

**CENTRO INTERNACIONAL DE ARREGLO
DE DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES
CASO CIADI NO. ARB/10/23**

**TECO GUATEMALA HOLDINGS, LLC
DEMANDANTE**

**REPÚBLICA DE GUATEMALA
DEMANDADA**

**ESCRITO DE LA DEMANDADA
POSTERIOR A LA AUDIENCIA**

10 DE JUNIO DE 2013

CONTENIDOS

I.	INTRODUCCIÓN	6
A.	La naturaleza puramente regulatoria de la reclamación de TGH y su falta de credibilidad y fundamento.....	6
B.	El sorprendente silencio de TGH sobre la posición de los Estados como partes no contendientes.....	11
C.	La Audiencia confirmó la falta de credibilidad de los testigos de TGH	12
D.	La Audiencia confirmó la falta de independencia o competencia de los expertos de TGH	15
II.	LA AUDIENCIA CONFIRMÓ QUE EL TRIBUNAL NO TIENE JURISDICCIÓN	19
A.	TGH debe acreditar que su reclamación no es una mera controversia de Derecho local, ya resuelta además por la justicia guatemalteca.....	19
B.	TGH plantea una mera controversia regulatoria de Derecho local.....	22
1.	La naturaleza y efectos de los Términos de Referencia para la revisión tarifaria 2008-2013.....	22
2.	La naturaleza del pronunciamiento de la Comisión Pericial y el alcance de sus funciones	22
3.	La obligación de la CNEE de basarse única y exclusivamente en el estudio tarifario del distribuidor para aprobar las tarifas.....	24
4.	Las cuestiones técnicas y financieras sobre el cálculo del VAD.....	26
5.	La disputa es un desacuerdo regulatorio	26
C.	Los Tribunales de Guatemala ya han decidido sobre esta controversia regulatoria.....	27
	Pregunta del Tribunal: ¿TGH hubiera podido presentar una acción antes los tribunales guatemaltecos?.....	31
D.	La única reclamación válida de TGH hubiera sido por denegación de justicia, que TGH no alega	32
E.	El Laudo <i>Iberdrola</i> es plenamente aplicable.....	33
F.	Un cambio regulatorio menor no es materia para este Tribunal	34
	Pregunta del Tribunal: ¿La cuestión de si un cambio regulatorio menor es o no susceptible de constituir una violación del estándar mínimo internacional puede ser analizada como cuestión de jurisdicción?	34
G.	Conclusión: el Tribunal no tiene jurisdicción	36
III.	LA AUDIENCIA CONFIRMÓ LA VERSIÓN DE LOS HECHOS Y LA INTERPRETACIÓN DE LA REGULACIÓN TAL COMO FUE PRESENTADA POR GUATEMALA EN ESTE PROCEDIMIENTO.....	36

A. EEGSA y Bates White pretendieron ignorar o redefinir a su voluntad los Términos de Referencia.....	36
1. La Audiencia confirmó que la fijación de los Términos de Referencia es facultad exclusiva de la CNEE y que una vez firmes los mismos son de aplicación obligatoria.....	36
2. La Audiencia confirmó que el artículo 1.10 de los Términos de Referencia reservaba las facultades de la CNEE en el dictado de la metodología.....	38
3. La Audiencia confirmó que EEGSA y Bates White decidieron ignorar los Términos de Referencia en su preparación del estudio tarifario.....	42
B. El estudio de Bates White no era confiable.....	43
1. El Lic. Giacchino no fue un consultor independiente de EEGSA.....	43
2. El VNR y el VAD de Bates White estaban groseramente sobrevaluados.....	45
Pregunta del Tribunal: ¿La FRC es equivalente al WACC?	51
Pregunta del Tribunal: ¿Dónde está establecido que las depreciaciones deben tomarse en cuenta para el cálculo del retorno?	53
3. La oferta del Sr. Pérez confirmó la falta de confiabilidad del estudio de Bates White y el desprecio de EEGSA por la LGE	62
C. La Comisión Pericial es un órgano técnico, no vinculante, para la CNEE	66
1. La Audiencia confirmó que la Comisión Pericial es un órgano “pericial” cuyo rol es dar una opinión técnica no vinculante	66
Pregunta del Tribunal: La relevancia de la Ley de lo Contencioso Administrativo en la vinculación del pronunciamiento de la Comisión Pericial..	68
2. Las reglas de funcionamiento propuestas eran contrarias a la regulación y jamás fueron aprobadas por las partes	70
D. La Comisión Pericial confirmó las graves deficiencias e incompatibilidad con el marco regulatorio del estudio de Bates White	73
1. La Comisión Pericial dictaminó que la CNEE tenía razón en más del 50% de los casos	73
2. La Comisión Pericial se excedió en su mandato	77
Pregunta del Tribunal: ¿La fórmula de la FRC propuesta por la Comisión Pericial cumple con el marco regulatorio?	78
E. El estudio del 28 de julio no cumplía con los pronunciamientos de la comisión pericial	80
1. El estudio de Bates White del 28 de julio no incorporaba la totalidad de los pronunciamientos de la Comisión Pericial y continuaba arrojando un VNR y un VAD sobrevaluado	80
2. La aprobación de Bastos en nada cambia esta conclusión dado que, como lo reconoció en la Audiencia, no revisó el estudio de Bates White de 28 de julio para verificar su consistencia con el pronunciamiento de la Comisión Pericial	82
3. El reporte del Sr. Barrera tampoco cambia esta conclusión dado que fue realizado en base a la información provista por Lic. Giacchino y su “propia” interpretación de los pronunciamientos de la CP	85

4.	El reporte del Sr. Kaczmarek tampoco cambia esta conclusión dado que el mismo fue también basado en los dichos del Lic. Giacchino	89
F.	A diferencia de las tarifas pretendidas por EEGSA, las tarifas fijadas por la CNEE fueron razonables	90
1.	Las tarifas de Sigla fueron razonables y consistentes con las tendencias de la región	90
2.	Las tarifas pretendidas por EEGSA en el estudio del 28 de julio eran excesivas	93
3.	Las principales diferencias entre los VNRs y VADs de Sigla y de Bates White radican en el diseño de las unidades constructivas.....	95
	Pregunta del Tribunal: ¿Qué importancia tienen los precios de materiales en la diferencia del VAD presentado por Sigla y Bates White?	96
	Pregunta del Tribunal: ¿Por qué la cifra del VNR de EEGSA de 2003 presentada por las partes es diferente?.....	100
4.	El impacto directo a la tarifa del consumidor no es tan relevante como el impacto en el retorno que EEGSA hubiera obtenido en caso de aprobarse el estudio del 28 de julio.....	102
	Pregunta del Tribunal: ¿Qué impacto tiene la diferencia del VAD en el consumidor?	102
5.	La tasa de retorno de otros distribuidores ha sido más que satisfactoria como resultado de las tarifas aprobadas en 2008 por la CNEE	104
	Pregunta del Tribunal: ¿Cómo es que Deorsa y Deocsa sobrevivieron con aparentes tarifas bajas?	104
IV.	GUATEMALA NO HA VIOLADO EL ESTÁNDAR MÍNIMO INTERNACIONAL.....	105
A.	El test bajo el DR-CAFTA es denegación de justicia y arbitrariedad manifiesta.....	105
	Preguntas del Tribunal: ¿Cuáles son las diferencias entre el estándar de trato justo y equitativo y el estándar mínimo internacional? ¿Cómo interaccionan las reclamaciones y defensas de las partes con el texto del artículo 10.5, que prevé el "derecho internacional consuetudinario" incluyendo el trato justo y equitativo y la protección y seguridad plenas?	105
1.	El texto del Tratado limita la protección al estándar mínimo internacional.....	106
2.	Los Estados miembros al DR-CAFTA, incluyendo los Estados Unidos, han explicado en este arbitraje lo que significa el estándar mínimo internacional, que no es lo que dice TGH	107
3.	El estándar mínimo es distinto y menos exigente para el Estado que el estándar autónomo de trato justo y equitativo y protege sólo contra la denegación de justicia y la arbitrariedad manifiesta.....	113
4.	El concepto de arbitrariedad manifiesta.....	115
5.	La doctrina de las expectativas legítimas no es aplicable en el contexto del estándar mínimo internacional	118
B.	Guatemala no ha cometido ninguna arbitrariedad manifiesta.....	121
C.	Guatemala no ha violado ninguna expectativa legítima de TGH	123

1.	Las expectativas legítimas requieren compromisos específicos dirigidos concretamente al inversor, inequívocos y repetidos	123
	Pregunta del Tribunal: ¿Qué tipo de “ <i>representations</i> ”, es decir promesas o garantías, pueden dar lugar a expectativas legítimas?	123
	Pregunta del Tribunal: ¿Un memorándum de venta puede contener una promesa que dé lugar a una expectativa legítima?.....	127
2.	TGH no acredita ninguna expectativa legítima que Guatemala haya podido violar.....	129
	Pregunta del Tribunal: ¿Cómo fue calculado el precio de compra de EEGSA?.	133
	Pregunta del Tribunal: ¿Cuál es la diferencia entre la valoración hecha por Price Waterhouse en 1991 y el precio pagado efectivamente en 1998 para la privatización de EEGSA?.....	135
D.	Las expectativas legítimas sólo son violadas ante derogaciones fundamentales del marco regulatorio en contra de compromisos específicos.....	137
	Pregunta del Tribunal: ¿Qué tipo de cambio en el marco jurídico puede considerarse como violatorio de expectativas legítimas del inversor?.....	137
V.	LA AUDIENCIA DEMOSTRÓ QUE EL RECLAMO DE DAÑOS DE TGH NO ES CREÍBLE.....	139
A.	El escenario contra-fáctico del Experto Sr. Kaczmarek carece de todo sustento	139
B.	El test de razonabilidad de Kaczmarek contiene errores insalvables	142
	Pregunta del Tribunal: ¿Existe un desacuerdo entre las partes sobre la TIR?	143
C.	El posible aumento del VAD en la revisión tarifaria 2013-2018 demuestra que las proyecciones a perpetuidad del experto Kaczmarek son incorrectas.....	148
	Pregunta del Tribunal: ¿Se puede asumir que las tarifas fijadas en el periodo 2008-2013 se aplicarán por siempre?	148
D.	La venta de TGH a EPM	149
	Pregunta del Tribunal: ¿Existe evidencia del valor atribuido a EEGSA en la venta a EPM?.....	150
	Pregunta del Tribunal: ¿Cómo la tarifa del 2008 fue tomada en cuenta al establecer el precio de venta a EMP?	151
VI.	PETITORIO	152

PREGUNTAS DEL TRIBUNAL

¿TGH hubiera podido presentar una acción antes los tribunales guatemaltecos?.....	31
¿La cuestión de si un cambio regulatorio menor es o no susceptible de constituir una violación del estándar mínimo internacional puede ser analizada como cuestión de jurisdicción?	34
¿La FRC es equivalente al WACC?	51
¿Dónde está establecido que las depreciaciones deben tomarse en cuenta para el cálculo del retorno?.....	53
La relevancia de la Ley de lo Contencioso Administrativo en la vinculación del pronunciamiento de la Comisión Pericial.....	68
¿La fórmula de la FRC propuesta por la Comisión Pericial cumple con el marco regulatorio?.....	78
¿Qué importancia tienen los precios de materiales en la diferencia del VAD presentado por Sigla y Bates White?.....	96
¿Por qué la cifra del VNR de EEGSA de 2003 presentada por las partes es diferente?.	100
¿Qué impacto tiene la diferencia del VAD en el consumidor?	102
¿Cómo es que Deorsa y Deocsa sobrevivieron con aparentes tarifas bajas?.....	104
¿Cuáles son las diferencias entre el estándar de trato justo y equitativo y el estándar mínimo internacional? ¿Cómo interaccionan las reclamaciones y defensas de las partes con el texto del artículo 10.5, que prevé el "derecho internacional consuetudinario" incluyendo el trato justo y equitativo y la protección y seguridad plenas?	105
¿Qué tipo de “ <i>representations</i> ”, es decir promesas o garantías, pueden dar lugar a expectativas legítimas?.....	123
¿Un memorándum de venta puede contener una promesa que dé lugar a una expectativa legítima?	127
¿Cómo fue calculado el precio de compra de EEGSA?.....	133
¿Cuál es la diferencia entre la valoración hecha por Price Waterhouse en 1991 y el precio pagado efectivamente en 1998 para la privatización de EEGSA?	135
¿Qué tipo de cambio en el marco jurídico puede considerarse como violatorio de expectativas legítimas del inversor?	137
¿Existe un desacuerdo entre las partes sobre la TIR?	143
¿Se puede asumir que las tarifas fijadas en el periodo 2008-2013 se aplicarán por siempre?.....	148
¿Existe evidencia del valor atribuido a EEGSA en la venta a EPM?.....	150
¿Cómo la tarifa del 2008 fue tomada en cuenta al establecer el precio de venta a EMP?	151

Este Escrito de la Demandada Posterior a la Audiencia se presenta de acuerdo con el punto 4 de la Orden Procesal de 22 de marzo de 2013 y el acuerdo de las partes de 29 de mayo de 2013. Junto al mismo, se acompañan 16 anexos documentales numerados R-234 a R-249, y 5 anexos de doctrina y jurisprudencia numerados RL-33 a RL-39. En cumplimiento con lo solicitado por el Tribunal, los nuevos anexos documentales y de doctrina y jurisprudencia que se acompañan se relacionan con preguntas puntuales efectuadas por el Tribunal durante la Audiencia y en su carta de día 11 de marzo de 2013. Salvo que se indique lo contrario, todo término utilizado en mayúscula y no definido en este Escrito, tiene el mismo significado que aquél otorgado en los Memoriales de Objeciones de Jurisdicción y Admisibilidad y de Contestación de Demanda y de Dúplica presentados por la República de Guatemala (*Guatemala*) en este procedimiento¹.

I. INTRODUCCIÓN

A. LA NATURALEZA PURAMENTE REGULATORIA DE LA RECLAMACIÓN DE TGH Y SU FALTA DE CREDIBILIDAD Y FUNDAMENTO

1. La Audiencia celebrada entre los días 21 y 23 de enero de 2013 y entre el 1 y 5 de marzo de 2013 dejó en claro dos cuestiones fundamentales en el presente caso: la naturaleza puramente regulatoria de la reclamación de TGH y su falta de credibilidad y fundamento.

2. En particular, 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. Consistente con este 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 en manos de Iberdrola, socio mayoritario y operador, y quien en 2010 le empujó a vender su participación a Empresas Públicas de Medellín (*EPM*).

3. Tal como quedó demostrado en la Audiencia, la decisión de Teco de invertir en EEGSA no se basó en ninguna promesa específica efectuada por Guatemala. El Sr. Gillette, quien fuera Vicepresidente de Asuntos Regulatorios (y posteriormente Director de Finanzas) de Teco Energy LLC durante la época de la privatización de EEGSA, compareció para explicar cuáles fueron las razones por las cuáles la compañía decidió invertir en EEGSA. Su testimonio fue

¹ Asimismo, todo énfasis contenido en citas ha sido añadido para efectos de esta presentación, salvo cuando se indique lo contrario.

revelador. Según él mismo confirmó durante la Audiencia, TGH no realizó ningún *due diligence* real sobre la compañía ni sobre el marco regulatorio eléctrico de Guatemala². Tampoco pudo el Sr. Gillette identificar a ninguna persona de TGH que haya participado en algún *roadshow*³. El Sr. Gillette confirmó asimismo que como Vicepresidente de Asuntos Regulatorios no pidió a su equipo de abogados internos o externos ningún análisis legal sobre la regulación eléctrica guatemalteca⁴, y tampoco revisó ningún material promocional de la licitación⁵.

4. Luego de escuchar estas respuestas del Sr. Gillette, la pregunta obligada de Guatemala fue qué fue lo que el Sr. Gillette y Teco conocieron en 1997 sobre la compañía que estaban comprando⁶. La respuesta del Sr. Gillette fue que en realidad nunca obtuvo información detallada o por escrito, y que la información que conoció la obtuvo mediante “*casual inputs [...] in an informal way*”⁷. Consultado en concreto sobre la información que el Directorio de TECO Energy recibió acerca del marco regulatorio, el Sr. Gillette confirmó que lo *único* que se les dijo fue que era una metodología similar a la de Chile, Argentina y El Salvador, que las tarifas se basaban en una empresa de distribución eficientemente operada⁸.

5. El desconocimiento por parte de Teco de la situación al momento de la inversión quedó también en evidencia durante la Audiencia cuando el Sr. Gillette alegó que la inversión de Teco en EEGSA se había basado en la “esperanza” de un aumento tarifario “considerable” en 2003⁹. Sin embargo, la realidad es que el mismo testigo reconoció durante la Audiencia que la

² Tr. (inglés), Día Dos, 445:2-445-13, Gillette.

³ *Ibid.*, 443:5-445-10.

⁴ *Ibid.*, 459:13-17 y 460:19-461:6.

⁵ *Ibid.*, 450:7-11.

⁶ *Ibid.*, 457:4-10.

⁷ *Ibid.*, 458:5-6.

⁸ *Ibid.*, 480:8-16.

Q. So my understanding from this is that the only explanation given to the TECO Energy Board about the regulatory framework, that it was a methodology similar to the Chilean, Argentina and El Salvador regimes. And that the tariffs are based on an efficiently operated distribution company. That is the sum total of the briefing on tariffs in the regulatory framework?

A. That is the written briefing.

⁹ *Ibid.*, 489:8-17.

Q. So your investment was based on the hope of a substantial tariff increase in 2003?

expectativa de Teco 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 2008¹⁰.

6. Todo ello en realidad no sorprende¹¹. Tal como el propio Sr. Gillette confirmó durante la Audiencia, la verdadera motivación de TGH al invertir en EEGSA fue la posibilidad de integrar verticalmente su negocio de electricidad en Guatemala¹² siendo que el 90% de la electricidad producida por las centrales eléctricas propiedad de Teco en Guatemala se vendía a EEGSA¹³.

A. Well, I wouldn't say a hope.

Q. You just did.

A. I would characterize it more -- well, I'm sorry.

Q. You did say you just used the word "hope" so I was using the word back to you. If you want to correct it, that's fine.

A. Fair enough.

¹⁰ *Ibid.*, 497:5-11.

Q. So would it be fair to assume that in terms of real adjustment, after inflation to the VAD calculation, that the expectation in this business plan that you presented to obtain financing was that tariffs would increase by 3 percent in real terms in 2002, and 2.1 percent in real terms in 2008?

A. Yes, it would appear that.

Ver también Modelo de Valuación de Dresdner Kleinwort Benson, **Anexo R-160**, pág. 43.

¹¹ Las respuestas del Sr. Gillette confirman una vez más la falsedad de las alegaciones de TGH en este proceso respecto de que Teco "realizó un exhaustivo proceso de *due diligence* [...]" (Memorial de Demanda, párr. 59). Recuérdese que cuando Guatemala solicitó la documentación de dicho *due diligence* en su solicitud de documentos (**Anexo R-142**, Documentación A.2), TGH no presentó ni un solo documento, ni relativo al *due diligence* supuestamente realizado cuando invirtió en 2005, ni tampoco de 1998 cuando entraron en EEGSA otras compañías del grupo.

¹² Tr. (inglés), Día Dos, 442:4:8, Gillette.

