrafos 89-227.

¹⁵² Escrito de la Demandada Posterior a la Audiencia, párrafo 284.

lo demostró la Demandante en su Escrito Posterior a la Audiencia, todos los tribunales intervinientes de conformidad con el CAFTA-RD y el Capítulo Once del TLCAN, llamados a analizar la cuestión referida a las expectativas legítimas de un inversor originadas a partir de las declaraciones efectuadas por un Estado para inducir la inversión, han reconocido que son parte integral de la obligación de brindar a las inversiones un trato que concuerde con el estándar mínimo del derecho internacional consuetudinario¹⁵³, incluidos los tribunales de los casos *RDC c. Guatemala*¹⁵⁴, *Waste Management II*¹⁵⁵, *Mobil y Murphy c. Canadá*¹⁵⁶, *Thunderbird c. México*¹⁵⁷, *Glamis Gold c. Estados Unidos*¹⁵⁸ y *Grand River Enterprises c. Estados Unidos*¹⁵⁹. Por ende, en la medida en que pueda interpretarse que cualquiera de las declaraciones de las partes no contendientes auspicia la alegación de la Demandada de que la teoría de las expectativas legítimas no se aplica en el contexto del estándar mínimo de trato, dicha postura debe ser rechazada y, en efecto, ha sido rechazada por el tribunal de *RDC*. De hecho, la misma Demandada admite en su Escrito Posterior a la Audiencia que “algunos tribunales han utilizado el lenguaje de las expectativas legítimas, incluso en el ámbito del estándar mínimo”, aunque alega que “el razonamiento para determinar la existencia de una violación no es distinto al de la existencia de una arbitrariedad manifiesta”¹⁶⁰ y que las “expectativas basadas en cuál debe ser la interpretación correcta de un marco regulatorio no son suficientes en ningún caso”¹⁶¹. Tal como la Demandante lo ha explicado en reiteradas oportunidades, su reclamo en el sentido de que Guatemala violó sus expectativas legítimas no se basa en la interpretación incorrecta de la LGE y el RLGE por parte de la CNEE, sino que se funda en las declaraciones específicas que

¹⁵³ Escrito de la Demandante Posterior a la Audiencia, párrafos 25-29.

¹⁵⁴ *RDC c. Guatemala*, párrafos 232-235 (**CL-92**).

¹⁵⁵ *Waste Management II*, párrafo 98 (**CL-46**).

¹⁵⁶ *Mobil Investments Canada Inc. y Murphy Oil Corp. c. Canadá*, Caso CIADI N.º ARB(AF)/07/4, Decisión sobre Responsabilidad y Principios de Compensación de fecha 22 de mayo de 2012, párrafo 152 (**CL-106**).

¹⁵⁷ *International Thunderbird Gaming Corp. c. Estados Unidos Mexicanos*, CNUDMI, Laudo del 26 de enero de 2006, párrafo 147 (**CL-25**).

¹⁵⁸ *Glamis Gold, Ltd. c. Estados Unidos de América*, CNUDMI, Laudo del 8 de junio de 2009, párrafo 621 (**CL-23**).

¹⁵⁹ *Grand River Enterprises Six Nations, Ltd. y otros c. Estados Unidos de América*, CNUDMI, Laudo del 12 de enero de 2011, párrafo 140 (**CL-87**).

¹⁶⁰ Escrito de la Demandada Posterior a la Audiencia, párrafo 285.

¹⁶¹ *Íd.*, párrafo 286.

Guatemala hizo con el objeto de atraer e inducir la inversión extranjera en EEGSA, y en los actos que la CNEE realizó posteriormente en contra de esas declaraciones para asegurarse una disminución del VAD de 2008-2013 de EEGSA¹⁶².

38. El otro argumento expuesto por la Demandada de que la Demandante “sig[ue] sin dar un solo ejemplo de un asunto relativo a la aplicación del estándar mínimo internacional en el que se haya considerado efectivamente violado dicho estándar por violación de expectativas legítimas”¹⁶³ también es errado. Como ya se señaló, el tribunal en *RDC* dispuso expresamente que “la forma en la que [Guatemala había] aplicado la declaratoria de lesivo en las circunstancias de este caso y los fundamentos con los que lo había hecho constituyeron una violación del estándar mínimo de trato previsto en el artículo 10.5 del CAFTA al ser, en palabras del tribunal de *Waste Management II*, ‘arbitrarios, notoriamente injustos [y] antijurídicos’ *lo que incluye el haberse probado que la declaratoria de lesivo violó las declaraciones efectuadas por Guatemala y en las cuales confió razonablemente la Demandada*”¹⁶⁴. Como lo explicó la Demandante en su Escrito Posterior a la Audiencia, al dictaminar que Guatemala había abusado sus facultades en incumplimiento del Artículo 10.5, el tribunal entendió que, entre otras cosas, la demandante tenía la expectativa legítima de que el contrato en cuestión, que contenía los mismos términos que un contrato anterior sometido a licitación, no era contrario al interés público; que Guatemala había contravenido las declaraciones que había efectuado a la demandante y en las que ésta tenía derecho a confiar, y que las pruebas contemporáneas permitían corroborar que Guatemala se valía de las atribuciones que sus propias leyes le conferían con fines distintos a los perseguidos por dichas normas¹⁶⁵.

39. La sugerencia de la Demandada de que “el concepto [de la Demandante] de expectativas legítimas es erróneo puesto que no se refiere al comportamiento o a la conducta prohibida o censurada, y sus límites, sino sólo a una posición subjetiva del inversor” es

¹⁶² Escrito de la Demandante Posterior a la Audiencia, párrafo 26; Réplica, párrafos 247-260.

¹⁶³ Escrito de la Demandada Posterior a la Audiencia, párrafo 287.

¹⁶⁴ *RDC c. Guatemala*, párrafo 235 (énfasis añadido) (CL-92).

¹⁶⁵ Escrito de la Demandante Posterior a la Audiencia, párrafo 27; *RDC c. Guatemala*, párrafos 232-235 (CL-92); ver también *id.*, párrafo 222.

igualmente incorrecta¹⁶⁶. Como lo describió la Demandante en su Escrito Posterior a la Audiencia, en consonancia con las posturas avaladas por las partes no contendientes en este caso¹⁶⁷, el concepto de expectativas legítimas mide las expectativas del inversor *objetivamente*, es decir que el tribunal debe evaluar si el Estado efectuó declaraciones específicas en las que un inversor razonable habría confiado y si el Estado luego procedió de un modo contrario a dichas declaraciones específicas¹⁶⁸. Como lo remarcó la Demandante, al momento de tal evaluación, *el tribunal debe concentrarse en la conducta del Estado, más que en las expectativas subjetivas o “meras” expectativas del inversor*¹⁶⁹.

40. Asimismo, el argumento de la Demandada de que “[s]i se aplica el concepto de expectativas legítimas hay que tener en cuenta que las mismas sólo son generadas por compromisos específicos e inequívocos, como una cláusula de estabilidad jurídica”¹⁷⁰, es incoherente con su propia admisión de que cambios fundamentales de aspectos esenciales del marco regulatorio pueden constituir una violación del estándar mínimo¹⁷¹. Conforme lo manifestado por la Demandada en su Escrito Posterior a la Audiencia, “[l]as alteraciones del marco regulatorio que se censuran son las que resulten en arbitrariedad manifiesta, por desconocer en modo deliberado, y mediante el uso de instrumentos gubernamentales o legislativos, los compromisos claramente asumidos con el inversor”¹⁷². Por otra parte, según lo demostrado por la Demandante, numerosos tribunales han sostenido que el derecho y las reglamentaciones internos pueden, de por sí, erigirse como base de las expectativas legítimas de

¹⁶⁶ Escrito de la Demandada Posterior a la Audiencia, párrafo 291.

¹⁶⁷ *Ver* Acta (4 de marzo de 2013) 820:22-821:4 (Declaración de la República Dominicana) (“Lo relevante es la conducta del Estado como único factor a considerar, puesto que el nivel mínimo de trato debe ser un concepto objetivo que evalúe el trato que un Estado otorga a un inversionista.”); *ver también* Declaración de la República Dominicana conforme al Art. 10.20.2 de fecha 5 de octubre de 2012, párrafo 10 (“Lo relevante es la conducta del Estado como único factor a considerar, puesto que el nivel mínimo de trato debe ser un concepto objetivo que evalúe el trato que un Estado otorga a un inversionista. [...], un concepto variable en función de la apreciación subjetiva del inversionista sobre el trato que espera recibir, tendría un efecto lesivo en la capacidad regulatoria de los Estados”).

¹⁶⁸ Escrito de la Demandante Posterior a la Audiencia, párrafos 25-26; Acta (21 de enero de 2013) 120:17-121:3 (Apertura de la Demandante); Memorial, párrafo 234.

¹⁶⁹ Escrito de la Demandante Posterior a la Audiencia, párrafo 24.

¹⁷⁰ Escrito de la Demandada Posterior a la Audiencia, párrafo 287.

¹⁷¹ *Íd.*, párrafos 78, 287.

¹⁷² *Íd.*, párrafo 289.

un inversor, especialmente cuando, como en este caso, el marco regulatorio se hubiera implementado específicamente con la finalidad de atraer e inducir la inversión extranjera en un sector particular¹⁷³, incluidos los tribunales de *Merrill & Ring*¹⁷⁴, *Suez c. Argentina*¹⁷⁵ y *Total c. Argentina*¹⁷⁶. Así lo observó el tribunal en *Total*: “[u]n inversor extranjero tiene derecho a esperar que el estado anfitrión se regirá por estos principios básicos (que ha consagrado voluntariamente en la legislación) en la administración del sector público que ha sido abierto a inversiones extranjeras de largo plazo” y “[l]as expectativas basadas en dichos principios son razonables y, en consecuencia, legítimas, *incluso ante la falta de promesas específicas del gobierno*”¹⁷⁷. Además, como ya lo analizamos y lo explicaremos detalladamente a continuación, Guatemala actuó en incumplimiento de compromisos específicos e inequívocos asumidos frente a la Demandante en su Memorándum de Venta, que se preparó y distribuyó con el expreso propósito de inducir la inversión extranjera en EEGSA¹⁷⁸.

IV. LA DEMANDANTE HA ACREDITADO UN INCUMPLIMIENTO DEL ARTÍCULO 10.5 DEL CAFTA-RD

A. La Demandante confió legítimamente en las declaraciones específicas que Guatemala efectuó para inducir la inversión extranjera en EEGSA

41. En su Escrito Posterior a la Audiencia, la Demandada aduce que “la audiencia evidenció el rol de espectador pasivo que adoptó Teco al momento de su inversión en EEGSA, obviando todo análisis material del marco regulatorio o de las perspectivas de la compañía”¹⁷⁹ y que fieles a su “desinterés inicial, Teco (y luego TGH) asumieron el rol de “silent partner” en EEGSA durante la vida de la inversión sin involucrarse en el negocio de la compañía, que quedó

¹⁷³ Escrito de la Demandante Posterior a la Audiencia, párrafos 31-35.

¹⁷⁴ *Merrill & Ring c. Canadá*, párrafo 233 (CL-29).

¹⁷⁵ *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. e InterAgua Servicios Integrales del Agua S.A. c. República Argentina*, Caso CIADI N.º ARB/03/17, Decisión sobre Responsabilidad de fecha 30 de julio de 2010, párrafos 203, 207, 208, 212 (RL-17).

¹⁷⁶ *Total c. Argentina*, párrafos 122, 333 (CL-70).

¹⁷⁷ *Íd.*, párrafo 333 (énfasis añadido).

¹⁷⁸ *Ver infra* Sección IV.A.2; Escrito de la Demandante Posterior a la Audiencia, párrafos 60-63, 70, 80, 90-91, 110, 142, 160.

¹⁷⁹ Escrito de la Demandada Posterior a la Audiencia, párrafo 2.

en manos de Iberdrola, socio mayoritario y operador”¹⁸⁰. De este modo, la Demandada asevera que “la decisión de Teco de invertir en EEGSA no se basó en ninguna promesa específica efectuada por Guatemala” y que la Demandante “no realizó ningún *due diligence* real sobre la compañía ni sobre el marco regulatorio eléctrico de Guatemala”¹⁸¹. Según la Demandada, “ello en realidad no sorprende”, toda vez que “la verdadera motivación de TGH al invertir en EEGSA fue la posibilidad de integrar verticalmente su negocio de electricidad en Guatemala siendo que el 90% de la electricidad producida por las centrales eléctricas propiedad de Teco en Guatemala se vendía a EEGSA”¹⁸². La Demandada declara además que el Memorándum de Venta preparado y circulado por Guatemala a potenciales inversores no puede dar lugar a ninguna expectativa legítima¹⁸³, puesto que un “mero memorándum de venta no puede generar expectativas protegidas por un TBI”¹⁸⁴, y que la Demandante aparentemente “inventó la supuesta expectativa del grupo Teco con este arbitraje”¹⁸⁵. La Demandada entonces alega que la Demandante no tiene expectativas legítimas que pudieran gozar de la protección del Artículo 10.5 del CAFTA-RD y que su reclamo es inadmisibile¹⁸⁶. Como se indica más adelante, los argumentos de la Demandada tergiversan deliberadamente el testimonio prestado en la Audiencia, son incompatibles con el expediente probatorio, interpretan erróneamente el derecho aplicable y omiten reconocer la vertiente uniforme de casos basados en tratados de inversión en los que los tribunales han constatado una violación de TJE cuando un Estado realiza actos contrarios a declaraciones efectuadas en memorándums de venta y otros materiales similares específicamente orientados a inducir inversiones.

1. Antes de invertir en EEGSA, el grupo de compañías TECO efectuó un exhaustivo *due diligence*

42. En su Escrito Posterior a la Audiencia, la Demandada sostiene que la Demandante “no ha presentado ni un solo documento, ni relativo al *due diligence* supuestamente realizado

¹⁸⁰ *Íd.*, (énfasis en el original).

¹⁸¹ *Íd.*, párrafo 3.

¹⁸² *Íd.*, párrafo 6 (cita interna omitida).

¹⁸³ *Íd.*, párrafos 306-308, 312-313.

¹⁸⁴ *Íd.*, párrafo 308.

¹⁸⁵ *Íd.*, párrafo 314.

¹⁸⁶ *Íd.*, párrafos 7, 318.

cuando invirtió en 2005, ni tampoco de 1998 cuando entraron en EEGSA otras compañías del grupo” y que, cuando la Demandada le requirió “documentación de dicho *due diligence* en su solicitud de documentos”¹⁸⁷, la Demandante supuestamente “no presentó ni un solo documento” en respuesta¹⁸⁸. La Demandada afirma además que “[p]arece extraño que una compañía norteamericana de esta sofisticación [como Teco] no buscara asesoría jurídica al hacer una inversión de esta magnitud”¹⁸⁹ y que “las actas de directorio de Teco (no TGH) de 1998 muestran que el marco regulatorio se menciona tangencialmente y la principal motivación para la inversión fue la integración del negocio de distribución de EEGSA con el de generación que ya poseía Teco”¹⁹⁰. El intento de la Demandada de confundir al Tribunal mediante la interpretación y descripción errada de la prueba presentada en este caso debe ser rechazado.

43. La afirmación de la Demandada de que el grupo de compañías TECO invirtió US\$ 135 millones en EEGSA sin llevar a cabo ningún *due diligence* ofende al sentido común y queda desmentida por las pruebas. Como lo demostró la Demandante, al momento de su inversión en EEGSA, como se esperaría de cualquier compañía que cotiza en bolsa y realiza una inversión considerable en un país extranjero, el grupo de compañías TECO se embarcó en una exhaustivo *due diligence*, que incluyó análisis del material promocional circulado por Guatemala para atraer la inversión extranjera en EEGSA¹⁹¹ y un “análisis para determinar si las tasas internas de retorno estimadas eran acordes a [sus] objetivos”¹⁹². Como lo explicó Gordon Gillette en la Audiencia, “existía un equipo dedicado en TECO Power Services [“TPS”] y muchos asesores que se dedicaban a la debida diligencia para este proyecto”¹⁹³, incluidos “un

¹⁸⁷ *Íd.*, párrafo 317 (cita interna omitida).

¹⁸⁸ *Íd.*, párrafo 6, nota al pie 11.

¹⁸⁹ *Íd.*, párrafo 317.

¹⁹⁰ *Íd.* (cita interna omitida).

¹⁹¹ Gillette I, párrafo 8 (CWS-5); Empresa Eléctrica de Guatemala S.A., Presentación del *Roadshow* de mayo de 1998 (“Presentación del *Roadshow*”) (C-28); Empresa Eléctrica de Guatemala S.A., Memorándum Informativo Preliminar de abril de 1998 (“Memorándum Informativo Preliminar”) (C-27); Memorándum de Venta de Empresa Eléctrica de Guatemala S.A., de mayo de 1998 (“Memorándum de Venta”) (C-29).

¹⁹² Gillette I, párrafo 13 (CWS-5); *ver también* Gillette II, párrafo 6 (“Luego de enterarnos de que existía la oportunidad de invertir en EEGSA, TECO se abocó a la evaluación del retorno esperado de la potencial inversión.”) (CWS-11); Escenario de Caso Base de EEGSA de Dresdner Kleinwort, junio de 1998 (C-418).

¹⁹³ Acta (22 de enero de 2013) 443:20-444:1 (Contrainterrogatorio de Gillette).

banco de inversión y expertos contables, legales, ambientales y en tasas”¹⁹⁴. El equipo de TPS concurre a la presentación del *Road Show* de Guatemala en nombre del grupo de compañías TECO¹⁹⁵ y revisó y analizó tanto el Memorandum Informativo Preliminar como el Memorandum de Venta distribuidos por Guatemala¹⁹⁶, que, según lo confirmó el Sr. Gillette en la Audiencia, incluían copias de la LGE y el RLGE promulgados recientemente¹⁹⁷. El Sr. Gillette explicó además que, durante ese proceso, él y otros miembros del equipo gerencial de alto rango de TECO Energy, Inc. (“TECO Energy”) habitualmente recibían informes de parte del equipo de TPS de manera formal e informal en lo relativo al *due diligence*¹⁹⁸, lo cual culminó con la Presentación Gerencial de TPS a la Junta Directiva de TECO Energy el día 9 de julio de 1998, en la que TPS recomendó que el grupo de compañías TECO participara en la licitación de EEGSA como parte del Consorcio¹⁹⁹. Como puede verse en la Presentación Gerencial, el “equipo de apoyo externo” contratado por el grupo de compañías TECO a los efectos de su *due diligence* sobre EEGSA comprendía a Dresdner Kleinwort Benson como Asesor Financiero; a Deloitte and Touche en calidad de Auditores; a Milbank, Tweed, Hadley & McCloy LLP, un estudio jurídico internacional de Nueva York, y al Bufete Olivero, un estudio jurídico de Guatemala, como Asesores Legales; a Hagler Bailly y O&L Consulting como asesores en Tarifas de Demanda; a

¹⁹⁴ *Íd.*, p. 463:13-14; *ver también id.* p. 472:16-21 (donde declara que “el equipo de TECO Power Services estaba haciendo la revisión de la inversión, algunos de nuestros expertos en TECO Energy estaban revisando y examinando la inversión y teníamos una larga lista de consejeros, incluidos Dresdner, Deloitte and Touche, Millbank [sic], Olivero, Hagler Bailly, O&L Consulting”).

¹⁹⁵ *Íd.*, p. 445:2-5 (donde declara que “[m]iembros del equipo gerencial de TECO Power Services” concurren a la presentación del *Road Show* de Guatemala en nombre del grupo de compañías TECO); Presentación del *Roadshow* (C-28). Como lo señaló la Demandante en su Escrito Posterior a la Audiencia, esas presentaciones del *Road Show* estuvieron a cargo del por entonces Ministro de Energía y Minas y otros miembros del Comité de Alto Nivel que Guatemala había constituido para supervisar la privatización de EEGSA. *Ver* Escrito de la Demandante Posterior a la Audiencia, párrafo 61; Presentación del *Roadshow*, pp. 44-45 (C-28).

¹⁹⁶ Acta (22 de enero de 2013) 457:6-20 (Pregunta del Tribunal a Gillette); Acta (22 de enero de 2013) 469:11-470:13 (Contrainterrogatorio de Gillette).

¹⁹⁷ Acta (22 de enero de 2013) 469:11-470:10 (Contrainterrogatorio de Gillette) (“El material de comercialización no eran simplemente lindos folletos con mapas y fotos sino que también incluían la ley de electricidad”.); Memorandum de Venta, pp. 63-141 (C-29).

¹⁹⁸ Acta (22 de enero de 2013) 443:20-444:3, 445:13-19, 446:19-447:4, 454:2-6 (Contrainterrogatorio de Gillette); Acta (22 de enero de 2013) 450:18-451:7 (Pregunta del Tribunal a Gillette).

¹⁹⁹ Privatización de EEGSA, Presentación Gerencial del 9 de julio de 1998 (C-33); *ver también* TECO Energy, Inc., Resolución sobre la Privatización de una Empresa Eléctrica en Guatemala, Libro de Actas de la Junta Directiva de julio de 1998 (C-32).

Iberdrola como consultor en Asuntos Laborales y a ECT, en Asuntos Ambientales²⁰⁰.

44. La alegación de la Demandada de que el grupo de compañías TECO “no realizó ningún *due diligence* real sobre la compañía ni sobre el marco regulatorio eléctrico de Guatemala”²⁰¹ es, por tanto, absurda y evidentemente incorrecta. En efecto, la Presentación Gerencial elaborada por TPS analiza expresamente las ventas de electricidad de EEGSA, su tasa de crecimiento y sus estadísticas de servicio público²⁰², como así también el marco regulatorio de Guatemala, y señala que la nueva LGE es “similar a la ley de energía implementada en Chile, Argentina y El Salvador”²⁰³ y que el VAD de EEGSA se “recalcula cada 5 años con base en el retorno permitido sobre el costo de reposición nuevo de una red eficiente más costos O&M”²⁰⁴. El Libro de Actas de la Junta Directiva preparado por TPS refleja análisis similares e informa que “[a] partir del 31 de diciembre de 1997, EEGSA distribuía electricidad a aproximadamente 511.000 clientes” y que “la base de clientes de EEGSA ha crecido a un promedio anual de 4 por ciento en los últimos cuatro años, mientras que el consumo de energía en el área de concesión de EEGSA ha crecido más de 7 por ciento al año en el mismo período”²⁰⁵. Con respecto al marco regulatorio, el Libro de Actas de la Junta Directiva, entre otras cosas, pone de manifiesto que “[l]a Ley y su Reglamento representa[n] un enfoque nuevo para Guatemala y sus inversionistas del sector de energía eléctrica”, que “hay suficiente experiencia con sistemas similares emplazados en Chile, Argentina y El Salvador” y que “[l]as características de este sistema son

²⁰⁰ Privatización de EEGSA, Presentación Gerencial del 9 de julio de 1998, p. 2 (C-33).

²⁰¹ Escrito de la Demandada Posterior a la Audiencia, párrafo 3 (cita interna omitida). Además, el testimonio en el que la Demandada se basa para hacer esta afirmación no respalda su argumento. *Ver* Escrito de la Demandada Posterior a la Audiencia, párrafo 3 (donde se cita el Acta (22 de enero de 2013) 445:2-13 (Contrainterrogatorio de Gillette)). Como surge del acta, el testimonio del Sr. Gillette se refiere a la presentación del *Road Show* y a si los miembros del equipo de TPS que asistieron a dicha presentación alguna vez elaboraron un informe escrito para él. *Ver* Acta (22 de enero de 2013) 445:2-13 (Contrainterrogatorio de Gillette). Conforme a lo declarado por el Sr. Gillette, si bien no “recuerd[a] haber visto algún documento”, sí “recuerd[a] que [l]e habían informado durante el proceso cuando [se] entera[ban] más acerca de la inversión y del régimen regulatorio”. *Íd.*, p. 445:13-19.

²⁰² Privatización de EEGSA, Presentación Gerencial del 9 de julio de 1998, pp. 13-16 (C-33).

²⁰³ *Íd.*, p. 29.

²⁰⁴ *Íd.*, p. 5; *ver también* Acta (22 de enero de 2013) 493:11-18 (Contrainterrogatorio de Gillette) (donde hace referencia al “segundo acápite de los componentes del VAD” en la página 5 del Anexo C-33, y declara además que las “palabras ‘red eficiente’ es una manera críptica de referirse al modelo de eficiencia”).

²⁰⁵ TECO Energy, Inc., Resolución sobre la Privatización de una Empresa Eléctrica en Guatemala, Libro de Actas de la Junta Directiva de julio de 1998, pp. 7-4 (C-32).

más manejables que las de otros países latinoamericanos”²⁰⁶. Además, como el Sr. Gillette lo confirmó en la Audiencia, además del *due diligence* llevado a cabo por el grupo de compañías TECO, existían también “dos procesos de debida diligencia realizándose en paralelo, en Iberdrola y en EDP”, cuyos resultados se compartían entre los socios del Consorcio²⁰⁷.

45. De manera similar, es vano el argumento de la Demandada de que la Demandante “no ha presentado ni un solo documento, ni relativo al *due diligence* supuestamente realizado cuando invirtió en 2005”²⁰⁸. Como la Demandante lo explicó reiteradamente, la transferencia a la Demandante de la participación del grupo de compañías TECO en EEGSA en 2005 fue una transferencia societaria interna entre miembros del mismo grupo de compañías, en contraposición a una venta de activos, por lo cual no habría habido motivos para que el grupo de compañías TECO realizara un *due diligence* sobre EEGSA en 2005²⁰⁹. La afirmación de la Demandada de que si bien “Guatemala solicitó la documentación de cualquier *due diligence* en su solicitud de documentos (Anexo R142, Documentación A.2), TGH no presentó ni un solo documento”²¹⁰ es igualmente falsa. Como puede verse en el expediente, la Demandante presentó varios documentos y enumeró otros tantos en su registro confidencial en respuesta a la Solicitud N.º A.2 de la Demandada, incluidas distintas comunicaciones confidenciales entre la exabogada interna de TECO Energy, Sheila McDevitt, y los asesores legales externos, Milbank y Bufete Olivero, en relación con el *due diligence*, que se encuentran protegidas por el secreto profesional vigente entre abogados y clientes²¹¹. Por consiguiente, la aseveración de la Demandada de que el

²⁰⁶ *Íd.*, pp. 7-6. En el Libro de Actas de la Junta Directiva además se establece que “[e]n noviembre de 1996, el Gobierno de Guatemala (‘GOG’) aprobó una nueva ley de electricidad (la ‘Ley’), estableciendo un marco reglamentario consistente para el sector” que “elimina subsidios, ordena la desagregación de los activos de generación, transmisión y distribución y preparó a las dos empresas eléctricas propiedad del estado, EEGSA y el Instituto Nacional de Electricidad (‘INDE’) para su privatización”. *Íd.*, pp. 7-3. También se indica que las “tarifas de EEGSA serán reestructuradas de conformidad con la Ley” y que “las tarifas de EEGSA tendrán tres componentes: (i) [u]n componente de costo de generación eléctrica; (ii) un componente de costo de transmisión y (iii) un componente de valor agregado de distribución, con base en una empresa de distribución eficientemente operada”. *Íd.*

²⁰⁷ Acta (22 de enero de 2013) 473:1-3 (Contrainterrogatorio de Gillette).

²⁰⁸ Escrito de la Demandada Posterior a la Audiencia, párrafo 317.

²⁰⁹ Escrito de la Demandante Posterior a la Audiencia, párrafo 92 & nota al pie 346; Réplica, párrafo 68; Gillette II, párrafo 11 (CWS-11).

²¹⁰ Escrito de la Demandada Posterior a la Audiencia, párrafo 314, nota al pie 425 (énfasis omitido).

²¹¹ Carta de la Demandada al Tribunal de fecha 29 de noviembre de 2011, Anexos N.º 3 & 6.

grupo de compañías TECO “no busc[ó] asesoría jurídica al hacer una inversión de esta magnitud”²¹² también es errónea. Como lo confirman el registro confidencial de la Demandante y la Presentación Gerencial de TPS, antes de efectuar su inversión en EEGSA, el grupo de compañías TECO procuró la asistencia legal tanto de abogados de los Estados Unidos como de letrados de Guatemala²¹³.

46. De igual modo, la Demandada se equivoca al sostener que el Sr. Gillette nunca “pidió a su equipo de abogados internos o externos ningún análisis legal sobre la regulación eléctrica guatemalteca” ni “revisó ningún material promocional de la licitación”²¹⁴. Como él mismo lo aclaró en la Audiencia, el Sr. Gillette no es abogado, y “cuando se trata de examinar el régimen regulatorio, [] lo considera[] menos un asunto legal [] y más un asunto comercial regulatorio”²¹⁵. Por lo tanto, con regularidad, el equipo de TPS “durante ese marco del 97 al 98 [les] informaba[] [a él y a otros miembros del equipo gerencial de alto rango de TECO Energy] acerca de la estructura regulatoria”²¹⁶. Además, como ya se mencionó, si bien el Sr. Gillette no revisaba personalmente y en profundidad el material promocional distribuido por Guatemala, el equipo de TPS evaluó, analizó y comentó esa documentación, incluido el Memorándum Informativo Preliminar y el Memorándum de Venta, junto con el Sr. Gillette y demás miembros del equipo gerencial de mayor jerarquía de TECO Energy²¹⁷. Según lo declarado por el Sr.

²¹² Escrito de la Demandada Posterior a la Audiencia, párrafo 317.

²¹³ Carta de la Demandada al Tribunal de fecha 29 de noviembre de 2011, Anexo N.º 6; Privatización de EEGSA, Presentación Gerencial del 9 de julio de 1998 (C-33).

²¹⁴ Escrito de la Demandada Posterior a la Audiencia, párrafo 3; *ver también id.*, párrafo 315. La afirmación de la Demandada de que “la Sra. Callahan [además] reconoció no saber nada sobre revisiones tarifarias ni haber visto nada al respecto en la fecha de la inversión” es igual de irrelevante. *Íd.*, p. 316. La Sra. Callahan, que tiene experiencia en contabilidad financiera, fue designada CFO de TECO Energy en julio de 2009. Callahan I, párrafo 4 (CWS-2). Tal como surge de sus declaraciones testimoniales, no participó (y no ha prestado testimonio acerca) de la decisión del grupo de compañías TECO de invertir en EEGSA en 1998; en realidad, la Sra. Callahan prestó declaración en lo que respecta a la situación financiera de EEGSA tras la imposición por parte de la CNEE del VAD de Sigla para 2008-2013, como así también a la decisión de la Demandante de vender su inversión en EEGSA a EPM en 2010. *Ver*, en general, Callahan II (CWS-8); Callahan I (CWS-2).

²¹⁵ Acta (22 de enero de 2013) 460:4-7 (Contrainterrogatorio de Gillette).

²¹⁶ *Íd.*, p. 450:10-12; *ver también* Acta (22 de enero de 2013) 450:18-451:7 (Pregunta del Tribunal a Gillette).

²¹⁷ Acta (22 de enero de 2013) 457:6-20 (Pregunta del Tribunal a Gillette); *ver también* Gillette I, párrafo 8 (“TPS recibió diversos materiales de promoción preparados por Salomon Smith Barney con respecto al proceso de privatización de EEGSA, incluyendo la presentación de un *Road Show*, un Memorándum Informativo Preliminar, y un Memorándum de Venta. Si bien no revisé personalmente esos materiales en detalle, éstos fueron revisados por las personas correspondientes de la empresa en el marco de nuestro proceso

Gillette, el grupo de compañías TECO estaba “recibiendo grandes cantidades de documentos, del Road Show, de memorándum [...] de Salomon Smith Barney, [que era el banco de inversión en ese momento, sobre la inversión en Guatemala,] sobre la base del [marco] regulatorio y todo eso” y “se hizo un revisión por el equipo [gerencial] para esta inversión basad[a] en materiales que est[aban] recibiendo y las declaraciones contenidas en ese material”²¹⁸. El hecho de que el Sr. Gillette no revisara personal y acabadamente ese material, y de que fuera informado al respecto en su carácter de alto gerente, no es ni extraño ni relevante²¹⁹.

47. La alegación de la Demandada de que el Sr. Gillette atestiguó que “nunca obtuvo información detallada o por escrito [sobre EEGSA] y que la información que conoció la obtuvo mediante ‘casual inputs [. . .] in an informal way’”²²⁰ también es errada. El Sr. Gillette explicó muchas veces en la Audiencia que su conocimiento del marco regulatorio se basaba en los informes formales e informales que recibía del equipo de TPS, como así también en el Libro de Actas de la Junta Directiva y la Presentación Gerencial de TPS²²¹. Según el testimonio del Sr. Gillette, “la decisión estuvo en manos de la junta del directorio [de TECO Energy] de hacer esta inversión en TECO Guatemala” y fue dicha “información de abajo hacia arriba [] [la que hizo que se] sintiera cómodo al igual que los demás miembros de la plana mayor de TECO management para poder recomendar de ir al directorio y obtener la aprobación del directorio para

de *due diligence*. Recuerdo que se me informaron brevemente ciertos aspectos de la oportunidad de inversión, y se presentaron resúmenes de la información contenida en esos materiales a la Junta Directiva de TECO Energy para su consideración”.) (citas internas omitidas) (CWS-5).

²¹⁸ Acta (22 de enero de 2013) 469:11-470:13 (Contrainterrogatorio de Gillette).

²¹⁹ Lo mismo ocurre con el Contrato de Autorización de EEGSA. En su Escrito Posterior a la Audiencia, la Demandada asegura que el Sr. Gillette “jamás leyó el Contrato de Concesión”; sin embargo, según el testimonio del Sr. Gillette en la Audiencia, él no es abogado y, si bien no revisó personalmente el Contrato de Autorización, “consejeros y personas dentro de [la] empresa [TECO] sí lo revisaron”. Escrito de la Demandada Posterior a la Audiencia, párrafo 315(i); Acta (22 de enero de 2013) 465:6-7 (Contrainterrogatorio de Gillette).

²²⁰ Escrito de la Demandada Posterior a la Audiencia, párrafo 4 (énfasis omitido).

²²¹ Acta (22 de enero de 2013) 443:20-444:3, 445:13-19, 446:19-447:4 (Contrainterrogatorio de Gillette); Acta (22 de enero de 2013) 450:18-451:7 (Pregunta del Tribunal a Gillette); *ver también* Acta (22 de enero de 2013) 454:2-7 (Contrainterrogatorio de Gillette) (“[P]ara aclarar, durante ese tiempo yo era informado [...] [acerca] de la mecánica regulatoria del negocio. Y en ese momento yo sabía que la gente de TECO Power Services asistía a ciertas reuniones para enterarse más acerca de la inversión. Pero mi conocimiento [...] [provenía] de las sesiones informativas que recibía”).

realizar esta inversión”²²².

48. De manera similar, la afirmación de la Demandada de que el Sr. Gillette confirmó que “la única explicación que se le[s] dio [...] es que era una metodología similar a la de Chile, Argentina y El Salvador, que las tarifas se basan sobre una empresa de distribución eficientemente operada”²²³ es refutada por las pruebas. Según testimonió el Sr. Gillette, “[e]n el briefing oral, en el cual estuve presente, *recuerdo que se habló más*”²²⁴. Asimismo, como ya se mencionó, la Presentación Gerencial preparada por TPS resalta expresamente que el VAD de EEGSA se “recalcula cada 5 años con base en el retorno permitido sobre el costo de reposición *nuevo de una red eficiente más costos O&M*”²²⁵. Entre otras cosas, también indica expresamente que las “Tasas fijadas para los años 1 – 5 [se basan] en normas de costos internacionales y una tasa de retorno de 10%”²²⁶ y que el VAD “se ajusta anualmente para corregir la exposición al riesgo cambiario e inflación”²²⁷.

49. El argumento de la Demandada de que la supuesta falta de *due diligence* por parte de la Demandante “no sorprende” puesto que “[l]a única razón invocada para la inversión [en EEGSA] por el grupo Teco en el momento en que se efectuó fue la integración vertical de su negocio de generación de electricidad [en Guatemala]”²²⁸ también pierde sustento en las pruebas y contraría el sentido común. Como la Demandante lo explicó en reiteradas ocasiones, la principal consideración del grupo de compañías TECO a la hora de invertir en EEGSA no fue “el potencial existente para el logro de sinergias con sus restantes inversiones en generación eléctrica en Guatemala”, sino “si la inversión ofrecía una tasa de retorno favorable”²²⁹. Por

²²² Acta (22 de enero de 2013) 468:4-10 (Contrainterrogatorio de Gillette).

²²³ Escrito de la Demandada Posterior a la Audiencia, párrafo 4.

²²⁴ Acta (22 de enero de 2013) 480:17-18 (Contrainterrogatorio de Gillette). En un claro intento por distorsionar el testimonio del Sr. Gillette, la Demandada omite intencionadamente esta parte de la respuesta del Sr. Gillette a la pregunta de la Demandada en su Escrito Posterior a la Audiencia. *Ver* Escrito de la Demandada Posterior a la Audiencia, párrafo 4 & nota al pie 8.

²²⁵ Privatización de EEGSA, Presentación Gerencial del 9 de julio de 1998, p. 5 (énfasis añadido) (C-33).

²²⁶ *Íd.*

²²⁷ *Íd.*, p. 30.

²²⁸ Escrito de la Demandada Posterior a la Audiencia, párrafo 313; *ver también id.*, párrafo 6.

²²⁹ Gillette II, párrafo 7 (CWS-11). Además, el argumento de la Demandada carece de toda lógica porque el grupo de compañías TECO era titular de una participación minoritaria en EEGSA y, por ende, no controlaba la

cierto, como se desprende del Libro de Actas de la Junta Directiva, TPS recomendó que dicha Junta Directiva de TECO Energy aprobara su participación en la licitación para la privatización de EEGSA debido a las “ganancias muy significativas a largo plazo a través de las oportunidades potenciales en la forma tanto de recorte de costos como de crecimiento, lo cual puede mejorar nuestros retornos potencialmente”²³⁰. Ello condice con la Presentación Gerencial de TPS, en la que se concluía que la inversión en EEGSA “calza excelentemente con el Plan Estratégico a Largo Plazo de hacer crecer el negocio de usuarios finales”, y se hacía hincapié en “retornos sobre inversión regulados atractivos” y en la “oportunidad atractiva de crecimiento de ingresos” como consecuencia del bajo nivel de electrificación de Guatemala, la amplia base de clientes de EEGSA y el crecimiento proyectado de la demanda²³¹.

50. Cabe destacar el hecho (confirmado por el Sr. Gillette en la Audiencia, aunque todavía soslayado por la Demandada) de que si bien la “propiedad de estas otras empresas [por parte del grupo de compañías TECO] fue una parte de la decisión de unir[se] al consorcio . . . cuando el consorcio estaba valuando los activos tenía[n] otros dos socios que no tenían la misma situación, que eran Iberdrola y [EDP], que no tenían activos en Guatemala. Entonces, al determinar el precio de [su] oferta como parte minoritaria no podía[n] realmente utilizar esas

compañía. Así lo confirma la controversia Alborada, respecto de la cual la Demandada, curiosamente, ha guardado silencio. Como lo explicó la Demandante, cuando EEGSA solicitó la aprobación de la CNEE en 2007 a fin de que surtiera efecto la prórroga automática por cinco años de su Contrato de Compraventa de Energía (“PPA”, por sus siglas en inglés) con Tampa Centro Americana de Electricidad, Limitada (“TCAE”), que TCAE había adquirido de parte del Gobierno en 2001 por US\$ 2,92 millones, la CNEE rechazó la solicitud de EEGSA en virtud del Acuerdo Gubernativo N.º 68-2007, que prohibía la prórroga de los PPA, y advirtió que, si EEGSA convenía prorrogar el PPA con TCAE, el Gobierno no reconocería su derecho de trasladar los costos de la electricidad a los usuarios. *Ver* Acta (22 de enero de 2013) 422:14-424:2 (Interrogatorio de Gillette); Gillette II, párrafos 17-18 (**CWS-11**); Réplica, párrafos 224-226. EEGSA no quería correr ese riesgo, por lo que se negó a formalizar la prórroga. En consecuencia, TCAE concentró sus esfuerzos en tratar de llegar a una resolución negociada de la controversia y, en última instancia, logró un acuerdo negociado, en virtud del cual el PPA se prorrogó a una tasa mucho más baja de aquella que le correspondía de conformidad con el contrato. *Ver* Acta (22 de enero de 2013) 424:3-9 (Interrogatorio de Gillette); Gillette II, párrafo 19 (**CWS-11**); Réplica, párrafo 226. El hecho de que TECO no controlara a EEGSA y de que no pudiera obligarla a firmar un documento al que incluso EEGSA creía estar sujeta contractualmente expone la falacia de la alegación de la Demandada de que la razón primordial por la que TECO invirtió en EEGSA fue otorgar una ventaja a TCAE y a sus demás activos de generación en Guatemala.