Q. And that enabled you at the time when you were thinking about the investment, EEGSA would enable you to vertically integrate your power business in Guatemala?

A. Yeah. That's true.

Ver también *Ibid.*, 485:17- 486:8.

¹³ *Ibid.*, 440:13-441:10.

Q. And what percentage of power produced by Alborada and San Jose was bought by EEGSA?

A. A very high percentage. All of the capacity of both San Jose and Alborada is contracted to EEGSA in the contractually stated capacity. [...]

Q. But ultimately -- so I'm not a mathematician either, but well over 90 percent of the power produced --

A. Of the capacity; yes.

Q. -- was sold to EEGSA?

A. Yeah.

7. La cuestión es importante pues si bien las presentaciones de los estados no contendientes dejaron claro que la protección del estándar mínimo del DR-CAFTA no protege expectativas legítimas del inversor, la *falta absoluta* de expectativas de TGH revela lo improcedente de su reclamo. Y ello porque aun si el DR-CAFTA protegiera expectativas legítimas, 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. Y en dicho contexto, no es un detalle menor el hecho de que TGH solo se haya constituido en el año 2005 y que, tal como lo explicó el Sr. Gillette durante su interrogatorio, ninguna expectativa pudo ser creada a TGH previo a su constitución.¹⁴

8. El reclamo de TGH adolece así de un doble déficit – no cuenta con evidencia para apoyar su caso factual ni su caso legal. El reclamo de TGH adolece también de mero oportunismo. La manera en que TGH llegó a este arbitraje es ejemplo de ello. TGH esperó casi dos años desde el envío de su *trigger letter* para presentar su reclamo internacional solo luego de haber recibido dos decisiones motivadas de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala sobre las mismas cuestiones que TGH planteó en este arbitraje, y que Iberdrola avanzara hasta las últimas instancias con su reclamo arbitral. Es decir, TGH decidió internacionalizar la disputa y traerla a este foro una vez que estuvo disconforme con las decisiones de la justicia local¹⁵. Sin embargo, y en modo totalmente contradictorio, TGH no presenta una reclamación por denegación de justicia.

9. La conducta oportunista de TGH quedó también en evidencia por el hecho de que solo un día después de haber iniciado este arbitraje, TGH anunció la venta de su participación en EEGSA a EPM, una de las compañías de servicios públicos más importantes de América Latina. TGH recibió un monto de US\$ 181,5 millones por su participación en DECA II¹⁶. Es

¹⁴ *Ibid.*, 434:9-435-4.

Q. Okay. So any references to TECO or any TECO entities in your Witness Statement in reference to events that predate 2005 are not referring to the Claimant in this case; correct?

A. That's correct [...]

Q. [...] My question was simply, did TECO Guatemala Holdings, the Claimant in this case, rely on any statements of the Guatemalan government or its advisers made in 1998?

A. The answer is no.

¹⁵ Tr. (castellano), Día Uno, 105:8-14, Discurso de Apertura de la Demandada.

¹⁶ Memorial de Dúplica, párr. 28; M Abdala y M Schoeters, **Apéndice RER-4**, Tabla 1, fila 4.

decir, TGH vendió su participación en una cifra cercana a los US\$ 200 millones y se reservó este arbitraje para buscar un *double recovery*.

10. Finalmente, tal como se destacó durante la Audiencia, el reclamo de TGH ha sido artificialmente sobrevaluado. Nótese que después de recibir más de US\$ 100 millones por el porcentaje de su participación en EEGSA (tal como confirma su propio experto en este arbitraje), TGH solo redujo su reclamo original de US\$ 285,6 millones a US\$ 243,6 millones, es decir en unos 42 millones de dólares¹⁷. Para tener una idea de lo desproporcionado de este reclamo, baste con decir que TGH valuó sus supuestos daños relativos en EEGSA en más del doble de lo que los valuó su socio y accionista controlante Iberdrola en su propio arbitraje¹⁸.

11. La falta de legitimidad y la desproporción del reclamo económico de TGH no sorprende cuando se analiza la conducta de EEGSA durante la revisión tarifaria. Como quedó evidenciado en la Audiencia, luego de presentar Bates White un estudio que arrojaba un aumento del VAD de 245%, con una anualidad solicitada de US\$ 552 millones al año¹⁹, el Presidente de EEGSA se presentó en la CNEE con un documento anónimo indicando que se conformaba con un aumento del 10% (es decir una anualidad de US\$ 175 millones) “por fuera del estudio”, en total desprecio del marco regulatorio que TGH ahora dice defender. La “oferta” del Sr. Pérez demostró que los estudios tarifarios que preparaba EEGSA no eran otra cosa que un mecanismo de presión para preparar una “negociación” y buscar “acordar” una tarifa por afuera del marco legal.

12. Durante la Audiencia, TGH no fue capaz de proporcionar explicación alguna sobre la falta de consistencia económica entre sus requerimientos en los estudios tarifarios y la oferta del Sr. Pérez. En la Audiencia, además, intentó un novedoso argumento según el cual Guatemala no debió haber divulgado la presentación del Sr. Pérez puesto que representaba “*settlement discussions*”²⁰. Este nuevo intento por disimular el ilegítimo accionar de EEGSA

¹⁷ Tr. (castellano), Día Uno, 109:15-17, Discurso de Apertura de la Demandada; Reporte Anual de Tecu Energy Inc. (10K) **Anexo C-324**, pág. 19. No es posible determinar con exactitud el valor recibido por Tecu por la venta a EPM de su participación en EEGSA. M Abdala y M Schoeters, **Apéndice RER-4**, Tabla 1, fila 4. Ver párrs. 320-323.

¹⁸ Mientras Iberdrola, con una participación del 49% en Deca II había presentado un reclamo de 183 millones de dólares en su arbitraje, Tecu, con una participación sustancialmente menor – 30%–, solicitaba una cifra mucho mayor, 243,6 millones de dólares.

¹⁹ Tr. (castellano), Día Uno, 123:4-7, Discurso de Apertura de la Demandada.

²⁰ Tr. (inglés), Día Uno, 61:9-12, Discurso de Apertura de la Demandante.

no resiste análisis. Simplemente no existía “disputa” alguna entre las partes en ese momento, ni tampoco había hecho el Sr. Pérez salvedad alguna o reserva de derechos. Esta explicación es también inconsistente con lo señalado por el Sr. Gillette durante la audiencia en el sentido de que él “*was not aware of the content of any discussions or proposals that were being made*” por el Sr. Pérez a la CNEE.

13. La prueba final de la falta de razonabilidad de las pretensiones de EEGSA y TGH en la revisión tarifaria 2008-2013 queda evidenciada al compararlas con las pretensiones de esa misma compañía —controlada ahora por EPM— en la revisión tarifaria en curso. Mientras EEGSA pretendió en su primer estudio tarifario de 31 de marzo de 2008 un aumento del VAD de un 245%, el primer estudio tarifario del consultor de EEGSA en la revisión tarifaria 2013-2018 propuso un incremento del 15%²¹.

B. EL SORPRENDENTE SILENCIO DE TGH SOBRE LA POSICIÓN DE LOS ESTADOS COMO PARTES NO CONTENDIENTES

14. Además de los temas fácticos, técnicos y regulatorios que forman parte de cualquier audiencia final, la Audiencia también tuvo un aspecto de Derecho internacional público muy importante: cuatro de los Estados parte al DR-CAFTA, incluyendo los Estados Unidos, habían presentado poco antes de la Audiencia sus escritos como partes no contendientes en los que enfatizaron el carácter sumamente restringido de la protección que ofrece en el Tratado DR-CAFTA el único estándar invocado por la parte Demandante – el estándar mínimo internacional. En especial, quedó claro de la presentación de los Estados Unidos que dicho estándar protege a los inversores sólo contra la denegación de justicia y la arbitrariedad manifiesta, acordando un margen amplio de deferencia a la actividad regulatoria de las autoridades domésticas²²:

15. A pesar de la importancia central de esta cuestión, y de la posición inequívoca tomada por el Gobierno del país del que TGH es nacional, los abogados de TGH decidieron ignorar sus presentaciones. Ni siquiera pronunciaron el nombre “parte no contendiente” una sola vez en su Discurso de Apertura. Incluso, cuando los Estados decidieron intervenir con presentaciones orales en la Audiencia, TGH decidió no ejercer su derecho a efectuar comentarios en respuesta,

²¹ Ver párr. 355 ss de este escrito.

²² Escrito de Parte No Contendiente de los Estados Unidos de América, 23 de noviembre de 2012, párrs. 6, 7.

aun cuando dicha oportunidad de réplica estaba expresamente prevista en el programa de la Audiencia.

16. La única razón que TGH pudo haber tenido para guardar su silencio fue que no tenía argumentos para responder, y prefirió ignorar la cuestión.

C. LA AUDIENCIA CONFIRMÓ LA FALTA DE CREDIBILIDAD DE LOS TESTIGOS DE TGH

17. Además de los ejemplos arriba indicados que demuestran la falta de seriedad de EEGSA y TGH, la Audiencia confirmó la falta de credibilidad de los testigos presentados por TGH que intervinieron directamente en la revisión tarifaria. Veamos algunos ejemplos.

18. *Primero*, durante la Audiencia quedó evidenciado que, contrariamente a lo sostenido por el Lic. Giacchino, durante el proceso de revisión tarifaria, éste jamás actuó con carácter “independiente” sino como representante de los intereses de EEGSA y TGH. Las siguientes muestras son reveladoras:

- Si bien el Lic. Giacchino indicó que en su rol de consultor de EEGSA durante la revisión tarifaria mantuvo su independencia de criterio, tal como lo obligaba el artículo 1.5 de los Términos de Referencia²³, quedó evidenciado que el contrato entre el Lic. Giacchino y EEGSA establecía claramente que los estudios tarifarios debían incluir las observaciones de la CNEE siempre que estas fueran “aceptadas por EEGSA”, así como también los estudios debían ser concluidos por el consultor “a satisfacción” de EEGSA²⁴. De igual manera, su obligación contractual para con EEGSA de “exponer, defender, y en general velar por la aprobación del Estudio Tarifario”²⁵ incluso en el seno de la Comisión Pericial²⁶, era inconsistente con cualquier criterio de independencia.

²³ Tr. (inglés), Día Cinco, 858:3-17, Giacchino.

²⁴ Contrato para la Elaboración de Estudio Tarifario 2008-2013 de Empresa Eléctrica de Guatemala, Sociedad Anónima EEGSA – Bates White LLC, **Anexo R-55**, Cláusula Quinta, De las Obligaciones de la Firma Consultora.

²⁵ *Ibid.*, numeral 12.

²⁶ Tal como el propio Giacchino ha aceptado, su obligación de defender la posición de EEGSA ante la CNEE alcanzaba tanto su labor en la fase de preparación de los estudios tarifarios, como también su labor en la Comisión Pericial. Transcripciones audiencia final Caso CIADI No. ARB/09/5 (extractos), **Anexo R-202**, Tr., Día Dos. 539:22-540:6, Giacchino:

- Al intentar defender su supuesta “independencia”, el Lic. Giacchino indicó durante la Audiencia que en su carácter de miembro de la Comisión Pericial, había “cambiado de opinión” en algunos casos al revisar los pronunciamientos²⁷. Lo que el Lic. Giacchino omitió informar al Tribunal es que en todas las discrepancias en las que supuestamente “cambió de opinión”, lo que hizo en realidad fue sumarse a la mayoría ya anunciada por los otros dos peritos en relación con la discrepancia en cuestión. Es decir, sus cambios de opinión no tuvieron ningún efecto práctico²⁸.
- La Audiencia también reveló que en su carácter de miembro de la Comisión Pericial, el Lic. Giacchino no solamente “pas[ó] las decisiones que iba tomando la Comisión Pericial” a su equipo de consultores de Bates White sin informar de ello a la CNEE, sino que además, estos intercambios previos al dictado oficial del pronunciamiento se hicieron en algunos casos extensivos a la propia EEGSA sin copiar o informar de ello a la CNEE. La CNEE solo se enteró de la existencia de estas comunicaciones unilaterales en este arbitraje²⁹.

19. *Segundo*, la Audiencia también puso en evidencia la falta de credibilidad del Ing. Bastos. Como el Tribunal recordará, el Ing. Bastos comparecía para explicar cómo, según él, Bates White había implementado los pronunciamientos de la Comisión Pericial en el estudio del 28 de julio. Sin embargo, durante la Audiencia el propio Bastos admitió que “no pude dedicarme a revisar el informe escrito”³⁰. Según él, en cambio, sí revisó “cada planilla de los modelos de Excel”. Pero ni siquiera esto es cierto. Él mismo reconoció expresamente que no había podido revisar estas planillas y modelos cuando fue interrogado al respecto en el arbitraje *Iberdrola*:

P. Entonces, su actuación -- no había un contrato separado como sí existió -- contratos separados que existieron con el señor Bastos. Usted, su papel dentro de la Comisión Pericial fue regido por los términos de este contrato. ¿Correcto?

R. Supongo eso.

²⁷ Tr. (inglés), Día Cinco, 930:12-13, Giacchino:

[...] and then in some cases I changed my mind on some things.

²⁸ Ver párr. 180 de este escrito.

²⁹ Ver párr. 182 de este escrito.

³⁰ Tr. (castellano), Día Cuatro, 784:7-8, Bastos.

En ningún momento he pretendido decir que he podido revisar los 137 modelos Excel y todos sus pasos de cálculo ni las mil y pico de hojas que constituyen el informe final, y lo digo taxativamente [...]. Para mí era imposible corroborar todos los pasos de cálculo del modelo³¹.

20. *Tercero*, el Lic. Calleja, Gerente de Regulación de EEGSA durante la revisión tarifaria de 2008, dejó en claro que tanto él como EEGSA consideraban el marco regulatorio de Guatemala como de cumplimiento opcional y sujeto a la voluntad del operador español de la compañía (Iberdrola) y sus socios, incluida TGH. En especial, el Lic. Calleja reveló su particular lectura del artículo 1.10 de los Términos de Referencia, según la cual el consultor podía en la práctica reescribir los Términos de Referencia a su gusto³². El abuso por parte de EEGSA y Bates White del artículo 1.10 quedó en evidencia al recurrir Bates White a este artículo para rechazar 85 de las 125 observaciones que la CNEE efectuó al estudio de EEGSA³³ e invocándole para apartarse de la metodología nada menos que 423 veces³⁴.

21. El contra-interrogatorio al Lic. Calleja también dejó claro su entendimiento de la forma en que EEGSA y la CNEE debían manejarse frente a la Comisión Pericial. Así, por ejemplo, “no le dio ninguna importancia” al hecho de haber circulado un borrador de reglas de funcionamiento al Ing. Bastos a espaldas de la CNEE indicándole que las mismas habían sido aprobadas³⁵, y tampoco consideró que hiciera falta formalizar con la CNEE un eventual acuerdo sobre dichas reglas porque “[h]abía muchas más cosas que acordamos [con la CNEE] que no están firmadas”³⁶ (algo que, por otra parte, no es cierto).

³¹ Transcripciones audiencia final Caso CIADI No. ARB/09/5 (extractos), **Anexo R-140**; Tr., Día Dos, 635:3-636:4, Bastos.

³² Tr. (castellano), Día Dos, 354:5-354:11, Calleja.

P. [...] Su entendimiento [del artículo 1.10] durante la revisión tarifaria, según surge de sus declaraciones, es que le daba al consultor la potestad de apartarse de los Términos de Referencia aprobados por la CNEE si contaba con una justificación técnica propia y para ello no necesitaba la autorización de la CNEE. ¿Es correcto?

R. Correcto.

³³ Memorial de Dúplica, párr. 302. Colom, **Apéndice RWS-1**, párr. 108. Extractos de Informes de Etapa en los cuales Bates White invoca los artículos 1.5 y 1.10 de los Términos de Referencia, **Apéndice-R-II**.

³⁴ Memorial de Contestación, párr. 347.

³⁵ Tr. (castellano), Día Dos, 372:20-23, Calleja.

³⁶ *Ibid.*, 373:28-29.

D. LA AUDIENCIA CONFIRMÓ LA FALTA DE INDEPENDENCIA O COMPETENCIA DE LOS EXPERTOS DE TGH

22. En la Audiencia quedó demostrada también la falta de independencia de los expertos presentados por TGH, ya fuere en razón de sus vínculos con TGH, sus testigos en el arbitraje, su ex-socio en EEGSA (Iberdrola) o con el nuevo operador de EEGSA, EPM. Más aún, la Audiencia evidenció su falta de competencia para dictaminar sobre los temas en cuestión.

23. En el caso del experto Barrera, éste reconoció abiertamente en la Audiencia que el 26% de la totalidad de su experiencia profesional estaba compuesta por trabajos de consultoría encargados por Iberdrola³⁷. Asimismo, el Sr. Barrera reconoció que estaba trabajando para EPM en la revisión tarifaria 2013-2018³⁸. Más preocupante aún, el Sr. Barrera admitió que en el proceso de preparación de su reporte —el cuál pretendía determinar si el Lic. Giacchino había incorporado correctamente la totalidad de los pronunciamientos de la Comisión Pericial en el estudio del 28 de Julio³⁹—, había consultado e interactuado con el mismo Lic. Giacchino⁴⁰. Como quedó revelado en la Audiencia, 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 EEGSA en la revisión tarifaria de 2003-2008⁴¹.

24. En cuanto a su idoneidad para testificar sobre las cuestiones contenidas en su reporte, el Sr. Barrera admitió que él, como economista, no estaba capacitado para opinar sobre el VNR, y que respecto de dichas cuestiones su opinión estaba basada en sus “discusiones” e “interacciones” que tuvo con el Ing. Barrientos co-autor de su reporte⁴² (este Tribunal recordará que los abogados de TGH insistieron enfáticamente para que solo el Sr. Barrera, y no el Ing. Barrientos, se presentara a testificar a la Audiencia⁴³). Asimismo, al considerar la

³⁷ Tr. (inglés), Día Seis, 1322:11-17, Barrera.

³⁸ *Ibid.*, 1325:2-12.

³⁹ Barrera, **Apéndice CER-4**, Sección 3.

⁴⁰ Tr. (inglés), Día Seis, 1326:7-16, Barrera.

⁴¹ *Ibid.*, 1325:18-1326:6.

⁴² *Ibid.*, 1320:17-1321:1:

Q. So, it would be fair to say that the opinion that you're going to give us today here [is] going to be on the basis of your understanding of Barrientos engineering knowledge?

R. It's going to be based on many discussions that I have had with him, on basically interacting with him on mostly the stage C...

⁴³ Hearing Organization Proposal, punto 7, presentada por la Demandada y la Demandante, email del 2 de noviembre de 2012 (“(iii) Identification of witnesses/experts and order of appearance 7. [...] Claimant thus

evidencia del Sr. Barrera, el Tribunal deberá considerar que, a diferencia del Ing. Damonte — quien ha participado en las revisiones tarifarias del 2003, 2008 y 2013 como consultor de las distribuidoras Deorsa y Deocsa⁴⁴— el Sr. Barrera no tiene experiencia alguna⁴⁵ en el marco regulatorio guatemalteco⁴⁶.

25. En el caso del experto Kaczmarek, éste admitió durante su contra-interrogatorio haber basado su conclusión de que el estudio de Bates White del 28 de julio “incorporaba correctamente la totalidad de los pronunciamientos de la Comisión Pericial”⁴⁷ en la opinión del propio autor de ese estudio, el Lic. Giacchino :

Q. [...] [B]asically you take that [it] is correct because it's Giacchino opinion?

A. Yes, that's correct. I understand that Guatemala contests that, but I've not offered any opinion because I haven't done any work to check whether or not all of the Expert Commission's findings were incorporated⁴⁸.

26. Más preocupante aún, el Sr. Kaczmarek solo admitió haberse basado en los dichos del Lic. Giacchino luego de haber intentado hacerle creer a este Tribunal que su opinión se había basado en el reporte del Sr. Barrera⁴⁹. Pero como quedó revelado en la Audiencia, el reporte de experto del Sr. Barrera fue presentado por los abogados de TGH junto con la Dúplica, es decir, varios meses después de que el Sr. Kaczmarek hubiera emitido su primer reporte de experto en este caso:

Q. Mr. Kaczmarek, you repeat in your First Report [...] that the 28th July study incorporated the Expert Commission rulings [...] more than six or

opposes Respondent's calling Mr. Barrientos to testify as to that same report. If Respondent does not agree to call only Dr. Barrera, Claimant seeks a decision from the Tribunal that where the primary author of an expert report indicates that he is competent to testify as to the entirety of the report, he alone should be examined on that report.[...]”.

⁴⁴ Tr. (castellano), Día Seis, 1419:16-1420:1, Damonte.

⁴⁵ Barrera, **Apéndice CER-4**, curriculum vitae adjunto.

⁴⁶ Finalmente, en la Audiencia se evidenciaron graves inconsistencias en el testimonio del Dr. Barrera que deben también ser tenidas en cuenta por el Tribunal a los fines de juzgar su credibilidad. A modo de ejemplo, a pesar de haber afirmado durante su interrogatorio directo que “EEGSA is a company that seems to spend a lot of money on capital”, unos minutos después, bajo contra-interrogatorio, reconoció no haber revisado nunca las inversiones históricas realizadas por EEGSA: “No we haven't looked at what actually has been invested”. Ver Tr. (inglés), Día Seis, 1310:3-5 y 1343:5-12, Barrera.

⁴⁷ Kaczmarek, **Apéndice CER-2**, párrs. 13, 101, 125, 126.

⁴⁸ Tr. (inglés), Día Seis, 1521:2-8, Kaczmarek.

⁴⁹ *Ibid.*, 1520:12-15.

seven times [...] Before providing this opinion, did you personally analyze whether the study, in fact, incorporated the Expert Commission's recommendations?

[...]

I certainly did not. It was not my scope of work to make sure that the changes were incorporated. That was on Mr. Barrera, and so I take it from him that they have been incorporated, not myself.

Q. Mr. Kaczmarek, at the time you drafted or you presented your First Report, was the report of Mr. Barrera presented in this arbitration?

A. No, it wasn't. In that case, it would have been Mr. Giacchino, who was saying it was incorporated.⁵⁰

27. Esta clara admisión no solo pone en evidencia la falta de credibilidad del Sr. Kaczmarek, sino que por sí sola alcanza para desestimar por completo su valuación de daños. Como se explica en la Sección V más abajo, la valuación del Sr. Kaczmarek está esencialmente basada en el VAD del estudio de 28 de julio de 2008 calculado por el Lic. Giacchino, el cuál —ahora quedó confirmado— el Sr. Kaczmarek no revisó.

28. Por último, al considerar el peso de la evidencia provista en este caso, este Tribunal debe también tener en cuenta que, a diferencia de los expertos de daños de la República de Guatemala, el Dr. Manuel Abdala y el Lic. Marcelo Schoeters⁵¹, el Sr. Kaczmarek no tiene ninguna experiencia en el sector de distribución de energía eléctrica y, menos aún, en el marco regulatorio de distribución de electricidad de Guatemala⁵².

29. Respecto al Profesor Alegría, quedó claro que en sus informes había omitido referirse a un tema fundamental, como es que la obligación de la CNEE de basar su determinación del VAD en el estudio tarifario del distribuidor incluida en el proyecto original de la LGE (artículo 54), fue eliminada en forma expresa en la versión aprobada de la LGE⁵³. La LGE, en su artículo 60, establece que la CNEE debe aprobar un VAD que se ajuste a los criterios objetivos que fija la ley, y no, como lo sostiene TGH, un VAD sobre la base del estudio tarifario del distribuidor. Finalmente, es curioso que pese a enfatizar el papel que tuvo el Ing. Bernstein en

⁵⁰ Tr. (inglés), Día Seis, 1519:13-1520:21, Kaczmarek.

⁵¹ M Abdala y M Schoeters, **Apéndice RER-1**, págs. 13-14.

⁵² Kaczmarek, **Apéndice CER-2**, Apéndice I.

⁵³ Tr. (castellano), Día Cinco, 1226:2-1229:2, Alegría.

la redacción de la LGE, el Profesor Alegría no hiciera mención alguna del papel crucial que tuvo el experto de Guatemala, el Profesor Aguilar, en dicho proyecto cuando fue éste el autor material de la LGE tal y como lo explica el preámbulo del proyecto de ley⁵⁴.

* * * *

30. En definitiva, TGH ha “fabricado” para este Tribunal un caso fáctico presentando para ello un marco regulatorio que no corresponde a la realidad. El caso de TGH solo existe en sus escritos, y está conformado además por alegaciones de supuestas expectativas legítimas, conducta arbitraria, mala fe e interferencias políticas. TGH no ha logrado probar ninguna de estas alegaciones. Más importante aún, como ha sido demostrado en la Audiencia, son TGH y EEGSA quienes se han comportado en forma arbitraria, de mala fe y abusando de sus influencias políticas. Basta con recordar el texto incluido en la presentación de la Junta de Administración de TGH donde se sugirió recurrir a influencias políticas sobre el Poder Judicial de Guatemala para obtener un resultado “favorable” en una hipotética presentación judicial contra el reformado artículo 98 del Reglamento⁵⁵:

Hemos concluido que si es factible el planteamiento [de inconstitucionalidad]. Ya estamos trabajando en argumentos, sugerimos la intervención de 3 abogados con peso político para lograr fallo favorable⁵⁶.

31. La respuesta de TGH sobre este punto en la Audiencia fue simplemente que no hay que preocuparse por la alegación de utilizar abogados con peso político ya que “*no actual court challenge was actually ever filed. So what they're really saying is that you had some impure motivations*”⁵⁷. Son estas impuras motivaciones que el Tribunal debe tener en cuenta al analizar el accionar de EEGSA durante la revisión tarifaria y los argumentos de TGH en este arbitraje.

* * *

32. La estructura de este escrito es la siguiente:

⁵⁴ LGE, borrador final, **Anexo C-13**, preámbulo.

⁵⁵ Tr. (castellano), Día Uno, 130:1-18, Discurso de Apertura de la Demandada.

⁵⁶ Management Presentation de DECA II 2009, 14 de enero de 2010, **Anexo R-107**.

⁵⁷ Tr. (castellano), Día Uno, 347:20-348:21, Discurso de Apertura de la Demandante.

- La Sección II analiza las razones por las cuales el Tribunal Arbitral no tiene jurisdicción para conocer de la disputa objeto del presente arbitraje.
- La Sección III describe cómo durante la Audiencia quedó confirmada la versión presentada por Guatemala de los puntos fácticos más importantes que debe considerar el Tribunal en este caso.
- La Sección IV demuestra que los hechos de este caso no dieron lugar a ninguna violación del estándar mínimo internacional y por ende no produjeron consecuencias bajo el Tratado.
- La Sección V describe cómo la Audiencia demostró que, en cualquier caso, el reclamo de daños de TGH se basa en premisas incorrectas y contiene graves errores.

El Tribunal efectuó durante la Audiencia preguntas a las partes, algunas de las cuáles se acordó serían respondidas en los Escritos Posteriores a la Audiencia. Asimismo, la carta del Tribunal de 11 de marzo de 2003 incluyó una serie de preguntas adicionales⁵⁸. Todas estas preguntas están identificadas y respondidas en el cuerpo del presente escrito según se abordan los distintos temas. En la página 5 del presente se incluye un índice de preguntas para facilitar su referencia.

II. LA AUDIENCIA CONFIRMÓ QUE EL TRIBUNAL NO TIENE JURISDICCIÓN

A. TGH DEBE ACREDITAR QUE SU RECLAMACIÓN NO ES UNA MERA CONTROVERSIA DE DERECHO LOCAL, YA RESUELTA ADEMÁS POR LA JUSTICIA GUATEMALTECA

33. TGH invoca el artículo 10.16.1(a)(i)(A) del Tratado para someter la controversia a la jurisdicción del Tribunal⁵⁹. Según esta disposición, el Tribunal tiene jurisdicción sólo si la reclamación se refiere a la violación de uno de los estándares de protección de inversiones establecidos por el Tratado.

34. La importancia de este requisito queda demostrada por el laudo en el caso *Iberdrola*, asunto idéntico al presente en cuanto a los hechos. En *Iberdrola*, el tratado restringía el arbitraje a “[t]oda controversia [...] respecto a cuestiones reguladas por el presente Acuerdo [el

⁵⁸ Carta del Tribunal a la Demandante y a la Demandada del día 11 de marzo de 2013, pág. 2.

⁵⁹ Notificación de Arbitraje, párr. 27.

TBI]”⁶⁰. El tribunal negó que la reclamación, idéntica a la que somete TGH a este Tribunal, fuera “una genuina reclamación” de que Guatemala violó el tratado⁶¹, salvo la alegación de denegación de justicia (ausente en el presente caso). El tribunal rechazó así su jurisdicción por unanimidad, condenando incluso a la demandante a pagar todos los costos del procedimiento.

35. Contrariamente a lo que afirmó TGH equivocadamente en la Audiencia⁶², el caso *Iberdrola* no es el único ejemplo en este sentido. Otro ejemplo notorio es el asunto *Azinian c. México*. En este caso, el tribunal analizó si la reclamación se calificaba como una reclamación “[fundada] en la violación de una obligación establecida en la Sección A”⁶³ (protecciones a la inversión) del TLCAN, que es el mismo requisito del artículo 10.16.1(a)(i)(A) del Tratado. El tribunal dijo que no, precisamente porque la “reclamación fundamental” era una cuestión de derecho local, un “incumplimiento” del derecho mexicano por parte de una autoridad pública, ya decidida además por la justicia doméstica, y que el demandante había querido camuflar, como aquí hace TGH, de reclamación internacional⁶⁴. El tribunal, tras afirmar que “*labelling is [...] no substitute for analysis*”⁶⁵, explicó que “[e]l TLCAN, sin embargo, no permite a los inversionistas recurrir al arbitraje internacional por simples incumplimientos”⁶⁶, “de lo contrario se hubiera elevado una multitud de transacciones ordinarias con las autoridades públicas a la categoría de controversias internacionales”⁶⁷, y 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*”⁶⁸.

36. De hecho, el principio se encuentra muy bien establecido. Una mera ilegalidad interna (que aquí ni siquiera se ha dado) cometida por un órgano regulatorio, no da lugar a una

⁶⁰ Acuerdo entre el Reino de España y la República de Guatemala para la Promoción y la Protección Recíproca de Inversiones, 9 de diciembre de 2002, **Anexo RL-18**, artículo 11(1).

⁶¹ *Iberdrola Energía S.A. c. República de Guatemala* (Caso CIADI No. ARB/09/5) Laudo, 17 de agosto de 2012, **Anexo RL-32**, párr. 368.

⁶² Tr. (inglés), Día Uno, 156:4-8, Discurso de Apertura de la Demandante.

⁶³ *Robert Azinian y otros c. Estados Unidos Mexicanos* (Caso CIADI No. ARB (AF)/97/2) Laudo, 1 de noviembre de 1999, **Anexo RL-2** (versión en castellano), párr. 82.

⁶⁴ *Robert Azinian y otros c. Estados Unidos Mexicanos* (Caso CIADI No. ARB (AF)/97/2), Laudo, 1 de noviembre de 1999, **Anexo RL-2** (versión en inglés), párr. 87.

⁶⁵ *Ibid.*, párr. 90.

⁶⁶ *Robert Azinian y otros c. Estados Unidos Mexicanos* (Caso CIADI No. ARB (AF)/97/2) Laudo, 1 de noviembre de 1999, **Anexo RL-2** (versión en castellano), párr. 87.

⁶⁷ *Ibid.*

⁶⁸ *Ibid.*, párr. 97.

violación del Derecho internacional. Lo dijo claramente el tribunal en *ADF c. Estados Unidos*: “something more than simple illegality or lack of authority under the domestic law of a State is necessary to render an act or measure inconsistent with the customary international law requirements of Article 1105(1)”⁶⁹. Estos son temas en los que es competente la justicia local, sobre la cual el Tribunal “do[es] not sit as a court with appellate jurisdiction”⁷⁰.

37. Igualmente lo sostuvo el tribunal en *Saluka c. República Checa*: “The Treaty cannot be interpreted so as to penalise each and every breach by the Government of the rules or regulations to which it is subject and for which the investor may normally seek redress before the courts of the host State”⁷¹.

38. La cuestión es análoga a la que se plantea en el caso de meros incumplimientos contractuales que, como es bien sabido, no constituyen de por sí violaciones del Derecho internacional⁷². Los tribunales frecuentemente rechazan este tipo de reclamaciones en la etapa jurisdiccional de los arbitrajes⁷³, tal como ha ocurrido en los reclamos por presuntas ilegalidades regulatorias en los casos *Iberdrola* y *Azinian*.

39. Todo lo anterior es aplicable a este caso. TGH debe probar que ha presentado una genuina reclamación bajo el Tratado y no una mera controversia de Derecho guatemalteco disfrazada de reclamación bajo el Tratado.

⁶⁹ *ADF Group Inc. c. Estados Unidos de América* (Caso CIADI No. ARB (AF)/00/1) Laudo, 9 de enero de 2003, **Anexo CL-4**, párr. 190.

⁷⁰ *Ibid.*

⁷¹ *Saluka Investments B.V. c. República Checa* (Caso CNUDMI) Laudo Parcial, 17 de marzo de 2006, **Anexo CL-42**, párr. 442.

⁷² *Compañía de Aguas del Aconquija, S.A. y Vivendi Universal (anteriormente Compagnie Générale des Eaux) c. República Argentina* (Caso CIADI No. ARB/97/3) Decisión sobre la Anulación, 3 de julio de 2002, párr. 96; *Robert Azinian y otros. c. Estados Unidos Mexicanos* (Caso CIADI No. ARB (AF)/97/2) Laudo, 1 de noviembre de 1999, **Anexo RL-2**, párrs. 82-84, 87, 96-97, 100; *Consortium RFCC c. Reino de Marruecos* (Caso CIADI No. ARB/00/6) Laudo, 22 de diciembre de 2003, **Anexo CL-60**, párr. 48; *Saluka Investments B.V. c. República Checa* (Caso CNUDMI) Laudo parcial, 17 de marzo de 2006, **Anexo CL-42**, párr. 442; *Parkerings-Compagniet AS c. Lituania* (Caso CIADI No. ARB/05/8) Laudo, 11 de septiembre de 2007, **Anexo RL-10**, párrs. 315-320, 345; *Helnan International Hotels A/S c. República Árabe de Egipto* (Caso CIADI No. ARB/05/19) Laudo, 3 de julio de 2008, párr. 108.

⁷³ *Robert Azinian y otros. c. Estados Unidos Mexicanos* (Caso CIADI No. ARB (AF)/97/2) Laudo, 1 de noviembre de 1999, **Anexo RL-2**, párrs. 87, 92; *Iberdrola Enegia S.A. c. República de Guatemala* (Caso CIADI No. ARB/09/5) Laudo, 17 de agosto de 2012, **Anexo RL-32**, párr. 350. Ver también *SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. República Islámica de Pakistán* (Caso CIADI No. ARB/01/13) Decisión sobre Jurisdicción, 6 de agosto de 2003, párrs. 156-162; *Generation Ukraine, Inc. c. Ukraina* (Caso CIADI No. ARB/00/9) Laudo, 16 de septiembre de 2003, **Anexo RL-6**, párrs. 8.12-8.14; *Joy Machinery Limited c. República Árabe de Egipto* (Caso ICSID No. ARB/03/11) Decisión sobre Jurisdicción, 6 de agosto de 2004, párrs. 72, 82.

B. TGH PLANTEA UNA MERA CONTROVERSIA REGULATORIA DE DERECHO LOCAL

40. La Audiencia dejó en claro cuales son los temas sobre los que versa esta controversia, puesto que fueron planteados una y otra vez en los interrogatorios. Se trata, sin excepción, de desacuerdos sobre cómo deben interpretarse y aplicarse ciertas disposiciones del marco regulatorio guatemalteco, como se resume a continuación.

1. La naturaleza y efectos de los Términos de Referencia para la revisión tarifaria 2008-2013

41. La cuestión es si EEGSA y Bates White podían apartarse unilateralmente de los Términos de Referencia cuando lo estimaran oportuno, por entender que no se ajustaban a la LGE y su Reglamento. TGH estima que sí, como opinaron en modo vehemente los Lics. Calleja y Giacchino durante la Audiencia⁷⁴.

42. La posición de la CNEE es 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 ley y el Reglamento⁷⁵, incluyendo su facultad y obligación de fijar los Términos de Referencia y la metodología para las revisiones tarifarias⁷⁶. Estas competencias quedaron establecidas expresamente en el punto 1.10 de los Términos de Referencia, tan debatidos durante la Audiencia.

2. La naturaleza del pronunciamiento de la Comisión Pericial y el alcance de sus funciones

43. La cuestión es si la Comisión Pericial emite un pronunciamiento vinculante y si, después de tal pronunciamiento, le corresponde a la propia Comisión Pericial revisar otra vez una nueva versión del estudio del VAD del distribuidor para verificar que se ajuste al pronunciamiento, y en su caso aprobar dicho estudio.

44. La posición de la CNEE es que el pronunciamiento tiene efectos consultivos, no vinculantes, y que la Comisión Pericial agota su función con la emisión de dicho

⁷⁴ Tr. (castellano), Día Dos, 354:5-11, y 363:10-19, Calleja; Tr. (inglés), Día Cinco, 849:8-12 y 851:14-18, Giacchino.

⁷⁵ LGE, **Anexo R-8**, artículos 4(a); RLGE, **Anexo R-36**, artículo 3.

⁷⁶ LGE, **Anexo R-8**, artículos 4(c), 74 y 77; RLGE, **Anexo R-36**, artículo 97.

pronunciamiento. A partir de entonces es la CNEE la que debe decidir si es posible corregir el estudio tarifario del distribuidor y cómo hacerlo, o si de lo contrario dicho estudio es tan poco confiable que las tarifas deben ser determinadas sobre la base del estudio independiente encargado por la CNEE.

45. Esta interpretación no priva de relevancia a la Comisión Pericial. Como se verá más adelante⁷⁷, su papel es muy importante para permitir a la CNEE tomar una decisión informada y razonada, teniendo en cuenta la opinión de expertos.

46. La interpretación de TGH implicaría delegar la función del regulador de hacer cumplir la ley⁷⁸, de aprobar los estudios tarifarios⁷⁹, de aprobar el VAD⁸⁰, y de determinar las tarifas⁸¹, a otro órgano cuya existencia es transitoria y al que no pueden exigirse responsabilidades. Ello sería contrario, no solo al marco regulatorio eléctrico, sino también al artículo 3 de la Ley de lo Contencioso Administrativo de Guatemala⁸².