²³⁰ TECO Energy, Inc., Resolución sobre la Privatización de una Empresa Eléctrica en Guatemala, Libro de Actas de la Junta Directiva de julio de 1998, p. 8 (**C-32**).

²³¹ Privatización de EEGSA, Presentación Gerencial del 9 de julio de 1998, pp. 17, 18 (**C-33**).

sinergias como un factor”²³². Por consiguiente, la permanente afirmación por parte de la Demandada de que estas “sinergias [...] afectaron su valuación de la empresa” carece de todo asidero²³³. La Demandada jamás ha mencionado que el grupo de compañías TECO pagó más del 30 por ciento del precio de oferta por su participación del 30 por ciento en EEGSA (de hecho, según lo manifestado por la Demandante en su Escrito Posterior a la Audiencia, la Demandada intentó dejar la falsa impresión de que TECO pagó *menos* del 30 por ciento a cambio de su participación)²³⁴, y nunca ha intentado explicar por qué los titulares del 70 por ciento pagarían una prima por una supuesta ventaja económica de la que no se beneficiarían.

51. Como lo explicó la Demandante y lo reconoció la Demandada, la valuación de EEGSA se basó en el flujo de efectivo que se esperaba que la compañía generara²³⁵. Conforme al testimonio brindado por el Sr. Gillette en la Audiencia, el grupo de compañías TECO “tenía[] la expectativa general proveniente del memorándum oferente que la tasa de retorno real con base en el nuevo sistema de reemplazo sería de entre el 7 y el 13 por ciento” y “fue en esa base, con base en eso que efectu[ó] varios supuestos de los escenarios sobre cuál sería la vía de ingresos a lo largo del tiempo”²³⁶. Así, “a fin de encontrar el precio de la oferta, una vez que realiza[ron] los supuestos de cuáles serían los ingresos a lo largo del tiempo, utiliza[ron] la tasa de retorno del 13 por ciento para calcular para atrás lo que podía[n] afrontar gastar en la forma de [su] precio de oferta”²³⁷. La Presentación Gerencial es compatible con este testimonio, toda vez que recomienda presentar un precio de oferta “con base en que el Modelo del Caso Base alcanza una TIR mínima aceptable bajo condiciones de caso base después de verificados todos los supuestos

²³² Acta (22 de enero de 2013) 484:9-17 (Contrainterrogatorio de Gillette); *ver también* Gillette II, párrafo 9 (CWS-11).

²³³ Escrito de la Demandada Posterior a la Audiencia, párrafo 323.

²³⁴ *Ver* Escrito de la Demandante Posterior a la Audiencia, párrafo 190.

²³⁵ Acta (22 de enero de 2013) 551:12-14 (Pregunta del Tribunal a Gillette); *ver también* Acta (22 de enero de 2013) 614:11-13 (Interrogatorio de Calleja) (“El marco legal del establecimiento de tarifas era el valor de la empresa”); Escenario de Caso Base de EEGSA de Dresdner Kleinwort, junio de 1998 (donde puede verse que DresdnerKleinwort generó distintos modelos a partir de un análisis de DCF con el objeto de guiar la oferta del grupo de compañías TECO respecto de EEGSA) (C-418); Escrito de la Demandada Posterior a la Audiencia, párrafo 320 (“[s]e calculó el valor de la empresa sobre la base de los flujos de efectivo esperados y no sobre el valor de los activos”) (cita interna omitida).

²³⁶ Acta (22 de enero de 2013) 502:17-503:1 (Contrainterrogatorio de Gillette).

²³⁷ *Íd.*, pp. 503:2-6.

claves”²³⁸. Si bien la Demandada sorprendentemente declara en su Escrito Posterior a la Audiencia que “[e]l [elevado] precio de compra ofrecido por el Consorcio sugiere que hubo otros factores, como las sinergias, que afectaron su valuación de la empresa”²³⁹, su alegación contradice el testimonio prestado por su propio perito, el Dr. Abdala, quien confirmó que el precio de oferta fue justo y que el modelo preparado por Dresdner para que TECO calculara un importe de oferta no contiene indicios de que se valuaran las denominadas sinergias²⁴⁰. Como lo confirman el testimonio del Sr. Gillette, la declaración del Dr. Abdala, el acervo documental y los hechos indiscutidos, las denominadas sinergias de TECO no tuvieron ningún efecto sobre el precio de la oferta que el Consorcio finalmente presentó²⁴¹.

52. Por último, es errada la aseveración de la Demandada de que, luego de invertir en EEGSA, el grupo de compañías TECO, manteniendo su desinterés inicial, asumió el rol de “silent partner”²⁴². Como lo demostró la Demandante, el grupo de compañías TECO de ningún modo estaba “desinteresado” en la decisión de invertir o no en EEGSA. Además, como lo afirmó el Sr. Gillette en la Audiencia, a pesar de que TECO no era el accionista controlante, gestionaba activamente su inversión²⁴³. El Sr. Gillette, “como presidente de TECO Guatemala era responsable de todos [los] activos [del grupo de compañías TECO] en Guatemala, incluida EEGSA”, y dicho grupo de compañías TECO tenía un representante en la Junta Directiva de EEGSA que respondía de manera directa al Sr. Gillette en todo lo referido a las operaciones de EEGSA²⁴⁴. Por otra parte, como lo reflejan los distintos Libros de Actas de la Junta Directiva, el

²³⁸ Privatización de EEGSA, Presentación Gerencial del 9 de julio de 1998, p. 21 (C-33).

²³⁹ Escrito de la Demandada Posterior a la Audiencia, párrafo 323.

²⁴⁰ Acta (5 de marzo de 2013) 1580:9-17 (Contrainterrogatorio de Abdala) (“[P.] Usted mencionó anteriormente el modelo DKB, el modelo de Dresdner. ¿Se fijó en el modelo y vio alguna prueba de que la valuación realizada por DKB en la que se basó [la oferta de] el Consorcio, vio usted alguna prueba de que esta valuación tuvo en cuenta las sinergias en el cálculo de flujos de caja previstos [de EEGSA]? R. No. En lo que hace al modelo [de valuación] de Dresdner, no, no se puede ver eso”); *id.* 1577:3-5, 1577:10-12 (donde declara que “[l]os economistas dirían que en las subastas por lo general tomamos la oferta ganadora como el precio justo de mercado de ese activo o bien” y que en “algunas ocasiones uno puede utilizar la segunda oferta como el valor representativo del valor justo de mercado”); *ver también id.* 1575:15-16 (donde, con respecto al monto de la oferta, atestigua que “no diría que es injust[o]”).

²⁴¹ Réplica, párrafo 64; Gillette II, párrafo 9 (CWS-11).

²⁴² Escrito de la Demandada Posterior a la Audiencia, párrafo 2 (énfasis omitido).

²⁴³ Acta (22 de enero de 2013) 509:6-9 (Contrainterrogatorio de Gillette).

²⁴⁴ *Íd.*

grupo de compañías TECO supervisaba de cerca las actividades de EEGSA²⁴⁵ y, en efecto, durante el primer período tarifario, invirtió otros US\$ 11 millones en EEGSA a fin de que ésta pudiera efectuar las inversiones necesarias que permitieran actualizar y expandir la precaria red de distribución existente al momento de la privatización²⁴⁶.

53. Como se demostró en este escrito, los argumentos de Guatemala en cuanto a la supuesta falta de expectativas de TECO quedan desacreditados por el caudal de pruebas documentales y testimoniales. Incluso más, sus argumentos son irrelevantes desde el punto de vista jurídico. Como la Demandante ha podido probar, la función de las expectativas legítimas consiste en proteger las expectativas objetivamente razonables basadas en declaraciones específicas de un Estado²⁴⁷. Por lo tanto, el intento de la Demandada de indagar en la apreciación subjetiva de ciertos responsables de la toma de decisiones en el grupo de compañías TECO es desacertado. La evidencia prueba claramente que la Demandada efectuó y dirigió declaraciones específicas al grupo de compañías TECO con el expreso propósito de inducir su inversión, y que luego actuó en contra de esas declaraciones²⁴⁸. Los esfuerzos de la Demandada por desconocer las expectativas legítimas de la Demandante con el fundamento de que solo era titular de una participación minoritaria en EEGSA²⁴⁹ tampoco tienen asidero, dado que se acepta que las inversiones de accionistas minoritarios gozan de las mismas protecciones en virtud del Tratado que las de los accionistas mayoritarios. Por su parte, las alegaciones de la Demandada referidas al alcance del *due diligence* efectuado por el grupo de compañías TECO no solo son refutadas por las pruebas, sino que también son insignificantes, puesto que Guatemala no ha demostrado ni

²⁴⁵ Ver, por ejemplo, TECO Power Services Corp., Actividades Operativas de Proyecto, Libro de Actas de la Junta Directiva de enero de 1999 (C-41); TECO Power Services Corp., Actividades de Compañías de Distribución, Libro de Actas de la Junta Directiva de julio de 1999 (C-44); TECO Power Services Corp., Actividades de Compañías de Distribución, Libro de Actas de la Junta Directiva de enero de 2000 (C-47); TECO Power Services Corp., Actividades de Compañías de Distribución, Libro de Actas de la Junta Directiva de abril de 2004 (C-87).

²⁴⁶ Ver Gillette I, párrafo 17 (CWS-5); Maté I, párrafo 3 (CWS-6); TECO Power Services Corp., Actividades de Compañías de Distribución, Libro de Actas de la Junta Directiva de abril de 2004, pp. 2-29 (C-87); ver también TECO Power Services Corp., Actividades de Compañías de Distribución, Libro de Actas de la Junta Directiva de abril de 2000, p. 2 (C-430); TECO Power Services Corp., Actividades de Compañías de Distribución, Libro de Actas de la Junta Directiva de julio de 2002, p. 3 (C-444).

²⁴⁷ Escrito de la Demandante Posterior a la Audiencia, párrafos 25-30; Réplica, párrafos 254-260.

²⁴⁸ Memorándum Informativo Preliminar de abril de 1998, pp. 9-10, 13 (C-27); Memorándum de Venta de mayo de 1998, pp. 42-49 (C-29); Presentación del *Roadshow* de mayo de 1998, pp. 15-20, 39 (C-28).

²⁴⁹ Ver, por ejemplo, Escrito de la Demandada Posterior a la Audiencia, párrafo 2.

puede demostrar que, de haberse llevado a cabo un *due diligence* más exhaustivo, las expectativas de la Demandante habrían sido distintas en cualquier sentido. Curiosamente, la Demandada no ha presentado *ninguna* prueba documental contemporánea que demuestre que, al momento de la privatización de EEGSA, o en cualquier ocasión antes de la revisión tarifaria de 2008-2013 de EEGSA, su interpretación del nuevo marco regulatorio fuera contraria a la interpretación de la Demandante, coherente con las declaraciones de Guatemala.

2. Guatemala declaró específicamente que el VAD de EEGSA se calcularía en función del Valor Nuevo de Reemplazo de la base de capital de una empresa modelo eficiente y que toda discrepancia sobre dicho cálculo sería resuelta por una comisión pericial de tres miembros designada por las partes

54. En su Escrito Posterior a la Audiencia, la Demandada continúa alegando que las declaraciones incluidas en el Memorándum de Venta preparado y circulado por Guatemala a inversores potenciales no pueden originar expectativas legítimas, dado que “un mero memorándum de venta no puede generar expectativas protegidas por un TBI”²⁵⁰. Según la Demandada, “[t]ales expectativas requieren compromisos mucho más específicos, claros y reiterados”²⁵¹. La Demandada sostiene además que la Demandante “no puede acreditar ninguna presunta expectativa legítima que habría adquirido o que se le habría generado en el momento de la privatización de EEGSA, cuando TGH ni siquiera existía”²⁵²; que “la prueba ofrecida en la Audiencia confirmó que las expectativas de TGH al invertir en EEGSA no estuvieron basadas en ninguna promesa o representación realizada por Guatemala”²⁵³ y que la Demandante supuestamente no ha ofrecido “ni en los escritos ni durante la Audiencia, [...] una descripción o enumeración de dichas expectativas”²⁵⁴. Cada una de las afirmaciones de la Demandada es infundada, como se explica a continuación.

55. En primer lugar, como lo demostró la Demandante, diversos tribunales constituidos al amparo de tratados de inversión han determinado la existencia de un

²⁵⁰ *Íd.*, párrafos 306-308.

²⁵¹ *Íd.*, párrafo 308.

²⁵² *Íd.*, párrafo 309; *ver también id.*, párrafo 7.

²⁵³ *Íd.*, párrafo 7.

²⁵⁴ *Íd.*, párrafo 310.

incumplimiento del TJE en casos en los que un Estado realiza actos contrarios a declaraciones efectuadas en memorándums de venta y otros materiales similares, cuando, como en este caso, esa documentación se hubiera preparado y distribuido a potenciales inversores con el objetivo específico de inducir su inversión²⁵⁵, incluidos los tribunales de *EDF c. Argentina*²⁵⁶, *Suez c. Argentina*²⁵⁷, *Enron c. Argentina*²⁵⁸, *Sempra c. Argentina*²⁵⁹, *CMS c. Argentina*²⁶⁰ y *National Grid c. Argentina*²⁶¹. Conforme lo dispuesto por el tribunal de *EDF*, la demandada en ese caso “había encarado una campaña para atraer inversores extranjeros” y su “gira de presentaciones y el Memorandum de Información promovían, entre otras cosas, un régimen legal favorable a los inversores extranjeros que les ofrecía a los inversores retornos razonables, así como también una serie de protecciones diseñadas para que la inversión resultara más atractiva a los mercados de capitales del exterior”²⁶². El tribunal concluyó que la demandada había otorgado “garantías y compromisos específicos que generaban fuertes expectativas de inversión a largo plazo sujeta únicamente a un riesgo regulatorio o político *de minimis*”²⁶³, y que el ente regulatorio responsable del sector eléctrico había modificado unilateralmente el régimen tarifario, como así también los términos del contrato de concesión de las demandantes, en repudio de esas garantías y compromisos específicos²⁶⁴. De modo similar, en *National Grid*, el tribunal dictaminó que “la Demandada abrió las puertas a las inversiones en el sector de la energía eléctrica a nivel internacional” y que “[n]o es proceder con buena fe escudarse ahora en los descargos de responsabilidades contenidos en el prospecto a fin de distanciarse de la información

²⁵⁵ Escrito de la Demandante Posterior a la Audiencia, párrafos 86-91.

²⁵⁶ *EDF c. Argentina*, párrafo 1008 (**CL-86**).

²⁵⁷ *Suez c. Argentina*, párrafo 33 (**RL-17**).

²⁵⁸ *Enron Corp. y Ponderosa Assets, L.P. c. República Argentina*, Caso CIADI N.º ARB/01/3, Laudo del 22 de mayo de 2007, párrafo 103 (anulado por otros motivos) (**CL-21**).

²⁵⁹ *Sempra Energy Int’l c. República Argentina*, Caso CIADI N.º ARB/02/16, Laudo del 28 de septiembre de 2007 (anulado por otros motivos), párrafo 113 (**CL-43**).

²⁶⁰ *CMS Gas Transmission Co. c. República Argentina*, Caso CIADI N.º ARB/01/8, Laudo del 12 de mayo de 2005 (anulado parcialmente por otras causas), párrafo 284 (**CL-17**).

²⁶¹ *National Grid P.L.C. c. República Argentina*, CNUDMI, Laudo del 3 de noviembre de 2008 (“*National Grid c. Argentina*”), párrafo 177 (**CL-33**).

²⁶² *EDF c. Argentina*, párrafo 1008 (**CL-86**).

²⁶³ *Íd.*

²⁶⁴ *Íd.*, párrafos 998-1090.

proporcionada en dicho prospecto”²⁶⁵.

56. En su Escrito Posterior a la Audiencia, la Demandada “se refiere a los casos de la emergencia argentina, en los que algunos memorándums de venta fueron considerados como relevantes a la hora de establecer la existencia de promesas o garantías del Estado”, aunque argumenta que los memorándums de venta cuestionados en esos casos “confirmaban en modo claro y sin ambigüedades lo que ya estaba claramente contenido en la regulación, en las reglas de licitación, y en los propios contratos de concesión”, lo cual supuestamente no ocurre en este caso²⁶⁶. El intento de la Demandada de trazar una distinción con dichos casos es fútil. Como lo demostró la Demandante, los materiales promocionales elaborados por Guatemala²⁶⁷, incluido el Memorándum de Venta, estaban directamente dirigidos a potenciales inversores extranjeros, incluido el grupo de compañías TECO²⁶⁸, y contenían declaraciones específicas en relación con la estabilidad y el funcionamiento del nuevo marco regulatorio de Guatemala, e incluso sobre la metodología aplicable para el cálculo de las tarifas y el proceso mediante el cual cada cinco años se recalcularía el VAD de EEGSA, declaraciones que estuvieron específicamente articuladas y orientadas a atraer e inducir la inversión extranjera en EEGSA²⁶⁹. De este modo, Guatemala declaró expresamente en el Memorándum de Venta que, en virtud de su nuevo marco legal y regulatorio, “la tarifa para una distribuidora determinada no corresponde a sus costos propios sino a los costos ‘de mercado’ de la actividad de distribución, que se derivan de los costos teóricos de una ‘empresa modelo’ de alta eficiencia”²⁷⁰. Guatemala declaró además que “los

²⁶⁵ *National Grid c. Argentina*, párrafo 177 (CL-33).

²⁶⁶ Escrito de la Demandada Posterior a la Audiencia, párrafo 307.

²⁶⁷ Como lo recaló la Demandante en su Escrito Posterior a la Audiencia, el Memorándum de Venta no solo fue preparado por EEGSA, que por aquel entonces era propiedad del Estado, con la asistencia de Salomon Smith Barney, sino que fue directamente aprobado por el Comité de Alto Nivel, constituido por el Gobierno de Guatemala a fin de que supervisara la privatización de EEGSA, y en el que participaba el por entonces Ministro de Energía y Minas, Leonel López Rodas. Ver Escrito de la Demandante Posterior a la Audiencia, párrafo 89; ver también Representantes del Comité de Alto Nivel, Empresa Eléctrica de Guatemala S.A., de 1997 (C-18); Acta del Comité de Alto Nivel, Empresa Eléctrica de Guatemala, S.A. de fecha 27 de abril de 1998, p. 5 (C-548); Acta (4 de marzo de 2013) 1163:7-16 (Interrogatorio de Alegría).

²⁶⁸ Ver Empresa Eléctrica de Guatemala, S.A., Perfil de Inversionistas de fecha 17 de febrero de 1998, pp. 9, 53 (donde se apunta a “TECO” como inversor estratégico) (C-26).

²⁶⁹ Ver Escrito de la Demandante Posterior a la Audiencia, párrafo 90; Memorándum Informativo Preliminar, pp. 9-13 (C-27); Presentación del *Roadshow*, p. 39 (C-28); Memorándum de Venta, pp. 46-53 (C-29).

²⁷⁰ Memorándum de Venta, p. 53 (C-29).

VAD deben ser calculados por los distribuidores mediante un estudio encargado a una empresa de ingeniería” y que la CNEE “revisará los estudios y podrá efectuar observaciones, pero en caso de discrepancia se nombrará a una Comisión de tres peritos para que resuelva sobre las diferencias”²⁷¹. De manera similar, en su presentación del Road Show, Guatemala aseguró que EEGSA representaba una “oportunidad inigualable de inversión” que ofrecía acceso a “una economía creciente en un marco político estable” y a “la empresa líder de un mercado eléctrico atractivo con un alto potencial de crecimiento”²⁷².

57. Incluso más, las declaraciones aludidas reflejaban de manera precisa las reformas legales y regulatorias que Guatemala había implementado por medio de la LGE y el RLGE y que, en efecto, fueron observadas y ratificadas por Guatemala hasta la revisión tarifaria de 2008-2013 de EEGSA²⁷³. Como pudo probar la Demandante, al hecho de que las disposiciones de la LGE y el RLGE establecen claramente que el VAD del distribuidor se calcula sobre la base de capital de una empresa modelo eficiente valuada como si todos sus activos fueran nuevos²⁷⁴ se suma la circunstancia de que el VNR de EEGSA para 2003-2008 no se había depreciado y que la fórmula del FRC incluida en los TdR de EEGSA de 2003-2008 no contenía un “2” en el denominador ni calculaba el VAD de EEGSA en función de un VNR depreciado²⁷⁵. De modo similar, además de que el contenido y el contexto del Artículo 75 de la LGE confirman que el rol de la Comisión Pericial es *resolver* mediante una decisión vinculante las diferencias surgidas entre la CNEE y el distribuidor en torno al estudio del VAD de este último²⁷⁶, la CNEE ratificó expresamente la función de resolución de controversias de la Comisión Pericial en los TdR de EEGSA para 2003-2008, en su propio escrito ante la Corte de Constitucionalidad de Guatemala

²⁷¹ *Íd.* (énfasis añadido).

²⁷² Presentación del *Roadshow*, p. 39 (C-28).

²⁷³ Escrito de la Demandante Posterior a la Audiencia, párrafos 98-99.

²⁷⁴ *Íd.*, párrafo 81; LGE, Art. 67 (C-17); RLGE, Arts. 91, 97 (C-21); *ver también* Acta (1º de marzo de 2013) 791:6-17 (Pregunta del Tribunal a Bastos); Acta (5 de marzo de 2013) 1294:10-16 (Interrogatorio de Barrera).

²⁷⁵ Escrito de la Demandante Posterior a la Audiencia, párrafo 82; Giacchino II, párrafos 18-19 (CWS-10); Resolución N.º CNEE-88-2002 de fecha 23 de octubre de 2002, Arts. B, I (C-59); *ver también* Acta (5 de marzo de 2013) 1484:9-11 (Pregunta del Tribunal a Barrera) (donde declara que “en el año 2003 cogieron un VNR normal. En el año 2008 dijeron: sus activos se han depreciado a la mitad”).

²⁷⁶ LGE, Art. 75 (C-17); Alegría II, párrafos 30-43; Alegría, párrafo 31.

y en su propio borrador de las reglas operativas²⁷⁷. Las pruebas contemporáneas demuestran que ese también era el entendimiento de los consultores de la CNEE y del MEM²⁷⁸, y de los principales medios de comunicación²⁷⁹. Por ende, contrariamente a lo afirmado por la Demandada, las declaraciones de Guatemala en sus materiales promocionales están respaldadas por el marco regulatorio y “cumple[n] [] con el requisito de especificidad, [] con los de carácter inequívoco, reiterado y definitivo que pueden generar expectativas legítimas”²⁸⁰.

58. Igual de inconducente es otro de los argumentos de la Demandada; a saber, que la Demandante aparentemente no entendió de manera correcta las declaraciones de Guatemala y que “Guatemala no puede hacerse responsable de que TGH [] al parecer interpretó el marco regulatorio en modo totalmente equivocado”²⁸¹. Como lo pudo demostrar la Demandante, su entendimiento del marco regulatorio se basa en las declaraciones específicas de Guatemala, como también en el marco legal y regulatorio que Guatemala instauró para atraer e inducir la

²⁷⁷ Ver Escrito de la Demandante Posterior a la Audiencia, párrafo 98; Resolución N.º CNEE-88-2002 de fecha 23 de octubre de 2002, Art. A.6.5 (C-59); Contestación de la CNEE a la Inconstitucionalidad 1782-2003 de fecha 10 de noviembre de 2003, pp. 5-6 (C-81); Correo electrónico de M. Quijivix a M. Calleja del 15 de mayo de 2008, Regla 3 (C-210).

²⁷⁸ Ver Escrito de la Demandante Posterior a la Audiencia, párrafo 99; carta de María Bonilla al MEM de fecha 31 de mayo de 2012, p. 1 (donde observa que, “[d]e conformidad con el art. 75 [de la LGE], la CNEE y la distribuidora debían dirimir las discrepancias a través de esta comisión [pericial] para determinar la tarifa a regir y los ajustes a que se vería sometido este trimestre”) (énfasis añadido) (C-618); Informe de Soporte de Sigla para el Representante de la CNEE ante la Comisión Pericial de fecha 27 de mayo de 2008, p. 2 (donde se advierte que, “[e]l 5 de mayo de 2008 EEGSA presentó el Informe de Etapa I.2, versión Final del anterior, con correcciones, que dio origen a la resolución CNEE 96-2008, en la que se detallan las discrepancias de la CNEE con dicho informe y se ordena la formación de la Comisión Pericial a que hace referencia el artículo 75 de la LGE y que tendrá a su cargo *dirimir los desacuerdos entre EEGSA y la CNEE*”) (énfasis añadido) (C-494); Carta de I. Coral Martínez a la CNEE de fecha 31 de agosto de 2002, pp. 1-2 (en la que se indica que, conforme a la LGE, la CNEE “*revisa los estudios efectuados por los distribuidores y formula observaciones*” y que “[e]n caso de discrepancias, la Ley prevé un arbitraje, a cargo de una Comisión Pericial y no de *negociadores*, puesto que el espíritu de la Ley consiste en que se pronuncien basándose en razones y en criterios técnicos y, de manera alguna, en criterios subjetivos, acuerdos o simples negociaciones”). (énfasis en el original) (C-446).

²⁷⁹ El Periódico, *Fijación de la tarifa de distribución enfrenta a la EEGSA con la CNEE*, de fecha 1º de julio de 2008 (donde se señala que “[S]ergio Velásquez, gerente de la CNEE, reconoce que ‘han surgido discrepancias porque la EEGSA no cumplió con todos los aspectos técnicos’” y que “[d]e acuerdo con la Ley General de Electricidad, ahora se tendrá que conformar una comisión pericial integrada por tres expertos (uno por cada una de las partes y un tercero de común acuerdo) *para resolver las diferencias y poder fijar el costo del VAD. La comisión pericial tiene un plazo de 60 días*”). (énfasis añadido) (C-492).

²⁸⁰ Escrito de la Demandada Posterior a la Audiencia, párrafo 306.

²⁸¹ *Íd.*, párrafo 314.

inversión extranjera en EEGSA,²⁸² y es absolutamente coherente con el acervo documental contemporáneo²⁸³. De hecho, como lo destacó la Demandante en su Escrito Posterior a la Audiencia, la Demandada ha omitido presentar pruebas documentales contemporáneas que den sustento a su interpretación actual del marco regulatorio, incluida su postura de que el VAD del distribuidor debe calcularse en función de una base de capital depreciada, y de que las decisiones de la Comisión Pericial son meramente consultivas y, por lo tanto, pueden ser ignoradas por la CNEE, hechos todos ellos que no se encuentran avalados por el expediente documental de este caso, como se analiza más adelante²⁸⁴.

59. Por otra parte, el nuevo argumento formulado por la Demandada de que el verbo “resolver” utilizado por Guatemala en el Memorándum de Venta (y por la CNEE en su escrito ante la Corte de Constitucionalidad de Guatemala) para describir la función de la Comisión Pericial “de por sí no indica carácter vinculante”²⁸⁵ desacredita expresamente la opinión de su propio perito legal. Según lo ratificado en la Audiencia por el perito legal de la Demandada, el Profesor Aguilar, “resolver” las discrepancias significa dar efecto vinculante a la decisión²⁸⁶. Por cierto, en su segundo dictamen pericial, el Profesor Aguilar adujo que, debido a que el Artículo 75 de la LGE contenía el verbo “pronunciar”, las decisiones de la Comisión Pericial no podían ser vinculantes y que, si hubiera pretendido que esas decisiones fueran vinculantes, la Legislatura habría empleado el verbo “resolver”²⁸⁷.

60. La otra alegación de la Demandada de que el Memorándum de Venta “es claro respecto a las facultades de la CNEE para aprobar los estudios del VAD y fijar las tarifas”²⁸⁸

²⁸² Escrito de la Demandante Posterior a la Audiencia, párrafos 65, 72-73; Réplica, párrafos 62-66; Memorial, párrafos 56-66.

²⁸³ Escrito de la Demandante Posterior a la Audiencia, párrafos 61-64, 66-71; Réplica, párrafos 58-61; Memorial, párrafos 45-55.

²⁸⁴ *Ver infra* Sección IV.B.3; Escrito de la Demandante Posterior a la Audiencia, párrafo 91.

²⁸⁵ Escrito de la Demandada Posterior a la Audiencia, párrafo 313.

²⁸⁶ Acta (4 de marzo de 2013) 1165:1-5, 1172:8-18 (Interrogatorio de Alegría); Acta (4 de marzo de 2013) 1214:22-1215:11 (Contrainterrogatorio de Alegría).

²⁸⁷ Aguilar II, párrafo 45 (“Si el propósito de la legislatura hubiera sido constituir un ente que *resolviera* con carácter vinculante las discrepancias entre la CNEE y el distribuidor, así lo habría dispuesto expresamente en la LGE y el RLGE”). (énfasis en el original) (**RER-6**).

²⁸⁸ Escrito de la Demandada Posterior a la Audiencia, párrafo 313.

también es incorrecta. Como lo explicó la Demandante, en un esfuerzo evidente por confundir los hechos, la Demandada de forma deliberada entremezcla la facultad de la CNEE de fijar las tarifas del distribuidor con el proceso para el cálculo del VAD del distribuidor, y trata ambos asuntos como si fueran uno cuando, en realidad, son distintos²⁸⁹. Como se desprende del Memorándum de Venta, la atribución de la CNEE de establecer la tarifa del distribuidor es independiente del proceso para el cálculo del VAD del distribuidor²⁹⁰. El Memorándum de Venta, presentado en inglés por la Demandada con el fin de inducir la inversión extranjera por parte del grupo de compañías TECO, entre otras compañías abordadas, dispone que la LGE constituyó a la CNEE “para regular y fiscalizar el sector eléctrico” y que la CNEE tiene la responsabilidad, entre otras cosas, de “fijar las tarifas que determina la ley”²⁹¹. Como ya se discutió, el Memorándum de Venta, sin embargo, prevé específicamente que “*los VAD deben ser calculados por los distribuidores* mediante un estudio encargado a una empresa de ingeniería, pero la [CNEE] puede disponer que los estudios sean agrupados por categoría de densidad” y que “[l]a [CNEE] revisará los estudios y *podrá efectuar observaciones*, pero en caso de discrepancia se nombrará a una Comisión de tres peritos *para que resuelva sobre las diferencias*”²⁹². En consecuencia, al contrario de lo alegado por la Demandada, Guatemala no declaró en el Memorándum de Venta que la CNEE tendría discreción y la facultad unilateral para ignorar el estudio del VAD de EEGSA y fijar su VAD al nivel que se le antojara.

61. En segundo lugar, la permanente afirmación por parte de la Demandada de que “TGH no puede acreditar ninguna presunta expectativa legítima que habría adquirido o que se le habría generado en el momento de la privatización de EEGSA, cuando TGH ni siquiera existía”²⁹³ es errada. Como lo observó la Demandante en su Escrito Posterior a la Audiencia, la Demandada reconoció en la Audiencia que el conocimiento y las expectativas de una compañía pueden transferirse a otra empresa del mismo grupo de compañías, siempre y cuando “los ejecutivos o los directores sean o los mismos o gente que ha sido informada de estas

²⁸⁹ Réplica, párrafos 14, 28-36, 60.

²⁹⁰ Ver Memorándum de Venta de mayo de 1998, pp. 47, 53 (C-29).

²⁹¹ *Id.*, p. 47.

²⁹² *Id.*, p. 53 (énfasis añadido).

²⁹³ Escrito de la Demandada Posterior a la Audiencia, párrafo 309.

cuestiones”²⁹⁴. En la Audiencia, el Sr. Gillette confirmó que, si bien TGH no se había constituido sino hasta 2005, él “particip[ó] de estas compañías y hubo otros funcionarios que participaron en TECO Power Services, TECO Wholesale Generation, que fueron las compañías anteriores de TECO Guatemala Holdings desde el comienzo” y que “sí depend[ieron], [él] personalmente sí depend[ió] de las declaraciones hechas por el Gobierno de Guatemala”²⁹⁵. Así, a juzgar por la propia admisión de la Demandada, el conocimiento y las expectativas que el grupo de compañías TECO tenía y en los que legítimamente confió al decidir invertir en EEGSA se convirtieron en expectativas de la Demandante al momento de su constitución en 2005²⁹⁶.

62. Por último, al contrario de lo aseverado por la Demandada, la Demandante ha descripto reiteradamente el contenido de sus expectativas legítimas, tanto en sus escritos como en la Audiencia²⁹⁷. En tal sentido, como lo demostró en su Escrito Posterior a la Audiencia y conforme lo declarado específicamente en la Audiencia, la Demandante tenía la expectativa legítima, en función de las declaraciones específicas de Guatemala durante la privatización de EEGSA y de las afirmaciones y la conducta de Guatemala con posterioridad a dicha privatización, de que el VAD de EEGSA para 2008-2013 se basaría en el estudio del VAD preparado por su consultor; de que su VNR se calcularía de acuerdo con criterios técnicos a fin de reflejar el de una empresa modelo eficiente que distribuye electricidad en el área de distribución de EEGSA; de que su VAD se calcularía sobre la base de dicho VNR con el objeto de que pudiera obtener una tasa de retorno real de entre un 7 y un 13 por ciento y de que toda controversia referida al estudio del VAD de su consultor sería resuelta por una Comisión Pericial²⁹⁸. En efecto, según el testimonio del Sr. Gillette en la Audiencia, “si en el momento de la privatización de EEGSA Guatemala hubiera declarado que la reguladora, la CNEE, tenía plena

²⁹⁴ Escrito de la Demandante Posterior a la Audiencia, párrafo 91; Acta (21 de enero de 2013) 277:21-278:6 (Apertura de la Demandada).

²⁹⁵ Acta (22 de enero de 2013) 435:4-11 (Contrainterrogatorio de Gillette). Como la Demandante lo demostró en su Escrito Posterior a la Audiencia, esto queda corroborado por la prueba documental. *Ver* Escrito de la Demandante Posterior a la Audiencia, párrafo 92.

²⁹⁶ Escrito de la Demandante Posterior a la Audiencia, párrafo 92.

²⁹⁷ *Íd.*, párrafos 60-100; Réplica, párrafos 254-271; Memorial, párrafos 259-280; Acta (21 de enero de 2013) 115:16-125:20; Presentación de Diapositivas de Apertura de la Demandante, p. 122-147.

²⁹⁸ Escrito de la Demandante Posterior a la Audiencia, párrafo 73; Alegato de Apertura de la Demandante, Diapositivas 122-147.

discreción para la fijación del VAD de EEGSA en cualquier nivel apropiado”, el grupo de compañías TECO no habría invertido en EEGSA²⁹⁹.

B. Los actos de la CNEE durante la revisión tarifaria de EEGSA de 2008-2013 violaron las expectativas legítimas de la Demandante, modificaron de manera esencial elementos clave del marco regulatorio y constituyeron un trato arbitrario en violación del estándar mínimo

63. En su Escrito Posterior a la Audiencia, la Demandada continúa arguyendo que “[e]n este asunto tenemos a un regulador, la CNEE, que en ejercicio de sus funciones entendió que una vez emitido el dictamen de la Comisión Pericial, tenía la responsabilidad de determinar por ella misma si el estudio tarifario del distribuidor podía ser utilizado para fijar las tarifas, o si las mismas debían ser fijadas sobre la base de otro estudio tarifario independiente” y que “[n]o hay disposición alguna en la LGE y su Reglamento que prevea que, tras el pronunciamiento de la Comisión Pericial, exista un nuevo estudio tarifario del distribuidor, y ni mucho menos que éste sea aprobado por la Comisión Pericial”³⁰⁰. En palabras de la Demandada: “la LGE y su Reglamento sí dicen claramente que es la CNEE la que aprueba la metodología para la revisión tarifaria, los estudios tarifarios, el VAD que cumple con la ley y, en fin, las tarifas”³⁰¹. La Demandada sostiene además que la LGE y el RLGE establecen que debe tenerse en cuenta la depreciación a la hora de calcular el retorno del inversor³⁰²; que existieron “abundantes irregularidades que caracterizaron la actuación de EEGSA y de su consultora Bates White durante el proceso de revisión tarifaria”³⁰³; que el estudio corregido del VAD de Bates White del 28 de julio de 2008 no incorporaba las decisiones de la Comisión Pericial³⁰⁴ y que las tarifas propuestas por EEGSA eran irrazonables³⁰⁵. Como se señala a continuación, los argumentos expuestos por la Demandada son fundamentalmente contrarios al acervo documental y a la

²⁹⁹ Acta (22 de enero de 2013) 425:6-11 (Interrogatorio de Gillette); *ver también* Gillette I, párrafo 20 (donde advierte que él creía que la “la CNEE seguiría el proceso establecido en la ley [para el proceso de revisión del VAD de EEGSA para 2008], tal como lo había hecho en el proceso de revisión del VAD de 2003”) (CWS-5).

³⁰⁰ Escrito de la Demandada Posterior a la Audiencia, párrafo 292.

³⁰¹ *Íd.*, párrafo 293.

³⁰² *Íd.*, párrafos 121-130.

³⁰³ *Íd.*, párrafos 294, 176-183.

³⁰⁴ *Íd.*, párrafos 190-246.

³⁰⁵ *Íd.*, párrafos 217-230.

prueba testimonial contemporáneos de este caso.

1. En flagrante violación de sus declaraciones previas, Guatemala desconoció tanto los pronunciamientos de la Comisión Pericial como el estudio corregido del VAD de EEGSA, y aprobó su propio estudio del VAD, en el que el VAD de EEGSA se calculaba sobre la base de un VNR depreciado

64. En su Escrito Posterior a la Audiencia, la Demandada asegura que “[l]a CNEE actuó en todo momento de acuerdo con una interpretación, por lo menos plausible (y en realidad correcta), de la LGE y del Reglamento”³⁰⁶ y que “no puede ser de ningún modo anormal que la CNEE considerara que a ella le correspondía decidir en última instancia las [conclusiones] que se derivaban del pronunciamiento de la Comisión Pericial”³⁰⁷. Según la Demandada, “tampoco se dice en ningún lugar que las tarifas deban ser determinadas sobre la base de dicho estudio tarifario [del distribuidor]” y “[d]e hecho la disposición que existía en el proyecto de [LGE] en este sentido fue eliminada”³⁰⁸. La Demandada afirma además que el Artículo 3 de la Ley de lo Contencioso Administrativo (“LCA”) prohíbe que los pronunciamientos de la Comisión Pericial obliguen a la CNEE³⁰⁹, y que “la depreciación debe ser siempre incluida” en el cálculo del VAD del distribuidor³¹⁰. Las alegaciones de la Demandada son desmentidas por las pruebas, como se describe a continuación.

65. Primero, los actos de la CNEE en este caso no estuvieron motivados por una interpretación de buena fe de la LGE y el RLGE, ni representan actos de una entidad regulatoria independiente “que en ejercicio de sus funciones entendió que una vez emitido el dictamen de la Comisión Pericial, tenía la responsabilidad de determinar por ella misma si el estudio tarifario del distribuidor podía ser utilizado para fijar las tarifas, o si las mismas debían ser fijadas sobre la base de otro estudio tarifario independiente”³¹¹, como se equivoca en afirmar la Demandada. En realidad, como lo demostró la Demandante en su Escrito Posterior a la Audiencia, la CNEE

³⁰⁶ *Íd.*, párrafo 296.

³⁰⁷ *Íd.*, párrafo 293.

³⁰⁸ *Íd.*, párrafo 292.

³⁰⁹ *Íd.*, párrafos 161-166.

³¹⁰ *Íd.*, párrafos 58, 121-130.

³¹¹ *Íd.*, párrafo 292.

ignoró de forma deliberada los principios fundamentales consagrados en la LGE y el RLGE en pos de la consecución del resultado que deseaba, esto es, una notable reducción del VAD de EEGSA, para lo cual le impedía usar el valor nuevo de reemplazo de su red en el cálculo de dicho VAD³¹². Así fue que la CNEE diseñó una fórmula del FRC inadecuada con su consultor, el Sr. Riubrugent, mediante la cual se calculaba la anualidad de EEGSA a partir de un VNR depreciado en un 50 por ciento y que, según el Sr. Riubrugent, “*da[ba] menos tarifa*”³¹³; ordenó que la demanda de EEGSA se calculara de un modo que subestimaba groseramente el VNR al minimizar los activos que una empresa modelo eficiente necesitaría para atender el área³¹⁴ e instruyó que se utilizaran precios pasados en lugar de precios actuales a efectos de calcular la base de capital de la referida empresa modelo eficiente³¹⁵. Cuando la Comisión Pericial se pronunció contra la CNEE respecto de estas discrepancias claves, la CNEE procedió a hacer caso omiso tanto de lo resuelto por la Comisión Pericial como del estudio corregido del VAD de EEGSA, que incorporaba los pronunciamientos de la Comisión, y a aprobar su propio estudio del VAD, que no se ajustaba a las decisiones de la Comisión Pericial³¹⁶, en manifiesta contravención de lo declarado anteriormente por Guatemala y de las expectativas legítimas de la Demandante³¹⁷.

66. Tal como surge del expediente, “una vez emitido el dictamen de la Comisión Pericial”, la CNEE no determinó “si el estudio tarifario del distribuidor podía ser utilizado para fijar las tarifas, o si las mismas debían ser fijadas sobre la base de otro estudio tarifario independiente”³¹⁸, como alega la Demandada. En efecto, como lo testimonió expresamente el Sr. Moller en la Audiencia, en ese momento, la CNEE ni siquiera revisó el estudio del VAD

³¹² Escrito de la Demandante Posterior a la Audiencia, párrafos 130-138.

³¹³ *Íd.*, párrafos 131-134; Correo electrónico entre J. Riubrugent y M. Peláez, M. Quijivix, M. Perez Yat y A. García del 13 de diciembre de 2007 (énfasis añadido) (C-490).

³¹⁴ Escrito de la Demandante Posterior a la Audiencia, párrafos 73, 117.

³¹⁵ *Íd.*, párrafos 4, 117.

³¹⁶ Acta (4 de marzo de 2013) 1056:11-18 (Contrainterrogatorio de Moller) (donde declara que “el estudio de SIGLA no debía cumplir[.]” con los pronunciamientos de la Comisión Pericial, porque “[n]o hay ninguna parte en la ley ni en el reglamento ni en ninguna norma en donde dijera que el estudio independiente debía cumplir con los resultados de la Comisión Pericial”).

³¹⁷ Escrito de la Demandante Posterior a la Audiencia, párrafos 73-80.

³¹⁸ Escrito de la Demandada Posterior a la Audiencia, párrafo 292.

corregido de Bates White del 28 de julio de 2008, sino que recién lo hizo “mucho tiempo después”³¹⁹. Como lo confirman sus documentos internos, el *único* análisis que la CNEE efectuó en ese entonces se centró en el efecto cuantitativo de la aplicación de los pronunciamientos de la Comisión Pericial al estudio del VAD de Sigla³²⁰. Como se desprende de ese análisis interno, la CNEE concluyó, entre otras cosas, que “[l]os pronunciamientos de la CP tenderían a efectuar cambios importantes en el VNR de EEGSA [calculado por Bates White en su estudio del VAD del 5 de mayo de 2008], haciéndolo menor (aprox 50%)”, pero que el VNR, corregido con la finalidad de reflejar las decisiones de la Comisión Pericial, “sigue siendo mayor al [VNR] del Estudio Independiente de la CNEE” elaborado por Sigla; que “[e]l efecto de la fórmula del FRC aumenta la Anualidad del VNR en un 47% respecto a la fórmula de los TDR” y que “[s]uponiendo que no se cambia el VNR de SIGLA ni los costos y se aplica la nueva fórmula del FRC, aproximadamente esto elevaría un 25% el VAD”³²¹. Curiosamente, la Demandada pasa por alto este documento en su Escrito Posterior a la Audiencia, y solo se refiere a un gráfico incluido en él en el que se muestra el VNR de EEGSA de 2003³²².

67. Habiendo determinado que la aplicación de las decisiones de la Comisión Pericial al estudio del VAD de Sigla *umentaría* el VAD de EEGSA, la CNEE procedió a desconocer los pronunciamientos de la Comisión Pericial y el estudio corregido del VAD de EEGSA del 28 de julio de 2008, y a aprobar el estudio del VAD de Sigla como base para la fijación del VAD y las

³¹⁹ Ver Acta (4 de marzo de 2013) 1054:12-21 (Contrainterrogatorio de Moller) (donde asevera que cuando el estudio del VAD de EEGSA del 28 de julio de 2008 “fue presentado, [la CNEE] no entró] a conocerlo [en detalle] de inmediato porque, [según] la recomendación que nos daban los abogados, era un estudio que no estaba dentro de la ley, que se apartaba totalmente de las atribuciones que tenían los Peritos”; que “no era un estudio que [la CNEE] [tuviera] que evaluar. Estaba totalmente fuera de la ley y el Reglamento” y que la CNEE “evaluó] el estudio mucho tiempo después, pero no en ese momento”); *Íd.*, p. 1054:7-8 (donde reconoce que la presentación preparada por la CNEE, en la que se analizan los pronunciamientos de la Comisión Pericial, “no menciona” el estudio corregido de Bates White del 28 de julio); Análisis Dictamen Comisión Pericial (sin fecha), p. 9 (donde no se menciona el estudio del VAD de Bates White del 28 de julio de 2008) (C-547).

³²⁰ Análisis Dictamen Comisión Pericial (sin fecha) (C-547); ver también Acta (4 de marzo de 2013) 1046:10-15 (Contrainterrogatorio de Moller) (donde reconoce que el Anexo N.º C-547 es “una presentación PowerPoint preparada por la [CNEE]”).

³²¹ Análisis Dictamen Comisión Pericial (sin fecha), p. 9 (C-547).

³²² Escrito de la Demandada Posterior a la Audiencia, párrafo 240.

tarifas de EEGSA, que *reducía* el VAD de EEGSA aproximadamente un 45 por ciento³²³. Según alardeó posteriormente el Sr. Colom en su presentación de abril de 2010 ante la Asociación Iberoamericana de Entidades Reguladoras de la Energía, el proceso de determinación del VAD fue “desgastante pero *altamente enriquecedor para el regulador*” y logró eliminar supuestas “*distorsiones históricas del VAD (el usuario paga lo que debe de pagar)*”³²⁴. Además, la publicación por parte de la CNEE de las nuevas tarifas de EEGSA fue aclamada por el Presidente de Guatemala, Álvaro Colom, tío del Sr. Colom, como un “logro” significativo³²⁵. De este modo, lo que Guatemala había proclamado específicamente que sería un proceso justo y despolitizado para la determinación del VAD de EEGSA, en el que ni la CNEE ni el distribuidor tendrían la última palabra sobre las discrepancias que surgieran entre ellos, se dio vueltas, y fue la CNEE quien terminó por definir el VAD de EEGSA y lo que los usuarios, en su opinión, debían pagar. De hecho, todos los argumentos de la Demandada relacionados con lo que ahora alega que es la función correcta de la Comisión Pericial se expusieron después de que la CNEE impusiera el VAD de Sigla a EEGSA, y son contrarios a las declaraciones específicas previas de la Demandada y a las opiniones contemporáneas de los propios asesores de la CNEE y el MEM³²⁶.

68. Segundo, es inútil la defensa de la Demandada, formulada por primera vez en la Audiencia y reiterada en su Escrito Posterior a la Audiencia, de que los actos de la CNEE no podrían haber violado expectativas legítimas de la Demandante ni configurado un trato arbitrario porque “tampoco se dice en ningún lugar [de la LGE] que las tarifas deban ser determinadas sobre la base de dicho estudio tarifario [del distribuidor]” y “[d]e hecho la disposición que existía en el proyecto de [LGE] en este sentido fue eliminada”³²⁷. Como lo indicó la Demandante en su Escrito Posterior a la Audiencia, el Artículo 74 de la LGE dispone expresamente que el consultor

³²³ Resolución N.º CNEE-144-2008 de fecha 29 de julio de 2008 (C-272); ver también Acta (4 de marzo de 2013) 1055:4-1056:18 (Contrainterrogatorio de Moller).

³²⁴ Colom Bickford, Carlos E., Presidente CNEE, *Evolución de la Metodología del Cálculo Tarifario en Guatemala* de abril de 2010, p. 47 (“Proceso desgastante pero altamente enriquecedor para el regulador . . . Se eliminan distorsiones históricas del VAD (el usuario paga lo que debe de pagar)”) (énfasis modificado) (C-348).

³²⁵ Óscar Ismatul, *Colom enlista logros de la semana* de fecha 25 de agosto de 2008 (C-604).

³²⁶ Escrito de la Demandante Posterior a la Audiencia, párrafos 123-129.

³²⁷ Escrito de la Demandada Posterior a la Audiencia, párrafo 292.

del distribuidor calculará el VAD³²⁸, un principio que se replica en el Memorándum de Venta³²⁹. La exclusión del texto preliminar del Artículo 54 de la versión final de la LGE, que preveía que “[l]os costos propios de la actividad de distribución que apruebe la Comisión Reguladora deberán corresponder a costos estándares de distribución de empresas eficientes, *determinados mediante un estudio contratado por las distribuidores*”³³⁰, no eliminó de ningún modo ese principio de la LGE, dado que permaneció en el Artículo 74 de la LGE³³¹. Asimismo, toda sugerencia de que la LGE no exige a la CNEE que utilice el VAD resultante del estudio del distribuidor al fijar las tarifas es incorrecta; como puede leerse en los Artículos 74 y 76 de la LGE, “[c]ada distribuidor *deberá* calcular los componentes de los VAD”³³² y la CNEE “*usará* los VAD y los precios de adquisición de energía, referidos a la entrada de la red de distribución, para estructurar un conjunto de tarifas para cada adjudicatario”³³³. En la LGE no existe ninguna mención a ningún otro VAD ni a ningún otro estudio del VAD. Así lo confirman las pruebas documentales que obran en el expediente. Cuando en agosto de 2008 se le preguntó por qué la CNEE no había utilizado su propio estudio para fijar el VAD de EEGSA en 2003, el Sr. Colom respondió lo siguiente: “En esa época así lo establecía el reglamento y la ley; es decir, la distribuidora hacía su propio estudio. Sin embargo, *en marzo del año pasado se modificaron los reglamentos y ahora se faculta a la CNEE para hacer un estudio en paralelo*”³³⁴. De manera similar, en su presentación de abril de 2010, el Sr. Colom afirmó que la CNEE había “[a]prend[ido] de los errores del pasado”; que “[s]e evidencia la necesidad de que el regulador haga un estudio técnico (*no sólo el de la distribuidora . . .*)” y que “[s]e modifica el RLGE en el

³²⁸ LGE, Art. 74 (“Cada distribuidor deberá calcular los componentes de los VAD mediante un estudio encargado a una firma de ingeniería precalificada por la [CNEE]”) (C-17); *ver también* Acta (4 de marzo de 2013) 1192:1-1197:19 (Contrainterrogatorio de Alegría).

³²⁹ Memorándum de Venta, p. 53 (énfasis añadido) (“*cada Distribuidor deberá calcular los VAD mediante un estudio encargado a una firma de ingeniería*”) (C-29).

³³⁰ Proyecto de Ley General de Electricidad, República de Guatemala, de fecha 4 de abril de 1995, Art. 54 (C-13).

³³¹ Acta (4 de marzo de 2013) 1192:13-21 (Contrainterrogatorio de Alegría) (donde declara que este principio “no se sacó, [...], está en el Artículo 74” de la LGE).

³³² LGE, Art. 74 (énfasis añadido) (C-17).

³³³ *Id.*, Art. 76 (énfasis añadido).

³³⁴ SIGLO XXI, EEGSA debe ser eficiente de fecha 21 de agosto de 2008, p. 2 (énfasis añadido) (C-603).

2007 para que el regulador haga un estudio técnico”³³⁵. Como se desprende de las declaraciones anteriores del Sr. Colom, antes de que Guatemala promulgara la modificación de 2007 del Artículo 98 del RLGE³³⁶, la *única* forma en la que podía determinarse el VAD era mediante un estudio encargado por el distribuidor, conforme lo previsto por el Artículo 74 de la LGE.

69. Por otra parte, si bien la Demandante no cuestiona la autoridad de la que se encuentra investida la CNEE en virtud del Artículo 5 de la LGE para “encargar sus propios estudios tarifarios a consultoras independientes”³³⁷, la CNEE no estaba facultada, como lo reconoció el mismo Sr. Colom, a utilizar esos estudios a la hora de fijar el VAD del distribuidor hasta que Guatemala reformó el Artículo 98 del RLGE, con lo cual modificó de manera esencial el marco regulatorio³³⁸. No obstante, incluso en los términos de dicha reforma, la CNEE no estaba autorizada a emplear su propio estudio del VAD en este caso³³⁹. Como lo explicó la Demandante, de conformidad con el modificado Artículo 98 del RLGE, la CNEE tiene dicha potestad en solo dos circunstancias limitadas: (i) cuando el distribuidor omite presentar un estudio del VAD y (ii) cuando, luego de presentar un estudio del VAD y de que la CNEE hubiera efectuado observaciones al respecto, el distribuidor omite responder a dichas observaciones de la CNEE corrigiendo su estudio del VAD de acuerdo con tales comentarios, o manifestando por escrito su desacuerdo con las observaciones de la CNEE³⁴⁰. Así lo confirman las dos Resoluciones de la CNEE que la Demandada invoca en relación con la proposición de que “[l]a CNEE a menudo aprueba las tarifas sobre la base de los estudios del VAD que realizan las consultoras contratadas por ella”³⁴¹. A pesar de que la Demandada presentó traducciones

³³⁵ Colom Bickford, Carlos E., Presidente CNEE, *Evolución de la Metodología del Cálculo Tarifario en Guatemala* de abril de 2010, p. 29 (“Se **aprende de los errores** del pasado . . . Se evidencia la necesidad que el **regulador haga un estudio técnico** (no sólo el de la distribuidora . . .) . . . Se modifica el RLGE en el 2007 para que el regulador haga un estudio técnico.”) (énfasis modificado) (C-348).

³³⁶ RLGE modificado, Art. 98 (C-105).

³³⁷ Escrito de la Demandada Posterior a la Audiencia, párrafo 293.

³³⁸ Ver SIGLO XXI, *EEGSA debe ser eficiente* de fecha 21 de agosto de 2008, p. 2 (C-603); ver también Colom Bickford, Carlos E., Presidente CNEE, *Evolución de la Metodología del Cálculo Tarifario en Guatemala* de abril de 2010 (C-348).

³³⁹ Escrito de la Demandante Posterior a la Audiencia, párrafo 118.

³⁴⁰ RLGE modificado, Art. 98 (C-105).

³⁴¹ Escrito de la Demandada Posterior a la Audiencia, párrafo 293 & nota al pie 405 (donde se cita la Resolución CNEE 184-2008 del 25 de septiembre de 2008, mediante la cual se aprueba el Estudio Tarifario preparado por la Asociación de empresas conformada por Mercados Energéticos Consultores, Sociedad

parciales de dichas Resoluciones junto con su Escrito Posterior a la Audiencia, en las que llamativamente se omite la fundamentación o las “motivaciones”³⁴² de las Resoluciones, como lo demuestran las traducciones completas de tales documentos, la CNEE aprobó las tarifas de las dos compañías de distribución *locales* (y, por cierto, no privadas) en función de sus propios estudios del VAD *porque las compañías omitieron presentar sus respectivos estudios*³⁴³. En este caso no median circunstancias análogas, puesto que es indiscutible que EEGSA preparó y presentó su propio estudio del VAD en cumplimiento del Artículo 74 de la LGE.

70. Tercero, el argumento de la Demandada de que “el ‘se’ que precede al verbo ‘pronunciará’ en el texto del artículo 75 convierte a este verbo en pronominal” y de que “la única acepción puramente pronominal del verbo pronunciar(se) de las que ofrece el diccionario de la RAE es ‘declararse o mostrarse a favor o en contra de alguien o de algo’, definición que evidentemente no asigna carácter vinculante al término” es absurdo³⁴⁴. Como lo acreditó la Demandante, el Diccionario de la Real Academia Española contiene seis definiciones del verbo español “pronunciar”, incluidas “determinar, resolver” y “publicar la sentencia o auto”, que tienen la connotación de una decisión vinculante³⁴⁵. Además, la definición “publicar la sentencia

Anónima and Geotecnología, Construcción y Servicios, Sociedad Anónima (GEOCONSA), correspondiente a Empresa Eléctrica Municipal Zacapa (**R-241**) y la Resolución CNEE 16-2009 del 28 de enero de 2009, en virtud de la cual se aprueba el Estudio Tarifario preparado por la Asociación de empresas conformada por Mercados Energéticos Consultores, Sociedad Anónima and Geotecnología, Construcción y Servicios, Sociedad Anónima (GEOCONSA), correspondiente a Empresa Hidroeléctrica Municipal de Retalhuleu (**R-244**)).

³⁴² Ver Resolución CNEE 184-2008 de fecha 25 de septiembre de 2008 (**R-241**); Resolución CNEE 16-2009 de fecha 28 de enero de 2009 (**R-244**).

³⁴³ Ver traducciones completas de la Demandante de la Resolución CNEE 184-2008 de fecha 25 de septiembre de 2008 (**C-630**) y la Resolución CNEE 16-2009 de fecha 28 de enero de 2009 (**C-631**). Llamativamente, la Demandada no cita ningún ejemplo referido a una compañía privada de distribución que haya omitido preparar un estudio del VAD, conforme lo exigido por el Artículo 74 de la LGE. Ver Escrito de la Demandada Posterior a la Audiencia, párrafo 293.

³⁴⁴ Escrito de la Demandada Posterior a la Audiencia, párrafo 158. El argumento de la Demandada en relación con la definición de diccionario del término “perito” también es errado. *Íd.*, párrafo 159. Si bien la Demandada afirma que “pericial obviamente deriva de ‘perito’, y esta palabra, de acuerdo al diccionario de la RAE, significa ‘persona que poseyendo determinados conocimientos científicos, artísticos y técnicos o prácticos informa, bajo juramento, al juzgador sobre puntos litigiosos en cuanto se relacionan con su especial saber o experiencia’”, la comisión pericial creada en virtud del Artículo 75 de la LGE no informa a un juez en un proceso judicial, sino que, como lo prevé dicho Artículo 75 de la LGE, resuelve discrepancias sometidas a ella por la CNEE. *Íd.* (énfasis omitido).

³⁴⁵ Diccionario de la Real Academia Española, 2001, definición del verbo “pronunciar” (**C-50**).

o auto” está precedida por la abreviatura “*Der.*” de “derecho”, lo que significa que es la definición que ha de utilizarse en un contexto jurídico³⁴⁶. Como lo demostró el Profesor Alegría, en consonancia con esa definición, el verbo pronominal “pronunciarse” se emplea incontables veces en el derecho guatemalteco en el contexto de la resolución de diferencias o el dictado de una decisión o sentencia definitiva³⁴⁷, incluso en la Constitución de Guatemala³⁴⁸, en el Código Civil y Comercial de Guatemala³⁴⁹ y en la Ley de Arbitraje de Guatemala³⁵⁰. También lo utilizó el tribunal del arbitraje *Iberdrola* en referencia a su propia decisión en dicho caso³⁵¹. Por lo tanto, ni la Demandante ni el Profesor Alegría han ignorado el “análisis del texto del Artículo 75”, como sugiere erróneamente la Demandada³⁵².

71. Cuarto, el argumento de la Demandada en relación con la aplicación del Artículo 3 de la LCA es incorrecto e irrelevante³⁵³. Como lo explicó la Demandante en su Escrito Posterior a la Audiencia, la finalidad de dicho Artículo 3 de la LCA, que establece que “[l]as resoluciones administrativas serán emitidas por autoridad competente, con cita de las normas legales o reglamentarias en que se fundamenta” y que “[e]s prohibido tomar como resolución los dictámenes que haya emitido un órgano de asesoría técnica o legal”³⁵⁴, consiste en compeler a las autoridades administrativas a dictar resoluciones formales, de modo tal que los particulares puedan ejercer sus derechos y valerse de los recursos disponibles para impugnar dichas

³⁴⁶ *Íd.*

³⁴⁷ Alegría I, párrafo 77 (**RER-1**).

³⁴⁸ Constitución, Art. 266 (donde se exige a todos los tribunales que se “pronuncien” sobre los reclamos de inconstitucionalidad) (**C-11**).

³⁴⁹ Código Civil y Comercial de fecha 14 de septiembre de 1963, Art. 197 (que establece que todos los jueces y tribunales pueden llevar adelante ciertos procedimientos para la recopilación de pruebas antes de “pronunciar” sentencia) (**C-2**).

³⁵⁰ Ley de Arbitraje de fecha 17 de noviembre de 1995, Capítulo VI, Art. 40 (donde se establece que, en el laudo, los árbitros se “pronunciarán” sobre las costas) (**C-14**).

³⁵¹ *Iberdrola c. Guatemala*, párrafo 346 (“La Demandante no presentó una reclamación o solicitud al Tribunal para que este declarara que el Artículo 3.2 *in fine* del Tratado constituye una cláusula paraguas y, además, las Partes no le dieron relevancia al tema. *En consecuencia, el Tribunal no se pronunciará sobre esta cuestión*”). (énfasis añadido) (**RL-32**).

³⁵² Escrito de la Demandada Posterior a la Audiencia, párrafo 159.

³⁵³ Escrito de la Demandante Posterior a la Audiencia, párrafo 85.

³⁵⁴ Ley de lo Contencioso Administrativo, Art. 3 (**C-425**).

resoluciones conforme lo previsto en la LCA³⁵⁵. Según la doctrina, cuando en el Artículo 3 de la LCA se hace referencia a “órganos de asesoría técnica o legal”, se alude a las unidades de asesoría permanente que forman parte del organigrama de cada Ministerio, tales como la Gerencia Jurídica de la CNEE, y no a organismos especializados y provisionales, como una Comisión Pericial constituida conforme al Artículo 75 de la LGE³⁵⁶. La Corte Suprema de Guatemala, por ejemplo, resolvió que el MEM había violado el Artículo 3 de la LCA porque no había efectuado su propio análisis crítico de los hechos en función del derecho aplicable y los dictámenes jurídicos recibidos de su unidad de asesoría legal, sino que se había limitado a citar y transcribir esos dictámenes³⁵⁷. En este caso, no median circunstancias análogas. La Comisión Pericial, que no es una unidad permanente de asesoramiento, no aprueba las tarifas del distribuidor, ni el VAD del distribuidor; en realidad, la Comisión Pericial resuelve las discrepancias que se suscitan entre la CNEE y el distribuidor en torno al estudio del VAD de este último, discrepancias que la CNEE formaliza por escrito y somete a la resolución de la Comisión Pericial en virtud del Artículo 75 de la LGE³⁵⁸. El hecho de que los pronunciamientos sean vinculantes para la CNEE al momento de fijar el VAD del distribuidor de ningún modo transgrede el Artículo 3 de la LCA.

72. De cualquier modo, si un tribunal guatemalteco interpretara (cosa que no ha ocurrido) que el Artículo 3 de la LCA impide que los pronunciamientos de la Comisión Pericial gocen de carácter vinculante, ello no absolvería a la Demandada de la responsabilidad que le cabe conforme al Artículo 10.5 del CAFTA-RD en razón de los actos arbitrarios que adoptó en incumplimiento de sus declaraciones anteriores, toda vez que existe consenso en el sentido de que un Estado no puede invocar su derecho interno para eludir su responsabilidad internacional³⁵⁹. Como surge del expediente, Guatemala declaró específicamente que la función

³⁵⁵ Alegría II, párrafo 42 (**CER-3**).

³⁵⁶ Franklin Azurdía Marroquín, “*Ley de lo Contencioso Administrativo Didáctica y Desarrollada*”, Editorial Estudiantil Fénix, 2009, pp. 12-13 (**C-506**); Hugo H. Calderón, ADMINISTRATIVE PROCEDURAL LAW (2ª ed.) (extracto) de mayo de 1999, p. 27 (**C-632**); Jorge Mario Castillo González, “*Derecho Procesal Administrativo Guatemalteco*”, Universidad de San Carlos de Guatemala, 2006, p. 674 (**C-473**).

³⁵⁷ Corte Suprema de Guatemala, Caso Administrativo N.º 281-2011 de fecha 13 de agosto de 2012 (**C-633**).

³⁵⁸ Alegría II, párrafo 26 (**CER-3**).

³⁵⁹ Escrito de la Demandante Posterior a la Audiencia, párrafo 84; JAMES CRAWFORD, THE INTERNATIONAL LAW COMMISSION’S ARTICLES ON STATE RESPONSIBILITY (2005), Art. 32 (“El Estado responsable no puede

de la Comisión Pericial consistiría en “resolver” las discrepancias³⁶⁰, mientras que la CNEE también aceptó eliminar de su primer borrador de las reglas operativas las disposiciones según las cuales los pronunciamientos de la Comisión Pericial no serían vinculantes³⁶¹. En su segundo borrador, la CNEE se refirió a los integrantes de la Comisión Pericial como “árbitros” y aclaró en la Regla 3 que las decisiones de dicha Comisión tendrían carácter vinculante: “La CP dictaminará sobre las discrepancias y el consultor de la Distribuidora será quien haga el recálculo del Estudio, debiendo apegarse al estricto cumplimiento de lo resuelto por la CP, lo entregue a la CNEE, ésta revisará la integración del fallo de la [CP] y aprobará el Estudio Tarifario”³⁶². Ello ratifica el entendimiento de la CNEE de que los pronunciamientos de la Comisión Pericial serían vinculantes, y contradice directamente la aseveración de la Demandada en este arbitraje de que el Artículo 3 de la LCA prohibía a la CNEE aplicar las decisiones de la Comisión Pericial.

73. Por último, la afirmación de la Demandada de que la LGE y el RLGE establecen que la depreciación acumulada debe ser tenida en cuenta en el cálculo del retorno del distribuidor es infundada³⁶³. Ni la LGE ni el RLGE contienen una disposición semejante. Por consiguiente, en su Escrito Posterior a la Audiencia, la Demandada solo puede argumentar que la LGE menciona la depreciación acumulada “implícitamente”, mediante referencias en su Artículo 73 a la anualidad constante del costo de capital y la vida útil típica de instalaciones de distribución³⁶⁴. Sin embargo, contrariamente a lo alegado por la Demandada, ninguna de esas alusiones da sustento a su afirmación. Como lo explicó la Demandante en su Escrito Posterior a la Audiencia, el texto del Artículo 73 de la LGE al que la Demandada se refiere solo exige que el distribuidor reciba un retorno sobre su inversión durante el plazo de dicha inversión en cuotas anuales

invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de las obligaciones que le incumben en virtud de la presente parte”.) (CL-54).

³⁶⁰ Memorándum de Venta, p. 53 (C-29); Resolución N.º CNEE-88-2002 de fecha 23 de octubre de 2002, Art. A.6.5 (C-59); Contestación de la CNEE a la Inconstitucionalidad 1782-2003 de fecha 10 de noviembre de 2003, pp. 5-6 (C-81).

³⁶¹ Correo electrónico de M. Quijivix a M. Calleja del 14 de mayo de 2008, al que se adjuntan las Reglas Propuestas para la Comisión Pericial, Arts. 1 y 17 (R-70); Calleja II, párrafo 30 (CWS-9); Maté II, párrafo 21 (CWS-12).

³⁶² Correo electrónico de M. Quijivix a M. Calleja del 15 de mayo de 2008, Regla 3 (C-210); ver también Acta (22 de enero de 2013) 693:13-698:16 (Pregunta del Tribunal a Calleja).

³⁶³ Escrito de la Demandada Posterior a la Audiencia, párrafos 121-130.

³⁶⁴ *Íd.*, párrafos 122, 125.

iguales³⁶⁵. Ello no implica que la depreciación acumulada deba ser tenida en cuenta al momento de calcular el retorno del distribuidor. De hecho, como lo demostraron los peritos de la Demandante, la reducción de la base de capital del distribuidor en función de la depreciación acumulada es contraria al concepto de valor nuevo de reemplazo³⁶⁶, que *sí* se encuentra contemplado expresamente en la LGE. La noción de que la depreciación, en la que la Demandada pone tanto énfasis, se encuentra prevista implícitamente en la LGE e, incluso más, que debe inferirse un requisito de depreciar, cuando la LGE establece expresamente que debería utilizarse el valor *nuevo* de reemplazo, es simplemente inverosímil.

74. Por otra parte, la aseveración de la Demandada de que el Artículo 83 del RLGE fue “fuente de gran confusión durante la Audiencia” y que “el experto Barrera intentó argumentar, por primera vez en su interrogatorio directo, que este artículo era la base regulatoria que justificaba a Bates White excluir la depreciación acumulada para calcular la renta de EEGSA”³⁶⁷ es errónea. Los peritos de la Demandante han prestado testimonio uniforme en lo que respecta a la interpretación del Artículo 83 del RLGE, que es muy sencillo; la única confusión que se genera es consecuencia directa de los intentos de la propia Demandada de eludir el sentido claro de este Artículo. Como lo mencionó la Demandante en su Escrito Posterior a la Audiencia, tanto el Dr. Barrera como el Sr. Kaczmarek, cuyo testimonio sobre este punto es simplemente ignorado por la Demandada, han explicado que el Artículo 83 del RLGE impide que el distribuidor recupere la depreciación como un costo en las tarifas base, debido a que, de acuerdo con el método de VNR, los activos que componen la base de capital son nuevos y, entonces, no es necesario incurrir en gastos de capital de mantenimiento³⁶⁸. Según lo atestiguado por ambos, ello explica por qué el distribuidor debe recibir un retorno sobre una base de capital

³⁶⁵ Escrito de la Demandante Posterior a la Audiencia, párrafo 135.

³⁶⁶ *Ver*, por ejemplo, Barrera, párrafos 25-29 (CER-4); Acta (5 de marzo de 2013) 1294:9-16, 1302:5-8 (Interrogatorio de Barrera); Acta (5 de marzo de 2013) 1490:13-16, 1493:22-1494:2 (Pregunta del Tribunal a Kaczmarek).

³⁶⁷ Escrito de la Demandada Posterior a la Audiencia, párrafo 128.

³⁶⁸ *Ver* Escrito de la Demandante Posterior a la Audiencia, párrafo 67; Acta (5 de marzo de 2013) 1506:10-1508:20, 1510:16-1511:1 (Interrogatorio de Kaczmarek); Acta (5 de marzo de 2013) 1295:7-14 (Interrogatorio de Barrera); *ver también* Acta (4 de marzo de 2013) 961:11-19 (Contrainterrogatorio de Giacchino).

valuada como si fuera nueva³⁶⁹; si su retorno se calculara sobre una base de capital depreciada, como insiste la Demandada, el distribuidor jamás recibiría su costo de capital pues debería destinar parte de sus ganancias al mantenimiento de la red³⁷⁰. El argumento de la Demandada de que el distribuidor es remunerado por el costo de los gastos de capital de mantenimiento como parte del costo de capital³⁷¹ equivale a decir que el distribuidor debería asignar una parte de su retorno sobre la inversión a dichos gastos de capital de mantenimiento, a raíz de lo cual el retorno del inversor pasaría a ser inferior a su costo de capital o WACC, en contravención del Artículo 79 de la LGE.

75. Del mismo modo, la Demandada se equivoca cuando alega que el Dr. Barrera admitió que EEGSA no reinvertiría los mismos montos exactos que recibiría en concepto de retorno de su inversión, y que ello demuestra que el retorno de EEGSA no puede ser calculado sobre un VNR no depreciado³⁷². El error de la Demandada deriva del hecho de que equipara incorrectamente el retorno de capital de la distribuidora con la depreciación, y emplea esos términos indistintamente³⁷³. Si fuera necesario reinvertir la totalidad del retorno de capital de la distribuidora para mantener la red, la distribuidora nunca recuperaría el costo de su inversión. Asimismo, contrariamente a lo afirmado por la Demandada, el Dr. Barrera no declaró que la *totalidad* del retorno del inversor sería reinvertido en la empresa; en cambio, acordó que “los activos que constituyen la base de activos regulatorios deprecian [...] se reemplazan simultáneamente y por lo tanto este reemplazo simultáneo significa que el método del VNR presupone que los activos son siempre nuevos”³⁷⁴. Tal como explicó, como una cuestión contable, los activos se amortizan en el tiempo, pero esto no significa que la empresa invierte el

³⁶⁹ Acta (5 de marzo de 2013) 1295:7-1296:15 (Interrogatorio de Barrera); Acta (5 de marzo de 2013) 1508:9-1509:6 (Interrogatorio de Kaczmarek).

³⁷⁰ *Ver* Acta (5 de marzo de 2013) 1511:2-6 (Interrogatorio de Kaczmarek) (“[C]on lo cual el servicio público tiene menos renta y tiene que utilizar la renta para cubrir los gastos de capital de mantenimiento sin recibir ninguna renta de la empresa”).

³⁷¹ Escrito de la Demandada Posterior a la Audiencia, párrafo 129.

³⁷² *Íd.*, párrafos 138-141.

³⁷³ *Ver*, por ejemplo, Escrito de la Demandada Posterior a la Audiencia, párrafo 138 (en el que se afirma que el Dr. Barrera declaró que el inversor “reinvertiría automáticamente en el servicio los montos recibidos en concepto de depreciación (return of investment)”) (énfasis en el original).

³⁷⁴ Acta (5 de marzo de 2013) 1337:10-1338:11 (Contrainterrogatorio de Barrera).

mismo monto cada año para reemplazar esos activos³⁷⁵. Esto queda demostrado por el cuadro de gastos de capital de EEGSA, en el que se basa la Demandada³⁷⁶. Si bien la Demandada afirma que este cuadro muestra que “el promedio de inversiones históricas de EEGSA nunca superó los US\$ 20 millones”³⁷⁷, el cuadro, en realidad, revela que las inversiones de EEGSA en un período de doce años variaron desde un máximo de casi USD30 millones a un mínimo de USD10 millones³⁷⁸, lo que demuestra que el reemplazo de las inversiones no es uniforme ni tampoco simultáneo a su depreciación, como una cuestión contable. De hecho, cuando una empresa, como EEGSA, realiza grandes inversiones iniciales, sus gastos de capital pueden disminuir en el tiempo, con independencia de que esos activos se estén depreciando en sus libros. Por otra parte, durante el período de doce años representado en el cuadro, el VNR de EEGSA varió en gran medida, lo que también necesariamente afectará el nivel de los gastos de capital, dado que determina cuánto efectivo se encuentra disponible para ser reinvertido por la empresa³⁷⁹.

76. Para reforzar su argumento, la Demandada cita de manera selectiva y engañosa el testimonio del Dr. Barrera sobre la fórmula del FRC que se utilizó en la revisión tarifaria de EEGSA para el período 2003-2008³⁸⁰, y el régimen regulatorio en Chile, que sirvió de modelo para Guatemala³⁸¹. Contrariamente a lo sostenido por la Demandada, el Dr. Barrera nunca negó que la CNEE aplicó una fórmula de hipoteca en la revisión tarifaria de EEGSA para el período 2003-2008³⁸². Si bien tanto el Dr. Barrera como el Sr. Kaczmarek han sostenido de manera consecuente que comparten la opinión del Sr. Giacchino de que la fórmula de hipoteca produce una remuneración insuficiente para la distribuidora³⁸³, han explicado asimismo que, a diferencia

³⁷⁵ *Íd.*, página 1345:4-8.

³⁷⁶ Escrito de la Demandada Posterior a la Audiencia, párrafo 139.

³⁷⁷ *Íd.*

³⁷⁸ *Íd.* Asimismo, el cuadro muestra los montos en términos nominales. Por lo tanto, los gastos de capital en los primeros años están subestimados en términos reales cuando se los compara con los últimos años.

³⁷⁹ Acta (5 de marzo de 2013) 1344:21-1346:22 (Contrainterrogatorio de Barrera); Acta (5 de marzo de 2013) 1509:13-1510:14 (Interrogatorio de Kaczmarek).

³⁸⁰ Escrito de la Demandada Posterior a la Audiencia, párrafos 131-135.

³⁸¹ *Íd.*

³⁸² *Íd.*; Acta (5 de marzo de 2013) 1302:9-16 (Interrogatorio de Barrera); Acta (5 de marzo de 2013) 1335:3-1336:2 (Contrainterrogatorio de Barrera).

³⁸³ Acta (5 de marzo de 2013) 1302:14-20 (Interrogatorio de Barrera); Acta (5 de marzo de 2013) 1505:2-8 (Interrogatorio de Kaczmarek).

del caso de la fórmula del FRC de Sigla, el VNR no se deprecia cuando se utiliza una fórmula de hipoteca³⁸⁴. Como declaró el Dr. Barrera, en Chile, donde se emplea una fórmula de hipoteca, la base de capital de la distribuidora se valúa como nueva cada cinco años³⁸⁵. Según confirmó además, el modo en que se aplica el método del VNR en Chile concuerda con el pronunciamiento de la Comisión Pericial respecto de la fórmula del FRC de EEGSA³⁸⁶.

77. El otro argumento de la Demandada, concretamente, que la CNEE podría haber adaptado la fórmula del FRC en los TdR al nivel “real” de depreciación de EEGSA³⁸⁷, no solo resulta ilógico sino que no tiene respaldo documental. Tal como lo explicó la Demandante en su Escrito Posterior a la Audiencia, en el estudio del VAD de la distribuidora, los activos que se valúan son aquellos pertenecientes a las “instalaciones óptimas”, y no los activos reales de la distribuidora³⁸⁸. Por lo tanto, no tiene sentido tomarse el trabajo de calcular el valor nuevo de reemplazo de los activos de una empresa modelo eficiente, solo para depreciar ese valor por el monto en que se depreciaron los activos reales de la distribuidora o, en su lugar, en un 50%³⁸⁹. Por otra parte, no existe ninguna prueba de que la CNEE haya solicitado alguna vez el nivel real de depreciación de EEGSA a fin de adaptar la fórmula del FRC, como afirma la Demandada³⁹⁰. En las dos cartas que cita la Demandada en su Escrito Posterior a la Audiencia para alegar que la CNEE pidió esta información, y EEGSA se negó a proporcionarla, no se solicitan los estados contables de EEGSA a fin de adaptar la fórmula del FRC³⁹¹; ni tampoco la CNEE solicitó posteriormente esta información en sus observaciones al estudio del VAD de Bates White

³⁸⁴ Acta (5 de marzo de 2013) 1330:2-17 (Contrainterrogatorio de Barrera); Acta (5 de marzo de 2013) 1504:15-18 (Interrogatorio de Kaczmarek); Escrito de la Demandante Posterior a la Audiencia, párrafo 82; Giacchino, párrafo 13 (en el que cita el Informe de Etapa E de NERA: Valor Agregado de Distribución y Balance de Potencia y Energía, de fecha 30 de julio de 2003, páginas 11-15 (C-75)) (CWS-4).

³⁸⁵ Acta (5 de marzo de 2013) 1332:13-15 (Pregunta del Tribunal a Barrera).

³⁸⁶ Acta (5 de marzo de 2013) 1333:5-9 (Pregunta del Tribunal a Barrera) (Presidente Mourre: “Si uno toma la decisión de la Comisión Pericial, uno tendría algo en Guatemala parecido a lo que ha explicado en ese caso en Chile[, ¿correcto?]”, Dr. Barrera: “Es correcto”).

³⁸⁷ Escrito de la Demandada Posterior a la Audiencia, párrafos 146-148.

³⁸⁸ Escrito de la Demandante Posterior a la Audiencia, párrafo 134.

³⁸⁹ *Íd.*

³⁹⁰ Escrito de la Demandada Posterior a la Audiencia, párrafo 146.

³⁹¹ *Íd.*, párrafo 188; Carta de Carlos Colom Bickford a Luis Maté, de fecha 30 de octubre de 2007 (R-236); Carta de Miguel Calleja a Carlos Colom Bickford, de fecha 6 de noviembre de 2007 (R-237).

respecto de la fórmula del FRC³⁹². Por el contrario, la CNEE, en su carta a EEGSA del 30 de octubre de 2007—que notablemente se envió a EEGSA *antes* de que la CNEE hubiera siquiera incluido la fórmula del FRC en los TdR de EEGSA en enero de 2008³⁹³—, solicitó los estados contables de EEGSA con el objeto de efectuar su estudio de la tasa de costo de capital³⁹⁴. La Demandada no ha sugerido nunca que la CNEE haya tenido alguna dificultad para llevar a cabo ese estudio, y para emitir la Resolución en la que se calculaba el costo de capital de EEGSA para el período tarifario 2008-2013.