47. Una delegación de funciones tal no puede estar implícita en la frase “La Comisión Pericial se pronunciará sobre las discrepancias” del artículo 75 de la LGE, que es la única frase en la ley sobre la función de la Comisión Pericial. No hay país en el mundo que delegue el establecimiento del VAD a una comisión pericial de existencia temporaria y que no rinde cuentas. TGH y su experto, el Lic. Alegría, se refieren a la ley de Chile para sostener su postura. Sin embargo, en Chile el panel de expertos establece el VNR (y no el VAD), es permanente (no transitorio), y está regulado en modo detallado y expreso en la ley, incluyendo el carácter vinculante de su decisión⁸³. Aún si fuera cierto como lo sostiene el Lic. Alegría que la ley chilena influyó la redacción de la ley guatemalteca⁸⁴, es evidente que el legislador

⁷⁷ Ver Sección III.C.1, posteriormente.

⁷⁸ LGE, **Anexo R-8**, artículo. 4(a); RLGE, **Anexo R-36**, artículo 3.

⁷⁹ RLGE, **Anexo R-36**, artículos 92, 98 y 99.

⁸⁰ LGE, **Anexo R-8**, arts 60, 61, 71 y 76; RLGE, **Anexo R-36**, artículos 82 y 83.

⁸¹ LGE, **Anexo R-8**, artículo 4(c), 61, 71 y 76; RLGE, **Anexo R-36**, artículo 99.

⁸² Ley de lo Contencioso Administrativo, aprobada por Decreto No. 119-96, 21 de noviembre de 1996, **Anexo C-425**, artículo 3; Tr. (castellano), Día Cinco, 1264: 11-19, Aguilar. Ver Sección III.C.1, más adelante.

⁸³ Ley General de Servicios Eléctricos (Chile), aprobada por Decreto 4/20018, 2 de mayo de 2007, **Anexo C-482**, artículos 208-211.

⁸⁴ Tr. (castellano), Día Cinco, 1235: 13-17, Alegría.

guatemalteco expresamente decidió no seguir dicho modelo en cuanto a la Comisión Pericial de la LGE.

3. La obligación de la CNEE de basarse única y exclusivamente en el estudio tarifario del distribuidor para aprobar las tarifas

48. Para TGH, la CNEE debe siempre basar el VAD sobre el que se calculará la tarifa en el estudio tarifario del distribuidor. De otra forma, según TGH, el estudio del distribuidor carece de relevancia. Según TGH, tal obligación de la CNEE de basarse en el estudio del distribuidor estaría entonces implícita en los artículos 74 y 75 de la LGE, los únicos que hablan de dicho estudio.

49. La posición de la CNEE es que no existe en la LGE una obligación de la CNEE de basarse única y exclusivamente en el estudio tarifario del distribuidor para aprobar las tarifas. De hecho, como ya se mencionó, ello estaba contemplado en el borrador de la ley⁸⁵, pero fue expresamente eliminado durante su tramitación parlamentaria⁸⁶. Estaba en el artículo 54 del borrador: “[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 distribuidoras”. En el texto definitivo del artículo 60 de la LGE, sin embargo, se eliminó la parte subrayada. Por lo tanto, la obligación de la CNEE es asegurarse que el VAD (los costos propios de la actividad de distribución), que debe aprobar, cumpla con un criterio objetivo (“deberán corresponder a costos estándares de distribución de empresas eficientes”), y no que el VAD deba ser aprobado sobre la base del estudio del distribuidor.

50. Es curioso que ni los abogados de TGH ni su experto jurídico de Derecho guatemalteco hayan hecho referencia a este cambio entre el borrador de la LGE y su texto definitivo⁸⁷. La Sra. Menaker, hablando por TGH, puso mucho énfasis en la Audiencia sobre este tema:

⁸⁵ LGE, borrador final, **Anexo C-13**, artículo 54.

⁸⁶ LGE, **Anexo R-8**, artículo 60.

⁸⁷ Nótese la respuesta del experto Alegría en la Audiencia. Tr. (castellano), Día Cinco, 1226:2-1228:11, Alegría:
P. ¿Usted habló de este cambio en sus informes?
R. No. No.
P. ¿Y no considera importante que hubiera esa modificación del proyecto de ley?
[...]

On that, the law is very clear. It says, the distributor's VAD must be set on the basis of the distributor's study⁸⁸.

51. Pues bien, esto simplemente no es así. El legislador excluyó expresamente esta obligación. Nótese también que el experto de TGH, el Profesor Alegría, admitió durante la Audiencia que es a la CNEE, como regulador, a quien le corresponde concluir cual es el VAD que se ajusta a la LGE, incluyendo decidir si el estudio del distribuidor es objetivo y confiable para este propósito⁸⁹.

52. Esto además invalida totalmente el argumento de TGH sobre que la reforma del artículo 98 del Reglamento en el 2007 habría permitido por primera vez a la CNEE apartarse del estudio tarifario del distribuidor. Tal obligación de basarse en el estudio del distribuidor nunca existió en el texto final de la LGE, por lo que la reforma del artículo 98 no puede haber tenido el efecto que TGH le imputa.

53. Nótese además como, después del artículo 75 de la LGE, que se refiere al estudio tarifario del distribuidor y a la Comisión Pericial, el artículo 76 dice que la CNEE “usará los VAD [...] para estructurar un conjunto de tarifas”. No se establece que la CNEE deba usar el estudio tarifario del distribuidor, sino el VAD, que es muy distinto.

54. Nada de esto le quita relevancia al estudio del distribuidor. En primer lugar, como se ha reiterado en este procedimiento, la razón de dicho estudio es que el distribuidor es el que tiene la información de primera mano sobre sus costos, que son el punto de partida, junto con los criterios de eficiencia, para el cálculo del VAD. En segundo lugar, es lógico que el regulador deba conocer la posición del distribuidor para tomar una decisión informada y razonada.

R. Es que yo, repito, yo estaba estudiando cómo se interpreta esta ley, no cómo se debió haber interpretado el proyecto de ley. Entonces el proyecto de ley me va a dar luces de cómo se interpreta la ley que quedó finalmente plasmada.

[...]

P. Por supuesto, y por eso hay que ver lo que se quitó en ese camino. Para entender cuáles fueron las intenciones. Es un criterio interpretativo importante.

R. Es un criterio interpretativo, así es pero yo no tendría por qué criticar que si pasó o no pasó el artículo 54.

Es decir, el experto Alegría, pese a reconocer la importancia del borrador de la LGE, para interpretar la propia LGE, curiosamente no consideró oportuno referirse al artículo 54 del borrador.

⁸⁸ Tr. (inglés), Día Uno, 349:6-8, Discurso de Apertura de la Demandante.

⁸⁹ Tr. (castellano), Día Cinco, 1207:10-1210:9 y 1241:5-1242:14, Alegría.

55. La participación que debe ser reconocida al distribuidor, como la que establecen los artículos 74 y 75 de la LGE se inserta en este marco, y no puede tener como efecto que la responsabilidad y facultad regulatoria de la CNEE desaparezca o sea impropriadamente limitada.

4. Las cuestiones técnicas y financieras sobre el cálculo del VAD

56. La cuestión técnica fundamental sobre la que discrepa TGH respecto de la CNEE es sobre qué diseño de las unidades constructivas es el correcto, el del estudio Bates White o el del estudio Sigla. Así lo admitió el Sr. Barrera durante la Audiencia (“*I think that there are a number of reasons why the two VNRs are different, but mostly they have to do with the construction units*”⁹⁰). Las unidades constructivas son el conjunto de materiales combinados de distintas maneras y que componen cada una de las instalaciones eléctricas de la red de distribución. A modo de ilustración, una diferencia entre el número óptimo de transformadores, de kilómetros de líneas eléctricas, la naturaleza de las líneas, etc.

57. Se trata, como se puede observar, de un tema regulatorio y técnico por excelencia, sobre el que la CNEE como regulador tenía la responsabilidad de decidir. De hecho, muchos de estos temas fueron decididos por la Comisión Pericial a favor de la CNEE⁹¹.

58. Otro tema técnico relevante es el de la inclusión de la depreciación en el cálculo del VAD. La posición de la CNEE es que la depreciación debe ser siempre incluida en dicho cálculo. De aceptarse la posición contraria de TGH, el distribuidor recibiría siempre rentabilidad sobre la parte de la base de capital que ya ha recuperado, como si un banco pudiera cobrar intereses sobre la parte de un préstamo que ya ha sido repagado. En cualquier caso, la fórmula para el cálculo del VAD, que consideraba un 50% de depreciación, estaba en los Términos de Referencia que EEGSA no recurrió, a diferencia de otros aspectos de los mismos sí recurridos.

5. La disputa es un desacuerdo regulatorio

59. En ninguno de los temas anteriormente mencionados podría considerarse la posición de la CNEE como descabellada, absurda o irracional al punto de dar lugar a un argumento de alteración fundamental del marco regulatorio, arbitrariedad o abuso de poder, que son las

⁹⁰ Tr. (inglés), Día Seis, 1466:4-7, Barrera.

⁹¹ Informe de la Comisión Pericial, 25 de julio de 2008, **Anexo R-87**, págs. 68-71, 79, 83-86, 94-96.

etiquetas que TGH utiliza para justificar su reclamación internacional. En todos los casos la posición de la CNEE tiene una base jurídica y/o técnica y económica concreta y justificada.

60. TGH disiente con la interpretación de la CNEE, pero este desacuerdo claramente no configura una violación por parte del Estado guatemalteco del estándar mínimo internacional del Tratado. Frente a estos desacuerdos sobre el marco regulatorio, la obligación internacional de Guatemala era que los tribunales de Guatemala estuvieran disponibles para TGH y EEGSA, y así fue. TGH no los acusa de denegar justicia.

C. LOS TRIBUNALES DE GUATEMALA YA HAN DECIDIDO SOBRE ESTA CONTROVERSIA REGULATORIA

61. Sobre estos temas regulatorios que plantea TGH, la justicia guatemalteca ya ha decidido. Es curioso el poco tiempo que TGH dedicó a este tema durante la Audiencia, al margen de afirmar sin prueba alguna que las dos decisiones de la Corte de Constitucionalidad sobre este tema fueron “*politically motivated*”⁹².

62. No reiteraremos aquí el contenido de las decisiones de la Corte de Constitucionalidad que han sido ya analizadas en escritos anteriores⁹³. Sí conviene, en cambio, aclarar que la Corte de Constitucionalidad no se basó en la reforma del artículo 98 del Reglamento para declarar la licitud de la conducta de la CNEE, contrariamente a lo que TGH invocó reiteradamente durante la Audiencia: “*the Constitutional Court here found that the CNEE had acted lawfully on the grounds that the amended RLGE Article 98 allowed the CNEE to set the VAD on the basis of its own study*”⁹⁴.

63. Al contrario, la Corte de Constitucionalidad se basó en las facultades de la CNEE como regulador, en materia de fijación de las tarifas y sobre la aprobación del VAD. Bastan algunas citas de las dos sentencias de la Corte:

Sentencia de 18 de noviembre de 2009⁹⁵:

⁹² Tr. (inglés), Día Uno, 16:5, Discurso de Apertura de la Demandante.

⁹³ Por ejemplo, Memorial de Dúplica, párrs. 48-50.

⁹⁴ Tr. (inglés), Día Uno, 108:17-20, Discurso de Apertura de la Demandante, y por ejemplo también en 130:20-131:3, 159:3-11, y 343:8-11, Discurso de Apertura de la Demandante.

⁹⁵ Sentencia de la Corte de Constitucionalidad (Expedientes acumulados 1836-1846-2009) Apelación Directa de Sentencia de Amparo, 18 de noviembre de 2009, **Anexo R-105**, págs. 30-32.

c) *Competencias de la Comisión Nacional de Energía Eléctrica.*

La Ley General de Electricidad creó en su artículo 4, como ente regulador del sistema, la Comisión Nacional de Energía Eléctrica, dotándola de competencia para: "Definir las tarifas de transmisión y distribución, sujetas a regulación de acuerdo a la presente ley, así como la metodología para el cálculo de las mismas"

[...]

cumplir con su atribución al respecto. De manera que al preceptuar los artículos 4 inciso c) y 71 de la citada ley, que las tarifas serán calculadas por la Comisión Nacional de Energía Eléctrica, debe hacerlo después de recibir el informe de la Comisión Pericial, que, como se ha mencionado, concluyó con dicho dictamen su función asesora del acto de voluntad de la autoridad competente para fijar los pliegos tarifarios. Entender que los miembros encargados del estudio pericial tuvieran aún otra función o que su informe tuviera naturaleza vinculante, contraviene lo preceptuado en el artículo 154 párrafo tercero, de la Constitución, que prohíbe la delegación de funciones, a ~~menor que~~ ~~la misma~~ ~~la misma~~

[...]

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

Sentencia de 24 de febrero de 2010⁹⁶:

⁹⁶ Sentencia de la Corte de Constitucionalidad (Expediente 3831-2009) Apelación de Amparo, 24 de febrero de 2010, **Anexo R-110**, págs. 31-34.

su reglamento, y estando dentro del plazo establecido, emitió su pronunciamiento respecto de las discrepancias encontradas por la Comisión Nacional de Energía Eléctrica entre el estudio tarifario remitido por la hoy amparista y los términos de referencia previamente dictados por la hoy autoridad recurrida. Al efecto, cabe señalar, que no se advierte, tanto en la Ley que regula la materia, como en su respectivo Reglamento, --única normativa aplicable al caso dentro del ordenamiento jurídico guatemalteco vigente-- norma alguna que atribuya a la Comisión Pericial, otra función más allá que la de su pronunciamiento sobre las discrepancias ya referidas. En tal virtud, con la entrega de su respectivo



pronunciamiento, la Comisión Pericial cumplió con la función que la Ley de la materia y su respectivo Reglamento, le encomendaran para el efecto. Por lo que al haberse agotado su función legal, no tratándose de una Comisión de tipo permanente, sino más bien de carácter temporal, cuya función dictaminadora, según la ley, debía servir para la definición tarifaria por la autoridad competente para ello, no teniendo ya ninguna otra intervención en el procedimiento, según la Ley, ningún agravio podía causarle a la amparista la disolución de aquélla, siendo que el proceder de la autoridad impugnada se cñió al procedimiento establecido en la Ley y Reglamento que regulan la materia.

[...]

En tal virtud, y con base en las consideraciones antes realizadas, atribuirle a la Comisión Pericial de merito la función de dirimir el conflicto existente entre la amparista y la autoridad recurrida y reconocerle competencia para emitir una decisión vinculante, y más aún, reconocerle la facultas de aprobación de los

estudios tarifarios, tal y como la Corte resolviera en su oportunidad, resultaría contrario al decantado principio de legalidad, característico del Estado de Derecho y además, atentatorio del principio de función pública sujeta a la ley, pues según lo disponen la Ley General de Electricidad, así como su respectivo Reglamento, -única normativa aplicable dentro del ordenamiento jurídico guatemalteco vigente- compete a la Comisión Nacional de Energía Eléctrica, como único ente responsable, la función consistente en la fijación de las tarifas de distribución y la aprobación de los estudios tarifarios, debiendo continuar con el proceso

64. La única referencia al artículo 98 en las dos sentencias de la Corte de Constitucionalidad, a la que se refirió TGH, se encuentra en la sentencia de 24 de febrero de 2010, pero no es en absoluto la base de la decisión de la Corte. Nótese como TGH distorsionó el texto de la sentencia durante la Audiencia, con la siguiente lámina supuestamente citando textualmente la sentencia⁹⁷:

“[RLGE Article 98 provides] that, if the Distributor fails to send the studies or corrections to those studies, the National Electricity Commission (governmental agency of public law) may issue and publish the related tariff scheme based on the tariff study prepared independently by the commission or making the necessary corrections to the studies prepared by the distributor . . . In view of the above, the National Electricity Commission caused no damage to the petitioner when it dissolved the Expert Commission and when it followed the procedure to devise the tariff schemes . . .”

65. En realidad, la parte faltante indicada con puntos suspensivos, que TGH omite, es muy importante, puesto que muestra como la Corte no se basó en el artículo 98. Así falló la Corte en la parte omitida por TGH:

[L]a Comisión Nacional de Energía Eléctrica, no ha proferido agravio alguno a la amparista, al resolver la disolución de la Comisión Pericial y haber continuado con el procedimiento de fijación de los pliegos tarifarios de mérito, siendo que dicha competencia –que constituye una función estatal–, como ya se ha expuesto, es una legítima potestad atribuida a dicho ente por la Ley General de Electricidad, de acuerdo a lo que para el efecto establecen los artículos 60, 61, 71 y 72 de la misma⁹⁸.

66. Por lo tanto, es claro que la reforma del artículo 98 del Reglamento no tuvo influencia en este tema. Es la LGE la que da fundamento a la facultad de la CNEE de decidir sobre el VAD que cumple con la ley y debe ser utilizado para establecer las tarifas quinquenales.

⁹⁷ Filmina 107 del Discurso de Apertura de la Demandante, refiriéndose a la Sentencia de la Corte de Constitucionalidad (Expediente 3831-2009) Apelación de Amparo, 24 de febrero de 2010, **Anexo R-110**, págs. 35-36.

⁹⁸ Sentencia de la Corte de Constitucionalidad (Expediente 3831-2009) Apelación de Amparo, 24 de febrero de 2010, **Anexo R-110**, pág. 36.

67. En cualquier caso, y en síntesis, este tema, que es la base fundamental de la reclamación de TGH, ya ha sido decidido por los tribunales de Guatemala y TGH no dice que estas decisiones violen el Tratado o el Derecho internacional.

Pregunta del Tribunal: ¿TGH hubiera podido presentar una acción antes los tribunales guatemaltecos?

68. Durante la Audiencia, el árbitro von Wobeser preguntó si TGH hubiera podido presentar una acción ante los tribunales guatemaltecos respecto de las medidas de las que se queja en este arbitraje y, en su caso, cuál hubiera sido dicho procedimiento⁹⁹. Entendemos que la pregunta se refiere a la posibilidad de invocar el Tratado mismo ante los tribunales guatemaltecos. En este caso, la respuesta es afirmativa, puesto que el Tratado es parte del Derecho interno guatemalteco y directamente aplicable. El procedimiento en este supuesto podría haber sido el Contencioso Administrativo ante el tribunal de lo Contencioso Administrativo, en virtud de ser el éste el tribunal competente conforme la Constitución Política de la República para decidir acciones relativas a actos o resoluciones administrativas de la administración y de las entidades descentralizadas y autónomas del Estado¹⁰⁰. Sin embargo, cabe mencionar que hasta el momento ningún inversor extranjero ha invocado un tratado de protección de inversiones ante la justicia guatemalteca.

69. En cualquier caso, la reclamación de TGH bajo el Tratado ante la justicia guatemalteca hubiera sido, como es también aquí, un simple disfraz para la reclamación regulatoria que ya había interpuesto EEGSA.

70. Cabe aclarar finalmente que TGH no hubiera tenido legitimación activa para interponer las acciones que ejerció EEGSA delante de los tribunales locales. La parte legitimada para las mismas era EEGSA. Como hemos visto, así ocurrió, y fue EEGSA, con la aprobación del director nombrado por TGH en el directorio de EEGSA, la que planteó los recursos pertinentes que desembocaron en las dos sentencias de la Corte de Constitucionalidad.