78. Asimismo, a pesar de los correos electrónicos intercambiados entre la Sra. Peláez y el Sr. Riubrugent acerca de los estados contables³⁹⁵, no hay ninguna prueba de que la Comisión Pericial se haya basado en los estados contables de EEGSA, según aduce la Demandada y, de hecho, esta no cita ninguna parte del Informe de la Comisión Pericial para respaldar su afirmación³⁹⁶. Del mismo modo, la otra aseveración de la Demandada de que “el mismo Ing. Bastos admitió durante la audiencia que “cuando se aplican criterios de depreciación se utilizan bases contables, [...] y se [deben utilizar] las depreciaciones reales”³⁹⁷, interpreta erróneamente su testimonio. Tal como consta en el acta de la audiencia, el Sr. Bastos no respaldó el uso de la “depreciación real”, ni tampoco respaldó la fórmula del FRC de la CNEE; por el contrario, el Sr. Bastos declaró que la fórmula del FRC de la CNEE era incompatible con el marco regulatorio adoptado por Guatemala³⁹⁸. Como señaló, la depreciación real debe utilizarse cuando se emplea una base contable para valorar la base de capital, como es el caso de los regímenes basados en el costo del servicio³⁹⁹. Según reconoce la propia Demandada, este *no* es el régimen regulatorio que

³⁹² Resolución CNEE-63-2008 de fecha 11 de abril de 2008, páginas 11-12 (**C-193**); Resolución CNEE-96-2008 de fecha 16 de mayo de 2008 (**C-209**).

³⁹³ Resolución CNEE 124-2007 de enero de 2008 (que contiene los Términos de Referencia para la revisión tarifaria de EEGSA de 2008, y sus modificaciones en las que se agrega la fórmula del FRC) (**C-417**).

³⁹⁴ Carta de Carlos Colom Bickford a Luis Maté, de fecha 30 de octubre de 2007 (**R-236**).

³⁹⁵ Correo electrónico de M. Peláez a J. Riubrugent, del 13 de junio de 2008 (**C-496**).

³⁹⁶ Escrito de la Demandada Posterior a la Audiencia, párrafo 188 y nota al pie 281.

³⁹⁷ *Íd.*, párrafo 188 (énfasis omitido).

³⁹⁸ Acta (1 de marzo de 2013) 791:5-22 (Pregunta del Tribunal a Bastos); *id.*, página 792:20-22 (Pregunta del Tribunal a Bastos); *ver también* Bastos I, párrafos 21-22 (**CWS-1**).

³⁹⁹ Acta (1 de marzo de 2013) 792:18-793:15 (donde se explica que este tipo de sistema se adopta generalmente en países donde la red no está en crecimiento, como en Australia y Nueva Zelanda, y no en

adoptó Guatemala con la sanción de la LGE: “[E]l sistema regulatorio guatemalteco no está basado en la base tarifaria contable”⁴⁰⁰.

2. Fue la CNEE, y no EEGSA, la que actuó de manera arbitraria y de mala fe durante la revisión tarifaria de EEGSA para el período 2008-2013

79. Tal como ha demostrado la Demandante, la Demandada también incumplió su obligación de otorgar a la inversión de la Demandante un TJE cuando llevó a cabo la revisión tarifaria de EEGSA para el período 2008-2013 de manera abiertamente arbitraria y de mala fe al inducir a EEGSA a desistir de su amparo provisional contra los TdR y luego ignorar el acuerdo alcanzado con EEGSA para inducir dicho desistimiento; no dar participación de manera constructiva a EEGSA o su consultor durante el proceso de revisión tarifaria; adoptar una fórmula de FRC inapropiada; sancionar y luego intentar aplicar el artículo 98 *bis* del RLGE de forma retroactiva a la revisión tarifaria de EEGSA; mantener comunicaciones *ex parte* indebidas con el perito que designó para integrar la Comisión Pericial; disolver la Comisión Pericial de manera unilateral e impedir que finalice su mandato conforme a la Regla 12 mediante amenazas; y adoptar el estudio del VAD de Sigla sin siquiera conceder a EEGSA o su consultor la oportunidad de examinarlo, entre otras cosas⁴⁰¹. En su Escrito Posterior a la Audiencia, la Demandada sostiene que su accionar no fue arbitrario puesto que “la ley asigna a la CNEE de forma exclusiva y excluyente” la responsabilidad “de definir la ‘metodología’ para el cálculo de las tarifas, lo cual tiene lugar mediante el dictado de los Términos de Referencia para la revisión tarifaria”, y que, una vez emitidos los TdR, “son de aplicación obligatoria”⁴⁰². Según la Demandada, EEGSA y su consultor, Bates White, supuestamente utilizaron el artículo 1.10 “como una herramienta para cambiar unilateralmente los Términos de Referencia ya firmes”⁴⁰³, y que “[e]l resultado de los apartamientos de Bates White fue un estudio imposible de auditar y

sistemas más nuevos, como el de Guatemala, donde la demanda es cada vez mayor) (Pregunta del Tribunal a Bastos).

⁴⁰⁰ Escrito de la Demandada Posterior a la Audiencia, párrafo 340.

⁴⁰¹ *Ver* Escrito de la Demandante Posterior a la Audiencia, párrafos 117-164; Réplica, párrafos 89-227.

⁴⁰² Escrito de la Demandada Posterior a la Audiencia, párrafo 82 y título III(A)(1).

⁴⁰³ *Íd.*, párrafo 95.

un VNR y VAD altamente sobrevaluados”⁴⁰⁴. La Demandada también sigue sosteniendo que la Comisión Pericial supuestamente excedió su mandato según está establecido en sus documentos constitutivos⁴⁰⁵, y que “no existía en el marco regulatorio una estipulación que le permitiera al consultor corregir el estudio y someterlo a “aprobación” de la Comisión Pericial”⁴⁰⁶. La Demandada afirma además que, durante el proceso de revisión tarifaria, el Sr. Giacchino de Bates White no actuó como consultor independiente de EEGSA⁴⁰⁷, y que la propuesta del Sr. Pérez “dejó en evidencia la falta de transparencia de EEGSA, así como la falta de de credibilidad de sus estudios tarifarios”⁴⁰⁸. La Demandada también sostiene que las Reglas Operativas propuestas eran contrarias al marco regulatorio y nunca fueron aprobadas por las partes⁴⁰⁹, y que fue el Sr. Giacchino quien mantuvo comunicaciones *ex parte* indebidas con EEGSA, y no la CNEE con el Sr. Riubrugent⁴¹⁰. Las afirmaciones de la Demandada carecen de fundamento, como se establece a continuación.

80. En primer lugar, el argumento de la Demandada de que “la última palabra sobre los Términos de Referencia, sujeta al control jurisdiccional, le correspondía a la propia CNEE de acuerdo con sus responsabilidades como regulador de cumplir y hacer cumplir la [LGE] y el [RLGE]”⁴¹¹ deja de lado el texto del artículo 1.10 de los TdR, así como el contexto en el cual EEGSA desistió del amparo provisional contra los TdR para el período 2008-2013. Tal como explicó la Demandante en su Escrito Posterior a la Audiencia, los TdR correspondientes al período 2008-2013 contenían varias disposiciones que predeterminaban los resultados del estudio del VAD de EEGSA, en violación de los principios de eficiencia establecidos en la LGE y el RLGE, que —tal como lo reconoce la propia Demandada en su Escrito Posterior a la

⁴⁰⁴ *Íd.*

⁴⁰⁵ *Íd.*, párrafo 184.

⁴⁰⁶ *Íd.*, párrafo 190.

⁴⁰⁷ *Íd.*, párrafos 96-100.

⁴⁰⁸ *Íd.*, párrafo 149.

⁴⁰⁹ *Íd.*, párrafos 167-175.

⁴¹⁰ *Íd.*, párrafos 18, 181-182.

⁴¹¹ *Íd.*, párrafo 42.

Audiencia⁴¹²— los TdR deben respetar⁴¹³. Por lo tanto, EEGSA impugnó esos TdR ante la justicia guatemalteca, y obtuvo un amparo provisional que suspendió su aplicación⁴¹⁴. Como condición para desistir de su amparo provisional y proceder con el proceso de revisión tarifaria según estaba programado, EEGSA insistió, no obstante, en que se incorporara el artículo 1.10, que dispone expresamente que los TdR son “lineamientos a seguir en la realización del Estudio”, y, por ende, se encuentran sujetos a la LGE y al RLGE y no los modificaban, y que el consultor de EEGSA podía apartarse de los TdR si ofrecía una justificación fundamentada para hacerlo⁴¹⁵. Tal como lo confirmaron los Sres. Calleja y Giacchino en la Audiencia, si la CNEE no estaba de acuerdo con los apartamientos de EEGSA, la CNEE —en consonancia con su autoridad en virtud del artículo 74 de la LGE— tenía derecho conforme al artículo 1.10 de *efectuar observaciones* respecto de esos apartamientos, verificando su consistencia con los lineamientos del Estudio⁴¹⁶, es decir, verificando que sus observaciones no propusieran nuevos criterios, sino que fueran compatibles con los TdR⁴¹⁷. Tal como declaró el Sr. Calleja, las partes llegaron a este acuerdo porque había “muchas contradicciones de los Términos de Referencia con la ley”, y era “imposible negociar artículo por artículo”⁴¹⁸. Por lo tanto, las partes acordaron que cualquier discrepancia entre ellas relacionada con los apartamientos de los TdR por parte de EEGSA se

⁴¹² *Íd.*, párrafo 84 (“Como es lógico, la CNEE dentro del marco de discreción que la LGE le acuerda al dictar los Términos de Referencia, debe asegurarse que los mismos se ajusten a los criterios de eficiencia que postula la LGE”).

⁴¹³ Escrito de la Demandante Posterior a la Audiencia, párrafo 120.

⁴¹⁴ *Íd.*, párrafos 118-120; Solicitud de Amparo de EEGSA ante el Juzgado Primero del Ramo Civil, de fecha 29 de mayo de 2007, página 6 (**C-112**); Decisión del Juzgado Sexto de Primera Instancia del Ramo Civil, de fecha 4 de junio de 2007 (**C-114**); Decisión del Juzgado Sexto de Primera Instancia del Ramo Civil, en la que confirma el Amparo C2-2007-4329, de fecha 11 de junio de 2007 (**C-115**).

⁴¹⁵ Escrito de la Demandante Posterior a la Audiencia, párrafo 121; Términos de Referencia de 2007, de enero de 2008, Art. 1.10 (**C-417**); Acta (22 de enero de 2013) 627:19-628:1 (Contrainterrogatorio de Calleja) (donde declara que el “[A]rtículo 1.10 de los Términos de Referencia [...] permitía al consultor, que es el consultor establecido en [la] ley y que es el que debe calcular [el VAD], que en caso de conflicto entre los Términos de Referencia y lo establecido en la ley, prevalecía la ley”).

⁴¹⁶ Acta (22 de enero de 2013) 627:4-628:18 (Contrainterrogatorio de Calleja); Acta (4 de marzo de 2013) 844:5-9 (Contrainterrogatorio de Giacchino); Términos de Referencia de 2007, de enero de 2008, Art. 1.10 (“De existir variaciones de las metodologías presentadas en los Informes del Estudio, las mismas deben estar plenamente justificadas, *la CNEE realizará las observaciones que considere necesarias a las variaciones, verificando su consistencia con los lineamientos del Estudio*”). (énfasis añadido) (**C-417**).

⁴¹⁷ Escrito de la Demandante Posterior a la Audiencia, párrafo 126 y nota al pie 486; *ver también* Acta (4 de marzo de 2013) 952:6-953:5 (Segundo Interrogatorio de Giacchino).

⁴¹⁸ Acta (22 de enero de 2013) 679:1-4, 680:10-15 (Pregunta del Tribunal a Calleja); Calleja II, párrafo 20 (**CWS-9**); Calleja I, párrafo 22 (**CWS-3**).

someterían a la Comisión Pericial para su resolución, de conformidad con el procedimiento estipulado en el artículo 75 de la LGE⁴¹⁹.

81. En su Escrito Posterior a la Audiencia, la Demandada sigue discutiendo esta interpretación al sostener que “no hay en [el] artículo [1.10] “carta blanca” para que EEGSA se aparte unilateralmente de los Términos de Referencia”, y que “[e]l texto del artículo 1.10 establece claramente que la CNEE tiene la obligación —en línea con su potestad exclusiva y excluyente para definir la metodología—de aprobar cualquier variación a los Términos de Referencia”⁴²⁰. Según la Demandada, “la variación a la metodología que propusiere el consultor debía enmarcarse dentro de los principios establecidos por los Términos de Referencia (y el marco regulatorio)” y debía ser aprobada por la CNEE⁴²¹. Tal como demostró la Demandante en su Escrito Posterior a la Audiencia, la CNEE, no obstante, nunca impugnó el uso y la interpretación de EEGSA del artículo 1.10 en ese momento; por el contrario, la CNEE respondió a los apartamientos de Bates White conforme al artículo 1.10 realizando observaciones, que a su vez dieron lugar a discrepancias, que fueron sometidas por la CNEE a la Comisión Pericial para su resolución, luego de que la propia CNEE requiriera la conformación de una Comisión Pericial⁴²². Por lo tanto, no existe *ninguna* prueba documental que demuestre que la CNEE haya considerado y rechazado los apartamientos de EEGSA de conformidad con su pretendida autoridad en virtud del artículo 1.10. Tampoco existe prueba documental alguna que acredite que la CNEE haya informado a EEGSA —o a la Comisión Pericial— que EEGSA no podía apartarse de los TdR conforme al artículo 1.10 sin su autorización previa. En efecto, la Comisión Pericial, al examinar tanto los TdR como las discrepancias sometidas por la CNEE, concluyó —en coincidencia con la interpretación de la Demandante— que el consultor de EEGSA estaba autorizado en virtud del artículo 1.10 “para apartarse de los lineamientos trazados por los TdR”⁴²³, y que la cuestión que debía resolver la Comisión Pericial era “si la justificación del Consultor en el Estudio Tarifario es acorde con la Ley y el Reglamento de la Ley General de

⁴¹⁹ Acta (22 de enero de 2013) 677:2-20 (Pregunta del Tribunal a Calleja).

⁴²⁰ Escrito de la Demandada Posterior a la Audiencia, párrafo 92.

⁴²¹ *Íd.*, párrafo 90.

⁴²² Escrito de la Demandante Posterior a la Audiencia, párrafo 125; Resolución CNEE-63-2008 de fecha 11 de abril de 2008 (**C-193**); Resolución CNEE-96-2008 de fecha 15 de mayo de 2008 (**C-209**).

⁴²³ Informe de la Comisión Pericial, página 11 (**C-246**).

Electricidad”⁴²⁴.

82. Por otra parte, la afirmación de la Demandada de que “el Lic. Calleja aceptó que quien debía “verifica[r]” que l[o]s [apartamientos] fueran consistentes con los Términos de Referencia era la CNEE”⁴²⁵, interpreta su declaración de manera incorrecta. Tal como aclaró el Sr. Calleja a lo largo de su declaración, el artículo 1.10 permitía que el consultor de EEGSA se apartara de los TdR cuando no se ajustaran a la LGE y el RLGE, y que el rol de determinar si los apartamientos eran justificados correspondía a la Comisión Pericial —y no a la CNEE⁴²⁶. Como señaló la Demandante en su Escrito Posterior a la Audiencia, efectuar observaciones a los apartamientos del consultor —y respecto de su conformidad con los TdR— no es lo mismo que aprobar los apartamientos⁴²⁷. De hecho, si el consultor de EEGSA, según continúa aseverando la Demandada, tenía permitido apartarse de los TdR solo cuando la CNEE hubiera aprobado expresamente dicho apartamento, el artículo 1.10 *requeriría* la *aprobación* de la CNEE para cada apartamento, lo que simplemente no hace⁴²⁸. En cambio, el artículo 1.10 dispone que la CNEE realizará las observaciones “que considere necesarias”⁴²⁹.

83. Asimismo, como explicó la Demandante en su Escrito Posterior a la Audiencia, el artículo 1.10, según la interpretación de la Demandada, no habría proporcionado *ningún* beneficio a EEGSA como para inducirla a desistir de su amparo provisional⁴³⁰. Tal como se mencionó anteriormente, EEGSA impugnó los TdR para el período 2008-2013 porque muchas de las disposiciones allí contenidas predeterminaban los resultados del estudio del VAD de EEGSA, en violación de los principios de eficiencia establecidos en la LGE y el RLGE⁴³¹. Si,

⁴²⁴ *Íd.*, página 12 (énfasis omitido).

⁴²⁵ Escrito de la Demandada Posterior a la Audiencia, párrafo 91.

⁴²⁶ Acta (22 de enero de 2013) 614:19-20 (Interrogatorio de Calleja); Acta (22 de enero de 2013) 634:5-7, 640:8-9 (Contrainterrogatorio de Calleja); Acta (22 de enero de 2013) 672:22-673-1, 673:8-11 (Segundo Interrogatorio de Calleja); Acta (22 de enero de 2013) 693:7-10 (Pregunta del Tribunal a Calleja).

⁴²⁷ Escrito de la Demandante Posterior a la Audiencia, párrafo 124; Acta (4 de marzo de 2013) 844:5-9 (Contrainterrogatorio de Giacchino).

⁴²⁸ Escrito de la Demandante Posterior a la Audiencia, párrafo 124.

⁴²⁹ Términos de Referencia de 2007, de enero de 2008, Art. 1.10 (énfasis añadido) (C-417).

⁴³⁰ Escrito de la Demandante Posterior a la Audiencia, párrafo 127.

⁴³¹ *Íd.*, párrafo 120; Acta (22 de enero de 2013) 628:12-15 (Contrainterrogatorio de Calleja).

como afirma ahora la Demandada, “la variación a la metodología que propusiere el consultor debía enmarcarse dentro de los principios establecidos por los Términos de Referencia”, y aprobada por la CNEE, el consultor de EEGSA nunca habría podido desviarse de los TdR, porque las modificaciones propuestas habrían tenido que ser acordes con ellos. Por ende, no habría habido ninguna razón para que EEGSA desistiera de su amparo provisional.

84. La otra afirmación de la Demandada de que “[s]i EEGSA hubiere estado en contra de esta formulación, entonces debería haber apelado judicialmente contra los Términos de Referencia sobre este punto cuando fueron dictados (que no lo hizo)”⁴³² también es errónea. Según consta en el expediente, no hubo ninguna controversia entre las partes respecto de la interpretación o aplicación del artículo 1.10 en ese momento. Como se mencionó anteriormente, en coincidencia con la interpretación de EEGSA, la CNEE respondió a los apartamientos de Bates White realizando observaciones, que a su vez dieron lugar a las discrepancias que fueron sometidas por la CNEE a la Comisión Pericial para su resolución⁴³³. En tales circunstancias, no había ninguna razón para que EEGSA recurriera a la justicia guatemalteca para impugnar el artículo 1.10; efectivamente, si las partes no hubieran llegado a un acuerdo sobre el artículo 1.10 que fuera aceptable para EEGSA y que atendiera sus inquietudes respecto de los TdR, EEGSA simplemente no habría desistido su amparo provisional, sino que hubiera seguido adelante con su acción ante los tribunales de Guatemala⁴³⁴.

85. Como confirma el expediente, la CNEE cambió su postura sobre el artículo 1.10 recién después de decidir que no quería aceptar el pronunciamiento de la Comisión Pericial sobre las discrepancias⁴³⁵. Habiendo persuadido a EEGSA de desistir de su amparo provisional al acordar modificar los TdR de modo de permitir que el consultor de EEGSA se apartara de ellos, la CNEE procedió a utilizar los apartamientos de los TdR por parte de EEGSA como fundamento para aprobar su propio estudio del VAD en la Resolución CNEE-144-2008⁴³⁶.

⁴³² Escrito de la Demandada Posterior a la Audiencia, párrafo 92.

⁴³³ Escrito de la Demandante Posterior a la Audiencia, párrafo 125; Resolución CNEE-63-2008 de fecha 11 de abril de 2008 (**C-193**); Resolución CNEE-96-2008 de fecha 15 de mayo 2008 (**C-209**).

⁴³⁴ *Ver* Acta (22 de enero de 2013) 627:1-17, 647:11-14 (Contrainterrogatorio de Calleja).

⁴³⁵ Escrito de la Demandante Posterior a la Audiencia, párrafos 124-125, 161-163.

⁴³⁶ Resolución CNEE-144-2008 de fecha 29 de julio de 2008, página 3 (**C-272**).

Como observó la Demandante en su Escrito Posterior a la Audiencia, el actuar de la CNEE con respecto al artículo 1.10 representa el epítome de la conducta arbitraria y de mala fe del Estado de la cual la obligación de trato justo y equitativo busca proteger⁴³⁷.

86. En segundo lugar, las afirmaciones de la Demandada de que no actuó de manera arbitraria al disolver unilateralmente la Comisión Pericial antes de que hubiese finalizado su labor conforme a la Regla 12 puesto que las Reglas Operativas “jamás pas[aron] [de la etapa] de discusiones” y nunca fueron “aprobadas” por las partes carecen de fundamento⁴³⁸. Tal como lo reconoce la propia Demandada en su Escrito Posterior a la Audiencia, el Sr. Colom admitió en la Audiencia que sí existió un acuerdo “verbal” entre la CNEE y EEGSA respecto de las reglas operativas, pero sostuvo que este acuerdo nunca se “formalizó”⁴³⁹. Como demostró la Demandante en su Escrito Posterior a la Audiencia, se llegó a un acuerdo en una reunión llevada a cabo en la CNEE el 28 de mayo de 2008 expresamente a tal fin, tras la cual las partes procedieron a nombrar al tercer miembro de la Comisión Pericial y a constituir la Comisión Pericial oficialmente conforme al artículo 75 de la LGE⁴⁴⁰. Tal como explicó el Sr. Calleja, EEGSA simplemente no habría procedido a constituir la Comisión Pericial si no se hubiera llegado a un acuerdo sobre las Reglas Operativas dado que le preocupada, con razón, que la CNEE intentara manipular el proceso de la Comisión Pericial y no aprobara, de buena fe, la incorporación de los pronunciamientos de la Comisión Pericial en el estudio del VAD en ausencia de dichas Reglas⁴⁴¹.

87. Por otra parte, el argumento de la Demandada de que, conforme al derecho guatemalteco, un acuerdo formal debe instrumentarse por escrito, y que no existe ningún documento escrito firmado por la CNEE y EEGSA en el que se acuerden las Reglas Operativas es fútil⁴⁴². Tal como destacó la Demandante en su Escrito Posterior a la Audiencia, la

⁴³⁷ Escrito de la Demandante Posterior a la Audiencia, párrafos 118-129.

⁴³⁸ Escrito de la Demandada Posterior a la Audiencia, párrafos 167-175.

⁴³⁹ *Íd.*, párrafo 169 nota al pie 247 (donde se cita el Acta (4 de marzo de 2013) 1121:3-7 (Contrainterrogatorio de Colom)).

⁴⁴⁰ Escrito de la Demandante Posterior a la Audiencia, párrafo 143; Calleja II, párrafo 33 (**CWS-9**); Maté II, párrafos 24-25 (**CWS-12**); Acta (22 de enero de 2013) 693:11-700:14 (Pregunta del Tribunal a Calleja).

⁴⁴¹ Calleja II, párrafo 34 (**CWS-9**).

⁴⁴² Escrito de la Demandada Posterior a la Audiencia, párrafo 170.

Demandada no puede invocar su propio derecho interno para eludir la responsabilidad internacional que surge de los actos arbitrarios cometidos por la CNEE al ignorar las Reglas Operativas, luego de haberlas aceptado expresamente⁴⁴³. El otro argumento de la Demandada, concretamente, que el Acta Notarial de Nombramiento de la Comisión Pericial demuestra que las partes nunca llegaron a un acuerdo sobre las Reglas Operativas ya que no constan en dicha Acta, es igualmente insustancial⁴⁴⁴. Como ha explicado la Demandante, el propósito del Acta Notarial era nombrar a los miembros de la Comisión Pericial y constituir la Comisión como una cuestión formal conforme al artículo 75 de la LGE. Por ende, el Acta Notarial no aborda la cuestión del funcionamiento de la Comisión Pericial ni tampoco cómo debía proceder durante su revisión de las discrepancias durante el período de sesenta días⁴⁴⁵. Asimismo, la afirmación de la Demandada de que el Sr. Calleja envió las Reglas Operativas al Sr. Bastos “sin notificar o copiar a la CNEE”⁴⁴⁶ también es errónea, y hace caso omiso de la declaración del Sr. Bastos de que discutió las Reglas Operativas tanto con el Sr. Calleja como con el Sr. Quijivix de la CNEE (a quien, llamativamente, la Demandada no ofreció como testigo)⁴⁴⁷, así como el hecho de que la oferta económica del Sr. Bastos, enviada a la CNEE, hacía referencia a esas Reglas⁴⁴⁸. Además, tal como destacó la Demandante en su Escrito Posterior a la Audiencia, además de que la CNEE nunca se opuso a la aplicación de las Reglas Operativas por parte de la Comisión Pericial⁴⁴⁹, la propia Comisión incorporó dichas reglas en su Informe del 25 de julio de 2008, que el perito mismo nombrado por la CNEE para integrar la Comisión, el Sr. Riubrugent, firmó⁴⁵⁰.

88. Por otra parte, las pruebas contradicen la aseveración de la Demandada de que la Comisión Pericial excedió su mandato según está establecido en sus documentos constitutivos, y

⁴⁴³ Escrito de la Demandante Posterior a la Audiencia, párrafos 84, 145.

⁴⁴⁴ Escrito de la Demandada Posterior a la Audiencia, párrafo 171.

⁴⁴⁵ Correo electrónico de M. Quijivix a J. Riubrugent, L. Giacchino y C. Bastos, en el que se adjunta el Acta Notarial de Nombramiento de la Comisión Pericial, del 6 de junio de 2008, página 2 (**C-223**); *ver también* Calleja II, párrafo 38 (**CWS-9**); Maté II, párrafo 27 (**CWS-12**).

⁴⁴⁶ Escrito de la Demandada Posterior a la Audiencia, párrafo 172 (énfasis omitido).

⁴⁴⁷ Acta (1 de marzo de 2013) 727:3-728:18 (Interrogatorio de Bastos); Acta (1 de marzo de 2013) 752:18-753:21 (Contrainterrogatorio de Bastos).

⁴⁴⁸ Carta de C. Bastos a M. Calleja y M. Quijivix, de fecha 6 de junio de 2008 (**C-225**).

⁴⁴⁹ *Ver*, por ejemplo, Acta (1 de marzo de 2013) 745:16-21 (Contrainterrogatorio de Bastos).

⁴⁵⁰ Informe de la Comisión Pericial, página 10 (**C-246**).

que su labor únicamente “era verificar el cumplimiento del estudio de Bates White con los Términos de Referencia”⁴⁵¹. Según consta en el expediente, y tal como la propia Demandada enfatizó en reiteradas ocasiones, de conformidad con los artículos 1.8 y 1.10 de los TdR, Bates White se apartó expresamente de los TdR toda vez que consideró que estos no se ajustaban a la LGE y el RLGE⁴⁵². Por lo tanto, no hubo ninguna controversia entre las partes sobre si el estudio del VAD de Bates White del 5 de mayo de 2008 cumplía con los TdR. Tampoco se encargó en ningún momento a la Comisión Pericial determinar si dicho estudio cumplía con los TdR; por el contrario, la Comisión Pericial debía decidir las discrepancias entre las partes de conformidad con el marco legal y regulatorio aplicable⁴⁵³. Del mismo modo, como se señaló anteriormente y en el Escrito de la Demandante Posterior a la Audiencia, al examinar las decisiones de la Comisión Pericial, la propia CNEE no analizó si el estudio del VAD de Bates White del 5 de mayo de 2008 cumplía con los TdR, sino que evaluó el efecto cuantitativo de los pronunciamientos de la Comisión Pericial sobre el VNR y el VAD calculados por Sigla en su estudio del VAD⁴⁵⁴.

89. La posición de la Demandada también es incompatible con los TdR de EEGSA correspondientes al período 2003-2008. Según se estipula en dichos TdR, la función de la Comisión Pericial no era verificar que el consultor de EEGSA hubiera cumplido con los TdR, sino decidir las discrepancias que surgieron entre la CNEE y la distribuidora: “Cuando los resultados intermedios reelaborados por la CONSULTORA, sean rechazados por la DISTRIBUIDORA con un debido fundamento, se dejará constancia clara, concreta y expresa de los montos o valores de los resultados intermedios donde exista discrepancia o desacuerdo. *Es*

⁴⁵¹ Escrito de la Demandada Posterior a la Audiencia, párrafo 184.

⁴⁵² *Ver*, por ejemplo, Informe de Etapa D de Bates White: Anualidad de la Inversión, de fecha 5 de mayo de 2008, página 4 (en el que se invoca el artículo 1.10 de los TdR como base para el apartamiento de Bates White de la fórmula del FRC establecida en los TdR) (C-199); Acta (21 de enero de 2013) 306:3-4 (Apertura de la Demandada); Acta (22 de enero de 2013) 650:13-16 (Contrainterrogatorio de Calleja).

⁴⁵³ *Ver*, por ejemplo, Informe de la Comisión Pericial, página 12 (“Considerando que los TdR constituyan lineamientos vinculados al modo en que, el Consultor, debe realizar el Estudio Tarifario, y que los propios TdR indican que: a) el Consultor podrá apartarse de los mismos en forma justificada, pudiendo la CNEE observar tales apartamientos cuando los mismos no sean consistente[s] con el Estudio y b) que los TdR incorporan todos los términos de [la] LGE y [el] RLGE”, la cuestión a resolver por parte de la Comisión Pericial es “si la justificación del Consultor en el Estudio Tarifario es acorde con la Ley y el Reglamento de la Ley General de Electricidad”). (énfasis omitido) (C-246).

⁴⁵⁴ *Ver supra* Sección IV.B.1; Escrito de la Demandante Posterior a la Audiencia, párrafos 78-79,161.

sobre estas diferencias intermedias, que constituyan discrepancias formuladas por escrito, sobre las que se pronunciará la Comisión Pericial a que se refiere el artículo 75 de la Ley, en el caso eventual de que, al final del proceso de revisión tarifaria, subsistiesen diferencias entre la CNEE y la DISTRIBUIDORA, que tuviesen que ser conciliadas por parte de la Comisión Pericial anteriormente mencionada”⁴⁵⁵.

90. Además, si la CNEE realmente hubiese creído en ese momento, según continúa afirmando la Demandada, que el consultor de EEGSA no estaba autorizado por el marco regulatorio para corregir su estudio del VAD conforme a los pronunciamientos de la Comisión Pericial y someterlo para su revisión y aprobación, la CNEE no habría negociado con EEGSA durante cerca de dos semanas para dilucidar si sería la Comisión Pericial o la CNEE la que se encargaría de revisar el estudio del VAD corregido de EEGSA y determinar si cumplía íntegramente con las decisiones de la Comisión Pericial⁴⁵⁶. La CNEE tampoco habría incluido disposiciones específicas en sus propios borradores de las reglas operativas por las cuales proponía ocuparse de revisar y aprobar el estudio del VAD corregido de EEGSA, tal como hizo⁴⁵⁷. Asimismo, según confirmó el Sr. Bastos en la Audiencia, la posición de la CNEE respecto de la Regla 12 de las Reglas Operativas relativa a la revisión y aprobación del estudio del VAD corregido de EEGSA por parte de la Comisión Pericial cambió recién *después* de que la Comisión Pericial hubiera emitido sus pronunciamientos⁴⁵⁸. Tal como declaró el Sr. Bastos, “[h]asta el 25 de julio, cuando [la Comisión Pericial] entreg[ó] el informe, no se había suscitado ningún tipo de controversia ni ninguna discrepancia entre las Partes” acerca de “los alcances de

⁴⁵⁵ Resolución CNEE-88-2002 de fecha 23 de octubre de 2002, art. A.6.5 (énfasis añadido) (C-59).

⁴⁵⁶ Escrito de la Demandante Posterior a la Audiencia, párrafo 147.

⁴⁵⁷ *Íd.*; Correo electrónico de M. Quijivix a M. Calleja, en el que se adjuntan las Reglas Propuestas por la CNEE, del 15 de mayo de 2008, Regla 3 (“**La CP deberá pronunciarse estrictamente sobre las discrepancias que se resuelvan:** La CP dictaminará sobre las discrepancias y *el consultor de la Distribuidora será quien haga el recálculo del Estudio, debiendo apegarse al estricto cumplimiento de lo resuelto por la CP, lo entregue a la CNEE, ésta revisara la integración del fallo de la CNEE y aprobará el Estudio Tarifario*”). (énfasis añadido) (C-210); Correo electrónico de M. Quijivix a M. Calleja en el que se adjunta las Reglas Operativas Propuestas para el Funcionamiento de la Comisión Pericial, del 21 de mayo de 2008, Regla 13 (“La Distribuidora informará a su consultora del pronunciamiento de la Comisión Pericial, *quien deberá realizar todos los cambios solicitados en el pronunciamiento de la CP y remitir la nueva versión a la CNEE para su revisión y aprobación*”). (énfasis añadido) (C-213).

⁴⁵⁸ Escrito de la Demandante Posterior a la Audiencia, párrafo 147; Acta (1 de marzo de 2013) 756:21-757:18 (Contrainterrogatorio de Bastos).

[su] tarea y en lo que estaba[n] haciendo”; sin embargo, “[con] posterior[idad al] 25 de [julio], se suscita toda esta nueva interpretación sobre los alcances de la revisión o no revisión de los resultados por parte de la Comisión Pericial. Hasta ese momento estuvo claramente entendido por los Peritos, [...] por la [CNEE] y por la empresa que [su] tarea terminaba con la revisión del estudio, de la aplicación de los resultados del estudio”⁴⁵⁹.

91. Por otra parte, tal como señaló la Demandante en su Escrito Posterior a la Audiencia, si bien ni la LGE ni el RLGE indican expresamente si debe ser la CNEE o el consultor de la distribuidora quien corrija el estudio del VAD de la distribuidora una vez emitidos los pronunciamientos de la Comisión Pericial, es axiomático que los pronunciamientos de dicha Comisión deben ser incorporados por la CNEE o por el consultor de la distribuidora, y que la CNEE simplemente no puede ignorarlos si no está de acuerdo con ellos, como lo hizo en este caso⁴⁶⁰. Efectivamente, si la CNEE pudiera ignorar las decisiones de la Comisión Pericial, según continúa afirmando la Demandada, el proceso que corresponde a dicha Comisión conforme al artículo 75 de la LGE no tendría ninguna finalidad. Tampoco sería coherente con las declaraciones anteriores de Guatemala. Tal como se mencionó precedentemente, Guatemala declaró expresamente en el Memorándum de Venta que “[l]os VAD deben ser calculados por los distribuidores mediante un estudio encargado a una empresa de ingeniería” y que la CNEE “revisará los estudios y podrá efectuar observaciones, *pero en caso de discrepancia se nombrará una Comisión de tres peritos para que resuelva sobre las diferencias*”⁴⁶¹. Si la CNEE hubiera tenido la facultad de dejar de lado las decisiones de la Comisión Pericial y decidir las discrepancias ella misma, Guatemala no habría estipulado que “se nombrará una Comisión de tres peritos *para que resuelva sobre las diferencias*”.

92. En tercer lugar, el argumento de la Demandada de que sus comunicaciones *ex parte* mantenidas de forma indebida con el Sr. Riubrugent no evidencian una conducta arbitraria ni de mala fe dado que quedó en evidencia en la Audiencia que “el Lic. Giacchino decidió [...] y sin informar a la CNEE— anticipar a su equipo de Bates White los pronunciamientos de la

⁴⁵⁹ Acta (1 de marzo de 2013) 756:21-757:18 (Contrainterrogatorio de Bastos).

⁴⁶⁰ Escrito de la Demandante Posterior a la Audiencia, párrafo 71 nota al pie 264.

⁴⁶¹ Memorándum de Venta, página 53 (énfasis añadido) (C-29).

Comisión Pericial antes de que se emitiera[n]”⁴⁶², que este hecho “fue confirmado” por el Sr. Bastos “en términos inequívocos”⁴⁶³, y que también existieron “contactos unilaterales entre la Comisión Pericial (a través de Bates White) y EEGSA [de] los cuales la CNEE” supuestamente nunca fue informada, carece de fundamento⁴⁶⁴. Como consta en el expediente, en sus primeras declaraciones testimoniales en el presente arbitraje, los Sres. Bastos y Giacchino declararon que la Comisión Pericial acordó que el Sr. Giacchino comunicaría a Bates White la decisión de la Comisión sobre cada discrepancia a medida que se dirimiera⁴⁶⁵. Según explicaron los Sres. Bastos y Giacchino, proceder de esta manera le permitiría a Bates White comenzar a corregir su estudio tarifario mientras que la Comisión Pericial completaba su labor y permitiría publicar el nuevo pliego tarifario dentro del plazo estipulado⁴⁶⁶. Por lo tanto, el testimonio del Sr. Bastos en la Audiencia de que el Sr. Giacchino “[e]staba pasando las decisiones que iba tomando la Comisión Pericial” a Bates White concuerda con sus declaraciones testimoniales anteriores y no respalda la acusación infundada de la Demandada de que el Sr. Giacchino mantuvo comunicaciones *ex parte* indebidas con EEGSA⁴⁶⁷. Tal como aclaró expresamente el Sr. Giacchino, no comunicó los pronunciamientos de la Comisión Pericial a EEGSA⁴⁶⁸. Del mismo modo, el testimonio del Sr. Giacchino de que transmitió solicitudes específicas de información de la Comisión Pericial a EEGSA no refleja ninguna comunicación *ex parte* indebida⁴⁶⁹, puesto que estos requerimientos específicos de información provinieron y fueron compartidos con los

⁴⁶² Escrito de la Demandada Posterior a la Audiencia, párrafo 181.

⁴⁶³ *Íd.*

⁴⁶⁴ *Íd.*, párrafo 182.

⁴⁶⁵ Memorial, párrafo 145; Bastos I, párrafo 14 (CWS-1); Giacchino I, párrafo 46 (CWS-4).

⁴⁶⁶ Memorial, párrafo 145; Bastos I, párrafo 14 (CWS-1); Giacchino I, párrafo 46 (CWS-4).

⁴⁶⁷ Escrito de la Demandada Posterior a la Audiencia, párrafo 181 (en el que se cita el Acta (1 de marzo de 2013) 762:4-16 (Contrainterrogatorio de Bastos)).

⁴⁶⁸ Giacchino II, párrafo 23 (CWS-10). De hecho, ante la solicitud de la Demandada de presentar todas las comunicaciones mantenidas entre el Sr. Giacchino y EEGSA durante el proceso de la Comisión Pericial, la Demandante entregó la totalidad de dichas comunicaciones a la Demandada. *Ver* Carta de la Demandada al Tribunal de fecha 29 de noviembre de 2011, Anexo 3, página 2. Significativamente, la Demandada no ha utilizado *ninguno* de estos documentos como respaldo en el presente arbitraje, ya que ninguno de ellos refleja la existencia de comunicaciones *ex parte* indebidas entre el Sr. Giacchino y EEGSA.

⁴⁶⁹ Escrito de la Demandada Posterior a la Audiencia, párrafo 182 (en el que se cita el Acta (4 de marzo de 2013) 935:5-18 (Contrainterrogatorio de Giacchino)).

tres integrantes de la Comisión Pericial⁴⁷⁰. En consecuencia, resulta fallido el intento de la Demandada de caracterizar a estas comunicaciones como comunicaciones *ex parte* indebidas.

93. Asimismo, la afirmación de la Demandada de que el Sr. Giacchino no demostró independencia de criterio en la elaboración del estudio del VAD de EEGSA, según lo exige el artículo 1.5 de los TdR también es infundada⁴⁷¹. Efectivamente, la única supuesta prueba de la falta de independencia del Sr. Giacchino es el Contrato celebrado entre EEGSA y Bates White para la revisión tarifaria de EEGSA correspondiente al período 2008-2013, que según aduce la Demandada estaba “en abierta violación del requisito de independencia previsto en el artículo 1.5”, dado que la cláusula 6 “establecía que la incorporación de las correcciones o modificaciones al estudio tarifario solicitadas por la CNEE quedaba sujeta a previa aprobación de EEGSA”⁴⁷². Tal como consta en el expediente, EEGSA, no obstante, entregó una copia de este Contrato a la CNEE conforme a la propia solicitud de la CNEE⁴⁷³. Si la CNEE creía que la cláusula 6 del Contrato entre EEGSA y Bates White estaba “en abierta violación del requisito de independencia previsto en el artículo 1.5”, habría planteado alguna objeción luego de recibir la copia del Contrato. Sin embargo, no hay ninguna prueba de que la CNEE haya efectuado alguna objeción en algún momento, y por ende, debe rechazarse el intento extemporáneo de la Demandada de plantear esta cuestión ahora.

94. Lo mismo resulta aplicable a la cláusula 9.3(c) del Contrato, que dispone que el Sr. Giacchino actuaría como representante de EEGSA en cualquier Comisión Pericial que se forme en relación con la revisión tarifaria⁴⁷⁴. Habiendo recibido una copia del Contrato de EEGSA con Bates White, la CNEE nunca planteó ninguna objeción con respecto a esta cláusula. Por otra parte, tal como explicó el Sr. Giacchino, “a aquellas personas que trabajan en el estudio

⁴⁷⁰ Acta (4 de marzo de 2013) 935:10-18 (Contrainterrogatorio de Giacchino); Acta (4 de marzo de 2013) 952:17-956:5 (Segundo Interrogatorio de Giacchino).

⁴⁷¹ Escrito de la Demandada Posterior a la Audiencia, párrafos 98-100.

⁴⁷² Escrito de la Demandada Posterior a la Audiencia, párrafo 98 (énfasis omitido) (en el que se cita el Contrato entre EEGSA y Bates White, LLC para la elaboración del Estudio Tarifario 2008-2013, de fecha 23 de enero de 2008, cláusula 6 (**R-55**)).

⁴⁷³ Carta N.º CNEE-15225-2007 de la CNEE a EEGSA, del 17 de diciembre de 2007 (**C-134**); Carta N.º GG-017-2008 de EEGSA a la CNEE, del 31 de enero de 2008 (**C-159**).

⁴⁷⁴ Contrato entre EEGSA y Bates White, LLC para la elaboración del Estudio Tarifario 2008-2013, de fecha 23 de enero de 2008, cláusula 9.3(c) (**R-55**).

tarifario frecuentemente se las nombra como integrantes de las comisiones periciales a las cuales se les encarga resolver las controversias entre el ente regulador y la institución regulada . . . porque tales personas ya se encuentran familiarizadas con las complejas cuestiones que se presentan en los estudios tarifarios y pueden resolver las controversias dentro de un plazo escueto, como generalmente tienen con las revisiones tarifarias”⁴⁷⁵. En efecto, como destacó el propio Sr. Colom en su primera declaración testimonial, la CNEE designó al Sr. Riubrugent para integrar la Comisión Pericial precisamente porque “tenía [] [un] conocimiento [sólido] del estudio tarifario en discusión” como resultado de su análisis de los estudios de EEGSA y Sigla⁴⁷⁶. Por lo tanto, no había ninguna “irregularidad” en la cláusula 9.3(c) del contrato entre EEGSA y Bates White y, de hecho, la CNEE en ese momento nunca planteó ninguna objeción.

95. Por último, las repetidas afirmaciones de la Demandada de que la propuesta efectuada por EEGSA a la CNEE fue irregular, y que evidencia la mala fe de EEGSA⁴⁷⁷ resultan jurídicamente irrelevantes y, además, se ven refutadas por el acervo documental. De hecho, la Demandada nunca explicó la relevancia jurídica de sus aseveraciones respecto de la propuesta de EEGSA a la CNEE. Las afirmaciones de la Demandada no demuestran que EEGSA haya incurrido en una conducta ilegal, ni absuelven en modo alguno a la Demandada de la responsabilidad emergente de su accionar arbitrario en el presente caso. Asimismo, lo señalado por la Demandada de que esta propuesta no pudo haber sido parte de una discusión para intentar resolver la controversia puesto que “fue hecha el 22 de abril de 2008 cuando la CNEE ni siquiera contaba con el estudio final de EEGSA (que se presentó recién el [28 de julio] de 2008)”⁴⁷⁸, es incorrecto. Como explicó la Demandante, la propuesta de EEGSA de aceptar un aumento del 10% de su VAD, y al mismo tiempo mantener las mismas tarifas totales para los clientes regulados⁴⁷⁹, fue una oferta tendiente a una resolución efectuada de buena fe⁴⁸⁰. La afirmación de la Demandada de que, en el momento de esa reunión, no existía una controversia entre EEGSA y

⁴⁷⁵ Giacchino II, párrafo 25 (CWS-10).

⁴⁷⁶ Colom I, párrafo 117 (RWS-1).

⁴⁷⁷ Escrito de la Demandada Posterior a la Audiencia, párrafos 149-156.

⁴⁷⁸ *Íd.*, párrafo 150.

⁴⁷⁹ *Ver* Calleja I, párrafo 29 (CWS-3).

⁴⁸⁰ Acta (21 de enero de 2013) 60:19-61:22 (Alegato de Apertura de la Demandante); Réplica, párrafos 126-128.

la CNEE en relación con la revisión tarifaria de EEGSA para el período 2008-2013 es, por lo tanto, errónea⁴⁸¹. Según consta en el expediente, esta propuesta fue realizada *después* de que la CNEE hubiera emitido sus observaciones del 11 de abril de 2008 respecto del estudio del VAD de EEGSA, que constituirían la base de las discrepancias sometidas a la Comisión Pericial⁴⁸². Por ende, en el momento en que EEGSA efectuó su propuesta, ya existía una controversia entre las partes con respecto al estudio del VAD de EEGSA.

96. Asimismo, en vista de que la CNEE había adoptado TdR objetables⁴⁸³; que la CNEE había mantenido solo una reunión con EEGSA en noviembre de 2007 para discutir su informe de Etapa A y luego se negó a programar nuevas reuniones para discutir los otros informes de Etapa⁴⁸⁴; que, un mes después de su única reunión, la CNEE, en diciembre de 2007, amenazó con tener el informe de Etapa A de EEGSA por “no recibido” por no estar acompañado de un poder notarial mediante el cual se autorizara al Sr. Calleja a entregarlo, con lo cual se abría la puerta para que la CNEE dejara de lado el estudio conforme al artículo 98 modificado del RLGE⁴⁸⁵; y que la CNEE había incluido una fórmula de FRC inapropiada en los TdR modificados en enero de 2008⁴⁸⁶, EEGSA estaba preocupada, con razón, de que la CNEE intentara interceptar el proceso de revisión tarifaria. Según explicó el Sr. Maté —a quien, notablemente, la Demandada eligió no realizarle un conainterrogatorio en la Audiencia— “[a] juzgar por la poca colaboración y la actitud poco receptiva de la CNEE durante el proceso de revisión tarifaria, y la consulta que [le] hiciera el Sr. Moller sobre si EEGSA aceptaría una disminución del VAD, parecía inevitable que las partes recurrieran a una Comisión Pericial” y que “[c]on el fin de evitar todo lo costoso e incierto de un proceso de resolución, EEGSA estaba dispuesta a negociar y acceder a una tarifa del VAD menor a la que tenía derecho”⁴⁸⁷. Tal como

⁴⁸¹ Escrito de la Demandada Posterior a la Audiencia, párrafo 150.

⁴⁸² Resolución CNEE-63-2008 de fecha 11 de abril de 2008 (C-193).

⁴⁸³ Escrito de la Demandante Posterior a la Audiencia, párrafos 118-138.

⁴⁸⁴ *Íd.*, párrafo 136; Giacchino I, párrafos 21-22 (CWS-4); Calleja I, párrafos 24-25 (CWS-3); Calleja II, párrafo 22 (CWS-9).

⁴⁸⁵ *Ver* Carta N.º CNEE-15225-2007 de la CNEE a EEGSA, del 17 de diciembre de 2007, páginas 1-2 (C-134); *ver también* Maté I, párrafo 16 (CWS-6); Calleja I, párrafo 25 (CWS-3).

⁴⁸⁶ Escrito de la Demandante Posterior a la Audiencia, párrafos 130-138; Términos de Referencia de 2007, de enero de 2008, Art. 8.3 (C-417).

⁴⁸⁷ Maté II, párrafo 18 (CWS-12).

señaló asimismo, “[e]llo no tuvo nada de singular: las compañías negocian todo el tiempo y aceptan menos de lo que les corresponde para evitar litigios cuyo resultado es siempre incierto”⁴⁸⁸.

97. No hubo nada irregular en esta propuesta, ni tampoco “EEGSA y TGH hicieron todo lo posible para que no quedara rastro de la misma”⁴⁸⁹, como aduce la Demandada. Como explicó el Sr. Maté, la reunión de EEGSA con la CNEE “no fue secreta: a ella asistieron los tres directores de la CNEE y el Presidente y Gerente General de EEGSA, y se celebró en las oficinas de la CNEE”⁴⁹⁰. Por otra parte, tal como confirmó el propio Sr. Colom en el contrainterrogatorio, nadie en la CNEE hizo una denuncia a las autoridades en relación con esta reunión o propuesta, a pesar de que los funcionarios de la CNEE habrían estado obligados a hacerlo conforme al derecho guatemalteco si hubiera habido alguna actividad ilícita⁴⁹¹. De hecho, como ha demostrado la Demandante, la CNEE había recibido anteriormente propuestas similares, incluyendo la presentada por la empresa de transmisión del INDE, ETCEE, cuando el propio Sr. Colom ocupaba el cargo de Gerente General del INDE⁴⁹². Los intentos de la Demandada de diferenciar esta propuesta de la hecha por EEGSA son inútiles⁴⁹³. Tal como refleja la propuesta misma, ETCEE, junto con la empresa de transmisión de EEGSA, TRELEC, informaron a la CNEE que “estaría[n] dispuesta[s] [a] conceder, bajo el estricto cumplimiento de la Normativa Vigente [...] un descuento unilateral y por única vez del CAT del 40% obteniéndose en consecuencia unos resultados intermedios similares a los propuestos por la CNEE”⁴⁹⁴. Como explicó el Sr. Calleja, “[e]sta propuesta, como la de EEGSA, por tanto, ofrecía al Gobierno la oportunidad de aplicar una tarifa con descuento, es decir, inferior a la tarifa aplicable conf[o]rme al estudio previsto en [la] Ley”⁴⁹⁵. El supuesto desconocimiento de esta propuesta por parte del

⁴⁸⁸ *Íd.*

⁴⁸⁹ Escrito de la Demandada Posterior a la Audiencia, párrafo 151.

⁴⁹⁰ Maté II, párrafo 19 (CWS-12).

⁴⁹¹ Acta (4 de marzo de 2013) 1095:11-1096:1 (Contrainterrogatorio de Colom).

⁴⁹² *Ver* Colom II, párrafo 56 (RWS-4); Acta (4 de marzo de 2013) 1101:17-1102:4, 1103:5-9 (Contrainterrogatorio de Colom); Réplica, párrafos 124-125; Calleja II, párrafo 25 (CWS-9); Maté II, párrafo 18 (CWS-12); Carta N.º 0-553-170-2005 de TRELEC y ETCEE a la CNEE, del 9 de mayo de 2005 (C-91).

⁴⁹³ Dúplica, párrafos 353-354.

⁴⁹⁴ Carta N.º 0-553-170-2005 de TRELEC y ETCEE a la CNEE, del 9 de mayo de 2005, páginas 3-4 (C-91).

⁴⁹⁵ Calleja II, párrafo 27 (CWS-9).

Sr. Colom no resulta creíble⁴⁹⁶. ETCEE simplemente no podría haber ofrecido una reducción del 40% en sus tarifas a la CNEE sin que el Gerente General del INDE lo supiera.

98. La afirmación de la Demandada de que “[e]n ningún momento en este proceso TGH intentó explicar las razones que llevaron a EEGSA a ofrecer un descuento de tal magnitud”⁴⁹⁷, también es incorrecta. Tal como explicó el Sr. Calleja, en vista de las impugnaciones a las tarifas anteriores de EEGSA y los cambios políticos ocurridos en Guatemala con la elección del Presidente Colom en 2007, EEGSA temía que, por razones políticas, la CNEE se opondría a cualquier aumento de las tarifas vigentes⁴⁹⁸. No obstante, EEGSA “necesitaba aumentar el VAD, entre otras cosas debido a que la parte del VAD calculada en dólares en el 2003 (es decir, aproximadamente el 50%) no había sido actualizada según la evolución del Índice de Precios al Consumidor de Estados Unidos correspondiente al dólar estadounidense durante todo el período tarifario 2003-2008”⁴⁹⁹. Según explicó el Sr. Calleja, EEGSA propuso un aumento del 10% ya que sus tarifas para el período 2003-2008 habían incluido un recargo de ajuste de electricidad del 10% para permitir que EEGSA recuperara los montos diferidos devengados correspondientes al período tarifario 1998-2003; la última cuota de pago de ese monto diferido era julio de 2008 y, por lo tanto, si el VAD de EEGSA hubiera aumentado un 10%, la tarifa resultante se habría mantenido al mismo nivel para los consumidores regulados de EEGSA⁵⁰⁰.

99. Por último, la propuesta de EEGSA de un aumento del 10% no revelaba “la falta de credibilidad de los estudios presentados por EEGSA”⁵⁰¹, como afirma la Demandada. Según explicó el Sr. Maté, en la reunión el Sr. Pérez “de ningún modo expresó que el estudio de Bates White ‘no servía para nada’”, más bien, lo que “manifestó a los Directores de la CNEE fue que la EEGSA tenía la facultad para acordar un VAD inferior al calculado por Bates White en su

⁴⁹⁶ Acta (4 de marzo de 2013) 1099:16-19, 1102:12-1103:4, 1103:10-1104:1 (Contrainterrogatorio de Colom).

⁴⁹⁷ Escrito de la Demandada Posterior a la Audiencia, párrafo 154.

⁴⁹⁸ Calleja II, párrafo 25 (CWS-9).

⁴⁹⁹ *Íd.*

⁵⁰⁰ *Ver* Calleja I, párrafo 29 (CWS-3).

⁵⁰¹ Escrito de la Demandada Posterior a la Audiencia, párrafo 156.

estudio⁵⁰². La reiterada mención por parte de la Demandada de una nota manuscrita en la propia copia de la CNEE de la presentación de EEGSA de ninguna manera demuestra que EEGSA no confiaba en el trabajo que estaba realizando Bates White en cuanto a su estudio tarifario⁵⁰³. Efectivamente, el hecho de que la Comisión Pericial se haya pronunciado a favor de EEGSA con respecto a la mayoría de las discrepancias con mayor impacto en el VAD demuestra que la labor realizada por Bates White era confiable.

3. Los argumentos *post hoc* de la Demandada relacionados con el estudio del VAD de Bates White del 28 de Julio de 2008 son jurídicamente irrelevantes y fácticamente incorrectos

100. En su Escrito Posterior a la Audiencia, la Demandada continúa criticando el estudio del VAD corregido de Bates White del 28 de julio de 2008 e insistiendo que no podía utilizarse para fijar el VAD de EEGSA dado que el estudio presuntamente no incorporaba íntegramente los pronunciamientos de la Comisión Pericial, y sus resultados supuestamente no eran razonables⁵⁰⁴. Como ha explicado la Demandante, los argumentos *post hoc* de la Demandada no pueden absolverla de la responsabilidad por incumplir el Tratado⁵⁰⁵. Es indiscutible que la decisión de la CNEE de imponer el VAD de Sigla a EEGSA no tuvo nada que ver con la exactitud o razonabilidad del estudio del VAD corregido de Bates White del 28 de julio de 2008. Tal como lo demuestran las pruebas documentales, y como confirmó el propio testigo de la Demandada, la CNEE rechazó dicho estudio sin siquiera examinarlo porque la CNEE había determinado que acatar los pronunciamientos de la Comisión Pericial daría como resultado un VNR y un VAD para EEGSA más altos de lo que quería⁵⁰⁶. La Demandada ahora no puede, *post facto*, eludir o minimizar su responsabilidad intentando destruir el estudio del VAD corregido del 28 de julio de 2008. Esto es especialmente cierto en vista de que no hizo *ningún* intento de incorporar los pronunciamientos de la Comisión Pericial en el estudio del

⁵⁰² Maté II, párrafo 19 (CWS-12).

⁵⁰³ Escrito de la Demandada Posterior a la Audiencia, párrafo 156.

⁵⁰⁴ Escrito de la Demandada Posterior a la Audiencia, párrafos 190-215, 224-227.

⁵⁰⁵ Escrito de la Demandante Posterior a la Audiencia, párrafos 153-164; Réplica, párrafo 281.

⁵⁰⁶ Escrito de la Demandante Posterior a la Audiencia, párrafos 78-79, 146, 157; Acta (4 de marzo de 2013) 1054:4-1055:3 (Contrainterrogatorio de Moller).

VAD de Sigla, que de manera unilateral impuso a EEGSA⁵⁰⁷. En todo caso, como lo ha demostrado la Demandante, y como se demuestra asimismo a continuación, las críticas de la Demandada al mencionado estudio carecen de todo fundamento.

a. Bates White incorporó íntegramente los pronunciamientos de la Comisión Pericial en su estudio del VAD corregido del 28 de julio de 2008

101. El argumento de la Demandada de que el estudio del VAD corregido de Bates White del 28 de julio de 2008 no podía servir como base para fijar el VAD y las tarifas de EEGSA para el período 2008-2013 dado que no incorporaba todos los pronunciamientos de la Comisión Pericial⁵⁰⁸ es fútil. Tal como admitió expresamente el propio Sr. Moller en la Audiencia, la CNEE no revisó el estudio del VAD corregido de Bates White del 28 de julio de 2008 cuando se presentó a la CNEE⁵⁰⁹. En cambio, según confirmó el Sr. Moller, la CNEE solo revisó dicho estudio “mucho tiempo después”⁵¹⁰. En consecuencia, la decisión de la CNEE del 29 de julio de 2008 de fijar las tarifas de EEGSA en función del estudio del VAD de Sigla no estuvo basada en supuestas deficiencias del estudio del VAD corregido de Bates White del 28 de julio de 2008⁵¹¹. Por ende, las reiteradas afirmaciones de la Demandada acerca de los supuestos defectos contenidos en el mencionado estudio son jurídicamente irrelevantes para la decisión del Tribunal respecto de la responsabilidad y los daños en el presente caso.

102. Asimismo, como demostró la Demandante en su Escrito Posterior a la Audiencia, el estudio del VAD de Sigla en el que se basó la Demandada para fijar el VAD y las tarifas de EEGSA para el período 2008-2013, así como los estudios del VAD de Quantum para DEORSA y DEOCSA, que fueron aceptados por la CNEE, adolecían de los mismos defectos que los

⁵⁰⁷ Acta (4 de marzo de 2013) 1055:22-1056:14 (Contrainterrogatorio de Moller).

⁵⁰⁸ Escrito de la Demandada Posterior a la Audiencia, párrafos 191-196.

⁵⁰⁹ Escrito de la Demandante Posterior a la Audiencia, párrafos 146, 157; Acta (4 de marzo de 2013) 1054:4-1055:3 (Contrainterrogatorio de Moller).

⁵¹⁰ *Ver* Acta (4 de marzo de 2013) 1054:4-1055:3 (Contrainterrogatorio de Moller); *id.*, página 1054:7-8 (donde reconoce que la presentación preparada por la CNEE donde se analizan los pronunciamientos de la Comisión Pericial “no menciona” el estudio corregido de Bates White del 28 de julio); Análisis del Dictamen de la Comisión Pericial (sin fecha), página 9 (que no contiene mención alguna del estudio del VAD de Bates White del 28 de julio de 2008) (C-547).

⁵¹¹ Resolución CNEE-144-2008 de fecha 29 de julio de 2008 (C-272).

supuestamente contenidos en el estudio del VAD corregido de Bates White del 28 de julio de 2008, lo que demuestra aún más la naturaleza *post hoc* de los reclamos de la Demandada⁵¹². El Sr. Damonte admitió en la Audiencia que tanto en el estudio del VAD de Sigla como en los estudios del VAD de Quantum se utilizaron valores copiados, y que no estaban vinculados de modo tal de permitir que un cambio en una variable se traslade automáticamente a los demás archivos⁵¹³. Por lo tanto, lo señalado por la Demandada de que “[l]a trazabilidad ‘parcial’ que propone el Sr. Barrera no era suficiente para la CNEE”⁵¹⁴ carece de fundamento. No solo la CNEE no revisó el estudio del VAD corregido de Bates White del 28 de julio de 2008 en ese momento, sino que tanto el estudio del VAD de Sigla como los estudios del VAD de Quantum, que fueron expresamente aprobados por la CNEE, utilizaron valores copiados y contenían vínculos rotos entre las hojas de cálculo.

103. Además del hecho de que los argumentos de la Demandada respecto del estudio del VAD corregido de Bates White del 28 de julio de 2008 son *post hoc* y, por ende, no deben tenerse en cuenta, sus argumentos son asimismo fácticamente incorrectos ya que Bates White sí incorporó todos los pronunciamientos de la Comisión Pericial en su estudio del VAD corregido del 28 de julio de 2008. Como explicó la Demandante en su Escrito Posterior a la Audiencia, la Demandada no proporcionó ningún análisis válido de si el estudio del VAD corregido de Bates White del 28 de julio de 2008 implementó íntegramente las decisiones de la Comisión Pericial⁵¹⁵. A diferencia del Dr. Barrera, quien revisó y verificó detenidamente la adecuación del

⁵¹² Escrito de la Demandante Posterior a la Audiencia, párrafo 157; *ver también* Acta (5 de marzo de 2013) 1317:15-1318:4 (Interrogatorio de Barrera); Presentación en Interrogatorio de Barrera, Diapositiva 35; Barrera, párrafos 276-278 (**CER-4**).

⁵¹³ Acta (5 de marzo de 2013) 1430:22-1431:15 (Contrainterrogatorio de Damonte) (donde declara que el estudio de Sigla “[p]or supuesto” que tenía valores copiados y que él “no lo haría así. Yo hubiera probablemente indicado, hecho alguna indicación o simplemente vinculado éste con la hoja original”); Acta (5 de marzo de 2013) 1442:8-14 (Contrainterrogatorio de Damonte) (donde, en relación con los estudios de Quantum, señala que “tiene que haber otra hoja donde se efectúa el cálculo” y que “luego lo que pasó es que alguien copió ese valor de la otra planilla”); Acta (5 de marzo de 2013) 1424:1-8 (Contrainterrogatorio de Damonte) (donde afirma que el Dr. “Barrera tiene razón” en que “[m]uchos vínculos entre fórmulas y hojas de cálculos al modelo de SIGLA parecen estar rotos. En consecuencia, cambios en una hoja de cálculo no se transfieren automáticamente en los otros archivos”); Acta (5 de marzo de 2013) 1434:16-1436:2 (Contrainterrogatorio de Damonte) (donde admite que los precios de referencia de Perú incluidos en el modelo tarifario de Sigla son “valores copiados”).

⁵¹⁴ Escrito de la Demandada Posterior a la Audiencia, párrafo 208.

⁵¹⁵ Escrito de la Demandante Posterior a la Audiencia, párrafo 179. La Demandante señala que, si bien la Demandada hizo referencia anteriormente a un informe de 2009 de Mercados Energéticos en respaldo de su

mencionado estudio con respecto a cada uno de los pronunciamientos de la Comisión Pericial⁵¹⁶, el Sr. Damonte, en sus informes periciales, en cambio, se embarcó en un “recálculo” del estudio del VAD de Bates White del 5 de mayo de 2008⁵¹⁷. El “recálculo” del Sr. Damonte, no obstante, no implementó las decisiones de la Comisión Pericial en varios aspectos, incluyendo con respecto a las cuestiones que tienen un impacto directo en el VNR (como los precios de referencia) y, en consecuencia, la diferencia entre el VNR calculado por Bates White en su estudio corregido del VAD del 28 de julio de 2008 y la cifra que obtuvo el Sr. Damonte mediante su “recálculo” no respalda la posición de la Demandada⁵¹⁸.

104. Claramente consciente de este defecto fundamental en el dictamen del Sr. Damonte, la Demandada ahora sostiene que el Sr. Damonte no analizó el estudio corregido del VAD de Bates White del 28 de julio de 2008 ya que dicho análisis “hubiera sido extremadamente complicado”, debido a que el modelo de Bates White del 28 de julio supuestamente no estaba vinculado⁵¹⁹. Sin embargo, el Dr. Barrera pudo analizar el estudio del VAD corregido del 28 de julio de 2008, y demostró que el modelo de Bates White estaba vinculado, según lo requerido por la Comisión Pericial⁵²⁰. De todos modos, el argumento de la Demandada se ve contradicho por el propio Sr. Damonte, quien en su primer informe señaló que dado que “los archivos entregados por BW el 5-5-08 no contenían un modelo integrado”, como parte del “recálculo” del Sr. Damonte del estudio del 5 de mayo de 2008 “fue necesario primeramente integrar todos los archivos vinculados de forma tal que funcione en forma autónoma y permita el cálculo del impacto sobre el VNR que produce cada cambio establecido

afirmación de que el estudio del VAD corregido de Bates White del 28 de julio de 2008 no implementó íntegramente los pronunciamientos de la Comisión Pericial, el informe de Mercados Energéticos no era un análisis contemporáneo, sino un intento de Guatemala de crear una justificación para su conducta *post facto* y en previsión del arbitraje. *Ver* Réplica de la Demandante, párrafo 178. De todos modos, el informe de Mercados Energéticos fue enteramente refutado por el Dr. Barrera (*ver* Barrera, párrafos 66-192 (**CER-4**)), y efectivamente ha sido abandonado por la Demandada luego de que sus autores se retiraran como testigos en el presente arbitraje.

⁵¹⁶ *Ver* Barrera, párrafos 65-192 (**CER-4**).

⁵¹⁷ *Ver en general* Damonte I (**RER-2**); Damonte II (**RER-5**).

⁵¹⁸ Escrito de la Demandante Posterior a la Audiencia, párrafo 179.

⁵¹⁹ Escrito de la Demandada Posterior a la Audiencia, párrafo 195 (en el que se cita el Acta (5 de marzo de 2013) 1414:7-1415:15 (Interrogatorio de Damonte)).

⁵²⁰ *Ver* Barrera, párrafos 73-75 (**CER-4**).

en los pronunciamientos de la CP”, y que él y sus colegas pudieron efectuar dicha integración en “50 horas de trabajo”⁵²¹. El Sr. Damonte podría haber llevado a cabo un trabajo similar respecto del estudio del VAD corregido del 28 de julio de 2008, en la medida en que hubiese sido necesario (que no lo era).

105. El argumento de la Demandada de que el propio Dr. Barrera admitió que ciertos pronunciamientos de la Comisión Pericial no habían sido incorporados en el estudio del VAD corregido de Bates White del 28 de julio de 2008 ya que “no todos los precios de referencia internacionales requeridos por la Comisión Pericial habían sido provistos”⁵²² también es incorrecto. Lo alegado por la Demandada se relaciona con el dictamen pericial del Dr. Barrera, que confirmó en la Audiencia, de que el estudio del VAD corregido de Bates White del 28 de julio de 2008 cumplió con el pronunciamiento de la Comisión Pericial mediante la inclusión de dos precios internacionales para cada material, y la adopción del precio más bajo entre el precio local y los dos precios internacionales⁵²³. Tal como consta en el expediente, en el estudio del VAD corregido de Bates White del 28 de julio de 2008 hay más de 150 materiales principales⁵²⁴. Según explicó el Dr. Barrera, para ocho de esos materiales, se incluyeron menos de dos precios internacionales por las razones expuestas en el estudio⁵²⁵. Entre las razones mencionadas, por ejemplo, estaba el hecho de que el material en cuestión era hecho a pedido, y por ende no existía un precio internacional de referencia⁵²⁶. Si bien la Demandada sostiene que el Dr. Barrera señaló estas explicaciones en un “intent[o por] justificar” la omisión de los precios internacionales, llamativamente, no alega que las explicaciones expuestas en el estudio eran injustificadas o

⁵²¹ Damonte I, párrafos 161, 162 (**RER-2**).

⁵²² Escrito de la Demandada Posterior a la Audiencia, párrafo 206.

⁵²³ Barrera, párrafos 78-86 (**CER-4**); Acta (5 de marzo de 2013) 1305:4-22 (Interrogatorio de Barrera) (donde señala que “la CP dijo que Bates White debía agregar dos precios internacionales para los materiales importantes [y] efectuar otros ajustes. Examinamos el estudio de Bates White y concluimos que implementaron los pronunciamientos de la Comisión Pericial”, y describe cómo el Dr. Barrera verificó la adecuación).

⁵²⁴ Ver Modelo de Bates White del 28 de julio de 2008 entregado a la CNEE, archivo “Precios representativos 05May08.xls”, pestaña “Resumen”, columna C (**C-564**) (donde se enumeran más de 150 materiales “Mayor” (principales)).

⁵²⁵ Barrera, párrafo 79 (**CER-4**).

⁵²⁶ Modelo de Bates White del 28 de julio de 2008 entregado a la CNEE, archivo “Precios representativos 05May08.xls”, pestaña “Resumen”, celda Y24 (**C-564**) (donde se aclara “[m]aterial hecho sobre pedido, no existe precio internacional”).

ilógicas⁵²⁷.

106. Asimismo, tal como explicó el Dr. Barrera, si bien no se incluyeron dos precios internacionales de referencia respecto de cuatro materiales principales, estos cuatro materiales “no se utiliza[ro]n en el cálculo ulterior y por lo tanto no requer[ían] ningún ajuste”⁵²⁸. El hecho de que estos materiales no fueron incluidos en el modelo —y que por lo tanto eran irrelevantes para el cálculo del VNR— no se discute. El reclamo de la Demandada por ende, básicamente, es que el modelo de Bates White del 28 de julio de 2008 debería haber incluido una nota al pie en la que se indicara que, tras la implementación de los pronunciamientos de la Comisión Pericial, los cuatro materiales no se utilizaron más y, por lo tanto, no fue necesario incluir precios internacionales de referencia. Sin embargo, eso no era lo que la Comisión Pericial requirió. Tampoco habría sido muy difícil para la CNEE advertir que esos cuatro materiales no se utilizaron en el modelo final, como aduce la Demandada⁵²⁹. El Dr. Barrera pudo darse cuenta de este hecho sin dificultad⁵³⁰; de todos modos, no cabe ninguna duda de que la CNEE nunca intentó verificar los precios de referencia en el modelo de Bates White del 28 de julio de 2008 en ese momento⁵³¹, y, si lo hubiera hecho, podría haber solicitado ayuda o consultado a Bates White⁵³². Además, mientras que la Demandada cuestiona la explicación brindada por el Dr. Barrera, el Sr. Damonte declaró, con respecto al modelo de Sigla, que la falta de documentación respaldatoria para ciertos precios de referencia podía excusarse si el modelo de Sigla efectivamente no usó esos precios en el cálculo del VNR⁵³³.

107. La afirmación de la Demandada de que “EEGSA todavía seguía pidiendo en su

⁵²⁷ Ver Escrito de la Demandada Posterior a la Audiencia, párrafo 206.

⁵²⁸ Barrera, párrafo 79 (CER-4).

⁵²⁹ Escrito de la Demandada Posterior a la Audiencia, párrafo 206 (donde señala que “el procedimiento que la CNEE hubiera debido realizar para identificar dichos precios, y confirmar que no habían sido utilizados, era extremadamente complicado”).

⁵³⁰ Barrera párrafo, 79 nota al pie 47 (CER-4).

⁵³¹ Escrito de la Demandante Posterior a la Audiencia, párrafos 146, 157; Acta (4 de marzo de 2013) 1054:4-1055:3 (Contrainterrogatorio de Moller).

⁵³² Ver Barrera, párrafo 70 (CER-4).

⁵³³ Acta (5 de marzo de 2013) 1439:4-7 (Contrainterrogatorio de Damonte) (“P. Entonces no le sorprendería que SIGLA no ha proporcionado la documentación de antecedente para este valor. R. La cuestión es si lo usa, doctor. Si no lo usa, no haría falta que lo haya propuesto”).

estudio de 28 de julio más de US\$ 3 millones en concepto de “honorarios de arbitraje”, cuando la Comisión Pericial había decidido [...] en contra de la inclusión de dicho concepto dentro del VNR, que ni siquiera correspondía a una disputa en curso”⁵³⁴ es igualmente errónea. Tal como consta en el Informe de la Comisión Pericial, esta discrepancia no se relacionaba con los USD3 millones en concepto de “honorarios de arbitraje”, sino con los costos de consultoría incurridos en la elaboración del estudio del VAD de EEGSA⁵³⁵. Como lo confirmó el Dr. Barrera en la Audiencia, de acuerdo con el pronunciamiento de la Comisión Pericial sobre esta discrepancia, Bates White fijó un tope para los costos de consultoría correspondientes a los dos estudios en “la misma cifra de 279 mil dólares”⁵³⁶, según lo requerido. Por lo tanto, lo alegado por la Demandada respecto de los USD3 millones en concepto de honorarios de arbitraje no tiene fundamento.

108. Como la Demandada no puede refutar la prueba de la Demandante de que Bates White incorporó debidamente los pronunciamientos de la Comisión Pericial en su estudio del VAD corregido del 28 de julio de 2008, en su Escrito Posterior a la Audiencia recurre a atacar la credibilidad del Dr. Barrera alegando que este “reconoció abiertamente en la Audiencia que el 26% de la totalidad de su experiencia profesional estaba compuesta por trabajos de consultoría encargados por Iberdrola” que “estaba trabajando para EPM en la revisión tarifaria 2013-2018”, que “en el proceso de preparación de su reporte [...] había consultado e interactuado con el mismo Lic. Giacchino” y que “el Sr. Barrera y el Lic. Giacchino se conocen desde 2002, tiempo en el cual ambos trabajaban para NERA Consulting (NERA), la consultora que asesoró a

⁵³⁴ Escrito de la Demandada Posterior a la Audiencia, párrafo 202.

⁵³⁵ Informe de la Comisión Pericial, Discrepancia F.9, páginas 141-143 (**C-246**); *ver también* Presentación en Interrogatorio de Barrera, Diapositivas 22-23.

⁵³⁶ Acta (5 de marzo de 2013) 1306:1-1307:5 (Contrainterrogatorio de Barrera). Asimismo, si bien Bates White acogió el pronunciamiento de la Comisión Pericial sobre esta discrepancia, este representa otro ejemplo donde la decisión de la Comisión Pericial fue conservadora al favorecer la posición de la CNEE. Tal como observó el Dr. Barrera en su dictamen pericial, “los montos reales de los costos eficientes de consultores se incluyen rutinariamente en las revisiones tarifarias”, en lugar de restringirse al nivel bajo que exigió la Comisión Pericial. *Ver* Barrera, párrafo 218 (**CER-4**). Como el Dr. Barrera demostró además en la Audiencia, los costos restringidos según la decisión de la Comisión Pericial eran casi la mitad de los costos reales de Mercados Energéticos en la revisión tarifaria de EEGSA para el período 2013-2018. *Ver* Presentación en Interrogatorio de Barrera, Diapositiva 26 (donde se muestra que los honorarios de Mercados Energéticos para la revisión tarifaria correspondiente al período 2013-2018 son USD576.501); Acta (5 de marzo de 2013) 1308:19-1309:5 (Contrainterrogatorio de Barrera).

EEGSA en la revisión tarifaria de 2003-2008”⁵³⁷. Cada una de las afirmaciones de la Demandada carece de fundamento. Como declaró el Dr. Barrera en la Audiencia, no ha efectuado ningún trabajo para Iberdrola desde el año 2007, cuando trabajaba para NERA, puesto que “Iberdrola no era [su] cliente”, sino “el cliente de [su] jefe” en NERA⁵³⁸. El Dr. Barrera también rechazó expresamente la insinuación de la Demandada de que estaba interesado en conseguir a Iberdrola como cliente ahora, o que su trabajo anterior influenciaba de algún modo su testimonio en este caso (en el que Iberdrola ni siquiera era parte)⁵³⁹. El Dr. Barrera tampoco indicó en la Audiencia que se encontrara trabajando actualmente para EPM en su revisión tarifaria para el período 2013-2018 en Guatemala, según afirma erróneamente la Demandada; más bien, como consta en su CV, el Dr. Barrera trabajó para EPM en el contexto de la revisión del precio de distribución de Colombia para el período 2008-2013⁵⁴⁰.

109. Por otra parte, el hecho de que el Dr. Barrera haya consultado con el Sr. Giacchino durante su revisión del modelo de Bates White, o que lo hubiera conocido en el año 2003 en una reunión de personal jerárquico en Nueva York, mientras trabajaba para NERA, tampoco le resta confiabilidad a su informe pericial. Tal como explicó el Dr. Barrera en su informe, en su “experiencia, en muchas revisiones tarifarias mediante el uso de modelos tarifarios, es habitual que los consultores brinden a sus clientes y a los entes reguladores el tipo de asistencia que nos brindó el Dr. Giacchino y, por lo general, su asesoramiento constituye un elemento importante del proceso de revisión regulatoria. Esto se debe a que los modelos tarifarios suelen ser bastante complejos, y es más conveniente para todas las partes que el regulador y el consultor interactúen para que el ente regulador pueda comprender mejor el modelo”⁵⁴¹. Según explicó además el Dr. Barrera “los entes reguladores a menudo solicitan a las consultoras una presentación del modelo, o bien buscan asesoramiento o algún manual que explique cómo funciona el modelo y qué impacto tendrían sobre él los cambios en los distintos parámetros y, por lo general, siguen en contacto con el consultor durante todo el proceso

⁵³⁷ Escrito de la Demandada Posterior a la Audiencia, párrafo 23 (énfasis omitido).

⁵³⁸ Acta (5 de marzo de 2013) 1323:7-1324:6 (Contrainterrogatorio de Barrera).

⁵³⁹ *Íd.*, página 1324:7-12.

⁵⁴⁰ Barrera, página 101 (**CER-4**); Acta (5 de marzo de 2013) 1325:2-12 (Contrainterrogatorio de Barrera).

⁵⁴¹ Barrera, párrafo 70 (**CER-4**).

regulatorio”⁵⁴². Asimismo, como lo confirmó el Dr. Barrera en la Audiencia, si bien mantuvo consultas con el Sr. Giacchino sobre cómo funciona el modelo de Bates White y cómo funcionan en conjunto las distintas hojas de cálculo de Excel que conforman el modelo, su dictamen sobre el estudio del VAD corregido de Bates White del 28 de julio de 2008 constituye su propio dictamen, y las consultas realizadas al Sr. Giacchino simplemente le ahorró tiempo en revisar el modelo⁵⁴³. Llamativamente, mientras profiere estos injustificados ataques a la credibilidad del Dr. Barrera, la Demandada omite, de forma conveniente, hacer referencia al hecho de que la CNEE “conocía[] en detalle [e]l estudio de Sigla [] *ya que a lo largo de los siete meses que había durado su preparación, habíamos estado en estrecho contacto con la empresa consultora*”⁵⁴⁴. Tal como observó el Dr. Barrera, “si la CNEE hubiera obrado como regulador de buena fe, sus supuestas preocupaciones sobre [el estudio de Bates White] podrían haberse resuelto mediante intercambios con Bates White”⁵⁴⁵.

110. El otro argumento de la Demandada, concretamente, que el Dr. Barrera “trabajó sobre modelos que habían sido modificados con posterioridad al 28 de julio de 2008, fecha en la cual el estudio había sido entregado a la CNEE”⁵⁴⁶ es igualmente fútil. Como demostró la Demandante en su Escrito Posterior a la Audiencia, de la comparación de los archivos de Excel en las dos copias del modelo en cuestión se desprende que las hojas de cálculo eran idénticas, incluyendo los datos, las fórmulas y los vínculos que contenían, a excepción de un solo archivo que contenía una diferencia que no tiene ninguna incidencia en las cifras del VNR y el VAD⁵⁴⁷. Simplemente no existe ningún elemento probatorio que avale la afirmación de la Demandada de que la Demandante “incorpor[ó] [] documentación adicional al modelo”⁵⁴⁸. Por otra parte, como señaló la Demandante en su Escrito Posterior a la Audiencia, la Demandada, antes de la Audiencia, tuvo suficientes oportunidades de plantear cualquier inquietud que tuviera sobre el modelo que la Demandante presentó con su Memorial. Sin embargo, la Demandada,

⁵⁴² *Íd.*

⁵⁴³ Acta (5 de marzo de 2013) 1361:1-8 (Contrainterrogatorio de Barrera).

⁵⁴⁴ Colom I, párrafo 150 (énfasis añadido) (**RWS-1**).

⁵⁴⁵ Barrera, párrafo 278 (**CER-4**).

⁵⁴⁶ Escrito de la Demandada Posterior a la Audiencia, párrafo 211.