⁹⁹ Tr. (inglés), Día Dos, 414:4-21, von Wobeser.

¹⁰⁰ Artículo 221 de la Constitución Política de Guatemala, **Anexo C-11**:

“Tribunal de lo Contencioso-Administrativo. Su función es de contralor de la juridicidad de la administración pública y tiene atribuciones para conocer en caso de contienda por actos o resoluciones de la administración y de las entidades descentralizadas y autónomas del Estado, así como en los casos de controversias derivadas de contratos y concesiones administrativas”.

D. LA ÚNICA RECLAMACIÓN VÁLIDA DE TGH HUBIERA SIDO POR DENEGACIÓN DE JUSTICIA, QUE TGH NO ALEGA

71. TGH objetó una vez más durante la Audiencia la posición de Guatemala respecto de que la única reclamación válida en este caso hubiera sido por denegación de justicia. Según TGH ello significaría restringir el estándar mínimo internacional únicamente a la denegación de justicia¹⁰¹.

72. Ello es incorrecto. Guatemala no plantea que para que pueda configurarse una reclamación internacional válida cualquier medida del Estado deba ser recurrida localmente, y luego elevada a nivel internacional en forma de reclamo por denegación de justicia. La posición de Guatemala es que ello ocurre cuando, del análisis de la naturaleza de la reclamación emerge claramente que lo que se está planteando es una controversia regulatoria de Derecho nacional, ya analizada y resuelta por los tribunales locales. Los precedentes citados arriba en la sección II.A, y en escritos precedentes, así lo prueban. Utilizando las palabras del tribunal en *Azinian*, “[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”¹⁰².

73. La lógica de esta posición es terminante. Cuando 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. De lo contrario se estaría dejando de lado una parte esencial de la conducta del Estado que es la actuación de los tribunales. Son precisamente los tribunales los que deben remediar toda controversia sobre la interpretación y aplicación del Derecho interno. En este tipo de escenario, con este tipo de controversia, la obligación de Guatemala era simplemente asegurar que sus tribunales estuvieran disponibles y tomaran una decisión que no pudiera dar lugar a ninguna acusación de denegación de justicia. Así lo hizo, como lo demuestra el hecho de que TGH no alega denegación de justicia. Por lo tanto, Guatemala cumplió con sus obligaciones bajo el Tratado.

¹⁰¹ Tr. (inglés), Día Uno, 153:22-154:6, Discurso de Apertura de la Demandante.

¹⁰² *Robert Azinian y otros. c. Estados Unidos Mexicanos* (Caso CIADI No. ARB (AF)/97/2) Laudo, 1 de noviembre de 1999, **Anexo RL-2**, párr. 97.

E. EL LAUDO *IBERDROLA* ES PLENAMENTE APLICABLE

74. En la Audiencia TGH también alegó que el Laudo *Iberdrola* no resulta aplicable, esencialmente porque TGH habría planteado el caso mejor que *Iberdrola*¹⁰³. Sin embargo, lo que cuenta, como explica el Laudo *Iberdrola*, es la sustancia de la reclamación, no cómo se la haya querido enmascarar. La sustancia de la reclamación de TGH no puede ser distinta de la de *Iberdrola*, puesto que se basa exactamente en los mismos hechos. Como dijo el tribunal en *Iberdrola*:

Como lo afirmó el Tribunal y lo acredita el expediente, más allá de la calificación que la Demandante dio a los temas controvertidos, la parte sustancial de esos temas y, sobre todo, de las controversias que la Demandante pide al Tribunal que resuelva, se refieren al derecho guatemalteco¹⁰⁴.

75. El tribunal en *Iberdrola* entendió que la sustancia de la reclamación se refería al “alcance de la participación del distribuidor en el cálculo del VAD [...] y si el consultor tenía la facultad de separarse de los Términos de Referencia”, “[l]a fórmula correcta para calcular el VAD”, “[l]a interpretación correcta de las normas referentes a la contratación de estudios tarifarios y si esas normas autorizaban a la CNEE para contratar su propio estudio tarifario, independiente del estudio del distribuidor”, “[s]i el pronunciamiento de la Comisión Pericial era vinculante”, “[s]i existió un acuerdo entre la CNEE y EEGSA sobre las reglas de funcionamiento de la Comisión Pericial”, “Si la decisión unilateral de la CNEE de disolver la Comisión Pericial fue legal”, y “[s]i la actuación de la CNEE al rechazar el estudio del consultor de la Demandante y acoger el de Sigla fue legal”¹⁰⁵.

76. Estos son los mismos temas que TGH plantea aquí, y que determinan que esta controversia es puramente regulatoria y escapa a la jurisdicción de este tribunal, que como el de *Iberdrola* no puede “actuar como ente regulador, como entidad administrativa y como corte de instancia” de Guatemala¹⁰⁶. Por lo tanto, las conclusiones del Laudo *Iberdrola* son plenamente aplicables a este caso:

¹⁰³ Tr. (inglés), Día Uno, 156:9-157:20, Discurso de Apertura de la Demandante.

¹⁰⁴ *Iberdrola Energía S.A. c. República de Guatemala* (Caso CIADI No. ARB/09/5) Laudo, 17 de agosto de 2012, **Anexo RL-32**, párr. 351.

¹⁰⁵ *Ibid*, párr. 354.

¹⁰⁶ *Ibid*, párr. 354.

[U]n tribunal CIADI, constituido al amparo del Tratado, no puede determinar que tiene competencia para juzgar, según el derecho internacional, la interpretación que ha hecho el Estado de su normativa interna simplemente porque el inversionista no la comparte o la considera arbitraria o violatoria del Tratado.

No basta, en consecuencia, que la reclamante convenza al Tribunal de que su interpretación de las normas guatemaltecas y de los modelos técnicos y económicos es la correcta y que es equivocada la adoptada por la CNEE. Tampoco basta con etiquetar su propia interpretación de los antecedentes de la LGE y el [Reglamento] de “legítimas expectativas”, ni es suficiente calificar a las interpretaciones del órgano regulador de Guatemala o a las decisiones de sus cortes, para persuadir al Tribunal de que debe resolver la controversia de derecho local como una violación del Tratado. Tampoco basta con etiquetar la interpretación de la CNEE o de las cortes como “arbitraria” para que el Tribunal considere que existe una genuina reclamación de que Guatemala violó el estándar de trato justo y equitativo o que se dio una verdadera controversia internacional respecto de una expropiación, porque la Demandante considera que el criterio financiero que usó Bates White para calcular el VAD es el correcto y todos los demás, (incluido el VAD propuesto por uno de los ejecutivos de EEGSA), erróneos. O que las interpretaciones de la LGE y del [Reglamento], respaldadas por las cortes de Guatemala, son violatorias del Tratado porque no coinciden con las de Iberdrola. [...]

Si la situación es la descrita en los párrafos anteriores y la interpretación del órgano regulador fue respaldada por los tribunales locales, para que este Tribunal pudiera resolver el presente proceso la Demandante tendría que haber demostrado, fuera de toda duda, que la actuación de las cortes violó el Tratado¹⁰⁷.

F. UN CAMBIO REGULATORIO MENOR NO ES MATERIA PARA ESTE TRIBUNAL

Pregunta del Tribunal: ¿La cuestión de si un cambio regulatorio menor es o no susceptible de constituir una violación del estándar mínimo internacional puede ser analizada como cuestión de jurisdicción?¹⁰⁸

77. Como se ha explicado anteriormente, en 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. Esto incluye, como hizo el tribunal en *Iberdrola*, examinar la esencia o parte sustancial de la reclamación presentada para cerciorarse si

¹⁰⁷ *Ibid*, párrs. 356, 367, 368, 371 (Énfasis añadido).

¹⁰⁸ Tr. (inglés), Día Dos, 413:8-22, von Wobeser.

efectivamente se plantea o no una “genuina reclamación” de violación del estándar mínimo internacional, “o que se dio una verdadera controversia internacional”¹⁰⁹.

78. Esta tarea jurisdiccional se aplica a todos los aspectos de la reclamación, incluyendo en relación a alegaciones de cambios en el marco regulatorio que, por su entidad, puedan constituir una violación del estándar mínimo internacional. Naturalmente, la cuestión de fondo es analizar si un tal cambio reviste carácter manifiestamente arbitrario, desproporcionado o irrazonable. Sin embargo, a nivel jurisdiccional debe examinarse si la alegación de la existencia de tal alteración fundamental es una mera etiqueta del demandante para intentar (erróneamente) dar algún viso de credibilidad a su reclamación. En otras palabras, la existencia y entidad de un cambio debe ser examinada a nivel jurisdiccional 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.

79. En este caso, TGH intenta presentar la reforma del artículo 98 del Reglamento como una alteración sustancial del marco regulatorio. Sin embargo, si se analiza con atención la reclamación de TGH, se advierte que TGH no se queja de la reforma del artículo 98 en sí, sino de que la CNEE, según TGH, “invocó arbitrariamente la versión modificada del artículo 98 del RLGE”¹¹⁰. Es decir, se queja del modo como la CNEE interpretó y aplicó el artículo 98, aprobando el estudio de la consultora Sigla tras el pronunciamiento de la Comisión Pericial. Para TGH, la CNEE debe siempre basarse en el estudio del distribuidor, y el artículo 98 no le pudo dar la facultad a la CNEE de aprobar otro estudio. La cuestión es pues si la LGE efectivamente obliga a la CNEE a fijar las tarifas siempre según el estudio del distribuidor. Como ya se ha explicado arriba, esto no es así, tal y como lo ha reconocido la Corte de Constitucionalidad¹¹¹. En síntesis, la queja de TGH no es sobre un verdadero cambio regulatorio, y esto debe ser apreciado por el Tribunal a nivel jurisdiccional.

¹⁰⁹ *Iberdrola Energía S.A. c. República de Guatemala* (Caso CIADI No. ARB/09/5) Laudo, 17 de agosto de 2012, **Anexo RL-34**, párr. 371.

¹¹⁰ Memorial de Réplica, párr. 117.

¹¹¹ Ver Sección II.B.3.

G. CONCLUSIÓN: EL TRIBUNAL NO TIENE JURISDICCIÓN

80. En síntesis, la reclamación de TGH no recae dentro de la jurisdicción de este Tribunal. La esencia de la controversia 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. Las alegaciones de arbitrariedad y de destrucción del marco regulatorio no son más que etiquetas, que no resisten ni un somero análisis, como explica el Laudo *Iberdrola*. Por ejemplo, nada hay en la regulación que evidencie que el dictamen de la Comisión Pericial es vinculante (como sí se establece en Chile) o que corresponde a la misma, aprobar (o no) el cálculo del VAD en lugar de la CNEE que es el regulador, o que la CNEE deba basar dicho VAD en el estudio del distribuidor (lo cual fue expresamente eliminado del proyecto de LGE). Aunque la CNEE se hubiera equivocado (que no lo estuvo), estos temas correspondía dirimirlos ante la justicia local, como así fue. La obligación de Guatemala era que no hubiera denegación de justicia en dichos procesos, y TGH no lo alega lo cual también prueba que no hubo nada de arbitrario, y por supuesto nada manifiestamente arbitrario, en el quehacer de la CNEE.

III. LA AUDIENCIA CONFIRMÓ LA VERSIÓN DE LOS HECHOS Y LA INTERPRETACIÓN DE LA REGULACIÓN TAL COMO FUE PRESENTADA POR GUATEMALA EN ESTE PROCEDIMIENTO

A. EEGSA Y BATES WHITE PRETENDIERON IGNORAR O REDEFINIR A SU VOLUNTAD LOS TÉRMINOS DE REFERENCIA

1. La Audiencia confirmó que la fijación de los Términos de Referencia es facultad exclusiva de la CNEE y que una vez firmes los mismos son de aplicación obligatoria

81. Guatemala ha destacado en este proceso las funciones asignadas en el marco regulatorio a la CNEE en el contexto de la revisión tarifaria. El artículo 4(c) de la LGE es claro en establecer que es la propia CNEE la que debe “cumplir y hacer cumplir la presente ley y sus reglamentos”. Por lo tanto, en cada revisión tarifaria el VAD aprobado debe cumplir con los principios y criterios que establecen la LGE y su Reglamento. Tal como lo aceptó el experto

legal de TGH, Lic. Alegría, es precisamente la CNEE quien está llamada a asegurar que se cumpla la ley¹¹².

82. En dicho contexto, se ha indicado que una de las responsabilidades que la ley asigna a la CNEE de forma exclusiva y excluyente es la 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 tarifaria¹¹³. La importancia de esta función se refleja en tres menciones directas que la LGE hace en sus artículos 4(c), 74 y 77¹¹⁴. El Lic. Calleja, quien fuera Gerente de Regulación de EEGSA entre 2001 y 2008, confirmó esta facultad durante la Audiencia:

P. [...] ¿Es correcto sostener que es la CNEE bajo la LGE quien define la metodología para los estudios tarifarios?

R. Sí.

P. ¿Es correcto que ninguno de estos artículos de la ley que [asignan esta facultad a la CNEE] se han modificado desde que se dictó la ley?

R. Sí, sí¹¹⁵.

83. También el Lic. Giacchino, quien participó como consultor de EEGSA en las revisiones tarifarias de 2003 y 2008, aceptó esta facultad de la CNEE¹¹⁶.

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. Así, si el distribuidor considera que los Términos de Referencia no se ajustan a los criterios de la LGE o del Reglamento, puede recurrirlos administrativa y

¹¹² Tr. (castellano), Día Cinco, 1209:18-21, Alegría.

¹¹³ Memorial de Contestación, párr. 57; LGE, **Anexo R-8**, artículos 4(c) y 61, RLGE, **Anexo R-36**, artículo 29.

¹¹⁴ LGE, **Anexo R-8**, artículo 4(c):

La Comisión tendrá [...] las siguientes funciones:

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

Ibid., artículo 74:

Los Términos de Referencia del o de los estudios del VAD serán elaborados por la Comisión [...]

Ibid., artículo 77:

La metodología para la determinación de tarifas será revisada por la Comisión cada (5) años [...].

¹¹⁵ Tr. (castellano), Día Dos, 346:21-346:28, Calleja.

¹¹⁶ Tr. (inglés), Día Cinco, 837:6-838:6, Giacchino.

judicialmente¹¹⁷. Una vez decidida la cuestión judicialmente, el contenido de los Términos de Referencia, sin embargo, queda firme y no puede ser modificado. Las distribuidoras usan habitualmente este recurso. El Lic. Calleja, confirmó que la compañía presentó recursos de amparo contra los Términos de Referencia dictados por la CNEE tanto en la revisión tarifaria de 2003 como en la de 2008¹¹⁸. Tal como explicó el Lic. Calleja, una vez resueltos dichos recursos, los Términos de Referencia quedan firmes y deben aplicar “en su totalidad”:

P. [...] Una vez que se resolvían esos recursos locales contra los Términos de Referencia, ¿usted está de acuerdo que los Términos de Referencia quedan firmes y que ya no son pasibles de nuevas objeciones una vez que se consienten esas decisiones o que ustedes retiran sus apelaciones o sus revocatorias contra esos términos?

R. Los términos si no tienen recursos y pasan los plazos, quedarán firmes, pero es una pregunta ya muy legal. [P]ero sí, quedarán firmes, me imagino.

P. ¿Y está de acuerdo conmigo que se vuelven de aplicación obligatoria?

R. En su totalidad¹¹⁹.

85. En conclusión, durante la Audiencia los testigos de TGH confirmaron (i) el rol exclusivo y excluyente de la CNEE en la determinación de la metodología de cálculo de las tarifas¹²⁰; y (ii) que el distribuidor tiene una sola oportunidad de disputar los términos de referencia – y lo debe hacer ante la justicia. Una vez firmes, los Términos de Referencia se vuelven de aplicación obligatoria, salvo que la propia CNEE disponga o autorice su modificación.

2. La Audiencia confirmó que el artículo 1.10 de los Términos de Referencia reservaba las facultades de la CNEE en el dictado de la metodología

86. La Audiencia también dejó en claro que el reformado artículo 1.10 de los Términos de Referencia reservaba la facultad de la CNEE de definir la metodología del estudio tarifario.

87. Como se mencionó más arriba, en mayo de 2007 EEGSA cuestionó judicialmente los primeros Términos de Referencia de la revisión tarifaria 2008-2013. Entre las disposiciones

¹¹⁷ RLGE, **Anexo R-36**, artículo 149.

¹¹⁸ Tr. (castellano), Día Dos, 351:3-351:12, Calleja.

¹¹⁹ *Ibid.*, 352:30-353:7.

¹²⁰ Algo que, por otra parte, ya había sido aclarado por la Corte de Constitucionalidad de Guatemala. Ver Sentencia de la Corte de Constitucionalidad, 18 de noviembre de 2009, **Anexo R-105**, pág. 31.

objetadas, se encontraba una gran cantidad de disposiciones que EEGSA misma había aceptado en la revisión tarifaria anterior¹²¹. En vistas del amparo judicial provisional, la CNEE entendió que era conveniente revisar los Términos de Referencia a fin de no interrumpir el proceso de revisión tarifaria¹²². Como resultado de esta revisión, la CNEE decidió incorporar algunos de los cambios solicitados por EEGSA, aquellos que no afectaban los principios de la LGE ni las facultades exclusivas de la CNEE¹²³. Una de las disposiciones que se incluyó en la versión revisada de los Términos de Referencia fue el artículo 1.10.

88. TGH presentó en este arbitraje y durante la Audiencia una interpretación distorsionada de este artículo al Tribunal, con el fin de alinearse con la interpretación que EEGSA y su consultor dieron al mismo durante la revisión tarifaria. Según esta posición, el artículo le habría permitido a su consultor apartarse unilateralmente de los Términos de Referencia de acuerdo a su propio criterio cuando éste lo considerase conveniente y sin necesidad de conseguir aprobación previa de la CNEE. Esta línea de interpretación no solo contradice la atribución de facultades establecidas en la LGE, sino que es contraria al texto del artículo 1.10 —que expresamente sujetaba su validez a la LGE y su Reglamento— y la historia de su negociación. Una vez más, vale la pena contraponer la versión del artículo 1.10 que propuso EEGSA con la que terminó aprobando la CNEE:

¹²¹ Memorial de Contestación, párrs. 300-301, Memorial de Dúplica, párr. 282.

¹²² De otro modo, con el amparo provisional suspendiendo los efectos de los Términos de Referencia, el proceso de revisión quedaría en suspenso hasta tanto los tribunales e incluso la Corte de Constitucionalidad emitieran una decisión sobre el fondo del asunto, lo cual podía llevar varios meses, quedando la CNEE imposibilitada de determinar el nuevo pliego tarifario hasta ese entonces. Ver Colom, **Apéndice RWS-1**, párr. 66.

¹²³ Tr. (castellano), Día Cinco, 1123:8-1124-9, Colom.