⁵⁴⁷ Escrito de la Demandante Posterior a la Audiencia, párrafo 158 nota al pie 601.

⁵⁴⁸ Escrito de la Demandada Posterior a la Audiencia, párrafo 213.

esperó hasta *después* del conainterrogatorio del Sr. Giacchino, el autor del modelo, para plantear esta cuestión, con lo cual lo privó de la posibilidad de responder⁵⁴⁹.

111. Por último, además del Dr. Barrera, el Sr. Bastos también analizó el estudio del VAD corregido de Bates White del 28 de julio de 2008, de conformidad con su obligación en virtud de la Regla Operativa 12 de la Comisión Pericial, y concluyó que Bates White había corregido ese estudio de acuerdo con los pronunciamientos de la Comisión Pericial sobre cada discrepancia⁵⁵⁰. En un intento de poner en duda la confiabilidad del análisis y aprobación del Sr. Bastos del estudio del VAD corregido del 28 de julio de 2008, la Demandada alega que el Sr. Bastos no habría podido “hacer más que limitarse a ‘validar’ lo que el Lic. Giacchino y su equipo le dijeron que habían realizado”⁵⁵¹, que el Sr. Bastos confirmó el carácter superficial de su análisis en la Audiencia⁵⁵², y que su declaración en el arbitraje *Iberdrola* contradice su testimonio en el presente arbitraje de que pudo analizar las hojas de cálculo y los modelos⁵⁵³. Los argumentos de la Demanda son infundados.

112. Tal como declaró el Sr. Bastos en la Audiencia, durante su revisión del estudio del VAD corregido de Bates White del 28 de julio de 2008, pudo determinar que todos los pronunciamientos de la Comisión Pericial habían sido incorporados y que esto podía corroborarse a través de los vínculos del modelo, según lo requerido por la Comisión Pericial⁵⁵⁴.

⁵⁴⁹ Escrito de la Demandante Posterior a la Audiencia, párrafo 158.

⁵⁵⁰ Acta (1 de marzo de 2013) 732:8-733:8 (Interrogatorio de Bastos); Bastos II, párrafos 20 (CWS-7). La afirmación de la Demandada de que “[e]l Ing. Bastos fue presentado por TGH en este arbitraje, para explicar cómo Bates White había implementado los pronunciamientos de la Comisión Pericial en su estudio de 28 de julio de 2008” es engañosa. Escrito de la Demandada Posterior a la Audiencia, párrafo 197. Tal como refleja la declaración testimonial del Sr. Bastos, prestó declaración sobre una variedad de cuestiones, incluyendo el acuerdo de las partes sobre las Reglas Operativas; la manera en que la Comisión Pericial llevó a cabo su labor; su instrucción a los otros dos peritos de abstenerse de mantener comunicaciones *ex parte* con la parte que los había nombrado; la interpretación apropiada del artículo 1.10 de los TdR; la naturaleza de las discrepancias y su explicación de los pronunciamientos de la Comisión Pericial, incluido el relativo a la fórmula del FRC, el cálculo de la demanda, instalaciones subterráneas y precios de referencia; y su análisis del estudio del VAD corregido de Bates White del 28 de julio de 2008. *Ver en general* Bastos I (CWS-1); Bastos II (CWS-7).

⁵⁵¹ Escrito de la Demandada Posterior a la Audiencia, párrafo 198.

⁵⁵² *Íd.*, párrafo 199.

⁵⁵³ *Íd.*, párrafo 201.

⁵⁵⁴ Acta (1 de marzo de 2013) 732:8-12 (Interrogatorio de Bastos). La comparación efectuada por la Demandada de la revisión del Sr. Bastos del estudio del VAD corregido de Bates White del 28 julio de 2008 con la revisión del Dr. Barrera del mismo estudio, que duró aproximadamente un mes y medio, también es

Según explicó, examinó “cómo había sido incorporada cada una de las decisiones que la Comisión había tomado en los modelos de computación” y “[e]specíficamente estuv[o] chequeando en cada planilla de los modelos de Excel cuáles habían sido las celdas que habían sido cambiadas y cómo habían sido afectados los modelos”⁵⁵⁵. Explicó además que “[l]os modelos Excel tienen una función matemática que permite[] vincular los datos precedentes y los datos posteriores” y que “hace[] las vinculaciones entre ellos. Y usando esa función uno puede seguir paso a paso cada uno de los vínculos que hay entre todos los modelos”⁵⁵⁶. Según señaló, “[e]n esos dos días [] corrobor[ó] que todas las decisiones hubieran sido incorporadas y que esas decisiones, a su vez, se trasladaban de modelo en modelo”⁵⁵⁷. Por lo tanto, tal como refleja el acta de la audiencia, el Sr. Bastos no declaró que revisó cada una de las hojas de cálculo del modelo, como alega incorrectamente la Demandada⁵⁵⁸, sino que revisó cada hoja de cálculo que contenía celdas que se habían modificado de conformidad con los pronunciamientos de la Comisión Pericial⁵⁵⁹. Esto concuerda perfectamente con su testimonio en el arbitraje *Iberdrola*, donde señaló que no había verificado todos los cálculos realizados en el modelo, sino que verificó aquellos que habían sido afectados por los pronunciamientos de la Comisión Pericial⁵⁶⁰.

b. El VNR y el VAD del 28 de julio de 2008 de Bates White eran razonables, a diferencia del VNR y el VAD de Sigla

113. Como ha señalado la Demandante, no corresponde al Tribunal determinar la razonabilidad del estudio del VAD corregido de Bates White del 28 de julio de 2008; por el

desacertada. *Ver* Escrito de la Demandada Posterior a la Audiencia, párrafo 198. Como declaró el Dr. Barrera, su equipo no trabajó tiempo completo en este caso durante ese período. *Ver* Acta (5 de marzo de 2013) 1361:21-1362:4 (Contrainterrogatorio de Barrera). Asimismo, durante ese tiempo, el Dr. Barrera no solo estuvo revisando el estudio del VAD corregido del 28 de julio de 2008, con el cual no estaba familiarizado, sino que también estuvo preparando su informe pericial para el presente arbitraje; en cambio, el Sr. Bastos estuvo revisando un modelo con el que había trabajado durante cerca de dos meses, y no tuvo que preparar un informe pericial para presentar en un arbitraje.

⁵⁵⁵ Acta (1 de marzo de 2013) 732:16-21 (Interrogatorio de Bastos).

⁵⁵⁶ *Íd.*, página 732:22-733:5.

⁵⁵⁷ *Íd.*, página 733:6-8.

⁵⁵⁸ Escrito de la Demandada Posterior a la Audiencia, párrafo 200.

⁵⁵⁹ Acta (1 de marzo de 2013) 732:16-733:8 (Interrogatorio de Bastos); *ver también* Bastos I, párrafo 36 (CWS-1); Bastos II, párrafo 20 (CWS-7).

⁵⁶⁰ *Iberdrola Energía, S.A. c. República de Guatemala* (Caso CIADI No. ARB/09/05), Acta del Día Dos (26 de julio de 2011) 635:10-20 (Contrainterrogatorio de Bastos) (R-140).

contrario, el marco regulatorio adoptado por Guatemala para atraer inversión extranjera al sector eléctrico estableció el rol de una comisión pericial para dirimir las controversias relacionadas con los aspectos técnicos del estudio del VAD de una distribuidora⁵⁶¹. Efectivamente, la Demandada, por un lado, reiteradamente presenta argumentos relacionados con los aspectos técnicos de los estudios de Bates White y Sigla y, por el otro, opone la incompetencia del Tribunal sobre el reclamo de la Demandante debido a que no puede decidir dichas cuestiones. Los argumentos interesados de la Demandada deben ser rechazados. Incluso si el estudio del VAD de Bates White fuera técnicamente deficiente o habría resultado en un VAD demasiado alto —argumentos que la Demandante rechaza— no tendría ningún impacto en la validez del reclamo de la Demandante, dado que la Demandada declaró específicamente que tales controversias serían resueltas por una comisión pericial conforme al artículo 75 de la LGE.

114. De todos modos, ninguno de los argumentos de la Demandada relacionados con la falta de razonabilidad del estudio del VAD corregido de Bates White del 28 de julio de 2008 tiene fundamento. El principal y aparente “gran problema identificado [por la Demandada] en el VNR de Bates White” es la supuesta inclusión de más de USD400 millones en redes subterráneas⁵⁶². La Demandada insiste en sostener que esta supuesta inclusión era contraria a lo dispuesto por el artículo 52 de la LGE, y que tuvo como resultado la “sobreevaluación del VNR”⁵⁶³. Ninguna de estas dos afirmaciones es correcta. Tal como ha demostrado la Demandante, la LGE no “establece que el servicio debe ser prestado con líneas aéreas”⁵⁶⁴; en cambio, simplemente requiere que el costo de tal servicio sea soportado por las comunidades que se beneficien de la instalación de las líneas subterráneas⁵⁶⁵. Más grave aún es que la Demandada basa su reclamo en el costo de instalación de líneas subterráneas en el VNR de versiones *anteriores* del estudio del VAD de Bates White, y no del estudio definitivo del VAD corregido

⁵⁶¹ Acta (21 de enero de 2013) 19:10-20:7 (Alegato de Apertura de la Demandante); Réplica, párrafos 4, 247-253.

⁵⁶² Escrito de la Demandada Posterior a la Audiencia, párrafo 109.

⁵⁶³ *Íd.*, párrafos 109, 113.

⁵⁶⁴ *Íd.*, párrafo 109.

⁵⁶⁵ Acta (4 de marzo de 2013) 829:13-18 (Interrogatorio de Giacchino); *íd.*, página 871:16-20 (Contrainterrogatorio de Giacchino); *íd.*, página 890:21-891:4 (Contrainterrogatorio de Giacchino).

del 28 de julio de 2008⁵⁶⁶. Como consta en el expediente, y tal como explicó el Sr. Giacchino, en respuesta a las observaciones de la CNEE a su estudio del VAD del 31 de marzo de 2008, Bates White, en su estudio del VAD del 5 de mayo de 2008, eliminó las instalaciones subterráneas en su diseño de empresa modelo, a excepción de las líneas subterráneas existentes de EEGSA y aquellos lugares donde se requieren instalaciones subterráneas para cumplir con las normas técnicas⁵⁶⁷; esto redujo el VNR atribuible a las instalaciones subterráneas en casi USD400 millones⁵⁶⁸. Luego, a fin de cumplir con el pronunciamiento de la Comisión Pericial, en su estudio del VAD corregido del 28 de julio de 2008, Bates White redujo ese monto en USD241 millones más, con lo que solamente quedaron alrededor de USD62 millones en el costo del VNR atribuibles a las instalaciones subterráneas⁵⁶⁹. El monto relativamente bajo que se incluyó en el estudio del VAD corregido del 28 de julio de 2008 reflejaba solamente el costo de las líneas

⁵⁶⁶ Escrito de la Demandada Posterior a la Audiencia, párrafo 133 (en el que se cita el Acta (5 de marzo de 2013) 1410:18-21 (Interrogatorio de Damonte) y Mario C. Damonte: “Análisis de Bates White 5-5-2008 y Recálculo del VNR y VAD en base al Pronunciamiento de la Comisión Pericial”, presentado en *Iberdrola Energía, S.A. c. República De Guatemala*, Caso CIADI No. ARB/09/5, párrafo 328 (**R-190**)).

⁵⁶⁷ Acta (4 de marzo de 2013) 830:13-831:2 (Interrogatorio de Giacchino); *id.*, página 883:16-19 (Contrainterrogatorio de Giacchino); *id.*, página 885:11-21 (Contrainterrogatorio de Giacchino); Giacchino I, párrafo 31 (**CWS-4**); Memorial, párrafo 122.

⁵⁶⁸ Modelo de Bates White del 31 de marzo de 2008 (donde se muestran aproximadamente USD699 millones en el VNR correspondientes a las líneas subterráneas, según se indica en las pestañas “MT”, “CT” y “BT” en el archivo “VNR 2006.xls” y la pestaña “Resumen” en el archivo “Acometidas.xls” (**C-189**); Modelo de Bates White del 5 de mayo de 2008 (que refleja aproximadamente USD303 millones en el VNR para las líneas subterráneas, calculado utilizando las pestañas “MT” “CT” y “BT” en el archivo “VNR 2006.xls” y la pestaña “Resumen” en el archivo “Acometidas.xls”) (**C-206**). Si bien anteriormente se indica el monto total del VNR para las líneas subterráneas, la reducción neta en el VNR total atribuible a la eliminación de las instalaciones subterráneas es diferente, ya que las líneas eliminadas de la red subterránea se trasladan a la red aérea (de otro modo, las áreas anteriormente modeladas como áreas con líneas subterráneas quedarían sin ninguna línea eléctrica). Esto produce un aumento proporcional en el VNR para las líneas aéreas. Además, cuando las líneas se cambian de subterráneas a aéreas, se efectúan ajustes para reflejar el tratamiento distinto de los costos de ingeniería, las contingencias, intereses durante la construcción y servidumbres en los estudios, lo que también tiene un impacto en el efecto neto de eliminar las instalaciones subterráneas. Cuando se toman en cuenta los factores precedentes, el impacto neto en el VNR total de eliminar las líneas subterráneas en los estudios del 5 de mayo de 2008 y 28 de julio de 2008 fue de USD395 millones y USD57 millones, respectivamente. *Ver* Giacchino I, párrafos 29-31 y Figura 1 (**CWS-4**); Acta (4 de marzo de 2013) 830:13-831:10 (Interrogatorio de Giacchino); (4 de marzo de 2013) 876:6-18, 883:16-19, 885:11-21 (Contrainterrogatorio de Giacchino).

⁵⁶⁹ Modelo de Bates White del 28 de julio de 2008 (donde se muestran aproximadamente USD62 millones en el VNR correspondientes a las líneas subterráneas, según se indica en las pestañas “MT”, “CT” y “BT” en el archivo “VNR 2006.xls” y la pestaña “Resumen” en el archivo “Acometidas.xls”) (**C-564**); *ver también* Acta (4 de marzo de 2013) 831:5-10 (Interrogatorio de Giacchino); Acta (4 de marzo de 2013) 890:4-12 (Contrainterrogatorio de Giacchino); Memorial, párrafos 165, 185 y nota al pie 740; Giacchino I, Figura 1, párrafo 31 (**CWS-4**).

subterráneas de EEGSA *existentes*⁵⁷⁰. Por lo tanto, lo alegado por la Demandada de que “EEGSA [fue] remunerada por el costo de invertir en líneas subterráneas que nunca [se] constru[yeron]”⁵⁷¹ es una declaración rotundamente falsa. Además, es ficticio y engañoso que la Demandada continúe dando la falsa la impresión de que la cuestión de las instalaciones subterráneas tuvo un impacto sustancial en el VNR de EEGSA en su estudio del VAD corregido del 28 de julio de 2008, o que, como resultado de incluir el costo de las líneas subterráneas existentes, el VNR de Bates White estaba sobrevaluado, cuando la Comisión Pericial autorizó expresamente la inclusión de ese costo. En efecto, el propio análisis interno de la CNEE contradice la posición adoptada por la Demandada en el presente arbitraje. Como refleja ese análisis, el costo restante de las instalaciones subterráneas en el VNR era insignificante, en comparación con el efecto del FRC: “El efecto de la eliminación de las *Instalaciones Subterráneas*, *Tecnologías Optimas* y *Unidades constructivas* afecta en 600 millones al VNR del Estudio de EEGSA, *el mismo no será sensible debido a que la Discrepancia del FRC tiene un factor multiplicador a dicho VNR por lo cu[a]l se espera que no afecte significativamente a los Cargos por Distribución*”⁵⁷².

115. La otra afirmación de la Demandada de que el precio utilizado por Bates White para las líneas subterráneas era excesivo⁵⁷³ tampoco se sostiene. En respaldo de esa aseveración, la Demandada hace referencia al informe pericial del Sr. Damonte presentado en el arbitraje *Iberdrola*, que supuestamente demuestra que “el precio del Km. de red subterránea requerido por Bates White era el doble de lo que fue requerido por [...] Deorsa y Deocsa”⁵⁷⁴. De conformidad con la indicación del Tribunal, esta prueba es inadmisibles⁵⁷⁵. Si la Demandada hubiera querido

⁵⁷⁰ Acta (4 de marzo de 2013) 831:5-10 (Interrogatorio de Giacchino); Acta (4 de marzo de 2013) 889:15-890:12 (Contrainterrogatorio de Giacchino); Informe de la Comisión Pericial, Discrepancia C.3.f, p. 74 (C-246); Giacchino I, párrafo 67 (CWS-4); Memorial, párrafo 185.

⁵⁷¹ Escrito de la Demandada Posterior a la Audiencia, párrafo 111.

⁵⁷² Análisis del Dictamen de la Comisión Pericial, sin fecha, página 8 (énfasis añadido) (C-547).

⁵⁷³ Escrito de la Demandada Posterior a la Audiencia, párrafo 113.

⁵⁷⁴ *Íd.*

⁵⁷⁵ Carta del Tribunal de fecha 10 de febrero de 2012 páginas 2, 3 (en la que determina que “el presente arbitraje es distinto del arbitraje *Iberdrola* y que, en términos generales, el Tribunal Arbitral no considera necesario hacer referencia a las pruebas producidas en otro arbitraje para decidir este caso”, y anula el acta de la declaración del Sr. Colom en el arbitraje *Iberdrola*, presentada por la Demandada, dado que su “declaración escrita [presentada en este arbitraje] debería contener el testimonio directo del Sr. Colóm sin necesidad de que la Demandada haga referencia a otros documentos extraídos de otro arbitraje”).

utilizar esta prueba, el Sr. Damonte debería haberla incorporado en uno de sus informes periciales presentados en *este* arbitraje, lo que habría permitido a los peritos y testigos de la Demandante examinar y refutar tal prueba.

116. De todos modos, y además del hecho de que los estudios de Quantum preparados para DEOCSA y DEORSA por el Sr. Damonte incluían el costo de las líneas subterráneas, lo que debilita aun más el argumento de la Demandada de que la inclusión de dichos costos es contraria a lo dispuesto en el artículo 52 de la LGE, la tabla de la declaración del Sr. Damonte en el caso *Iberdrola* muestra que comparó el costo de Bates White con los costos de Sigla, y no con los costos de DEOCSA y DEORSA⁵⁷⁶. Tal como ha demostrado la Demandante, Sigla empleó precios ajustados de forma deficiente, algunos del año 2004, en contra del pronunciamiento de la Comisión Pericial que requería el uso de los precios más recientes que estuvieran disponibles⁵⁷⁷. Por otra parte, en su modelo, Sigla no utiliza ductos subterráneos, lo que permite mantener o reemplazar los cables sin destruir la calzada, lo cual es necesario en lugares como Antigua, un lugar designado como patrimonio de la UNESCO, donde las líneas eléctricas son subterráneas⁵⁷⁸. Por ende, esta discrepancia entre los costos de los cables subterráneos no demuestra que el VNR de Bates White estuviera sobrevaluado, sino más bien que el VNR de Sigla estaba subestimado como resultado de incumplir el pronunciamiento de la Comisión Pericial sobre los precios de referencia y de utilizar ductos subterráneos en los lugares adecuados, entre otras cosas.

⁵⁷⁶ Mario C. Damonte, “Análisis de Bates White 5-5-2008 y Recálculo del VNR y VAD en base al Pronunciamiento de la Comisión Pericial”, presentado en *Iberdrola Energía, S.A. c. República De Guatemala*, Caso CIADI No. ARB/09/5, párrafo 328 (donde se puede ver que si bien los precios incluidos en las columnas de DEOCSA/DEORSA y de Sigla son diferentes, in las filas 5, 6, 32 y 33, donde se calcula el subtotal de esos precios, el cuadro simplemente copia los subtotales de los precios de Sigla en las columnas de DEOCSA/DEORSA) (**R-160**). Asimismo, la tabla se incluye sin ninguna explicación, y no queda claro la razón por la cual el Sr. Damonte compara el costo de Bates White en la columna 7 con la columna 10, en lugar de la columna 8. De todos modos, como se mencionó anteriormente, esta prueba debe declararse inadmisibile.

⁵⁷⁷ Escrito de la Demandante Posterior a la Audiencia, párrafo 156; Barrera, párrafos 54, 262-269, Figuras 1 y 2, párrafos 55, 56 (**CER-4**); Presentación en Interrogatorio de Barrera, Diapositiva 33; Acta (5 de marzo de 2013) 1315:4-10 (Interrogatorio de Barrera), 1466:19-22 (Pregunta del Tribunal a Barrera).

⁵⁷⁸ Damonte II, párrafos 257-261 (donde indica que Sigla no utiliza ductos subterráneos) (**RER-5**); Modelo de Sigla, archivo “Costos2006-Urbano VF.xls”, Pestaña “CostosdeInversión” (**C-589**); Damonte I, párrafo 147 (en el que reconoce que los “ductos [subterráneos] permiten cambiar los cables sin necesidad de romper la calzada, en caso de fallas o cuando es necesario reemplazar un cable subterráneo por otro de mayor capacidad o de distinto tipo. Su uso se justifica excepcionalmente en cruces de calle o en áreas especiales de patrimonio histórico.”) (**RER-2**); *ver también* Acta (4 de marzo de 2013) 886:7-10 (Contrainterrogatorio de Giacchino); Acta (4 de marzo de 2013) 901:3-5 (Pregunta del Tribunal a Giacchino).

117. La Demandada también cita el dictamen del Dr. Barrera en el que menciona que “de no existir una justificación objetiva, la cantidad y el tipo de bienes de la empresa modelo no diferirán significativamente de los de la empresa real”⁵⁷⁹, y señala que, a pesar de que EEGSA tenía solo 10 reguladores de tensión, el estudio de Bates White del 28 de julio de 2008 incluía 463 reguladores de tensión, lo que, según alega, demuestra que el VNR de Bates White estaba inflado⁵⁸⁰. Esto es incorrecto. La red real de EEGSA contaba con transformadores relativamente económicos que no tenían regulación de tensión incorporada, y hubo que instalar al menos un regulador de tensión en cada línea al principio de cada circuito (después de salir de la subestación)⁵⁸¹. Dado que la red real utilizaba un total de 148 circuitos, cada uno con una línea trifásica, el número de reguladores de tensión empleados en la red de EEGSA era de 444 (148 x 3), más otros 23 que se utilizaban en las líneas rurales y urbanas-rurales, lo que da un total de 467⁵⁸². Para llegar a su errónea conclusión de que EEGSA solo contaba con 10 reguladores de tensión (hecho que la CNEE sin dudas sabría que es incorrecto), la Demandada se basa en una carta que proporciona un inventario incompleto de solo 10 *puntos* de regulación de tensión (que no debe equipararse con el *número* de reguladores), que cubren solamente esos circuitos rurales y semirurales que eran tan largos que requerían más del número habitual de reguladores después de la salida de la subestación⁵⁸³. La carta, por ende, no respalda la afirmación de la Demandada. La referencia de la Demandada al informe pericial del Sr. Damonte en el arbitraje *Iberdrola* en respaldo de su posición de que el VNR de Bates White estaba sobreestimado como consecuencia de un número de reguladores de tensión supuestamente inflado⁵⁸⁴ es errónea por la misma razón. Por otra parte, esa prueba es inadmisibles conforme a la orden del Tribunal por la cual prohíbe a

⁵⁷⁹ Barrera, párrafo 61 (**CER-4**); *ver también id.*, párrafos 38, 41.

⁵⁸⁰ Escrito de la Demandada Posterior a la Audiencia, párrafo 235.

⁵⁸¹ *Ver* Informe de Etapa B de Bates White: Precios de Referencia, página 80 (en el que se cita la Resolución CNEE 31-2000, que regula el tipo de transformadores que debe utilizar EEGSA en su red) (**C-256**).

⁵⁸² *Ver* Modelo de Bates White del 28 de julio de 2008 entregado a la CNEE, archivo “Inv_Activos_SIGRE_I_2007.xls”, pestaña “Conductores”, filas 6 a 154 (donde se muestra el número de reguladores de tensión utilizados en la red real según consta en la base de datos de SIGRE) (**C-564**).

⁵⁸³ Escrito de la Demandada Posterior a la Audiencia, párrafo 235 (en el que se cita la Carta de EEGSA al Sr. Colom de fecha 17 de septiembre de 2007 (**R-235**)).

⁵⁸⁴ *Íd.* (en el que se cita el informe pericial del Sr. Damonte en *Iberdrola* (**R-181**) [*sic* – (**R-190**)], párrafo 300).

una parte utilizar la declaración de su propio testigo o perito en el arbitraje *Iberdrola*⁵⁸⁵. Si la Demandada quería utilizar la declaración del Sr. Damonte sobre esta cuestión, el Sr. Damonte debería haberla incorporado en cualquiera de sus informes periciales presentados en *este* arbitraje. El intento de la Demandada de recurrir una vez más a pruebas inadmisibles y hacer que el Sr. Damonte eluda el contrainterrogatorio sobre esta prueba debe ser rechazado. Por último, si bien la Demandada acepta que la red de la empresa modelo no debería diferir sustancialmente de los activos reales de la empresa real, no ha ofrecido ninguna respuesta a la declaración del Dr. Barrera de que el modelo del Sr. Damonte incluye solo un tercio de los transformadores de baja tensión que contiene la red real de EEGSA, y que el modelo de Sigla de modo similar subestima considerablemente el número de transformadores necesarios⁵⁸⁶.

118. La Demandada asimismo sostiene que varias unidades constructivas en el estudio del VAD de Bates White eran más costosas que aquellas en el estudio del VAD de Sigla, y alega que eso hace que el VNR de Bates White esté inflado⁵⁸⁷. Según la Demandada, la diferencia en el costo de las unidades constructivas constituye la “principal diferencia” entre los VNR de Bates White y Sigla, y “el FRC o los precios de los materiales utilizados por Sigla en su estudio son solo parte de los desacuerdos entre las partes, pero bajo ninguna circunstancia los principales”⁵⁸⁸. Las afirmaciones de la Demandada son infundadas, por varios motivos. Tal como se indicó anteriormente, y el Sr. Damonte no negó, Sigla empleó precios del año 2004 ajustados de manera deficiente, en lugar de los precios más recientemente disponibles, según lo dispuso la Comisión Pericial⁵⁸⁹. Por lo tanto, no resulta sorprendente que los precios de Sigla sean menores que los de

⁵⁸⁵ Carta del Tribunal de fecha 10 de febrero de 2012 páginas 2, 3 (en la que determina que “el presente arbitraje es distinto del arbitraje *Iberdrola* y que, en términos generales, el Tribunal Arbitral no considera necesario hacer referencia a las pruebas producidas en otro arbitraje para decidir este caso”, y anula el acta de la declaración del Sr. Colom en el arbitraje *Iberdrola*, presentada por la Demandada, dado que su “declaración escrita [presentada en este arbitraje] debería contener el testimonio directo del Sr. Colóm sin necesidad de que la Demandada haga referencia a otros documentos extraídos de otro arbitraje”).

⁵⁸⁶ Acta (5 de marzo de 2013) 1316:9-1317:7 (Interrogatorio de Barrera); *id.*, página 1465:15-20 (Pregunta del Tribunal a Barrera).

⁵⁸⁷ Escrito de la Demandada Posterior a la Audiencia, párrafos 232-234.

⁵⁸⁸ *Id.*, párrafos 228, 230.

⁵⁸⁹ *Ver* Barrera, párrafos 54, 262-269, Figuras 1 y 2, párrafos 55, 56 (**CER-4**); Presentación en Interrogatorio de Barrera, Diapositivas 33-34; Acta (5 de marzo de 2013) 1315:4-10 (Interrogatorio de Barrera), 1466:19-22 (Pregunta del Tribunal a Barrera); Acta (5 de marzo de 2013) 1444:20-1445:6 (Contrainterrogatorio de Damonte); Damonte II, párrafos 381-398 (**RER-5**).

Bates White⁵⁹⁰. Por otra parte, la configuración de las propias unidades constructivas es, en parte, una función de los precios utilizados para los componentes. Así, por ejemplo, si el precio de un tipo específico de cable aumenta más rápidamente que el de otros cables, puede ser necesario reconfigurar las unidades constructivas para usar cables menos costosos⁵⁹¹.

119. Además, el Dr. Barrera no minimizó el impacto de que Sigla utilizara precios de referencia incorrectos, como sugiere la Demandada. En su cita de la declaración del Dr. Barrera⁵⁹², la Demandada, de manera llamativa, omite lo que sigue inmediatamente, donde el Dr. Barrera explica que una de las razones principales por las que la diferencia en las unidades constructivas entre los estudios de Bates White y Sigla tuvo un efecto significativo sobre el VNR era porque Sigla había usado tamaños de bloque muy pequeños para calcular la demanda, contrariamente al pronunciamiento de la Comisión Pericial sobre esa discrepancia⁵⁹³. El Dr. Barrera también declaró que los diferentes precios de referencia utilizados por Bates White y Sigla tuvieron un efecto considerable sobre sus respectivos VNR⁵⁹⁴. La referencia que hace la Demandada a este mismo pasaje de la declaración del Dr. Barrera para respaldar su aseveración de que el FRC no era un “desacuerdo principal” entre las partes es igualmente desacertado; el FRC afecta el VAD, y no el VNR, y por ende cualquier declaración relacionada con las razones de las diferencias entre los VNR de Bates White y Sigla no habrían mencionado el FRC. Tal como se desprende del testimonio, y como lo confirma el propio análisis interno de la CNEE, la falta de aplicación de la fórmula del FRC de la Comisión Pericial por parte de Sigla tuvo un

⁵⁹⁰ *Ver* Escrito de la Demandada Posterior a la Audiencia, párrafo 236. La Demandada identifica un tipo de cable de aluminio respecto del cual Bates White incluyó un precio más bajo que Sigla. *Ver id.* Esta sola excepción no desvirtúa la conclusión general de que los precios de referencia más recientes de Bates White son más altos que los precios más antiguos de Sigla.

⁵⁹¹ *Ver*, por ejemplo, Acta (5 de marzo de 2013) 1390:18-1391:3 (Interrogatorio de Damonte) (“O sea si yo tengo una línea de cobre busco cuál es la mejor forma de construir esa línea hoy. Entonces hoy los precios del aluminio están bajos, qué sé yo, uso el precio del aluminio y a la línea de cobre la valúo como si fuera una línea de aluminio pero no del mismo grosor, obvio, sino que le ajusto el grosor al aluminio para que conduzca la misma corriente que la línea de cobre”).

⁵⁹² Escrito de la Demandada Posterior a la Audiencia, párrafo 228.

⁵⁹³ Acta (5 de marzo de 2013) 1466:4-18 (Pregunta del Tribunal a Barrera).

⁵⁹⁴ Acta (5 de marzo de 2013) 1463:14-18, 1464:13-19 (Pregunta del Tribunal a Barrera) (“Hay diferentes aspectos. En primer lugar, por supuesto que él no utilizó los precios de referencia que había utilizado Bates White en la modificación del modelo”.); *id.*, página 1466:19-22.

impacto significativo en el VAD de EEGSA⁵⁹⁵.

120. En efecto, los ejemplos de la Demandada de las supuestas diferencias en la configuración de las unidades constructivas de Bates White y Sigla sirven simplemente para resaltar la falta de razonabilidad del estudio del VAD de Sigla. El primer ejemplo de la Demandada, una diferencia de USD172,9 millones en el VNR, es el resultado de que Sigla haya ubicado los postes directamente sobre las esquinas de las intersecciones, en violación de las normas técnicas de Guatemala⁵⁹⁶, mientras que Bates White consideró la ubicación de los postes *cerca* de las intersecciones, según la indicación de la Comisión Pericial, y concluyó que ubicar un poste cerca de una intersección era poco rentable⁵⁹⁷. Por ende, el gráfico de barras de la Demandada, en el que eligió una unidad constructiva determinada y reemplazó solo un precio de referencia específico de un material de esa unidad constructiva, no demuestra que los precios de referencia fueron irrelevantes, como pretende la Demandada⁵⁹⁸. Además, es llamativo que el material específico incluido en ese gráfico —una línea de media tensión específica— ni siquiera es utilizado por Sigla en su optimización⁵⁹⁹.

121. Por último, la Demandada se basa en una tabla que supuestamente resume las diferencias entre el VNR de Bates White y el de Sigla⁶⁰⁰. Esa tabla está copiada y traducida de la diapositiva 20 de la presentación del Sr. Damonte en el interrogatorio; no obstante, la Demandada no copió la tabla entera, y omitió la nota al pie del Sr. Damonte en la que explica que en la tabla se compara el VNR de Sigla con el VNR de Bates White del *5 de mayo de 2008*, según la “corrección” del Sr. Damonte⁶⁰¹. De ese modo, la tabla no proporciona una

⁵⁹⁵ Escrito de la Demandante Posterior a la Audiencia, párrafo 78; Acta (4 de marzo de 2013) 1046:10-15; 1055:4-1056:18 (Contrainterrogatorio de Moller); *id.*, página 1017:17-20 (Pregunta del Tribunal a Moller); Acta (5 de marzo de 2013) 1505:12-13, 1506:1-2 (Interrogatorio de Kaczmarek); Barrera, párrafo 256 (**CER-4**); Bastos I, párrafo 21 (**CWS-1**); Kaczmarek I, párrafo 122 (**CER-2**).

⁵⁹⁶ *Ver* Barrera, párrafos 273-274 (**CER-4**).

⁵⁹⁷ *Ver id.*, párrafos 123-124.

⁵⁹⁸ Escrito de la Demandada Posterior a la Audiencia, párrafo 237.

⁵⁹⁹ *Ver* Modelo de Sigla, archivo \EEGSA Archivos de Soporte Jul08\EEGSA Etapa B – Precios de Referencia \Costos2006-Urbano VF, Pestaña “Inputs Modelo Urbano,” Tabla “Subterráneo”, celdas B70 a F76 (**C-589**).

⁶⁰⁰ Escrito de la Demandada Posterior a la Audiencia, párrafo 234.

⁶⁰¹ *Ver* Presentación en Interrogatorio de Damonte, Diapositiva 20 (intitulada “Principales Diferencias entre el VNR de *BW 28-7-08* y el de Sigla”, pero que contiene una nota al pie que señala “Elaboración en base a

comparación de las diferencias entre el VNR de Bates White del 28 de julio de 2008 y el VNR de Sigla y, por ende, debe dejarse de lado.

122. La Demandada también sostiene que el estudio de Bates White no era confiable ni razonable porque, si la CNEE hubiera aplicado el VAD calculado en el estudio del VAD corregido de Bates White del 28 de julio de 2008, las tarifas para los usuarios de baja tensión habrían aumentado un 40%, y para los usuarios residenciales elegibles para la tarifa social un 37%, mientras que el VAD de Sigla daba como resultado un aumento de cerca del 2% y una baja del 8% en estas dos categorías tarifarias⁶⁰². Como cuestión principal, incluso si esto fuera cierto, ello no afectaría la confiabilidad o razonabilidad del estudio de Bates White. Tal como lo demostró la Demandante, la Demandada sancionó la LGE para despolitizar el proceso de revisión tarifaria y garantizar que las tarifas eléctricas se fijaran con base en criterios técnicos⁶⁰³; así, por ejemplo, si el precio de los commodities supera la inflación, o si se expande la red de la distribuidora, las tarifas eléctricas aumentarán, y la Demandada indicó que no intervendría para impedir tales aumentos por razones políticas. De todos modos, si bien no existe una controversia sustancial entre las partes respecto del impacto del VAD de Sigla en las tarifas⁶⁰⁴, el cálculo de la Demandada del impacto del VAD de Bates White es incorrecto y está considerablemente sobreestimado.

123. El gráfico de la Demandada, que abarca el período hasta julio de 2008, se basa en el consumo eléctrico mensual supuesto de 400 kWh por mes de los usuarios residenciales no elegibles para tarifas sociales y 170 kWh por mes de los usuarios residenciales elegibles para tarifas sociales⁶⁰⁵. La Demandada en ningún momento explica cómo llegó a los resultados de la

Modelo-*BW-5-5-08* corregido MD según CP C-568”, MD [Mario Damonte] corregido según CP [Comisión Pericial] C-568]) (énfasis añadido).

⁶⁰² Escrito de la Demandada Posterior a la Audiencia, párrafos 243-244.

⁶⁰³ Réplica, párrafos 12-19; Memorial, párrafos 27-44; Alegría I, párrafos 20-33 (**CER-1**); Alegría II, párrafos 2-10, 21-22, 27 (**CER-3**).

⁶⁰⁴ La Demandante demostró que el estudio de Sigla tuvo como resultado un aumento de las tarifas del 2,4% para los usuarios residenciales no elegibles para la tarifa social y una disminución del 8,2% para los usuarios residenciales elegibles para la tarifa social. Escrito de la Demandante Posterior a la Audiencia, párrafo 159 nota al pie 608.

⁶⁰⁵ Esto puede calcularse inversamente a partir de los gráficos de la Demandada utilizando el cargo variable basado en el consumo, el cargo fijo y el cargo relacionado con la generación establecidos para el período hasta julio de 2008 por la Resolución CNEE-72-2008 de abril de 2008, p. 3 (**C-634**). La Demandada cita

tabla, pero si se aplican estos niveles de consumo mensual a las tarifas basadas en el VAD de Bates White se obtienen aumentos del 2,62% y del 10,21% para los usuarios residenciales no elegibles para tarifas sociales y para los usuarios residenciales elegibles para tarifas sociales, respectivamente⁶⁰⁶. Estos son aumentos tarifarios casi idénticos a los calculados en el Escrito de la Demandante Posterior a la Audiencia empleando tasas de consumo ligeramente distintas⁶⁰⁷. Los aumentos tarifarios indicados por la Demandada sin ninguna explicación son erróneos. Los siguientes gráficos presentan la comparación correcta de las tarifas derivadas del VAD de Bates White y del VAD de Sigla con las tarifas vigentes a julio de 2008, a pesar de que la CNEE podría haber reasignado este costo de varias maneras durante el proceso de diseño tarifario, entre otros motivos, para evitar aumentos que afecten a los clientes residenciales y cambiarlos a clientes comerciales, como lo hizo en 2003⁶⁰⁸.

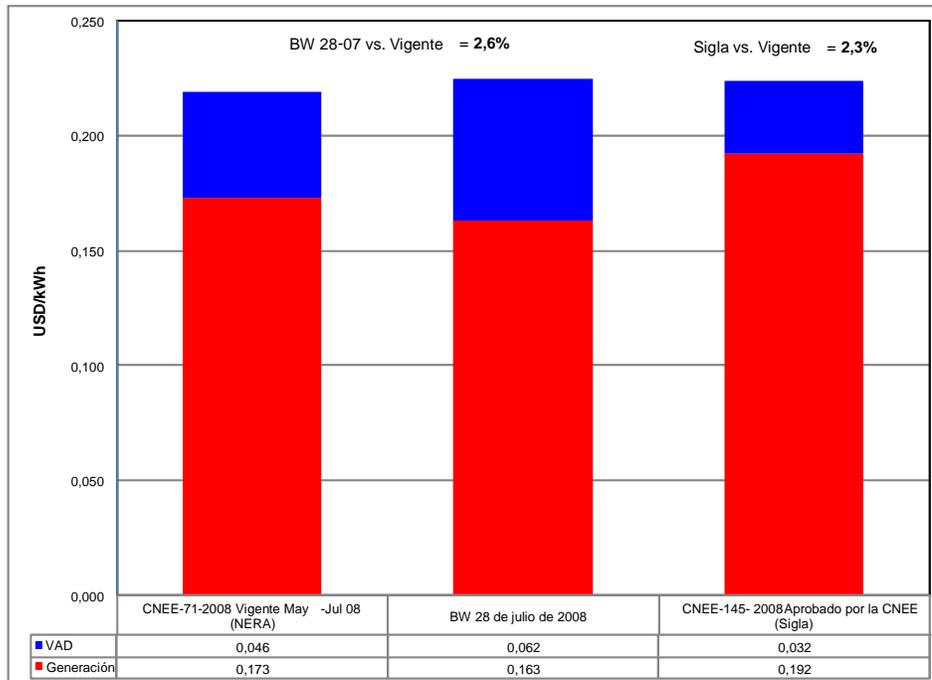
erróneamente la Resolución CNEE-71-2008, de abril de 2008 (**R-240**) como la fuente de esta información. *Ver* Escrito de la Demandada Posterior a la Audiencia, párrafo 244 nota al pie 360.

⁶⁰⁶ Sobre la base de los cálculos incluidos en el Escrito de la Demandante Posterior a la Audiencia, párrafo 159 nota al pie 608.

⁶⁰⁷ *Ver* Escrito de la Demandante Posterior a la Audiencia, párrafo 159 nota al pie 608 (en la que se calculan aumentos tarifarios del 2,3% y del 13,6% para usuarios residenciales no elegibles para tarifas sociales y para los usuarios residenciales elegibles para tarifas sociales, respectivamente).

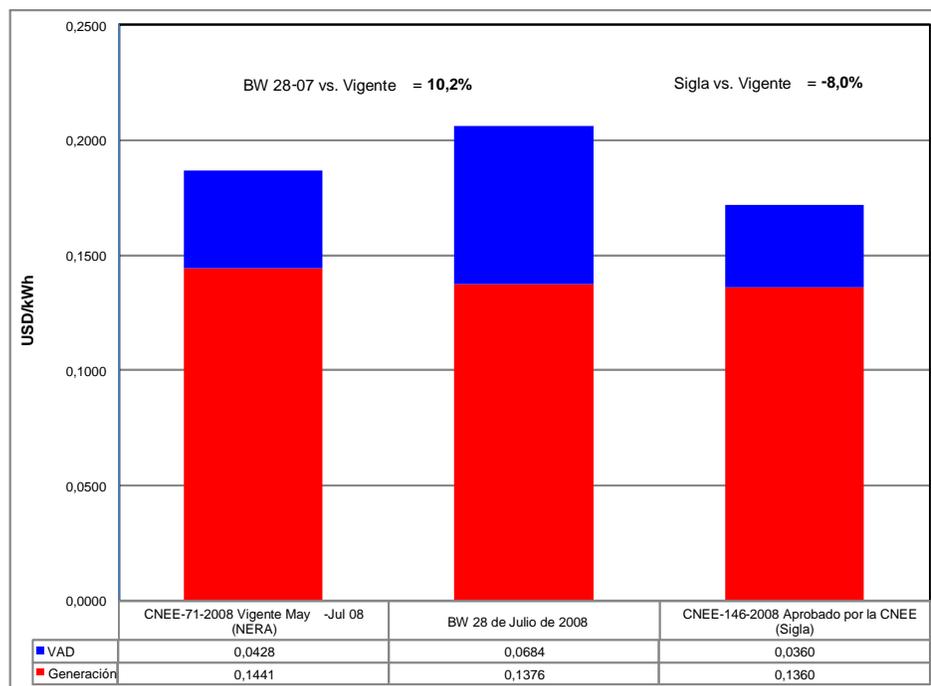
⁶⁰⁸ *Ver* Escrito de la Demandante Posterior a la Audiencia, párrafo 159 nota al pie 608.

Figura 1: Impacto de los VAD de Bates White y Sigla en las tarifas a usuarios finales de



baja tensión simple frente a las tarifas vigentes en julio de 2008

Figura 2: Impacto de los VAD de Bates White y Sigla en las tarifas sociales a usuarios finales de baja tensión frente a las tarifas vigentes en julio de 2008



V. DAÑOS

124. Como ha demostrado la Demandante y confirmado la Demandada en su Escrito Posterior a la Audiencia con respecto a los daños, “dado que las partes están esencialmente de acuerdo sobre el valor de EEGSA en el escenario [real], el principal foco de desacuerdo entre los expertos de las partes es el escenario contra-fáctico”⁶⁰⁹. La Demandada no ha podido identificar

⁶⁰⁹ Escrito de la Demandada Posterior a la Audiencia, párrafo 334. Dado que la controversia de los daños entre las partes se centra casi exclusivamente en el valor contrafáctico de EEGSA, la Demandante limita sus observaciones a los argumentos de la Demandada sobre el valor real de EEGSA a los siguientes. En primer lugar, la Demandada afirma equivocadamente que “ambos peritos en cuantificación de daños en este arbitraje han valuado EEGSA sobre la base del precio de la operación utilizando la participación de EEGSA en el EBITDA de DECA II como método para estimar la contribución de EEGSA al valor total de la operación”. Escrito de la Demandada Posterior a la Audiencia, párrafo 360. Esto es incorrecto. Como explicó la Demandante, el Sr. Kaczmarek utilizó los métodos de FED, de empresas comparables que cotizan en bolsa y de transacciones comparables para valuar EEGSA en el escenario real, y empleó el precio de compra de EPM como parámetro de razonabilidad para sus resultados valuatorios. Escrito de la Demandante Posterior a la Audiencia, párrafo 168; Kaczmarek II, párrafos 134-135 (CER-5); Kaczmarek I, párrafos 240-241 (CER-2). En segundo término, la crítica de la Demandada de que el Sr. Kaczmarek utilizó el EBITDA correspondiente a los 12 meses de 2009, cuando debería haber usado el EBITDA de los 12 meses anteriores a la venta de EPM es tanto irrelevante como incorrecta. Escrito de la Demandada Posterior a la Audiencia, párrafo 360. Es irrelevante porque, como se explicó anteriormente, el Sr. Kaczmarek no utilizó los resultados de este análisis para valuar EEGSA, sino solo para confirmar su valuación (que se ubicaba en el extremo más alto del rango

ningún defecto legítimo en el valor contrafáctico de EEGSA calculado por el Sr. Kaczmarek y, en cambio, en su Escrito Posterior a la Audiencia, retoma argumentos que su propio perito abandonó hace tiempo, malinterpreta las pruebas y plantea una serie de argumentos engañosos⁶¹⁰.

A. El intento de la Demandada de presentar una nueva medida de los daños debe rechazarse

125. Desde sus informes iniciales en el presente arbitraje, los peritos de las partes han coincidido en que la medida apropiada de los daños es la diferencia en el flujo de efectivo y el valor de las acciones que TECO recibió de su participación indirecta en EEGSA (que corresponde al valor real de EEGSA) y lo que habría recibido si no hubiera habido un

del Dr. Abdala, y por ende servía para reducir los daños de TECO). Además es errónea porque el propósito del ejercicio era determinar qué porción del precio de compra de DECA II EPM asignó a EEGSA, y para hacerlo, tiene sentido tomar en cuenta la información que estaba disponible para EPM en el momento en que efectuó su valuación de EEGSA. *Ver* Kaczmarek I, párrafo 135 (en el que señala que “el valuador no debería utilizar información en forma ‘retrospectiva’ que pueda sesgar las conclusiones de la valuación. Por el contrario, debería basar sus supuestos en expectativas razonables, tal como habrían existido a la fecha de valuación”).(CER-2). EPM presentó su oferta no vinculante en julio de 2010; en ese momento, habría tenido acceso a los estados contables de 2009 de DECA II, pero no habría contado con los estados contables del ejercicio 2010 completo. Por lo tanto, no tiene sentido que el Dr. Abdala utilice información financiera de 2010 que no estaba disponible para EPM a fin de replicar la toma de decisiones de EPM en ese momento.

⁶¹⁰ La Demandada en su Escrito Posterior a la Audiencia continúa interpretando incorrectamente el reclamo de daños de la Demandante y las pruebas que lo respaldan. La Demandada, por ejemplo, sigue afirmando que “después de recibir más de US\$ 100 millones por el porcentaje de su participación en EEGSA”, la Demandante “redujo su reclamo original de US\$ 285,6 millones a US\$ 243,6 millones, es decir en unos 42 millones de dólares”. Escrito de la Demandada Posterior a la Audiencia, párrafo 10. Esto es manifiestamente incorrecto; tal como explicó la Demandante en sus presentaciones y en la Audiencia, la venta de EEGSA a EPM no tuvo ningún efecto en el reclamo de daños de la Demandante. *Ver* Escrito de la Demandante Posterior a la Audiencia, párrafos 56-59; Acta (21 de enero de 2013) 339:15-341:3 (Refutación de la Demandante). En la medida en que un activo dañado se venda a su valor justo de mercado —y el perito de la Demandada coincide en que EPM pagó un precio justo por EEGSA (*ver* Acta (5 de marzo de 2013) 1575:15-16, 1577:3-5, 10-12)— un reclamo por daños sufridos no se ve afectado por esa venta y no existe ningún peligro de “doble resarcimiento”. No es de extrañar que el perito en cuantificación de daños de la Demandada se haya negado a respaldar su infundada teoría de “doble resarcimiento”, y no ha repetido la afirmación errónea de la Demandada de que la Demandante cambió su reclamo de daños con posterioridad a la venta. El cambio en los daños reclamados se produjo durante el transcurso del arbitraje, a medida que los peritos especialistas en valuación presentaron sus informes, y contestaron los informes de los demás: como se mencionó en el Escrito de la Demandante Posterior a la Audiencia y señaló otro tribunal de solución de diferencias relativas a inversiones “sería muy triste para los arbitrajes en materia de inversión si las partes no se dispusieran a confrontar así los contraargumentos de sus contrincantes y los hechos que surgen, de modo tal que al final del día el tribunal se encuentre concretamente frente al planteo definitivo de la Demandante y la respuesta definitiva de la Demandada frente al mismo”. *Rompetrol c. Rumania*, párrafo 151 (CL-109); *ver también* Escrito de la Demandante Posterior a la Audiencia, párrafo 59.

incumplimiento por parte de Guatemala (que corresponde al valor contrafáctico de EEGSA)⁶¹¹. Dado que TECO vendió sus acciones en EEGSA en octubre de 2010, sus pérdidas se cristalizaron. Por lo tanto, la medida de los daños de la Demandante equivale a la pérdida que sufrió durante el período de dos años en el que EEGSA, mientras seguía perteneciendo a DECA II, operó con las tarifas de Sigla, y la diferencia entre el porcentaje del precio de compra que recibió TECO de EPM y lo que habría recibido si Guatemala no hubiera incumplido el CAFTA-RD al fijar el VAD de EEGSA.

126. A pesar del acuerdo, en su Escrito Posterior a la Audiencia la Demandada afirma, por primera vez, que los daños de TECO deberían medirse exclusivamente respecto del período tarifario quinquenal 2008-2013, y que sus daños deberían ser de USD47,9 millones⁶¹². Al señalar esto, la Demandada aduce falsamente que el modelo del Sr. Kaczmarek “contiene proyecciones durante los 50 años del contrato”, y que “asume que habrá renovaciones automáticas de este contrato a perpetuidad”⁶¹³. Ninguna de estas dos afirmaciones es correcta. Tal como se mencionó en el Escrito de la Demandante Posterior a la Audiencia, el modelo de FED del Sr. Kaczmarek proyectó el flujo de efectivo de EEGSA por diez años, como es habitual⁶¹⁴. Luego del período de diez años, el modelo asigna un valor final a EEGSA, como también se acostumbra hacer en las valuaciones⁶¹⁵. El Dr. Abdala *utiliza el mismo modelo* para llevar a cabo su propio análisis de FED para calcular el valor de EEGSA en el escenario contrafáctico⁶¹⁶. Por lo tanto, es inverosímil que ahora la Demandada alegue que el modelo del Sr. Kaczmarek es defectuoso en ese sentido. En efecto, al plantear este argumento por primera vez en su Escrito Posterior a la

⁶¹¹ Ver Kaczmarek I, párrafo 126 (**CER-2**); Abdala I, párrafo 25 (**RER-1**).

⁶¹² Escrito de la Demandada Posterior a la Audiencia, párrafos 355-356.

⁶¹³ *Íd.*, párrafo 354 (cita interna omitida).

⁶¹⁴ Escrito de la Demandante Posterior a la Audiencia, párrafos 169, 173; Kaczmarek I, párrafo 197 (**CER-2**).

⁶¹⁵ Kaczmarek I, párrafo 197 (**CER-2**); Escrito de la Demandante Posterior a la Audiencia, párrafos 169, 173. Asimismo, la parte del valor relacionada con el período posterior al final de la Concesión representa solo alrededor del 6% del valor contrafáctico total. Ver Kaczmarek II, Modelo, cálculo del valor final (**CER-5**).

⁶¹⁶ Ver NavigantSecondReportModel_24May2012 Corrected_24Sep2012 (**DAS-37**); Abdala I, Apéndice A (en el que se refiere al modelo de la Demandada como el “Modelo de NCI Corregido”). Llamativamente, la Demandada admite que el análisis del Dr. Abdala no puede restringirse a este período quinquenal dado que solo llevó a cabo una valuación de FED para EEGSA en el escenario contrafáctico, pero no lo hizo en el escenario real (en el cual se basó exclusivamente en el precio de compra de EPM para DECA II). Escrito de la Demandada Posterior a la Audiencia, nota al pie 498.

Audiencia, la Demandada evita que su propio perito niegue su teoría errónea en un conainterrogatorio.

127. Tal como reconoció el Dr. Abdala al adoptar el modelo del Sr. Kaczmarek, dado que las pérdidas de la Demandante se han cristalizado, no tiene sentido hablar en términos de pérdidas a lo largo de un período de cinco años; la cuestión es cuánto más hubiera ganado TECO de su inversión si Guatemala hubiera actuado de acuerdo con sus obligaciones internacionales. El hecho de que las tarifas puedan cambiar en el tiempo no tiene importancia: al determinar el valor de mercado de EEGSA, EPM proyectó el flujo de efectivo futuro de EEGSA, tomando en cuenta el modo en que se había realizado la revisión tarifaria de EEGSA para el período 2008-2013 y los resultados de esa revisión⁶¹⁷. Según se describe en el Escrito de la Demandante Posterior a la Audiencia, EPM de forma razonable —y acertada— supuso que la Demandada continuaría calculando el retorno de EEGSA sobre una base de capital que se había depreciado en un 50%, y que su VAD no aumentaría significativamente⁶¹⁸. De ese modo, si bien las tarifas de EEGSA se fijan por períodos quinquenales, EPM igualmente tenía que asignar un valor a EEGSA para la concesión restante de 35 años —no adquirió solamente el derecho a operar EEGSA hasta el año 2013. Por lo tanto, es un error calcular los daños de TECO como la diferencia entre el valor que recibió TECO de EEGSA durante el período de cinco años de 2008 a 2013 y lo que habría recibido durante ese período si se hubiera utilizado el estudio de Bates White del 28 de julio de 2008, en lugar del de Sigla, para fijar el VAD de EEGSA.

B. Las críticas de la Demandada del valor contrafáctico de EEGSA calculado por la Demandante son inválidas

128. El argumento de la Demandada de que el cálculo de los daños del Sr. Kaczmarek debería ser “desestima[do] [en su] totalidad”, ya que al calcular el valor contrafáctico de EEGSA, el Sr. Kaczmarek no verificó la “validez” del estudio del VAD de Bates White del 28 de julio de 2008 o si el estudio incorporaba todos los pronunciamientos de la Comisión Pericial⁶¹⁹ es absurdo. También lo es su afirmación infundada de que la Demandante “intentó reforzar su caso solicitándole también al Sr. Kaczmarek que confirmara que el estudio del 28 de

⁶¹⁷ Escrito de la Demandante Posterior a la Audiencia, párrafos 169-170.

⁶¹⁸ Escrito de la Demandante Posterior a la Audiencia, párrafos 170-171.

⁶¹⁹ Escrito de la Demandada Posterior a la Audiencia, párrafos 335-336.

julio incorporaba la totalidad de los pronunciamientos de la Comisión Pericial”⁶²⁰. Como se desprende claramente de ambos informes periciales del Sr. Kaczmarek, así como de su declaración oral, se solicitó al Sr. Kaczmarek calcular los daños de TECO bajo el supuesto de que la Demandada fuera responsable de incumplir su obligación de conferir un TJE a la inversión de la Demandante⁶²¹. Por lo tanto, el Sr. Kaczmarek *supuso*, a los efectos de su análisis, que Guatemala había incumplido el Tratado al negarse a utilizar el estudio de Bates White del 28 de julio de 2008 para fijar el VAD de EEGSA⁶²². Los ataques infundados de la Demandada al Sr. Kaczmarek son aún más inverosímiles teniendo en cuenta que su propio perito en valuación, el Dr. Abdala, se basó en el modelo del Sr. Damonte (que contenía el VNR y el FRC del Sr. Damonte) para calcular los daños sin verificar si el modelo del Sr. Damonte incorporaba la totalidad de los pronunciamientos de la Comisión Pericial (que, por cierto, no los incorporaba)⁶²³.

129. Por otra parte, tal como ha demostrado la Demandante y como evidencian las pruebas, la Demandada no rechazó el estudio de Bates White del 28 de julio de 2008 por no incorporar los pronunciamientos de la Comisión Pericial: fijó el VAD de EEGSA con base en el estudio de Sigla, puesto que determinó que ajustarse a dichos pronunciamientos daría como resultado un VAD más alto de lo que quería, y ni siquiera examinó el estudio de Bates White del

⁶²⁰ *Íd.*, párrafo 215.

⁶²¹ *Ver* Kaczmarek I, párrafos 3-7 (Alcance del trabajo) (**CER-2**); Kaczmarek II, párrafos 1-3 (Alcance del trabajo) (**CER-5**).

⁶²² *Ver* Kaczmarek I, párrafo 13 (en el que define las “Medidas” como el proceder de la CNEE al negarse a fijar el VAD de EEGSA con base en el estudio de Bates White del 28 de julio de 2008) (**CER-2**); *íd.*, párrafo 15 (en el que describe su metodología para el cálculo de los daños “[s]i el tribunal determinara que las Medidas constituyen un incumplimiento del CAFTA-DR tal como lo alega la Demandante”); Kaczmarek II, párrafo 60 (en el que explica que se “bas[ó] en el VNR determinado en el Estudio Bates White de Julio 2008 ya que el caso legal del Demandante es que la CNEE estaba [obligada] a emplear el VNR del Estudio Bates White de Julio 2008” y que “incluso si la determinación [de que el estudio de Bates White incorporaba íntegramente todos los pronunciamientos de la Comisión Pericial] estuviera equivocada (lo cual no es nuestra opinión), el Demandante reclama que tiene derecho a daños que lo compensan por el daño financiero causado por la negativa del Gobierno de utilizar los VNRs y VADs establecidos en el Estudio Bates White de Julio 2008 para fijar las tarifas de EEGSA”) (**CER-5**).

⁶²³ *Ver* Acta (5 de marzo de 2013) 1570:9-10 (Contrainterrogatorio de Abdala) (donde declaró que “No estoy seguro de si [el Sr. Damonte incorporó todos los pronunciamientos de la Comisión Pericial en su VNR] [] o no. [No lo sé.]”); *íd.* 1571:12-14 (donde declara que “s[abía] que en su informe el señor Damonte afirmó que había algunas recomendaciones que no pudo implementar plenamente”).

28 de julio de 2008 hasta un año después de la fijación de las tarifas en previsión del arbitraje⁶²⁴. Por ende, los argumentos infundados de la Demandada sobre que supuestamente el estudio de Bates White del 28 de julio de 2008 no incorporaba íntegramente las decisiones de la Comisión Pericial es solo un argumento *post hoc*, y no tiene ningún efecto sobre la validez del cálculo de los daños del Sr. Kaczmarek.

130. Por esta razón, la afirmación de la Demandada de que debería utilizarse el valor contrafáctico del Sr. Damonte ya que él “incorporó los pronunciamientos de la Comisión Pericial al estudio de Bates White del 5 de mayo, a la excepción de la FRC”⁶²⁵ es incorrecta. Como observó la Demandante, no tiene sentido emplear el VNR o el FRC del Sr. Damonte para calcular el valor contrafáctico de EEGSA porque, en ausencia de un incumplimiento, Guatemala habría utilizado el estudio del VAD de Bates White del 28 de julio de 2008 para fijar el VAD de EEGSA, como debía hacerlo. De ningún modo habría fijado el VAD de EEGSA sobre la base de un análisis que ni siquiera existía en ese momento. Más aún, tal como finalmente reconoce la Demandada, el Sr. Damonte no incorporó el pronunciamiento de la Comisión Pericial sobre el FRC⁶²⁶; esta omisión no puede dejarse de lado, dado que tiene un impacto considerable en el VAD resultante y, en consecuencia, en el valor contrafáctico de EEGSA⁶²⁷. Asimismo, la afirmación de la Demandada de que la fórmula del FRC del Sr. Damonte era “técnicamente correcta” y “conservadora”⁶²⁸ es jurídicamente irrelevante e incorrecta en todo caso. Es jurídicamente irrelevante porque, aun si fuera correcta (que no lo es), la Comisión Pericial se pronunció sobre esta cuestión en particular, y la Demandada indicó expresamente, y su legislación deja en claro, que el pronunciamiento de la Comisión Pericial es vinculante⁶²⁹. Además es incorrecta porque, tal como ha explicado la Demandante, el método del VNR adoptado en Guatemala requiere que el retorno de la distribuidora sea calculado a partir de una

⁶²⁴ Análisis del Dictamen de la Comisión Pericial (sin fecha), página 9 (C-547); Acta (4 de marzo de 2013) 1054:4-1055:3 (Contrainterrogatorio de Moller); Escrito de la Demandante Posterior a la Audiencia, párrafo 155.

⁶²⁵ Escrito de la Demandada Posterior a la Audiencia, párrafo 338.

⁶²⁶ *Íd.*

⁶²⁷ Escrito de la Demandante Posterior a la Audiencia, párrafos 156, 179; Análisis del Dictamen de la Comisión Pericial (sin fecha), página 9 (C-547).

⁶²⁸ Escrito de la Demandada Posterior a la Audiencia, párrafo 338.

⁶²⁹ *Ver supra* Sección IV.A.2.

base de capital no depreciada⁶³⁰. Por otra parte, como se indicó en el Escrito de la Demandante Posterior a la Audiencia, el Sr. Damonte *no* incorporó todos los demás pronunciamientos de la Comisión Pericial⁶³¹. Llamativamente, no cumplió con la decisión de la Comisión Pericial sobre los precios de referencia, y declaró erróneamente que eso no tuvo impacto alguno en su análisis de los daños⁶³².

131. Por último, en su Escrito Posterior a la Audiencia, la Demandada retoma el argumento de que el modelo del Sr. Kaczmarek proyecta gastos de capital en el escenario contrafáctico que son demasiado bajos, y alega que “[las proyecciones son] aún inferiores a las incluidas en el modelo de Bates White (US\$ 76.5 millones por año)”⁶³³. Tal como explicó el Sr. Kaczmarek en su Segundo Informe Pericial, el supuesto del Dr. Abdala de que el modelo de Bates White proyectaba gastos de capital anuales promedio de USD81,9 millones (la cifra utilizada en el primer informe del Dr. Abdala) se basaba erróneamente en haber añadido el retorno de capital de EEGSA en los gastos de capital⁶³⁴. Si el Dr. Abdala hubiera tomado la cifra de gastos de capital estimados de Bates White, según aduce, habría citado el estudio o modelo de Bates White. Sin embargo, esta cifra no está en el modelo de Bates White. Según explicó el Sr. Kaczmarek, el supuesto del Dr. Abdala de que los gastos totales de capital deberían ser iguales a los gastos de capital de expansión más el retorno de capital es incorrecto puesto que “[l]a porción de retorno de capital del VAD es justamente lo opuesto de un gasto de capital”⁶³⁵. En su informe, el Sr. Kaczmarek demostró que el modelo de Bates White proyectó gastos de capital anuales promedio de aproximadamente USD37,1 millones, y también explicó que esto era acorde con el ratio mediano de gastos de capital a valor de la empresa de distribuidoras de electricidad latinoamericanas comparables⁶³⁶, y casi el doble de los gastos de capital históricos de EEGSA de

⁶³⁰ *Ver supra* Sección IV.B.1.

⁶³¹ Escrito de la Demandante Posterior a la Audiencia, párrafos 156, 179.

⁶³² Presentación en Interrogatorio de Barrera, Diapositiva 33; Acta (5 de marzo de 2013) 1315:1-10 (Interrogatorio de Barrera); Escrito de la Demandante Posterior a la Audiencia, párrafos 156, 179.

⁶³³ Escrito de la Demandada Posterior a la Audiencia, párrafo 337.

⁶³⁴ Kaczmarek II, párrafo 39 (CER-5).

⁶³⁵ *Íd.*

⁶³⁶ Kaczmarek II, Figura 2 (CER-5); Presentación en Interrogatorio de Kaczmarek, Diapositiva 37; *ver también* Escrito de la Demandante Posterior a la Audiencia, párrafo 183.

USD20 millones por año⁶³⁷, por lo que no estaba subvaluado. En su Segundo Informe Pericial, el Dr. Abdala *admitió* que su crítica fue desacertada: el Dr. Abdala reconoció que los montos de gastos de capital utilizados por el Sr. Kaczmarek eran “prácticamente idéntic[o]s a l[o]s que se desprenden del estudio de Bates White de mayo 2008 corregido por Damonte y utilizad[o]s por nosotros en nuestro ejercicio de valuación”⁶³⁸. El Dr. Abdala por lo tanto concluyó que “[e]n consecuencia, ya no existen diferencias significativas entre las partes en relación al monto de las inversiones [gastos de capital] que EEGSA realizaría en dicho escenario [es decir, el contrafáctico]”⁶³⁹. Que ahora la Demandada sostenga que el modelo de Bates White proyectó gastos de capital anuales de USD76,5 millones y que critique el análisis de daños del Sr. Kaczmarek basado en ello, simplemente dejando de lado esta historia, representa un claro intento de la Demandada de confundir al Tribunal.

C. Los argumentos de la Demandada de que el VAD de Sigla es razonable y el de Bates White no lo es carece de fundamento

132. La gran mayoría de los argumentos de la Demandada sobre el reclamo de daños de TECO se centran no en la validez de la valuación del Sr. Kaczmarek —que la Demandada no ha podido socavar— sino en la supuesta razonabilidad del VAD de Sigla y la supuesta ganancia excesiva que se habría obtenido si el VAD de EEGSA se hubiera fijado sobre la base del estudio del VAD de Bates White del 28 de julio de 2008. Sin embargo, las verificaciones de razonabilidad de la Demandada son sumamente defectuosas.

133. Al reiterar su afirmación de que el cálculo de daños del Dr. Abdala es razonable ya que, para calcular el valor contrafáctico de EEGSA, el Dr. Abdala se basa en un VNR para EEGSA que se aproxima a su base tarifaria contable⁶⁴⁰, la Demandada simplemente hace caso omiso de la declaración escrita y oral del Sr. Kaczmarek donde explica la razón por la cual este

⁶³⁷ Kaczmarek II, párrafo 40 (CER-5); Kaczmarek I, Figura 9 (CER-2).

⁶³⁸ Abdala II, párrafo 2 (RER-4).

⁶³⁹ *Íd.* Para evitar cualquier duda, el Dr. Abdala luego procede a señalar lo siguiente: “Sin embargo, subsisten aún dos diferencias importantes con NCI en relación a dos determinantes de valor en el escenario contrafáctico: el [...] VNR, y el [...] factor de recupero de capital (“FRC”)”. *Íd.*, párrafo 3.

⁶⁴⁰ Escrito de la Demandada Posterior a la Audiencia, párrafo 339.

supuesto test de razonabilidad es fundamentalmente incorrecto⁶⁴¹. El hecho de que la Demandada ni siquiera reconozca, mucho menos refute, estos puntos pone de manifiesto la debilidad de su argumento.

134. Fundamentalmente, la Demandada admite que “*el sistema regulatorio guatemalteco no está basado en la base tarifaria contable*”⁶⁴². En cambio, el sistema regulatorio de Guatemala está basado en el método del VNR, que valúa la base de capital de EEGSA como nueva en cada período tarifario, mientras que si se utilizara el método de la base tarifaria contable, la base de capital de EEGSA se valoraría con base en el valor contable de sus activos depreciados⁶⁴³. En efecto, como el Tribunal sabe, cuando se privatizó EEGSA, el valor contable de su base de capital era aproximadamente de USD78 millones⁶⁴⁴, mientras que Guatemala recibió USD520 millones por el 80% de EEGSA⁶⁴⁵. Por lo tanto, Guatemala reconoce que “se calculó el valor de la empresa sobre la base de los flujos de efectivo esperados y no sobre el valor de los activos”⁶⁴⁶ y que “el *valor contable* de 1991 no puede compararse con el precio de la privatización dado que [...] el valor contable no se tomó en cuenta al calcular el precio de compra”⁶⁴⁷. Tampoco la ayuda su afirmación de que “ningún regulador remuneraría el inversor

⁶⁴¹ Ver Kaczmarek II, párrafos 166-171 (**CER-5**); Acta (5 de marzo de 2013) 1503:18-1504:7 (Interrogatorio de Kaczmarek).

⁶⁴² Escrito de la Demandada Posterior a la Audiencia, párrafo 340 (énfasis añadido).

⁶⁴³ Kaczmarek I, párrafo 54 (**CER-2**).

⁶⁴⁴ Price WaterhouseCoppers, *Limited Scope Analysis to Estimate the Fair Market Value of Certain Intangible Assets, as of September 10, 1998* de fecha 13 de abril de 1999, Anexo 1 (en el que se calcula el valor contable de los activos de EEGSA en 1998 en USD78,3 millones) (**C-43**).

⁶⁴⁵ Contrato de Compraventa de Acciones entre Distribución Eléctrica Centroamericano, S.A. y el Estado de Guatemala de fecha 11 de septiembre de 1998, páginas 7-8, 10 (**C-38**); Acta Notarial de Adjudicación de EEGSA de fecha 30 de julio de 1998, página 2 (**C-36**); ver también Resumen de los Resultados de la Licitación de Guatemala de fecha 31 de julio de 1998 (**C-37**).

⁶⁴⁶ Escrito de la Demandada Posterior a la Audiencia, párrafo 320 (cita interna omitida).

⁶⁴⁷ *Íd.*, párrafo 325 (énfasis en el original). Los argumentos de la Demandada sobre los cambios que ocurrieron en EEGSA entre 1991 y 1998 son irrelevantes. Ver Escrito de la Demandada Posterior a la Audiencia, párrafo 326. Price Waterhouse calculó el valor contable de los activos de EEGSA en 1991 en USD59,6 millones, y concluyó que una valuación más apropiada basada en las utilidades era de USD13,9 millones y, en consecuencia, recomendó no privatizar EEGSA antes de adoptar un nuevo régimen regulatorio y efectuar otros cambios significativos. Price Waterhouse, Estudio de la Empresa Eléctrica de Guatemala de fecha 11 de enero de 1991, páginas 26-27 (**C-7**). En 1998, Price Waterhouse calculó el valor contable de los activos de EEGSA en USD78,3 millones. PriceWaterhouseCoppers, “*Limited Scope Analysis to Estimate the Fair Market Value of Certain Intangible Assets, as of Sept. 10, 1998*” de fecha 13 de abril de 1999, Anexo 1 (**C-43**). Por lo tanto, con independencia de los cambios que pueden haber ocurrido entre 1991 y 1998, el valor contable de la base

por una base regulatoria muy alejada de los valores realmente invertidos⁶⁴⁸. Los montos realmente invertidos son los montos que se *pagaron a Guatemala* por la concesión de 50 años, es decir USD520 millones por el 80% de EEGSA, lo que implica un valor 17 veces mayor que el valor contable de EEGSA en ese momento⁶⁴⁹. Por lo tanto, resulta fundamentalmente errado que el Dr. Abdala concluya que su valuación contrafáctica de EEGSA es razonable porque el VNR que utilizó se aproxima a la base contable de EEGSA.

135. Por otra parte, tal como explicó el Sr. Kaczmarek, el hecho de que hubiera una correlación entre el VNR del Dr. Abdala y la base contable de EEGSA al año 2012 fue una coincidencia temporal. Cuando se privatizó EEGSA, la gran diferencia entre el valor de su base de capital y su precio de compra se contabilizó como crédito mercantil. El defecto fundamental en el test de razonabilidad del Dr. Abdala es que no hubiera habido ningún crédito mercantil si la base de capital se hubiera basado en el valor contable de EEGSA (esencialmente, un modelo basado en el costo del servicio). El crédito mercantil de EEGSA iba a ser amortizado a lo largo de 30 años. En el momento de la privatización, Price Waterhouse calculó que el crédito mercantil representaba el 83% del valor de los activos de EEGSA⁶⁵⁰. Para el año 2008, como reconoce el Dr. Abdala, aproximadamente un tercio de este valor contable original había sido amortizado, lo que dejaba un 54% del valor contable en su cálculo representado por el crédito mercantil⁶⁵¹. Del

de capital de EEGSA no aumentó de manera considerable. La afirmación de la Demandada de que “no puede determinarse si ese valor refleja el valor real de la infraestructura en ese momento” ya que “es muy posible que las normas contables de una empresa estatal en Guatemala en 1991 no siguieran normas estándar de contabilidad” es incorrecta. Escrito de la Demandada Posterior a la Audiencia, párrafo 325 nota al pie 449. Tal como refleja el Informe de 1991 de Price Waterhouse, cuando llevó a cabo su valuación, Price Waterhouse no se basó simplemente en los estados contables de EEGSA, sino que “revaluó” los activos. Price Waterhouse, Estudio de la Empresa Eléctrica de Guatemala de fecha 11 de enero de 1991, página 19 (C-7). El punto indiscutible sigue siendo que, si Guatemala hubiera adoptado un enfoque basado en el costo del servicio para calcular el VAD, donde la base de capital está basada en la base de capital real de la distribuidora y, por lo tanto, refleja el estado depreciado de los activos reales, en lugar del enfoque de la empresa modelo eficiente que utiliza el método del VNR, donde la base de capital está basada en el valor nuevo de reemplazo de la base de capital de una empresa modelo eficiente, los fondos que Guatemala recibió de la privatización de EEGSA (es decir, USD520 millones por el 80,1%) no hubieran sido tan altos. *Ver* Escrito de la Demandante Posterior a la Audiencia párrafos 66, 69; Acta (5 de marzo de 2013) 1490:4-1494:10 (Interrogatorio de Kaczmarek).

⁶⁴⁸ Escrito de la Demandada Posterior a la Audiencia, párrafo 340.

⁶⁴⁹ Kaczmarek II, párrafo 187 (CER-5).

⁶⁵⁰ En 1999, el crédito mercantil de EEGSA alcanzó la suma de USD403 millones. Kaczmarek II, párrafo 171 y Apéndice 3 (CER-5).

⁶⁵¹ Abdala II, párrafo 50.

mismo modo, dentro de diez años, se habrá amortizado más de dos tercios del crédito mercantil. En resumen, el Dr. Abdala no explica, ni podría hacerlo, por qué el crédito mercantil debería ser parte de su test de razonabilidad, por qué tendría sentido desde una perspectiva económica que la base de capital deba erosionarse en el tiempo, y cómo el valor contable podría servir como variable sustitutiva del valor nuevo de reemplazo de una empresa modelo eficiente.

136. La Demandada en su Escrito Posterior a la Audiencia también continúa basándose en el denominado análisis “prospectivo de la TIR” del Dr. Abdala, sin reconocer o responder a ninguna de las críticas realizadas por el Sr. Kaczmarek a ese análisis⁶⁵². Tal como explicó la Demandante, el test de reciente invención del Dr. Abdala no puede probar o refutar la razonabilidad de ningún VAD, dado que ni siquiera pretende medir el retorno de TECO o de EEGSA según los VAD de Sigla o Bates White⁶⁵³. Con respecto al análisis de la TIR del Sr. Kaczmarek, que demuestra que la Demandante obtuvo meramente una TIR del 0,6% en términos reales y, si se otorgaran los daños reclamados, igualmente solo obtendría una TIR del 7,81% en términos reales (por debajo de su costo de capital)⁶⁵⁴, la Demandada continúa criticando al Sr. Kaczmarek por haber calculado una TIR para TECO, y no para EEGSA. A pesar de ello, y a pesar de la solicitud del Tribunal de que las partes calculen la TIR de EEGSA⁶⁵⁵, en su Escrito Posterior a la Audiencia, la Demandada no calcula la TIR de EEGSA. Como observó la Demandante en su Escrito Posterior a la Audiencia, esto no resulta sorprendente dado que, claramente, calcular una TIR para EEGSA sirve para validar aún más el análisis de daños de la Demandante⁶⁵⁶. En el caso de que la Demandada presente en forma tardía un cálculo de la TIR de EEGSA en su Escrito de Réplica Posterior a la Audiencia, el Tribunal debería ignorar ese cálculo ya que al no haber más escritos de fondo programados se privará a la Demandante de su

⁶⁵² Escrito de la Demandada Posterior a la Audiencia, párrafo 353.

⁶⁵³ Escrito de la Demandante Posterior a la Audiencia, párrafo 193; Acta (5 de marzo de 2013) 1503:3-9, 14-17 (Interrogatorio de Kaczmarek); Presentación en Interrogatorio de Kaczmarek, Diapositiva 22.

⁶⁵⁴ Kaczmarek II, párrafo 146 y Tabla 15 (**CER5**).

⁶⁵⁵ Acta (22 de enero de 2013) 404:7-9 (Pregunta del Tribunal) (¿Para estas dos cifras [el VAD de Sigla y el VAD de Bates White del 28 de julio [de 2008]], cuál sería la correspondiente tasa de retorno interna para EEGSA?); *id.*, página 404:14-21 (Pregunta del Tribunal) (“[L]o que yo quisiera entender es [...] ¿cuál sería el resultado en términos de la tasa de retorno interna [...] para esas dos cifras de VAD, la de Bates White y la de Sigla [...]? ¿[y] cuál sería la rentabilidad efectiva sobre el capital [y de capital] basado en esas dos cifras por año para EEGSA?”).

⁶⁵⁶ Escrito de la Demandante Posterior a la Audiencia, párrafos 191-192.

derecho de contestar según el debido proceso.

137. La otra afirmación de la Demandada de que calcular una TIR para un accionista no es fiable ya que la TIR puede verse afectada por las políticas de distribución de dividendos y las decisiones sociales⁶⁵⁷ es incorrecta. Si EEGSA pagó o retuvo dividendos, esto se refleja en la TIR de TECO: un pago de dividendos aumentaría la TIR de EEGSA, y la retención de dividendos y la correspondiente acumulación de efectivo para EEGSA aumentaría el valor de venta de EEGSA y del mismo modo incrementaría la TIR de TECO. Las decisiones sociales respecto del nivel y la oportunidad de los gastos de capital y las distribuciones de dividendos por lo tanto se reflejan en la TIR. De todos modos, las pruebas demuestran que EEGSA retuvo un monto razonable de efectivo en concepto de capital de trabajo y distribuyó el resto a sus accionistas, como sería de esperar. Si hubiera algo inusual en este sentido, la Demandada seguramente lo hubiera planteado, ya que el Sr. Kaczmarek en su primer informe presentó las fechas exactas en las que se efectuaron distribuciones y los montos de esas distribuciones⁶⁵⁸. El hecho de que la Demandada no haya planteado ninguna cuestión en este sentido demuestra la naturaleza puramente especulativa de sus afirmaciones y de que está intentando sembrar dudas innecesariamente.

138. La Demandada además continúa alegando que el análisis de la TIR de la Demandante es defectuoso porque el monto pagado *por* TECO en la privatización era demasiado alto: de ese modo, afirma que “*Teco* ofreció US\$520 millones” porque quería “*integra[r] [el] negocio de Teco en Guatemala y [mejorar el] posicionamiento del grupo en la región*”⁶⁵⁹. Como está claro, TECO no pagó los USD520 millones por EEGSA, DECA lo hizo. Al cometer este “error”, la Demandada busca eludir el hecho de que TECO era un accionista minoritario en el Consorcio DECA y que DECA no habría tenido ninguna razón para sobreofertar —y de hecho no lo hizo— en razón de supuestas sinergias que TECO podría haber tenido con EEGSA⁶⁶⁰. Tal como se demuestra en el Escrito Posterior a la Audiencia y en la Audiencia, las pruebas lo

⁶⁵⁷ Escrito de la Demandada Posterior a la Audiencia, párrafo 342.

⁶⁵⁸ Kaczmarek I, Tablas 21 y 22 (**CER-2**).

⁶⁵⁹ Escrito de la Demandada Posterior a la Audiencia, párrafo 344 y nota al pie 484 (énfasis añadido).

⁶⁶⁰ *Ver supra* Sección IV.A.1.

confirman: (i) el propio perito de la Demandada, el Dr. Abdala, declaró que la oferta era justa⁶⁶¹; (ii) la oferta de DECA estaba dentro del 9% de la segunda oferta más alta⁶⁶²; y (iii) el modelo de DKB muestra que el precio ofertado se basó en flujos de efectivo proyectados, y que no se asignó valor a ninguna supuesta sinergia⁶⁶³. Tampoco es correcto que “el valor pagado por Teco fue superior en casi unos US\$ 100 millones al aconsejado por sus propios asesores financieros” como afirma la Demandada⁶⁶⁴. Por el contrario, el modelo preparado por DKB claramente refleja los fondos invertidos por el Consorcio DECA por el 80% de EEGSA de aproximadamente USD527 millones (mientras que el Consorcio pagó USD520 millones)⁶⁶⁵.