Artículo 1.10 de los Términos de Referencia	
Propuesta de EEGSA ¹²⁴	Texto Aprobado ¹²⁵
<p>Los presentes Términos de Referencia muestran los <u>lineamientos generales orientativos</u> a seguir por la distribuidora y por el consultor en cada una de las Etapas y/o estudios descritos y definidos. En consecuencia, el consultor puede variar, de forma justificada, las metodologías presentadas en cada uno de los estudios a realizar, en base a su conocimiento y experiencia.</p>	<p>Los presentes Términos de Referencia muestran los lineamientos a seguir en la realización del Estudio y para cada una de sus Etapas y/o estudios descritos y definidos. De existir variaciones de las metodologías presentadas en los Informes del Estudio, las mismas <u>deben estar plenamente justificadas, la CNEE realizará las observaciones que considere necesarias a las variaciones, verificando su consistencia con los lineamientos del Estudio.</u></p>

89. La comparación deja en evidencia el alcance mucho más restrictivo que la CNEE estipuló para el artículo 1.10¹²⁶. En particular, queda claro que la CNEE revisaría las variaciones del consultor y tenía que verificar que dichas variaciones fueran consistentes con “los lineamientos” del Estudio. En este contexto, vale aclarar un punto que generó cierto debate durante la Audiencia. Tal como lo aceptó el Lic. Calleja durante su interrogatorio¹²⁷, la referencia a “los lineamientos del Estudio” en el artículo 1.10 se refiere a los Términos de Referencia aprobados¹²⁸.

90. Es decir, bajo el artículo 1.10 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) de forma tal que la metodología propuesta pudiera considerarse consistente con ellos. El Ing. Colom confirmó este entendimiento ante una consulta del Presidente del Tribunal, en la que reiteró el carácter excepcional que se previó para el uso del artículo 1.10 y destacó el hecho de que el artículo obligaba a la CNEE a “verifica[r] la consistencia” con los

¹²⁴ Carta de Miguel Francisco Calleja a José Toledo Ordóñez, 11 de mayo de 2007, **Anexo C-108**, pág. 5.

¹²⁵ Adendum a los Términos de Referencia para la Realización del Estudio del Valor Agregado de Distribución para Empresa Eléctrica de Guatemala, S.A., Resolución CNEE-124-2007, 11 de octubre de 2007, **Anexo R-44**, artículo 1.10.

¹²⁶ Memorial de Dúplica, párr. 299.

¹²⁷ Tr. (castellano), Día Dos, 360:2-360:7, Calleja.

¹²⁸ Ver el texto al inicio del artículo 1.10 “Los presentes Términos de Referencia muestran los lineamientos a seguir en la realización del Estudio” – es decir, las variaciones deben ser consistentes con los Términos de Referencia que aprueba la CNEE, **Anexo R-53**.

Términos de Referencia de cualquier modificación a la metodología que propusiere el consultor¹²⁹.

91. Durante la Audiencia se dio una situación muy curiosa cuando Guatemala interrogó a los Lics. Calleja y Giacchino respecto de la obligación de la CNEE bajo el artículo 1.10 de “verificar” las variaciones del consultor a los Términos de Referencia. En sus respuestas, los Lics. Calleja y Giacchino se limitaron a leer el artículo 1.10 parcialmente, ignorando deliberadamente esta obligación¹³⁰. Eventualmente, luego de varias respuestas esquivas (incluso ante consultas del propio Presidente del Tribunal)¹³¹ el Lic. Calleja aceptó que quien debía “verifica[r]” que las modificaciones fueran consistentes con los Términos de Referencia era la CNEE:

P. Pero esa última parte [del artículo 1.10] es la que no me termina de cerrar. Además de hacer observaciones [la CNEE] verifica la consistencia con los lineamientos del estudio. ¿Quién lo hace eso? Yo ya sé que la CNEE realiza observaciones porque eso surge del texto. Pero la última parte usted la está leyendo también.

R. No, no intento sacar nada de aquí. Vamos a ver. En las observaciones verifica la consistencia con los lineamientos del estudio. Perfecto.

P. La CNEE.

R. Sí.

P. Gracias¹³²

92. En definitiva, queda claro que no hay en este artículo “carta blanca” para que EEGSA se aparte unilateralmente de los Términos de Referencia como EEGSA, Bates White y TGH quisieron hacer creer a este Tribunal. El 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. Si 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). Al

¹²⁹ Tr. (castellano), Día Cinco, 1172:15-1176:6, Colom.

¹³⁰ Tr. (inglés), Día Cinco, 845:4-845:13, Giacchino y Tr. (castellano), Día Dos, 361:21-362:7, Calleja.

¹³¹ Tr. (castellano), Día Dos, 357:19-358:22, Calleja.

¹³² *Ibid.*, 362:8-20.

no presentar ningún recurso al respecto, los Términos de Referencia (incluido el artículo 1.10) se volvieron de aplicación obligatoria.

3. La Audiencia confirmó que EEGSA y Bates White decidieron ignorar los Términos de Referencia en su preparación del estudio tarifario

93. A pesar del específico rol que debía cumplir el artículo 1.10 de los Términos de Referencia, EEGSA y Bates White abusaron del mismo durante el proceso de revisión tarifaria. En efecto, y tal como confirmó el Lic. Calleja durante la Audiencia, EEGSA entendió el artículo 1.10 como una herramienta para ignorar los Términos de Referencia aprobados. En palabras del Lic. Calleja¹³³:

P. [...] Su entendimiento [del artículo 1.10] durante la revisión tarifaria, según surge de sus declaraciones, es que le daba al consultor la potestad de apartarse de los Términos de Referencia aprobados por la CNEE si contaba con una justificación técnica propia y para ello no necesitaba la autorización de la CNEE. ¿Es correcto?

R. Correcto.

94. El Lic. Giacchino tampoco dejó dudas al referirse a la manera en que Bates White entendió el funcionamiento del artículo 1.10:

Q. [Y]ou've told me that when you reviewed this, in your view, you were permitted by 1.10 to change the methodology in accordance with 1.10. I just wanted to get your understanding.

A. Well, my understanding, yes, it could be changed, and that's in the Terms of Reference, 1.10¹³⁴.

95. En definitiva, durante la Audiencia los principales responsables del estudio tarifario reconocieron su decisión consciente de usar al artículo 1.10 como una herramienta para cambiar unilateralmente los Términos de Referencia ya firmes. Ello ignoraba los Términos de Referencia aprobados por la CNEE —y con ello la facultad exclusiva y excluyente del ente regulador para dictarlos. El resultado de los apartamientos de Bates White fue un estudio imposible de auditar y un VNR y VAD altamente sobrevaluados (ver Sección III.B.2 más abajo).

¹³³ Tr. (castellano), Día Dos, 354:5-11, Calleja.

¹³⁴ Tr. (inglés), Día Cinco, 855:1-6, Giacchino.

B. EL ESTUDIO DE BATES WHITE NO ERA CONFIABLE

1. El Lic. Giacchino no fue un consultor independiente de EEGSA

96. La selección del Lic. Giacchino por EEGSA para la realización de su estudio tarifario no fue casual. El Lic. Giacchino había estado a cargo, a través de NERA, del estudio tarifario para EEGSA en la última revisión tarifaria en 2003¹³⁵. Asimismo, el Lic. Giacchino había trabajado para el grupo Iberdrola (operadora de EEGSA) en la revisión tarifaria de sus compañías subsidiarias, Companhia de Electricidade do Estado da Bahia (Brasil) en 2003 y Electricidad de la Paz (Bolivia) en 2002 y 2004. Durante la Audiencia, el Lic. Giacchino confirmó sus repetidos contactos comerciales con Iberdrola durante los cinco años anteriores a la revisión tarifaria de EEGSA en 2007¹³⁶.

97. El artículo 1.5 de los Términos de Referencia requería expresamente la independencia de criterio del consultor frente a la distribuidora¹³⁷. Esto era un punto importante y habitual en este tipo de documentos, tal como lo aceptó el Lic. Giacchino durante su interrogatorio:

Q. [...] Now, there was a concern here in [article 1.5 of] the Terms of Reference, it appears, that they wanted to ensure that when you were preparing this study, that you would not take directions from EEGSA but that you would exercise independence of criteria from the Distributor because that's what this [section of the Terms of Reference] is about, "Contratación de la Consultora", the contracting of the consultant; agreed?

A. Yes, this is very typical of many Terms of Reference when a consultant is hired to do a Tariff Review. You know, when a consultant is hired, the Terms of Reference will make mention to that independence of criteria¹³⁸.

98. El Lic. Giacchino hizo alarde de esta supuesta independencia durante su interrogatorio¹³⁹. Sin embargo, y pese a que los Términos de Referencia ya se encontraban

¹³⁵ Memorial de Dúplica, párr. 277.

¹³⁶ Tr. (inglés), Día Cinco, 834:15-837:5, Giacchino.

¹³⁷ Términos de Referencia para la Realización del Estudio del Valor Agregado de Distribución para Empresa Eléctrica de Guatemala, S.A., Resolución CNEE 124-2007, enero de 2008, **Anexo R-53**, punto 1.5:

1.5 CONTRATACIÓN DE LA CONSULTORA

[...]

La Consultora deberá tener independencia de criterio para la elaboración del Estudio. Sin menoscabo de la responsabilidad técnica de aquélla, el Distribuidor deberá asumir toda la responsabilidad por la información que entregue y procese y por el Estudio que entregue a la CNEE, siempre que no presente objeción por escrito.

¹³⁸ Tr. (inglés) Día Cinco, 858:5-17, Giacchino.

¹³⁹ *Ibid.*, 856:7-15 y 857:6-22.

vigentes al momento en que Bates White fue contratado, el contrato entre Bates White y EEGSA para la preparación del estudio tarifario incluía determinadas obligaciones que estaban en abierta violación del requisito de independencia previsto en el artículo 1.5 de los Términos de Referencia¹⁴⁰. Por ejemplo, la cláusula Quinta (6) del contrato Bates White-EEGSA establecía que la incorporación de las correcciones o modificaciones al estudio tarifario solicitadas por la CNEE quedaba sujeta a previa aprobación de EEGSA¹⁴¹. Consultado al respecto en la Audiencia, el Lic. Giacchino no pudo dar una explicación convincente de cómo dicha cláusula podía ser consistente con su profesada independencia de criterio y el requisito “típico” que en tal sentido que imponía el artículo 1.5 de los Términos de Referencia¹⁴².

99. No fue ésta la única irregularidad. El contrato EEGSA-Bates White firmado para la revisión tarifaria preveía también que el Lic. Giacchino sería el representante de EEGSA en una eventual Comisión Pericial constituida en el marco de la revisión tarifaria. Por dicha intervención, el Lic. Giacchino recibiría un “premium” por sobre su tasa horaria como consultor¹⁴³. De esta forma, desde el inicio mismo de la relación, Bates White y el Lic. Giacchino sabían que si el estudio tarifario generaba discrepancias que no eran resueltas, y ellas eran llevadas delante de una Comisión Pericial, éstos obtendrían un beneficio económico adicional en el proceso.

100. La consecuencia de la falta de independencia por parte del consultor de EEGSA fue, como se explica en la sección siguiente, un estudio tarifario poco confiable y un VAD no eficiente.

¹⁴⁰ Términos de Referencia para la Realización del Estudio del Valor Agregado de Distribución para Empresa Eléctrica de Guatemala, S.A., Resolución CNEE 124-2007, enero de 2008, **Anexo R-53**, punto 1.5.

¹⁴¹ La cláusula Quinta, numeral 6, del contrato entre EEGSA y Bates White establece la obligación del consultor de: “Realizar las correcciones y/o ampliaciones solicitadas por la CNEE y aceptadas por EEGSA, considerando los tiempos disponibles, en cada uno de los informes y aun después de entregado el informe final hasta que cada uno de los informes así como el informe Final esté finalizado a satisfacción del Distribuidor con el acuerdo profesional del Consultor”. Contrato entre EEGSA y Bates White LLC para la elaboración del Estudio Tarifario 2008-2013, 23 de enero de 2008, **Anexo R-55**, pág. 3, Cláusula Quinta, numeral 6.

¹⁴² Tr. (inglés), Día Cinco, 917:8-15, Giacchino.

¹⁴³ Contrato entre EEGSA y Bates White LLC para la elaboración del Estudio Tarifario 2008-2013, 23 de enero de 2008. **Anexo R-55**, pág. 18, Sección 9.3c (“Cotización para participación”).

2. El VNR y el VAD de Bates White estaban groseramente sobrevaluados

a. *La regulación guatemalteca está basada en un sistema price cap que tiene como objetivo incentivar la eficiencia*

101. Como lo explicó el Ing. Damonte en su examinación directa, y no ha sido controvertido por TGH, el marco regulatorio guatemalteco es un sistema *price cap*¹⁴⁴. Bajo este sistema, se le reconoce al distribuidor un precio máximo y eficiente que éste recibe durante un período de cinco años. En Guatemala, siguiendo el modelo chileno, dicho precio máximo es calculado en base a una empresa modelo¹⁴⁵. Esta empresa modelo tiene por objeto simular un mercado de competencia y así incentivar la eficiencia¹⁴⁶. Si el distribuidor logra ser más eficiente que la empresa modelo, esa eficiencia se transforma en beneficios adicionales para éste durante el período tarifario. Dichas eficiencias deben ser luego trasladadas a los usuarios en el próximo período tarifario¹⁴⁷. Como bien lo explicó el Ing. Damonte, bien aplicado, este es un sistema donde todos ganan, “*win-win*”¹⁴⁸.

102. Para que el sistema regulatorio guatemalteco funcione y sea beneficioso tanto para el distribuidor como para el usuario, es necesario que ciertas reglas básicas sean respetadas:

- El servicio debe ser prestado al mínimo costo¹⁴⁹;
- La empresa modelo es ficticia pero debe ser posible¹⁵⁰;

¹⁴⁴ Tr. (castellano), Día Seis, 1421:6-9, Damonte. Ver también filmina interrogatorio directo de Damonte, filmina 2.

¹⁴⁵ LGE, **Anexo R-8, artículo 60:**

[...] Los costos propios de la actividad de distribución que apruebe la Comisión deberán corresponder a costos estándares de distribución de empresas eficientes.

Ibid., **artículo 61:**

Las tarifas a usuarios de Servicio de Distribución Final serán determinadas por la Comisión, a través de adicionar los componentes de costos de adquisición de potencia y energía, libremente pactados entre generadores y distribuidores y referidos a la entrada de la red de distribución con los componentes de costos eficientes de distribución a que se refiere el artículo anterior.

El Tribunal preguntó durante la audiencia dónde se encuentra establecido que los costos operativos deben tomarse en cuenta para el cálculo del retorno. Tr. (inglés), Día Uno, 290:18-291:4, Mourre.

¹⁴⁶ Tr. (castellano), Día Seis, 1421:10-18, Damonte.

¹⁴⁷ *Ibid.*, 1421:10- 1422:4.

¹⁴⁸ *Ibid.*, 1422:5-8.

¹⁴⁹ Tr. (inglés), Día Seis, 1291:17-18, Barrera.

¹⁵⁰ Tr. (castellano), Día Seis, 1423:1-22, Damonte.

- Los costos de la empresa modelo no pueden ser superiores a aquellos de la empresa real¹⁵¹; y
- La calidad del servicio prestado por la empresa modelo debe ser equivalente al servicio prestado por la empresa real. Caso contrario, si la empresa modelo se diseña para prestar un servicio de calidad superior al de la empresa real, el usuario estaría pagando por un servicio que no recibirá y la distribuidora estaría recibiendo ganancias indebidas por inversiones que no realizará¹⁵². Como fue aclarado en la Audiencia por el experto de TGH, el Sr. Barrera, el sistema de regulación de Guatemala, no remunera al distribuidor para que mejore la calidad del servicio del cliente sino que asegura que se preste en cumplimiento de los indicadores de calidad comercial, de producto y servicio técnico al menor precio posible¹⁵³. Como lo clarificó el Ing. Damonte, “la mejora de la calidad es solamente aceptable en VNR si es a costo más bajo”¹⁵⁴.

103. Como se explica en detalle en la Sección III.B.2.b más abajo, Bates White no siguió los criterios regulatorios de eficiencia al diseñar su empresa modelo.

b. La base de capital de la empresa modelo debe ser eficiente y valorada al VNR

104. A fin de calcular el VAD, que es la anualidad que se le abona el distribuidor cada año para cubrir sus costos eficientes necesarios para prestar el servicio, el primer paso es determinar la base de capital y valorarla al VNR.

105. Tal como se explicó en la Audiencia, el primer paso para determinar la base de capital es construir —de acuerdo a la metodología establecida en los Términos de Referencia— una

¹⁵¹ Tr. (castellano), Día Seis, 1423:1-22, Damonte.

¹⁵² *Ibid.*

¹⁵³ Tr. (inglés), Día Seis, 1458:21-1459:14, Barrera:

THE WITNESS: (Dr. Barrera) [...] So, what is the function? Same level of quality. Yes, you don't really put customer's valuation of quality in your analysis. You leave that out. You say, okay, it should provide the same sort of quality.

ARBITRATOR PARK: You're telling me that you agree with that, the customer satisfaction does not matter?

THE WITNESS: (Dr. Barrera) Well, some countries may do that. Guatemala doesn't do that.

¹⁵⁴ Tr. (castellano), Día Seis, 1434:9-11, Damonte.

empresa eficiente que pueda abastecer la demanda en el área en que opera la distribuidora. Para ello, se eligen los materiales más eficientes y al menor precio de mercado (por ejemplo, cables de cobre o de aluminio). Luego, con dichos materiales se componen las unidades constructivas más eficientes (por ejemplo, líneas aéreas o líneas subterráneas) y finalmente se determina cuantas unidades constructivas se necesitan para prestar el servicio. Tal como lo ilustró el Ing. Damonte en la Audiencia, se seleccionan tipos de “ladrillos” eficientes, luego el tipo de “casa” eficiente y finalmente se construye el “barrio” más eficiente¹⁵⁵.

106. La eficiencia de las unidades constructivas se valora en el largo plazo comparando el capital inicial, los costos de mantenimiento y de reemplazo de todas las alternativas disponibles que permitan prestar el servicio con la calidad que lo presta la empresa real. Como lo explicó el Ing. Damonte al responder a una pregunta del árbitro Park:

SEÑOR DAMONTE: [...] El VNR tiene que ser valuado para un bien que reemplaza la función del bien original dando la misma calidad al costo más bajo posible. En el caso que usted plantea de cable subterráneo, el cable subterráneo, como usted dice, tiene menos costo de mantenimiento. Pero su costo inicial es mucho más alto. Entonces, ¿qué se hace? Se toma toda la vida útil del bien que se va a analizar y se determina cuánto es el valor presente de los costos de operar ese bien durante toda la vida del bien, o sea, se hace una simulación de cuántas veces se podría dañar, etcétera, qué trabajos de mantenimiento hay que hacer, cuáles son las pérdidas, etcétera. Y eso se pone como un costo total a valor presente. ¿Está bien? Luego se analiza la segunda alternativa. ¿Cuál es la segunda alternativa? Y poner a una línea aérea, que tiene un costo inicial más bajo, pero tiene mucho más costo de operar y mantener. Se calcula la posibilidad de un accidente, hay un choque en un poste, el poste se viene abajo y hay que reponerlo, etcétera. Si calcula todo eso, si calcula las (pérdidas) y demás, y se vuelve de nuevo a calcular el valor presente de la segunda alternativa. [...] Finalmente se ve cuál es la cifra más baja y se decide por la cifra más baja. Sin duda de que las tres alternativas son diferentes desde el punto de vista de la comunidad. El cable subterráneo es más lindo, no se ve, etcétera. Pero eso no que se puede tomar en consideración¹⁵⁶.