139. El otro argumento de la Demandada de que aceptar el análisis tradicional de la TIR del Sr. Kaczmarek produciría “un incentivo perverso”⁶⁶⁶ es ilógico. La Demandada afirma que los inversores potenciales “ofrecerían valores altos al solo fin de recibir un retorno sobre esos montos”⁶⁶⁷. No resulta sorprendente que la Demandada no cite ningún texto en respaldo de su opinión poco ortodoxa. La especulación de la Demandada va en contra del sentido comercial más básico; un inversor podrá obtener retornos mayores si paga menos, dado que necesita recuperar el precio de compra (su retorno de la inversión) antes de poder obtener una ganancia (su retorno sobre la inversión). En todo caso, lo señalado por la Demandada se basa en la noción de que la base tarifaria no debería estar basada en el precio de compra, pero la Demandante nunca propuso tal cosa. Más bien, la Demandante simplemente indicó que el precio de compra de EEGSA se basó en las tarifas esperadas de EEGSA y la manera en que esas tarifas se calcularían bajo el marco regulatorio, lo cual explica el motivo por el cual la Demandante y sus

⁶⁶¹ Acta (5 de marzo de 2013) 1575:15-16, 1577:3-5, 10-12 (Contrainterrogatorio de Abdala).

⁶⁶² Resumen de los Resultados de la Licitación de Guatemala de fecha 31 de julio de 1998 (**C-37**); Presentación en Interrogatorio de Kaczmarek, Diapositiva 8.

⁶⁶³ Modelo de Dresdner Kleinwort Benson (**R-160**); Acta (22 de enero de 2013) 484:12-17 (Contrainterrogatorio de Gillette); Acta (5 de marzo de 2013) 1580:5-17 (Contrainterrogatorio de Abdala).

⁶⁶⁴ Escrito de la Demandada Posterior a la Audiencia, párrafo 344.

⁶⁶⁵ Modelo de Dresdner Kleinwort Benson, carta de presentación, páginas 6, 16 (donde se muestran los aportes de capital de los accionistas de USD332 millones y la deuda aportada por los accionistas de USD195 millones, lo que suma un total de USD527 millones, como precio ofertado) (**R-160**); *ver también id.*, página 7 (donde se calcula una TIR del 13,5%, utilizando USD195 millones de deuda, y un precio de adquisición de USD524 millones).

⁶⁶⁶ Escrito de la Demandada Posterior a la Audiencia, párrafo 345.

⁶⁶⁷ *Íd.*, párrafo 345.

socias pagaron el monto que pagaron por EEGSA.

140. La Demandada también malinterpreta de manera intencional la declaración del Sr. Kaczmarek y alega engañosamente que cometió un “error” en su cálculo de la TIR al “incluir” un valor de inversión inicial de Teco que era mayor al reflejado en los estados contables de la compañía⁶⁶⁸ y, por lo tanto, su análisis de la TIR carece de “rigor” dado que no “verific[ó] los estados contables de la compañía”⁶⁶⁹. En respaldo de esta afirmación, la Demandada hace referencia a una afirmación descontextualizada de la declaración del Sr. Kaczmarek⁶⁷⁰, donde dice que, de improviso, no recuerda si había examinado un párrafo específico de la Memoria Anual de TECO⁶⁷¹, información que de todos modos estaba contenida en los estados contables de TECO, que el Sr. Kaczmarek sin lugar a dudas examinó. Como explicó la Demandante en su Escrito Posterior a la Audiencia, a través de este tipo de cuestionamiento, la Demandada intentó dejar una impresión equivocada de que TECO solo invirtió USD100 millones, en lugar de USD135 millones en EEGSA⁶⁷². Como se demostró en el Escrito de la Demandante Posterior a la Audiencia, esta insinuación carece de todo mérito⁶⁷³.

141. Por lo tanto, las pruebas demuestran que TECO pagó un precio justo por su participación en EEGSA a la luz del recientemente establecido marco regulatorio de Guatemala para la distribución de electricidad; que EEGSA fue administrada de manera eficiente y efectiva por sus socias (incluida TECO); y que TECO obtuvo un retorno sobre su inversión muy por debajo de su costo de capital y, aún con el otorgamiento de daños, igualmente recibiría un retorno menor que su costo de capital. Incapaz de refutar el análisis de la TIR de la Demandante, la Demandada alega que, si se hubiera utilizado el VAD de Bates White del 28 de julio de 2008, EEGSA habría obtenido una ganancia excesiva. De ese modo, la Demandada sostiene que el VAD de Bates White habría implicado una remuneración para la Demandante más allá de sus

⁶⁶⁸ *Íd.*, párrafos 346-347.

⁶⁶⁹ *Íd.*, párrafos 346-347.

⁶⁷⁰ *Íd.*, párrafo 346.

⁶⁷¹ Acta (5 de marzo de 2013) 1523:6-17 (Contrainterrogatorio de Kaczmarek) (donde se refiere al Sr. Kaczmarek a la página 19 del C-324, que es la sección de las definiciones de la Memoria Anual de TECO Energy, y contenía una descripción narrativa de TECO Guatemala).

⁶⁷² Escrito de la Demandante Posterior a la Audiencia, párrafo 190.

⁶⁷³ *Íd.*, párrafo 190.

expectativas, como consta en el modelo que sirvió de sustento para la oferta de TECO, y que esa información financiera, así como los actos de CAESS, DEOCSA y DEORSA, y EPM, todo ello respalda su conclusión⁶⁷⁴. Cada uno de los argumentos de la Demandada es infundado.

142. La Demandada aduce que “la expectativa de [la Demandante] según su propio plan de negocios inicial era que la tarifa solo *aumentaría* en un 3% en términos reales en 2002 y 2,1% en términos reales en 2008”⁶⁷⁵. Al mismo tiempo, también alega que “las expectativas de Teco eran [...] las de una *reducción* en términos reales del VAD de entre 2 y 3% en el primer quinquenio y también en los quinquenios subsiguientes”⁶⁷⁶ y que el modelo de DKB “t[uvo] en cuenta la disminución del VAD en cada revisión tarifaria”⁶⁷⁷. Las afirmaciones de la Demandada son tanto irrelevantes como erróneas (además de ser internamente incoherentes). Son irrelevantes porque, aun suponiendo que fueran ciertas, no afectarían la validez del cálculo de daños de la Demandante. TECO y sus socias, sin ninguna duda, administraron EEGSA de manera eficiente y lograron un crecimiento considerable de la red⁶⁷⁸. Por lo tanto, la Demandante tenía derecho a un VAD que le permitiera obtener un retorno del 7% (que iguale su costo de capital, según el cálculo de la CNEE y según lo previsto por la LGE)⁶⁷⁹ sobre el VNR de los activos de una empresa modelo eficiente, y tenía derecho a que ese VAD fuera calculado por Bates White y que las diferencias relativas a ese estudio fueran resueltas por una Comisión Pericial. Si el resultado del proceso tarifario fuera un aumento por encima de lo que TECO supuestamente esperaba diez

⁶⁷⁴ Escrito de la Demandada Posterior a la Audiencia, párrafos 245-246, 348-351, 362.

⁶⁷⁵ *Íd.*, párrafo 5 [texto omitido por irrelevante] (énfasis añadido).

⁶⁷⁶ *Íd.*, párrafo 349 [texto omitido por irrelevante] (énfasis añadido).

⁶⁷⁷ *Íd.*, párrafo 320 [texto omitido por irrelevante] (énfasis añadido); *ver también id.*, párrafo 226 (en el que se afirma que el modelo de DKB muestra que TECO esperaba que “en cada revisión tarifaria, habría reducciones del VAD en términos reales, una vez que se incluyeran en el cálculo los factores de eficiencia”) (énfasis omitido).

⁶⁷⁸ Banco Interamericano de Desarrollo, *Keeping the Lights On: Power Sector Reform in Latin America*, página 256 (en el que se señala que, durante los primeros cinco años después de la privatización de EEGSA, la empresa redujo el tiempo promedio de espera de alta de nuevo servicio, aumentó la cantidad de lugares de pago de facturas, redujo la cantidad de medidores no leídos, disminuyó los errores de facturación, aumentó las llamadas de clientes, redujo el tiempo de respuesta a reclamos, y disminuyó el tiempo promedio y la frecuencia de interrupción del servicio de manera considerable) (C-61); Presentación de Gestión de DECA II, de fecha septiembre de 2010, página 2 (en la que se muestra que EEGSA redujo sustancialmente sus pérdidas de energía de un 10% a un 7% entre 2004 y 2010) (C-350); Kaczmarek I, párrafos 174-175 (en el que señala que “desde la privatización, EEGSA ha podido reducir significativamente sus pérdidas de energía” y que “[e]n 2008 [] EEGSA tuvo uno de los porcentajes más bajos de pérdida de energía de Latinoamérica”) (CER-2).

⁶⁷⁹ Resolución CNEE-04-2008 de fecha 17 de enero de 2008, página 2 (C-152); LGE, Art. 79 (C-17).

años antes, no tiene ninguna importancia. De hecho, sería usual adoptar un enfoque conservador al preparar un modelo para servir de sustento a una oferta y, ciertamente, DKB no habría previsto que en diez años habría un gran aumento de los precios de los commodities que afectaría el VAD de EEGSA.

143. El argumento de la Demandada también es incorrecto porque interpreta el modelo de DKB de forma equivocada y supone desacertadamente que las dos cifras a las que hace referencia representan el único aumento del VAD desde el comienzo del primer período tarifario hasta el año 2008. Tal como se destacó en la Audiencia, el modelo utilizó una variedad de datos para proyectar los flujos de efectivo futuros de EEGSA⁶⁸⁰. En ninguna parte del modelo proyecta el VAD de EEGSA para períodos tarifarios futuros. Durante el conainterrogatorio, la Demandada le mostró al Sr. Gillette una página del modelo de DKB que contiene una variedad de datos para el VAD, y específicamente señaló los cambios proyectados para dos de esos datos —el factor de eficiencia y el ajuste real del factor del VAD⁶⁸¹. Contrariamente a lo sugerido por la Demandada, el Sr. Gillette no confirmó que esto demostraba que se esperaba que el VAD de EEGSA fuera a aumentar en los mismos porcentajes. Más bien, el Sr. Gillette declaró que “así parece[ría]” que las cifras que le había mostrado la Demandada indicaban los valores representados⁶⁸², pero luego, en respuesta a preguntas adicionales, aclaró que “no est[aba] seguro de cómo se aplicaban en el modelo”, a lo cual el abogado de la Demandada contestó “[Sí,] [p]robablemente tenemos la misma confusión”⁶⁸³.

144. Tal como declaró el Sr. Gillette en la Audiencia, TECO esperaba que EEGSA se hiciera más eficiente con el tiempo (y de hecho así fue)⁶⁸⁴ y, por ende, mientras que posiblemente se esperara que el VAD por cliente disminuiría, dado el crecimiento de la red, entre otras cosas, se esperaba que el VAD total aumentaría. El modelo de DKB lo confirma. Si bien ese modelo no proyecta el VAD de EEGSA, sí proyecta los ingresos provenientes de los cargos

⁶⁸⁰ Acta (22 de enero de 2013) 490:11-491:3, 501:1-13 (Conainterrogatorio de Gillette); Acta (22 de enero de 2013) 552:11-553:3 (Pregunta del Tribunal); Gillette I, párrafo 12 (CWS-5).

⁶⁸¹ Modelo de DKB, página 45 (R-160).

⁶⁸² Acta (22 de enero de 2013) 497:11 (Conainterrogatorio de Gillette).

⁶⁸³ *Íd.*, página 498:6-9.

⁶⁸⁴ *Íd.*, página 486:19-22; Gillette I, párrafo 12 (CWS-5).

fijos y los ingresos por cargos por potencia, que son dos de los principales componentes del VAD⁶⁸⁵. Entre 1998 y 2002 los cargos fijos combinados y los cargos por potencia aumentaron en un 219% en términos reales, y entre 2002 y 2008 aumentaron un 12% en términos reales⁶⁸⁶. En términos nominales en dólares estadounidenses, el modelo de DKB muestra que esta variable sustitutiva del VAD aumenta un 33% entre 2002 y 2008⁶⁸⁷. Así, el modelo de DKB muestra que TECO no esperaba que disminuyera el VAD de EEGSA y, en realidad, esperaba que aumentara en un porcentaje considerable entre períodos tarifarios, muy por encima del 2% al 3% en 2002 y 2008, indicados incorrectamente por la Demandada. Dado que el VAD es la única fuente de retorno para el inversor de una empresa de servicios públicos regulada, la afirmación de la Demandada de que TECO esperaba que el VAD, en términos reales, disminuyera en los períodos tarifarios sucesivos no solo se ve refutada por las pruebas, sino que no es realista: si ese fuera el caso, el retorno de un inversor sobre su inversión disminuiría con el tiempo, especialmente si se esperaba que la red continuaría creciendo.

145. El argumento de la Demandada de que su cuadro donde se ilustraba el EBITDA muestra que EEGSA habría obtenido ganancias excesivas bajo el VAD de Bates White⁶⁸⁸ es

⁶⁸⁵ Modelo de DKB, página 30 (R-160); Kaczmarek I, párrafos 71-75 (donde explica que los costos operativos del VAD están integrados por los costos del consumidor (cargos por potencia), los costos de mantenimiento/administración (cargos fijos) y las pérdidas de energía) (CER-2).

⁶⁸⁶ Modelo de DKB, páginas 28, 30, 38, 40 (R-160).

<i>en Quetzales</i>	1998	1999	2002	2008
Ingresos por componente de cargo fijo	18.885.499	41.554.517	56.468.478	97.855.659
Ingresos por componente de potencia	140.862.025	318.607.765	428.603.524	721.735.866
Total	159.747.524	360.162.282	485.072.002	819.591.525
<i>Tipo de cambio Q/USD</i>	6,26	6,59	7,70	9,81
<i>Total USD</i>	25.518.774	54.652.850	62.996.364	83.546.537
Factor de inflación	102,49	111,71	142,03	215,14
Total (ajustado por inflación 1998 Qs)	159.747.524	330.436.239	350.031.891	390.443.132
			Cambio real 1998-2002	219%
			Cambio real 1999-2002	6%
			Cambio real 2002-2008	12%

⁶⁸⁷ *Íd.*

⁶⁸⁸ Escrito de la Demandada Posterior a la Audiencia, párrafo 348. Además, el cuadro es engañoso, ya que indica que la CNEE calculó el costo de capital de EEGSA (y, por ende, su tasa de retorno sobre el VNR) en 11,5% durante el período de revisión tarifaria de EEGSA 2003-2007, lo que sugiere que la rentabilidad de EEGSA debería haber sido menor en su tercer período de revisión tarifaria 2008-2013, cuando su costo de capital se calculó en un 7%. *Ver* Escrito de la Demandada Posterior a la Audiencia, párrafo 348. No obstante,

igualmente fútil. La medida correcta del retorno o rentabilidad de un inversor es el flujo de efectivo para el inversor, que se determina a través de un análisis de la TIR, y no el EBITDA de la empresa, que se deriva del estado de resultados de la empresa y no incluye los gastos de capital. Por lo tanto, es incorrecto equiparar el EBITDA de EEGSA con su rentabilidad, ya que los montos incluidos en el cuadro de la Demandada no están disponibles para los accionistas de EEGSA, debido a que una gran parte de ese monto nunca se distribuyó, sino que fue reinvertida en la empresa en gastos de capital.

146. Del mismo modo, el argumento de la Demandada de que el reclamo de daños de la Demandante no es razonable ya que si el VAD de EEGSA se fijara con base en el estudio de Bates White se ubicaría muy por encima del de CAESS, una empresa de El Salvador⁶⁸⁹, carece de fundamento y es irrelevante para el cálculo del valor contrafáctico de EEGSA. En primer lugar, el cuadro que utiliza la Demandada en respaldo de su afirmación muestra únicamente el VAD de baja tensión, y no el VAD de media tensión⁶⁹⁰, que representa aproximadamente la mitad del VAD total de EEGSA⁶⁹¹. Además, la Demandada se centra en una sola empresa distribuidora en El Salvador; sin embargo, como señaló el Sr. Kaczmarek, algunas distribuidoras potencialmente comparables en El Salvador tenían un VAD en 2011 que duplicaban o triplicaban el VAD por Kilovatio-hora impuesto a EEGSA⁶⁹². Asimismo, se utilizó El Salvador como referencia para fijar el VAD de EEGSA en el primer período tarifario, inmediatamente antes de la privatización, porque no se contaba con suficientes datos y conocimientos para llevar a cabo una revisión tarifaria completa de conformidad con el procedimiento establecido en la recién sancionada LGE, y esto también atenuaría el impacto de los aumentos tarifarios con

la cifra del 11,5% es antes de impuestos, y el 7% correspondiente al período 2008-2013 es después de impuestos. *Ver* NERA, Informe de Etapa E, Valor Agregado de Distribución y Balance de Potencia y Energía, de fecha 30 de julio de 2003, página 11 (**C-75**). Si se convierte el 11,5% antes de impuestos a una tasa después de impuestos, dada la alícuota del impuesto a la renta de sociedades de Guatemala del 31% (*ver* Kaczmarek I, párrafo 117 (**CER-2**)), se obtiene un costo de capital de alrededor del 7,9% para el segundo período tarifario.

⁶⁸⁹ Escrito de la Demandada Posterior a la Audiencia, párrafo 351.

⁶⁹⁰ *Íd.*

⁶⁹¹ *Ver* Kaczmarek II, Apéndice 3 (en el que se muestra que el VAD de MT representa aproximadamente el 46% del VAD total de EEGSA) (**CER-5**).

⁶⁹² Kaczmarek I, párrafo 124 (donde señala que los VAD de estas distribuidoras potencialmente comparables de El Salvador oscilaban entre USD8,90 kWh y 13,90 kWh en 2011) (**CER-2**).

posterioridad a la privatización⁶⁹³. No obstante, tal como explicó el Sr. Giacchino, El Salvador resultó ser una referencia inadecuada por varios motivos, incluyendo el hecho de que las densidades de los países, un factor importante en la determinación de la base de capital, no son iguales en Guatemala y en El Salvador⁶⁹⁴. De todos modos, el mero hecho de que se haya utilizado El Salvador como referencia para el VAD de EEGSA en el primer período tarifario de ningún modo significa que el VAD de EEGSA tuviera que seguir la trayectoria del VAD de CAESS (o que cualquier análisis de daños tuviera que depender del VAD de CAESS). Si esa hubiera sido la intención, no habría habido ninguna necesidad de adoptar el régimen regulatorio específico establecido en la LGE y el RLGE, según el cual el VAD debe ser calculado cada cinco años por un consultor independiente; en cambio, se le habría indicado a EEGSA que adoptara el VAD de CAESS con las modificaciones que la CNEE considerara apropiadas. En consecuencia, el argumento de la Demandada altera radicalmente la LGE al convertir su disposición transitoria, que fija el VAD de EEGSA para el primer período por referencia al VAD de CAESS, en la norma en lugar de la excepción.

147. El argumento de la Demandada de que las tarifas de Sigla eran razonables ya que DEOCSA y DEORSA pudieron obtener ganancias según las tarifas de Quantum, que utilizó la misma fórmula del FRC que Sigla también es incorrecto. Los aspectos económicos de las empresas son muy distintos. DEOCSA y DEORSA, por ejemplo, operan en las grandes áreas rurales de Guatemala, mientras que EEGSA distribuye electricidad en las principales áreas urbanas de Guatemala y, por lo tanto, sus redes son estructuralmente muy diferentes⁶⁹⁵. Además, el Estado continúa subsidiando a DEORSA y DEOCSA⁶⁹⁶, y esas empresas obtienen gran parte de sus ingresos de las tarifas sociales subsidiadas y la expansión de la red financiada con subsidios estatales, como el Programa de Electrificación Rural de Guatemala. En consecuencia,

⁶⁹³ *Íd.*, párrafo 86; Giacchino I, párrafo 5 (**CWS-4**); Calleja I, párrafo 6 (**CWS-3**); Memorial, párrafo 66.

⁶⁹⁴ Giacchino I, párrafo 5 y nota al pie 4 (**CWS-4**); *ver también id.* (donde explica que, según su propia información, Synex, la consultora que preparó el informe en base al cual se fijaron las tarifas de EEGSA para el primer período, se equivocó al calificar la densidad de EEGSA y concluyó erróneamente que el VAD de EEGSA era equivalente a uno de una empresa de El Salvador con indicadores de densidad entre los sectores típicos 2 y 3, en lugar de entre 1 y 2).

⁶⁹⁵ Memorandum de Venta, página 18 (**C-29**); *ver también* Kaczmarek I, párrafo 39 (**CER-2**).

⁶⁹⁶ Economic Consulting Associates, Lecciones Emergentes en Servicios Privados de Infraestructura Rural, de agosto de 2002, páginas 1-2 (**C-57**); *ver también* Kaczmarek I, párrafo 41 (**CER-2**).

esas empresas dependen menos del VAD que EEGSA para su éxito financiero⁶⁹⁷. Resulta elocuente que, mientras el 80% de EEGSA se privatizó por USD520 millones, ese mismo año, la Demandada recibió solo USD101 millones por el 80% tanto de DEOCSA como de DEORSA⁶⁹⁸, lo que resalta las muy distintas expectativas de los inversores y estructuras económicas de las empresas.

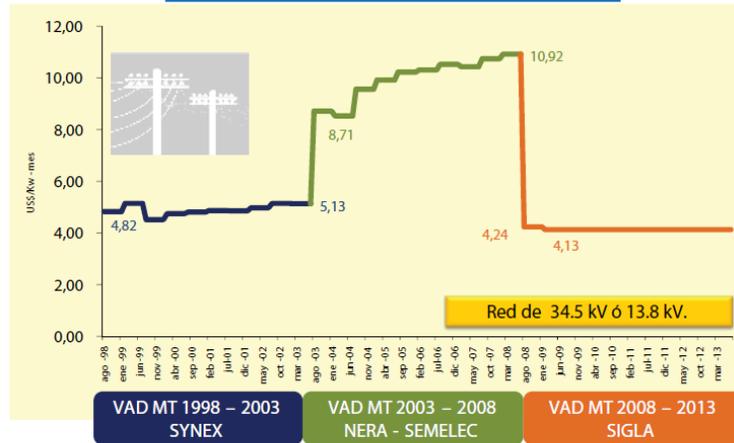
148. Por otra parte, como puede verse en los siguientes cuadros, elaborados por la CNEE, las tarifas de Sigla tuvieron un impacto mucho más grave en EEGSA, en comparación con las tarifas de Quantum impuestas a DEOCSA y DEORSA en su período tarifario 2008-2013⁶⁹⁹.

⁶⁹⁷ Ver, por ejemplo, Economic Consulting Associates, Lecciones Emergentes en Servicios Privados de Infraestructura Rural, de agosto de 2002, página 36 (donde se señala que DEOCSA y DEORSA “esperan obtener una tasa de retorno de más del 20% con base en los precios contractuales del INDE y los contratos de construcción actuales”) (C-57); *id.*, página 38 (“Se considera que DEOCSA/DEORSA obtienen buenos márgenes de beneficio del cargo de USD650 para conectar nuevos usuarios rurales. No resulta tan claro si obtienen un beneficio razonable de la venta de electricidad a esos usuarios”, que es el VAD del que depende EEGSA para obtener sus márgenes de beneficio).

⁶⁹⁸ Banco Interamericano de Desarrollo, *Keeping the Lights on: Power Sector Reform in Latin America*, de 2003, página 224 (C-61); Informe de América Central, Guatemala, de fecha 8 de enero de 1999, página 2 (C-42); ver también Kaczmarek I, párrafo 40 (CER-2).

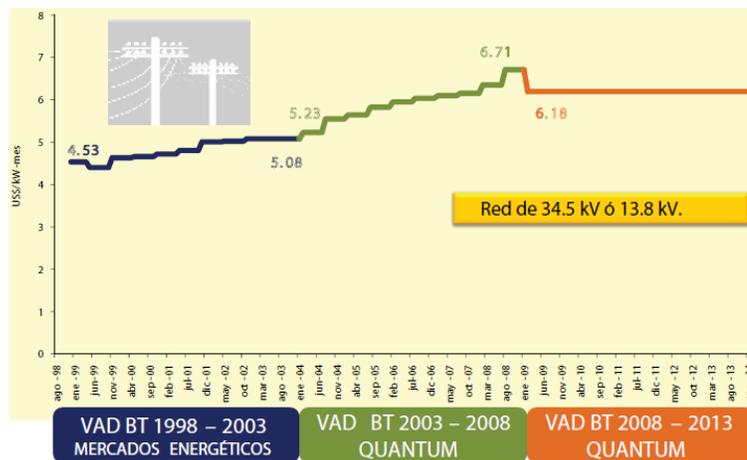
⁶⁹⁹ Informe Anual de la CNEE, período mayo 2008-abril 2009, páginas 29-31, gráficos 5, 7 y 9 (C-327).

EE, Histórico VAD MT



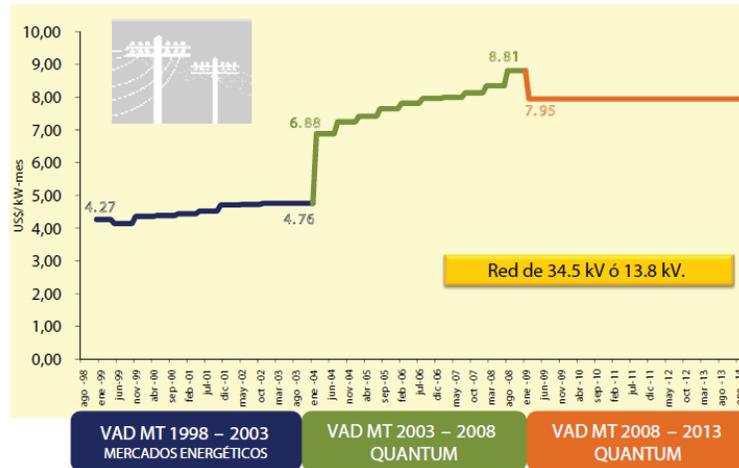
Gráfica 5. Evolución VAD EEGSA (media tensión)

DC, Histórico, VAD MT



Gráfica 7. Evolución VAD DECSA (media tensión)

DR, Histórico, VAD MT



Gráfica 9. Evolución VAD DEORSA (media tensión)

149. Como se puede ver en estos cuadros, el VAD de media tensión (“MT”) de EEGSA, que representa aproximadamente la mitad del VAD de EEGSA⁷⁰⁰, disminuyó a causa de las tarifas de Sigla a USD4,13 Kw/mes⁷⁰¹. Esta fue una reducción por debajo de la tarifa del final del segundo período tarifario de 10,92 y de *menos que* la tarifa vigente al principio del primer período tarifario de 4,82⁷⁰². Tal como señaló el Sr. Kaczmarek, desafía todo sentido económico que el VAD de EEGSA haya disminuido a niveles por debajo del nivel vigente al momento de la privatización⁷⁰³. Ni el VAD de DEOCSA ni de DEORSA correspondiente al período 2008-2013 se redujo hasta ese punto. El VAD de MT de DEOCSA descendió apenas de 6,71 a fines del segundo período tarifario a 6,18, con lo cual se mantuvo muy por encima del VAD de MT del primer período de 4,53⁷⁰⁴. De modo similar, el VAD de MT de DEORSA para el tercer período disminuyó ligeramente de 8,81 a 7,95, también muy por encima de la tarifa del primer período de 4,27⁷⁰⁵. Por lo tanto, la afirmación de la Demandada de que DEOCSA y DEORSA se vieron afectadas de manera similar por sus revisiones tarifarias para el período

⁷⁰⁰ Ver Kaczmarek II, Apéndice 3 (donde se muestra que el VAD de MT representa cerca del 46% del VAD total de EEGSA) (CER-5).

⁷⁰¹ Informe Anual de la CNEE, período mayo 2008-abril 2009, página 29, gráfico 5 (C-327).

⁷⁰² *Íd.*

⁷⁰³ Kaczmarek I, párrafo 14 (CER-2); ver también Kaczmarek II, párrafo 57(CER-5).

⁷⁰⁴ Informe Anual de la CNEE, período mayo 2008-abril 2009, página 30, gráfico 7 (C-327).

⁷⁰⁵ *Íd.*, página 31, gráfico 9.

2008-2013 y que, sin embargo, pudieron obtener una tasa de retorno dentro del nivel de referencia de la LGE es incorrecta.

150. También es errónea la referencia continua que hace la Demandada al análisis comparativo del Sr. Damonte⁷⁰⁶. Tanto en su informe pericial como en la Audiencia, el Dr. Barrera explicó en forma detallada el motivo por el cual el análisis del Sr. Damonte era seriamente defectuoso y nada confiable⁷⁰⁷. Entre otras cosas, explicó que el Sr. Damonte utilizó una fórmula sumamente simplista⁷⁰⁸, que su análisis abarcaba varios países y años de manera inadecuada⁷⁰⁹ e incluía empresas no comparables, incluyendo muchas que no operaban bajo un régimen regulatorio basado en el VNR⁷¹⁰, que su enfoque introducía sesgos contra empresas con costos de capital bajos⁷¹¹, y que su análisis no reflejaba el hecho de que las economías de escala en las empresas distribuidoras de electricidad cambian en función del tamaño de la empresa⁷¹². En su Escrito de Réplica Posterior a la Audiencia, la Demandada una vez más ni siquiera reconoce, mucho menos refuta, estas críticas importantes, y simplemente reitera las conclusiones del Sr. Damonte de su informe pericial anterior⁷¹³. Por las razones que expuso el Dr. Barrera, el análisis del Sr. Damonte debe desestimarse.

151. Igualmente errónea es la sugerencia de la Demandada de que el estudio del VAD corregido de Bates White no era razonable puesto que EPM, en su estudio del VAD para la revisión tarifaria de EEGSA correspondiente al período 2013-2018, “propuso un [mero] incremento del 15%”⁷¹⁴, y que dado que EPM señaló que esperaba “un cambio mínimo en el nivel del VAD en el futuro” “las tarifas de 2008 eran suficientes para sustentar operaciones

⁷⁰⁶ Ver Escrito de la Demandada Posterior a la Audiencia, párrafo 222.

⁷⁰⁷ Acta (5 de marzo de 2013) 1289:22-1290:2, 1309:9-1313:17 (Interrogatorio de Barrera); Presentación en Interrogatorio de Barrera, Diapositivas 28-29; Barrera, párrafos 223-245(**CER-4**).

⁷⁰⁸ Barrera, párrafos 230-232 (**CER-4**); Acta (5 de marzo de 2013) 1311:10-12 (Interrogatorio de Barrera); *id.*, página 1311:18-1312:22 (Pregunta del Tribunal a Barrera).

⁷⁰⁹ Barrera, párrafos 231, 236 (**CER-4**); Acta (5 de marzo de 2013) 1310:9-1311:2 (Interrogatorio de Barrera).

⁷¹⁰ Barrera, párrafos 237-239 (**CER-4**); Acta (5 de marzo de 2013) 1310:10-21 (Interrogatorio de Barrera).

⁷¹¹ Barrera, párrafos 225-227 (**CER-4**); Acta (5 de marzo de 2013) 1309:22-1310:8 (Interrogatorio de Barrera).

⁷¹² Barrera, párrafo 234 (**CER-4**); Acta (5 de marzo de 2013) 1312:4-22 (Pregunta del Tribunal a Barrera).

⁷¹³ Escrito de la Demandada Posterior a la Audiencia, párrafo 222.

⁷¹⁴ *Íd.*, párrafo 13.

rentables de EEGSA”⁷¹⁵. Llamativamente, mientras que la Demandada caracteriza el estudio del VAD de EPM como “razonable”, omite revelar que la CNEE realizó 108 observaciones, en desacuerdo con varios aspectos del estudio del VAD de EPM⁷¹⁶. Tal como se informa en un artículo de prensa reciente, “las especulaciones de cómo resolverá [la CNEE] en el tema del CAT [es decir, la fijación de las tarifas de transmisión] y del VAD empiezan a surgir *al igual que la sombra de la interferencia política sobre las decisiones técnicas que debe emitir*”⁷¹⁷. Asimismo, como señaló la Demandante en su Escrito Posterior a la Audiencia, EPM pagó menos por EEGSA de lo que habría pagado si la Demandada no hubiera violado sus obligaciones en virtud del Tratado al fijar el VAD de EEGSA de manera unilateral sobre la base del estudio del VAD de Sigla, y por ende, EPM puede operar de manera rentable con un VAD más bajo⁷¹⁸. En consecuencia, Guatemala obtuvo el beneficio de un precio alto de privatización sin permitirle a la Demandante y sus socias recuperar su inversión y obtener un retorno económico sobre ella.

152. Ninguno de los argumentos de la Demandada respecto de la supuesta falta de razonabilidad del VNR y el VAD de Bates White resiste el escrutinio. Por el contrario, el Dr. Barrera así como el Sr. Kaczmarek han demostrado que el VAD de Bates White del 28 de julio de 2008 era razonable, mientras que el VAD de Sigla no lo era, tanto desde una perspectiva técnica como económica, respectivamente. La observación de la Demandada de que “la opinión del Sr. Barrera de que el VNR del 28 de julio era razonable no se basó en un análisis completo del estudio sino solo de los últimos cambios realizados” distorsiona su declaración⁷¹⁹. El Dr. Barrera explicó claramente que se le había solicitado “anali[zar] la razonabilidad” del VNR y el VAD de Bates White del 28 de julio de 2008, “especialmente a la luz de las decisiones de la Comisión Pericial”⁷²⁰. Concluyó que, dado que varios de los pronunciamientos de la Comisión Pericial a favor de la CNEE, en forma parcial o total, podrían razonablemente haber resultado favorables a EEGSA, ya que todas las decisiones de la Comisión Pericial que favorecieron a

⁷¹⁵ *Íd.*, párrafo 362.

⁷¹⁶ El Periódico, *CNEE y EEGSA discrepan por VAD*, de fecha 30 de mayo de 2013 (C-635).

⁷¹⁷ El Periódico, *CNEE con ajustado plazo para fijar peaje y costos de distribución*, de fecha 4 de julio de 2013 (énfasis añadido) (C-636).

⁷¹⁸ Escrito de la Demandante Posterior a la Audiencia, párrafo 172.

⁷¹⁹ Escrito de la Demandada Posterior a la Audiencia, párrafo 209.

⁷²⁰ Barrera, párrafo 208; *ver también* Barrera, Diapositiva de la Presentación en Interrogatorio N.º 2.

EEGSA eran acertadas, y dado que todos los pronunciamientos de la Comisión Pericial habían sido incorporados al estudio corregido, “el VNR y el VAD calculados en dicho estudio resultaron inferiores a lo que razonablemente habrían sido en otras condiciones”⁷²¹. Tal como ha demostrado el Sr. Kaczmarek en reiteradas ocasiones, “no tiene lógica [económica] alguna que el VNR [de EEGSA] pudiera, en efecto, disminuir en aproximadamente un 20 por ciento” entre 2003 y 2008, como lo hizo con la imposición de las tarifas de Sigla⁷²², y una “disminución del VAD [de EEGSA] hasta niveles inferiores a los provisorios establecidos en el Primer Periodo Tarifario [como ocurrió con la aplicación del VAD de Sigla] no tienen sentido desde el punto de vista económico debido a la expansión de la red y la inflación correspondiente al periodo de 10 años transcurrido”⁷²³.

153. En última instancia, el único desacuerdo que tiene el perito de la Demandada con el análisis de daños de la Demandante se refiere al cálculo de los gastos de capital de EEGSA en el escenario contrafáctico. Sin embargo, la Demandante ha demostrado que los supuestos de gastos de capital que la Demandada exige que adopte la Demandante (que ella misma ni siquiera utiliza en su propio cálculo) son exageradamente elevados y solo sirven para disminuir el valor de EEGSA en el escenario contrafáctico, y permitirle a la Demandada llegar a la conclusión poco realista de que TECO no sufrió ningún daño. El expediente, no obstante, demuestra que la CNEE redujo el VAD de EEGSA en más de un 45% al adoptar en forma unilateral el estudio de Sigla, y los ingresos de EEGSA se redujeron en alrededor de un 40%, lo que provocó que las dos

⁷²¹ Barrera, párrafo 208; *ver también* Acta (5 de marzo de 2013) 1289:6-9 (donde declara que “nosotros examinamos el VNR y el VAD que surgieron del estudio del 28 de julio y vimos que estos dos valores eran razonables y conservadores”) (Interrogatorio de Barrera); *id.*, página 1290:11-12 (donde declara que el estudio de Sigla “tiene deficiencias técnicas y económicas”); *id.*, página 1308:12-1309:8 (donde señala que “los estándares de la CP que se aplicaron en este caso fueron bastante conservadores quizás y podrían haber sido hechos en favor de EEGSA”, y proporciona ejemplos); Barrera, Diapositivas de la Presentación en Interrogatorio N.º 26, 33-34.

⁷²² Kaczmarek I, párrafo 114; *ver también* Kaczmarek II, párrafo 57 (en el que señala que, en su primer informe, “expli[có] cómo Sigla había llegado a la completamente ilógica conclusión que el VNR debería haber disminuido del 2003 al 2008”) (CER-5); Acta (5 de marzo de 2013) 1511:8-1512:13 (donde explica los factores que deberían haber provocado un aumento del VNR de EEGSA entre 2003 y 2008, y señala que el VNR de Sigla “no puede explicarse racionalmente a la luz de los factores que acabo de abordar”) (Interrogatorio de Kaczmarek); Kaczmarek, Diapositivas de la Presentación en Interrogatorio N.º 33-36.

⁷²³ Kaczmarek I, párrafo 14 (CER-2).

principales agencias calificadoras bajaran la calificación crediticia de EEGSA⁷²⁴. Mientras que la Demandada hace lo imposible para sostener que la inversión de la Demandante no se vio perjudicada por las tarifas de Sigla, llamativamente ignora estos hechos centrales, que exponen la precariedad de la defensa de la Demandada en el presente caso.

VI. CONCLUSIÓN

154. Por los motivos expuestos precedentemente y en las presentaciones anteriores, la Demandante solicita respetuosamente que el Tribunal dicte un Laudo en el que:

1. Declare que el Tribunal tiene competencia *ratione materiae* en relación con el reclamo de la Demandante surgido en virtud del Artículo 10.5 del CAFTA-RD;
2. Declare que la Demandada ha incumplido su obligación conforme al Artículo 10.5 del CAFTA-RD de otorgar a la inversión de la Demandante en EEGSA un trato justo y equitativo;
3. Condene a la Demandada a pagar la suma de USD 243,6 millones a la Demandante en concepto de daños;
4. Condene a la Demandada a pagar intereses sobre la suma indicada en el párrafo anterior a una tasa del 8,8%, capitalizados desde el 1° de agosto de 2008 hasta que dicha suma haya sido abonada en su totalidad, y
5. Condene a la Demandada al pago de costas y honorarios profesionales en que hubiese incurrido en virtud de las presentes actuaciones.

⁷²⁴ Formulario 10-K de TECO Energy de fecha 26 de febrero de 2009, página 49 (C-324); TECO Guatemala, Inc. Resumen de Operaciones para los Períodos Finalizados el 31 de marzo, Libro de Actas de la Junta Directiva de abril de 2009, página 2 (C-326); TECO Guatemala, Inc., Resumen de Operaciones para los Períodos Finalizados el 30 de septiembre, Libro de Actas de la Junta Directiva de octubre de 2008, página 2 (C-303); Standard & Poor's, "Calificaciones de Empresa Eléctrica de Guatemala S.A. rebajada a 'BB-' de 'BB/Bajo Vigilancia Crediticia Negativa'" de fecha 26 de agosto de 2008 (C-297); Moody's Investors Service, "Moody's rebaja a EEGSA a Ba3 de Ba2; prospecto negativo" de fecha 11 de diciembre de 2008 (C-305); Acta (22 de enero de 2013) 573:10-21 (Interrogatorio de Callahan); Callahan II, párrafo 3 (CWS-8); Callahan I, párrafo 6 (CWS-2); Gillette I, párrafo 24-25 (CWS-5).

Respetuosamente,

[Firma]

Andrea J. Menaker

Jaime M. Crowe

Petr Polášek

Kristen M. Young

WHITE & CASE LLP

701 Thirteenth Street, N.W.

Washington, D.C. 20005

U.S.A.

Abogados de la Demandante

8 de julio de 2013