¹⁵⁵ Tr. (castellano), Día Seis, 1436:16-1439:11, Damonte.

¹⁵⁶ *Ibid.*, 1498:3-1500:2. Esta lógica de eficiencia a largo plazo se aplica también para el caso de los cables respecto de los cuales el presidente del Tribunal preguntó hasta qué punto era eficiente o conveniente invertir en cables más gruesos, que son más costosos para compensar por las pérdidas en energía (Tr. (inglés), Día Uno, 98:14-17). Pues bien, la relación entre costos de inversión en redes (“cables más gruesos”) es directamente proporcional al costo de la energía perdida (“pérdidas”), es decir, si el costo de la energía que se pierde en la red es alto, conviene poner cables “más gruesos”. Sin embargo, el determinar “hasta qué punto es eficiente o conveniente invertir en cables más gruesos dado el precio de electricidad para compensar por las pérdidas en energía” depende de muchas variables, incluyendo las características propias de cada distribuidor,

107. La base de capital diseñada así con unidades constructivas eficientes y óptimas valoradas al precio de mercado constituye el VNR. Esto y no más que esto es el VNR. Un sistema de valuación de activos como lo es el sistema de ajuste por inflación o de reposición comúnmente usado en otros sectores¹⁵⁷, y cuyo objetivo es mantener la base de capital a valores actualizados y así asegurar que el inversor pueda (i) realizar las nuevas inversiones a valor de mercado es decir, al valor de reemplazo,¹⁵⁸ (ii) afrontar los costos operativos y de inversión a valores actualizados; y (iii) recibir una remuneración (amortización de capital y retorno) a valores actualizados.

c. La base de capital del estudio de Bates White se encontraba groseramente sobrevaluada y no era confiable

108. Lejos de seguir la metodología establecida en los Términos de Referencia y construir una empresa eficiente como lo requería la regulación, Bates White ignoró dichos términos y presentó un VNR sobrevaluado y no confiable.

109. Un gran problema identificado en el VNR de Bates White fue la inclusión de más de US\$ 400 millones en redes subterráneas¹⁵⁹. Como se aclaró en la Audiencia, la inclusión de líneas subterráneas era contraria a lo dispuesto por el artículo 52 de la LGE que establece que el servicio debe ser prestado con líneas aéreas. En el caso de requerirse líneas subterráneas, las mismas debían ser abonadas por los beneficiarios del servicio¹⁶⁰. En la Audiencia, el Lic. Giacchino trató de justificar su inclusión de diversas maneras. Dijo primeramente que dicha inclusión había sido solicitada por los municipios. Sin embargo, en su contra-interrogatorio fue incapaz de: (a) referirse a ningún documento donde constara dicho requerimiento¹⁶¹, (b) nombrar un solo municipio en particular; (c) nombrar a la persona de EEGSA que supuestamente le habría comentado sobre el requerimiento; o (d) aportar detalles sobre la

así como de la ubicación (Km. de red) y la cantidad de la demanda de sus usuarios. Por ello, no es posible dar un valor de aplicación general sino que hay que calcularlo en cada caso específico.

¹⁵⁷ *Ibid.*, 1424:9-1425:3.

¹⁵⁸ *Ibid.*, 1436:8-1436:14:

Es importante tener en claro que las siguientes inversiones se van a hacer siempre al valor nuevo de reemplazo porque es la manera inteligente, digamos, de reponer el bien. ¿Y eso siempre es consistente, siempre las nuevas inversiones se van a hacer a qué valor? Al valor nuevo de reemplazo.

¹⁵⁹ Tr. (inglés), Día Cinco, 876:20-877:6, Giacchino.

¹⁶⁰ *Ibid.*, 891:19-22.

¹⁶¹ *Ibid.*, 872:17-876:11.

supuesta reunión entre los municipios y EEGSA en la que el requerimiento supuestamente fue realizado¹⁶².

110. El Lic. Giacchino admitió también saber que no había ningún plan de inversiones de EEGSA que incluyera construir líneas subterráneas en la totalidad del área del servicio. Presionado sobre esta cuestión en su contra-interrogatorio, trató de explicar que los costos serían reflejados en las tarifas una vez que las inversiones fueran realizadas:

[Y]ou're going to include that cost in the tariffs, then you need to have some sort of investment plan on when the investments will be done, and then the tariffs could be modified to reflect that¹⁶³.

111. Ello es completamente falso. La realidad es que una vez incluidas en el VNR, la sobreestimación del valor de las redes subterráneas pasaban a ser la base del cálculo del VAD – es decir, EEGSA sería remunerada por el costo de invertir en líneas subterráneas que nunca construiría. De hecho, en ninguno de los estudios presentados por Bates White existió una previsión para excluir estos montos de las redes subterráneas de la tarifa general.

112. Al ser interrogado por el árbitro von Wobeser sobre porqué los modelos “no [eran] [...] actualizado[s] automáticamente” para excluir las redes subterráneas del VNR¹⁶⁴, Giacchino contestó que “yo todavía esperaba celebrar reuniones con la CNEE”¹⁶⁵. Esta excusa carece de toda credibilidad dado que la prohibición de incluir redes subterráneas no solo estaba claramente establecida en la LGE sino que además la CNEE ya había objetado claramente dicha inclusión en al menos tres oportunidades¹⁶⁶.

113. La sobrevaluación del VNR por la inclusión de redes subterráneas no se limitaba, sin embargo, a la inclusión de dichas redes sino también a los precios que Bates White pretendía cobrar a los usuarios por dichas redes. Como lo explicó el Ing. Damonte durante la Audiencia,

¹⁶² *Ibid.*, 873:7-14 y 875:14-876:10.

¹⁶³ *Ibid.*, 873:16-19.

¹⁶⁴ Tr. (inglés), Día Cinco, 895:11-16, von Wobeser.

¹⁶⁵ Tr. (inglés), Día Cinco, 896:2-4, Giacchino.

¹⁶⁶ Carta de la CNEE a L. Mate, 14 de marzo de 2008, **Anexo C-169**, pág. 3; Resolución CNEE 63-2008, **Anexo R-63**, punto C.3.2; Resolución CNEE 96-2008, **Anexo R-71**.

el precio del Km. de red subterránea requerido por Bates White era el doble de lo que fue requerido por las otras dos distribuidoras de propiedad extranjera, Deorsa y Deocsa¹⁶⁷.

114. Al margen de las redes subterráneas, el estudio de Bates White tenía muchas otras falencias importantes, incluyendo entre otras, un modelo que no era auditable y no presentaba precios de referencia internacionales necesarios para verificar la eficiencia de los precios pretendidos por el distribuidor¹⁶⁸. Ante estas circunstancias era imposible determinar si el VNR era óptimo como lo requería la regulación.

115. Estos ejemplos demuestran no solo que el VNR calculado por EEGSA no era óptimo, sino la falta de buena fe en el cálculo del VNR realizado por Bates White¹⁶⁹.

d. La pretensión de Bates White de calcular el VAD incluyendo una renta sobre el valor bruto de la base de capital es contraria a toda norma regulatoria y financiera y resultó en un VAD altamente sobrevaluado

116. Una vez que ha sido calculada la base de capital óptima de la empresa modelo valorada al VNR, ésta es utilizada para calcular el VAD, es decir, los ingresos anuales que recibirá el inversor por prestar el servicio. El VAD comprende (i) los costos operativos y de

¹⁶⁷ Tr. (castellano), Día Seis, 1449:17-22, Damonte. 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/09/05, **Anexo R-190**, párr. 328.

¹⁶⁸ Tr. (castellano), Día Seis, 1449:2-12, Damonte.

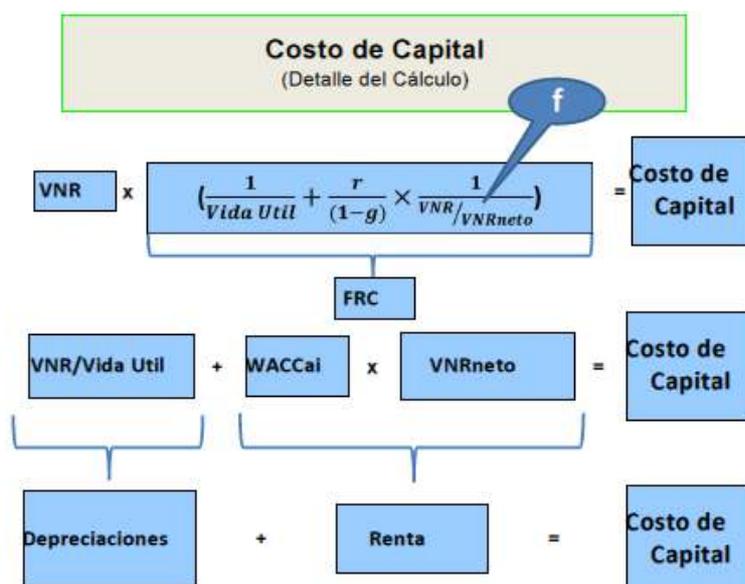
¹⁶⁹ De acuerdo al Ing. Damonte, los cuatro casos más notorios de sobre estimación del VNR son: 1) la cantidad de salidas por centro de transformación, 2) el reemplazar grandes cantidades de la red aérea existente por redes subterráneas tendidas en “ductos”, 3) utilización de acometidas con longitudes y calibres mayores a los necesarios, cuyos costos unitarios son significativamente mayores que los óptimos y 4) reguladores de tensión.

Cuatro Casos de Sobre Estimación del VNR			
Caso	Descripción	Items	Sobre Estimación (Millones USD)
1	Cantidad de Alimentadores por CT	Longitud Red MT	17.0
		Centros de Transformación	41.0
		Sub-Total	58.0
2	Red Subterránea	Longitud de Red	89.0
		Cambio Tecnología Óptima	26.0
		Sub-Total	115.0
3	Acometidas	Longitud de Acometidas y Cambio de Calibres	53.7
		Sub-Total	53.7
		4	Reguladores de Tensión
Total Cuatro Casos			248.4

Damonte, **Apéndice RER-2**, párrs. 139-153.

mantenimiento; (ii) los costos de las pérdidas reconocidas por la regulación, y por último, (iii) la remuneración del inversor o costo de capital¹⁷⁰. El costo de capital está a su vez compuesto por dos elementos, la depreciación¹⁷¹ del capital invertido (llamado por los expertos de TGH “*return of investment*”) y el retorno o renta sobre el capital puesto a disposición del servicio (llamado por los expertos de TGH “*return on investment*”)¹⁷².

117. Bajo la regulación Guatemalteca, el costo de capital se calcula multiplicando la base de capital por la FRC (fórmula de recuero de capital). Tal como lo ilustró el Ing. Damonte en la Audiencia, la FRC se descompone de la siguiente manera¹⁷³:



Pregunta del Tribunal: ¿La FRC es equivalente al WACC?

118. Durante la Audiencia, el Presidente del Tribunal preguntó si la FRC era equivalente al WACC¹⁷⁴. El WACC es parte de la FRC pero no es la FRC. Más específicamente, el WACC es

¹⁷⁰ Ver filmina de interrogatorio directo de Mario Damonte, filmina 6.

¹⁷¹ Depreciación y amortización suelen ser considerados como sinónimos a los fines de la regulación

¹⁷² Kaczmarek, **Apéndice CER-2**, párr. 55, 71; Tr. (castellano), Día Seis, 1440:17-20, Damonte.

¹⁷³ Filmina de interrogatorio directo de Mario Damonte, filmina 7.

¹⁷⁴ Tr. (inglés) Día Uno, 164:15-16, Mourre.

la tasa de costo de capital antes de impuestos $[r/(1-g)]$ por el cuál se multiplica el VNR neto de depreciaciones acumuladas a los fines de calcular el retorno (renta) del inversor¹⁷⁵.

119. De acuerdo a la regulación guatemalteca, y tal como había sido aplicado también en la revisión tarifaria de 2003-2008, la CNEE estableció en los Términos de Referencia que el retorno sería calculado sobre una base de capital depreciada¹⁷⁶. Contrariamente a lo alegado por TGH en la Audiencia, este concepto no “era indebido”¹⁷⁷. La prueba más fehaciente de ello es que a pesar de haber recurrido judicialmente la versión anterior de los Términos de Referencia¹⁷⁸, ni EEGSA ni TGH objetaron este elemento en los Términos de Referencia finales. Si fuera cierto, como lo alega TGH, que la FRC de los Términos de Referencia afectó sustancialmente a EEGSA, es claro que ésta los hubiera recurrido judicialmente. Tal como se ha discutido más arriba, y fuera aceptado por el Lic. Calleja, al no ser objetados, los Términos de Referencia quedaron firmes y eran de aplicación obligatoria.

120. En lugar de cumplir con los Términos de Referencia, EEGSA, a través de su consultor, el Lic. Giacchino, decidió alegar que el “2” que se encontraba en la fórmula de los Términos de Referencia era un “error de tipeo”¹⁷⁹ y calculó convenientemente el retorno de EEGSA sobre el valor de la base de capital bruta; es decir, sin tener en cuenta las depreciaciones ya recibidas en el pasado por EEGSA. Este análisis, tal como se explica en las secciones siguientes, desafía principios básicos de economía financiera, el marco regulatorio guatemalteco y la práctica anterior de EEGSA y la CNEE.

¹⁷⁵ Tr. (castellano), Día Seis, 1442:7-22, Damonte.

¹⁷⁶ Términos de Referencia para la Realización del Estudio del Valor Agregado de Distribución para Empresa Eléctrica de Guatemala, S.A., Resolución CNEE-124- 2007, enero de 2008, **Anexo R-53**, artículo 8.3:

Para considerar el costo total a reconocer con respecto al capital se utiliza el criterio de reconocer **una renta sobre el valor neto** del capital inmovilizado en los activos de servicio (VNR menos depreciación acumulada) **más una amortización corriente proporcional al valor bruto (VNR)**.

¹⁷⁷ Tr. (inglés), Día Uno, 57:5-7, Discurso de Apertura de la Demandante.

¹⁷⁸ Memorial de Contestación, párrs. 300-301, Memorial de Dúplica, párr. 282.

¹⁷⁹ Bates White, Estudio del Valor Agregado de Distribución para EEGSA: Informe Etapa D: Anualidad de la Inversión, 29 de febrero de 2008, revisado el 31 de marzo de 2008, corregido el 5 de mayo de 2008, **Anexo R-69**, pág. 11.

e. ***La LGE y el Reglamento establecen que la depreciación debe tomarse en cuenta cuando se calcula el retorno del inversor***

121. Guatemala explicó en detalle durante este procedimiento arbitral que calcular el retorno sobre una base de capital bruta es contrario a principios básicos de economía financiera y a la regulación guatemalteca¹⁸⁰. A la luz de las inquietudes del Tribunal en la Audiencia, y la confusión creada por TGH al respecto, reiteramos las bases regulatorias más relevantes para determinar esta cuestión.

Pregunta del Tribunal: ¿Dónde está establecido que las depreciaciones deben tomarse en cuenta para el cálculo del retorno?

122. En la Audiencia, el Tribunal expresamente preguntó dónde estaba establecido en regulación que las depreciaciones deben tomarse en cuenta para el cálculo del retorno¹⁸¹. En primer lugar, las depreciaciones están implícitamente mencionadas en el artículo 73 dentro del concepto de “anualidad constante del costo de capital”:

El costo de capital por unidad de potencia se calculará como ***la anualidad constante***¹⁸² ***de costo de capital*** correspondiente al Valor Nuevo de Reemplazo de una red de distribución dimensionada económicamente. La anualidad será calculada con la vida útil típica de instalaciones de distribución y la tasa de actualización que se utilice en el cálculo de las tarifas¹⁸³.

123. Es un principio básico de economía financiera que el “costo de capital” incluye¹⁸⁴:

- la **depreciación** (*return of investment*), que es la devolución de una parte de la inversión inicial del inversor que se efectúa cada año a lo largo de la vida útil de los bienes. La suma de los montos pagados por un activo determinado durante el plazo de su vida útil debe ser igual al 100% del valor inicial de ese activo¹⁸⁵. De ese modo, al término de su vida útil la inversión se ha devuelto por completo al inversor¹⁸⁶; y

¹⁸⁰ Memorial de Contestación, párrs. 28, 398-399; Memorial de Dúplica 255 y 310-320.

¹⁸¹ Tr. (inglés), Día Uno, 290:18–291:4, Mourre.

¹⁸² La anualidad constante proporciona un monto constante al inversor cada año (renta sobre el capital neto y devolución del capital invertido) en el transcurso del período de revisión tarifaria.

¹⁸³ LGE, **Anexo R-8**, artículo.

¹⁸⁴ Kaczmarek, **Apéndice CER-2**, párrs. 55, 71; Tr. (castellano), Día Seis, 1440:17-20, Damonte.

¹⁸⁵ Damonte Dúplica, **Apéndice RER-5**, párr. 47.

¹⁸⁶ Kaczmarek, **Apéndice CER-2**, párr. 82.

- La **renta** (*return on investment*), que es la ganancia sobre el capital aún no devuelto. Esta ganancia se paga solo sobre la base de capital neta de depreciaciones ya devueltas al inversor.

124. Este es un concepto universalmente aceptado por los autores especializados en la materia¹⁸⁷.

125. En segundo lugar, el artículo 73 dispone que:

“la anualidad [de los costos de capital] será calculada con la **vida útil típica** de instalaciones de distribución”.

126. La vida útil de los activos se utiliza solo para determinar el período en el cual se “deprecian” los activos¹⁸⁸. Al disponer que la vida útil típica de los activos debe tenerse en cuenta para calcular el costo de capital, la ley exige, por lo tanto, que se tome en cuenta la depreciación de esos bienes¹⁸⁹.

127. Por último, cabe mencionar que el artículo 83 del Reglamento establece que la depreciación no será reconocida como un costo en el VAD:

Artículo 83.- Costos No Reconocidos. No se incluirán como costos de suministro, para el cálculo de las Tarifas Base: los costos financieros, **depreciación** de equipos, los costos relacionados con las instalaciones de generación que posea el Distribuidor, los costos asociados a instalaciones de alumbrado público, las cargas por exceso de demanda respecto a la contratada que se establezcan en el Reglamento Específico del Administrador del Mercado Mayorista, todo pago adicional a la potencia convenida en los contratos de compra de potencia, y otros costos que a criterio de la Comisión, sean excesivos o no correspondan al ejercicio de la actividad¹⁹⁰.

128. Este artículo fue fuente de gran confusión durante la Audiencia dado que el experto Barrera intentó argumentar, por primera vez en su interrogatorio directo, que este artículo era

¹⁸⁷ AE Kahn, *The Economics of Regulation, Principles and Institutions* (1996) Vol. 1, **Anexo R-7**, pág. 32; Memorial de Dúplica, párr. 314; Tr. (castellano), Día Seis, 1444:13-22, Damonte; Memorial de Dúplica 312-320; Tr. (castellano), Día Cinco, 1030:5-1032:11, Moller.

¹⁸⁸ Tr. (castellano), Día Seis, 1446-1447:2, Damonte.

¹⁸⁹ *Ibid.*, 1446:1-22.

¹⁹⁰ RLGE, **Anexo R-36**, artículo 83.

la base regulatoria que justificaba a Bates White excluir la depreciación acumulada para calcular la renta de EEGSA¹⁹¹. Ello es incorrecto.

129. Como lo explicó el Ing. Damonte en la Audiencia, la razón por la cual el Reglamento dispone que no se reconocerá la depreciación dentro de los costos operativos —como regularmente se hace bajo las reglas contables— es porque dichos costos ya han sido incluidos en el costo de capital tal como lo dispone el artículo 73 de la LGE¹⁹². Lo mismo sucede con los costos financieros mencionados también en el artículo 83: no es que no se reconozcan los costos financieros en la tarifa, sino que se pagan como parte del costo de capital y no como un costo operativo de suministro.

130. En base a lo anterior, es claro que las depreciaciones acumuladas deben tenerse en cuenta al calcular la renta del inversor y que la novedosa interpretación del artículo 83 brindada por el experto Barrera carece de todo fundamento.

f. El modelo guatemalteco fue influenciado por el modelo chileno en el cual la renta se calcula sobre la base de capital depreciada

131. Más allá de las normas en la regulación guatemalteca, es importante recordar que como ha sido explicado por Guatemala y los testigos de TGH durante el procedimiento¹⁹³, el esquema regulatorio de Guatemala fue fuertemente influenciado por el chileno y éste calcula el retorno del inversor sobre una base de capital neta de depreciaciones¹⁹⁴.

132. Ante esta contundente evidencia, en la Audiencia, el experto Barrera en un intento de justificar su teoría de que en Guatemala el retorno se paga sobre la base de capital bruta, llegó hasta decir que el sistema regulatorio guatemalteco era “diferente” al de Chile dado que en Guatemala la ley no permite el pago de la depreciación. En sus propias palabras:

So, Guatemala is different from Chile in that [in] Guatemala the law explicitly says, contrary to what I have understood and what I heard in this case, depreciation is not paid for, and the law says don't pay depreciation.¹⁹⁵

¹⁹¹ Tr. (inglés), Día Seis, 1295:12-15, Barrera.

¹⁹² Tr. (castellano), Día Seis, 1445:1-15, Damonte.

¹⁹³ Tr. (castellano), Día Cinco, 1235:13-17 y 1240:9-15, Alegría; Tr. (castellano), Día Seis, 1337:20-22, Barrera; Tr. (castellano), Día Seis, 1331:22-1332:9, Damonte; Tr. (castellano), Día Cuatro, 807:8-10, Bastos.

¹⁹⁴ Damonte Dúplica, **Apéndice RER-5**, párrs. 49-50.

¹⁹⁵ Tr. (inglés), Día Seis, 1330:13-17, Barrera.

133. No solo el propio Sr. Barrera reconoció en esta declaración que éste no era su entendimiento anteriormente, sino que además admitió ante una pregunta del Presidente que su teoría no era ni siquiera consistente con el pronunciamiento de la Comisión Pericial:

Barrera: No. Because in Guatemala, you don't pay depreciation [...].

President Mourre: That is not what the Expert Commission said.

Barrera: No, that is true [...].¹⁹⁶

134. En forma similar, el Sr. Barrera también intentó argumentar que en Chile el costo de capital se calculaba como una hipoteca pero que éste no era el caso en Guatemala¹⁹⁷. Esto es falso y puede ser demostrado con evidencia presentada por TGH en este caso. El mismo experto Kaczmarek en su reporte usó el ejemplo de la hipoteca como ilustración del sistema aplicado en 2003 en Guatemala:

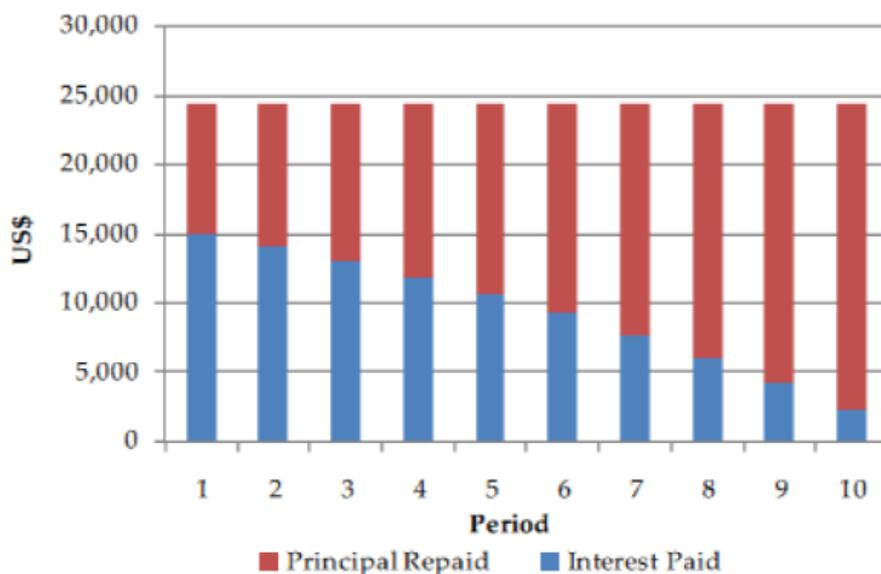
With respect to the capital costs, we understand that the CNEE proposed in note 407 under the terms of reference, that the CRF be calculated using a formula representing a constant payment, self-amortizing bond. This formula is akin to the payment formula used to calculate a constant mortgage payment where the constant payment includes a changing mix of loan principal repayments and interest payments over time. In this payment formula, the portion of the payment applied to reduce the loan balance (i.e., the return of capital portion) increases over the life of the mortgage while the portion of the payment utilized to satisfy the interest expense (i.e., the return on capital portion) decreases over the life of the mortgage. Figure 8 below is a graphical depiction of a hypothetical constant US\$24,000 payment and the changing portions of the payment utilized to repay the loan balance and interest¹⁹⁸.

¹⁹⁶ Tr. (inglés), Día Seis, 1332:18-1333:1, Barrera.

¹⁹⁷ *Ibid.*, 1328:15-1330:12.

¹⁹⁸ Kaczmarek, **Apéndice CER-2**, párr. 89.

Figure 8 – Example of a Constant Payment, Self-Amortizing Bond



135. Repreguntado sobre esta inconsistencia en contra-interrogatorio, el Sr. Barrera no tuvo otro remedio que admitir que en el 2003 la fórmula de una hipoteca fue usada para calcular el retorno de EEGSA, pero que en su opinión no debería haberse aplicado:

Barrera: [...] What I said is that, in 2003, the mortgage formula was used. What I understand is that the NERA team said that the mortgage formula was not the one to be used in Guatemala for the reasons that I am telling you [...]

Q. Can we agree that that is your opinion ... [but that it] was actually the formula applied [in 2003]?

[...]

Barrera: I understand that EEGSA and the CNEE agreed on applying the mortgage formula.¹⁹⁹

136. Al admitir el experto Barrera que en 2003 la fórmula tipo hipoteca fue utilizada, ha quedado comprobado que las depreciaciones sí se toman en cuenta para calcular el retorno del inversor, tal como lo explicó el Sr. Kaczmarek en su reporte:

[T]he portion of the payment applied to reduce the loan balance (i.e., the return of capital portion) increases over the life of the mortgage while the

¹⁹⁹ Tr. (inglés), Día Seis, 1335:3-1336:2, Barrera. Ver también, Tr. (inglés), Día Cinco, 962:3-10, Giacchino.

portion of the payment utilized to satisfy the interest expense (i.e., the return on capital portion) decreases over the life of the mortgage²⁰⁰.

137. Esta clara admisión de que en 2003 se aplicó la fórmula de una hipoteca para calcular el retorno y la depreciación de EEGSA no deja ninguna duda que el marco regulatorio guatemalteco exigía el cálculo del retorno sobre una base de capital neta de depreciaciones.

g. EEGSA no reinvertía la totalidad de los montos recibidos como amortización de capital como el Sr. Barrera intentó alegar

138. Como parte de sus novedosas teorías tendientes a justificar el intento de su ex colega el Lic. Giacchino de calcular el retorno de EEGSA sobre la base de capital bruta, el Sr. Barrera argumentó, sin ningún sustento, que dado que el inversor reinvertiría automáticamente en el servicio los montos recibidos en concepto de depreciación (*return of investment*), la base de capital debía mantenerse constantemente como si fuera nueva²⁰¹. En sus propias palabras:

The VNR method assumes that as the assets comprising the regulatory asset base depreciate, they are simultaneously replaced. In other words, the VNR method assumes that the assets are always new.²⁰²

139. Cuestionado en contra-interrogatorio, el Sr. Barrera, admitió sin embargo no haber revisado nunca los montos de depreciación recibidos por EEGSA ni los montos de inversión realizados por ésta²⁰³. Sin perjuicio de que el Sr. Barrera no realizó dicho ejercicio, es importante recalcar que en la realidad, EEGSA no realizó tales inversiones. A modo de ejemplo, mientras que en el estudio del 28 de julio, EEGSA requería US\$ 51,4 millones en depreciaciones (*return of investments*)²⁰⁴, el promedio de inversiones históricas de EEGSA nunca superó los US\$ 20 millones como se muestra en el cuadro más abajo²⁰⁵:

²⁰⁰ Kaczmarek, **Apéndice CER-2**, párr. 89.

²⁰¹ Barrera, **Apéndice CER-4**, párr. 29.

²⁰² *Ibid.* Ver también Tr. (inglés) Día Seis, 1337:10-1338:11, Barrera.

²⁰³ Tr. (inglés), Día Seis, 1343:11-12, Barrera:

No we haven't looked at what actually has been invested.

²⁰⁴ **Anexo C-258**, pág. 55. Como **Apéndice R-VI** - Cálculo de la Tasa Interna de Retorno de Distribuidora de Electricidad de Occidente, S.A. y Distribuidora de Electricidad de Oriente, S.A. se provee una copia de este anexo explicando cada uno de sus componentes.

²⁰⁵ M Abdala y M Schoeters, **RER-1**, pág. 28, imagen 1 (1999-2013); Segundo Modelo NCI (NavigantSecondReportModel_24May2012xslsm).



140. Ante esta evidencia, el Sr. Barrera no tuvo otro remedio que admitir que EEGSA no reinvertía esos montos y que, por lo tanto, cualquier diferencia reconocida en la tarifa se convertía en realidad en un retorno adicional para EEGSA:

Barrera: [...] It is not really what happens in reality. [...] it is just a financial formula to make sure that you get the VNR back at the end of the asset's life.

Q. And on the basis of this financial theoretical formula, you would agree with me that the resulting reality is that the company gets at least three times more of what it's replacing, right?

Barrera: Based on the statement you are making here.

Q. Based on this statement.

Barrera: OK [...] ²⁰⁶

141. Con esta admisión quedaron totalmente desestimados los intentos del Sr. Barrera de justificar el cálculo de la renta sobre la base del VNR bruto realizado por Bates White en sus estudios.

²⁰⁶ Tr. (inglés), Día Seis, 1345:4-16, Barrera.

h. EEGSA hubiera podido aportar pruebas del nivel de depreciación a aplicar en la FRC

142. Durante este arbitraje, TGH se ha quejado constantemente de la supuesta “arbitrariedad” de la CNEE al aplicar un nivel de depreciación del 50% para el cálculo del retorno de EEGSA²⁰⁷. El Ing. Moller en su contra-interrogatorio explicó claramente que la decisión de adoptar un 50% de depreciación no fue una decisión caprichosa ni arbitraria de la CNEE. Por el contrario, fue una sugerencia realizada por el consultor externo contratado por la CNEE, el Ing. Riubrugent que el Directorio de la CNEE aceptó²⁰⁸.

143. Durante la Audiencia, los abogados de TGH intentaron alegar que dicha arbitrariedad se veía reflejada en el hecho que los directores de la CNEE no sabían exactamente qué significaba el 2 y consultaron por e-mail con el consultor Riubrugent. Lo que no explica TGH es de qué forma este intercambio podría reflejar mala fe o arbitrariedad. El Ing. Riubrugent era el consultor técnico externo contratado por la CNEE y este tipo de intercambio era completamente normal en el marco de una discusión técnica de esta complejidad. Es más, la consulta de los directores de la CNEE en realidad refleja la voluntad de éstos de entender el significado del /2 en la FRC²⁰⁹ y evidencia que no hubo en la CNEE intención alguna de perjudicar a EEGSA. Como bien surge de los correos electrónicos intercambiados entre el Ing. Riubrugent y los directores de la CNEE, el Ing. Riubrugent legítimamente pensaba que 50% de depreciación era apropiado para empresas maduras²¹⁰. Esta era una opinión válida y de ninguna manera arbitraria, tal como lo confirmó el Ing. Bastos al confirmar la validez de esta fórmula para empresas maduras:

[F]órmula que estaba aplicando la [CNEE] responde a un criterio de una empresa que no está creciendo. Se utiliza sobre todo en Australia y creo que

²⁰⁷ Memorial de Réplica, párrs. 310-311. Tr. (inglés), Día Uno, 57:5-7, Discurso de Apertura de la Demandante.

²⁰⁸ Tr. (castellano), Día Cinco, 1033:15-1034:15, Moller.

²⁰⁹ *Ibid.*, 1034:20-1035:6:

Es un tema bastante complejo en términos de especialidad, economía o lo que sea esta parte, y nosotros, como yo no estaba familiarizado con esto, entiendo que también el ingeniero Colom no estaba familiarizado con esto y pedimos que nos explicara realmente qué significaba eso, qué era, cuál era el efecto que tenía. Y ahí fue donde se me explicó donde lo que yo he intentado explicarles a mi entender cómo funciona.

²¹⁰ Cadena de mensajes por correo electrónico entre M. Peláez y J. Riubrugent, 9 de enero de 2008, **Anexo C-567**.

también en el caso de Nueva Zelandia [...] La fórmula empleada era correcta [...] ²¹¹.

144. La falta de arbitrariedad o mala fe por parte de la CNEE contra EEGSA queda evidenciada también por el hecho que esta fórmula aplicaba a todos los distribuidores en Guatemala y no solo a EEGSA. Ahora bien, como el Tribunal bien señaló en la Audiencia, es cierto que existía una probabilidad de que un único nivel de amortizaciones no fuera el correcto para todos los distribuidores a los cuales se les aplicaba ²¹². En ese caso, lo que correspondía era que EEGSA argumentara cuál era el nivel apropiado, por ejemplo proporcionando el nivel de depreciación contable. Dicho valor contable es perfectamente aceptable como lo reconoció el Ing. Bastos en la Audiencia:

[C]uando se aplican criterios de depreciación se utilizan bases contables, es decir, se utilizan bases históricas y se ven las depreciaciones reales ²¹³.

145. Sin embargo, EEGSA nunca proporcionó información alternativa alguna, sino que optó por interpretar el “2” en los Términos de Referencia como un error de tipeo y se empeñó en que se le reconociera un retorno sobre su base de capital bruta. El hecho de que los otros dos distribuidores, también controlados por accionistas extranjeros, Deorsa y Deocsa, hayan proporcionado dicha información ²¹⁴ muestra el oportunismo y la falta de seriedad de EEGSA y su consultor durante el proceso tarifario. En el caso de DEORSA y DEOCSA, el nivel de depreciación fue establecido en un 42% (y no 50%) luego de que éstas presentaran la información relevante ²¹⁵.

²¹¹ Tr. (castellano), Día Cuatro, 808:22-811:6, Bastos.

²¹² Tr. (castellano), Día Seis, 1522:11-21, Mourre.

²¹³ Tr. (castellano), Día Cuatro, 808:18-21, Bastos.

²¹⁴ Tr. (castellano), Día Cinco, 1029:11-1030:2, Moller:

SEÑOR MOLLER HERNÁNDEZ: Qué fue lo que hicieron en este caso las distribuidoras Deorsa y Deocsa? Presentaron la información de campo donde realmente el monto amortizado correspondía más a un 42 por ciento que a un 50 por ciento. Y por eso se modificaba.

PRESIDENTE MOURRE (Interpretado del inglés): ¿En base a qué? ¿A la vida real de los activos efectivos de la red?

SEÑOR MOLLER HERNÁNDEZ: Eso es lo que yo entendí en la explicación que nos dio.

PRESIDENTE MOURRE: Y eso en su conocimiento es compatible con el concepto VNR.

SEÑOR MOLLER HERNÁNDEZ: Es compatible con ese concepto.

²¹⁵ Tr. (castellano), Día Seis, 1458:8-22 Damonte.

“En el caso de Deorsa y Deocsa nosotros presentamos sus estados contables y mostramos a la [CNEE] que nuestra relación era 42 por ciento. Lo estudiaron, nos aceptaron y pusimos [un f] de 1,73”.

146. Ahora bien, en la Audiencia, los abogados de TGH intentaron demostrar que la CNEE tendría en su poder los estados contables de EEGSA y, por lo tanto, hubiera podido adaptar la fórmula al nivel “real” de depreciación de EEGSA²¹⁶. En primer lugar, como lo explicó el Ing. Moller, le correspondía a EEGSA brindar la información y justificación adecuada para sugerir cambios a los Términos de Referencia²¹⁷:

El procedimiento que establecen los Términos de Referencia es que la empresa distribuidora, que es la poseedora de toda la información, tiene la obligación de presentar la información a la [CNEE], y no la [CNEE] estar buscando en medios alternos o en otro lugar la información básica que tiene el distribuidor²¹⁸.

147. En segundo lugar, como se explica en la Sección III.D.2 más abajo, durante la revisión tarifaria EEGSA se negó a facilitar sus estados contables a la CNEE. Esta negativa es más que elocuente sobre la falta de transparencia y colaboración de EEGSA durante el procedimiento de revisión tarifaria.

148. En definitiva, el resultado de calcular el VAD sobre una base de capital sobrevaluada y una FRC que calculaba el retorno de EEGSA sobre el valor bruto de esa base de capital, fue un VAD altamente sobre-valorado y no apto para determinar las tarifas para el período 2008-2013.

3. La oferta del Sr. Pérez confirmó la falta de confiabilidad del estudio de Bates White y el desprecio de EEGSA por la LGE

149. Uno de los hechos sorprendentes que han salido a la luz en este arbitraje es la visita del Sr. Pérez a la CNEE a poco de comenzar la revisión tarifaria, para presentar lo que él mismo calificó como una “oferta de descuento” que se aplicaría “por fuera del estudio” y sin cumplir con el proceso establecido en la LGE para la fijación de la tarifa. Guatemala ha explicado como la propuesta del Sr. Pérez dejó en evidencia la falta de transparencia de EEGSA, así como la falta de credibilidad de sus estudios tarifarios²¹⁹.

150. El tratamiento que TGH ha dado a la propuesta efectuada por el del Ing. Pérez es un claro ejemplo de su doble estándar de conducta. TGH intentó bajar el tono de este incidente,

²¹⁶ Tr. (castellano), Día Cinco, 1043:12-21, Moller.

²¹⁷ Términos de Referencia para la Realización del Estudio del Valor Agregado de Distribución para Empresa Eléctrica de Guatemala, S.A., Resolución CNEE 124-2007, Enero de 2008, **Anexo R-53**, artículo 1.10.

²¹⁸ Tr. (castellano), Día Cinco, 1048:2-9, Moller.

²¹⁹ Memorial de Dúplica, párr. 343.

indicando en su Discurso de Apertura que la propuesta del Sr. Pérez fue “*a settlement discussion, nothing more and nothing less*”²²⁰. Es decir, según TGH el Sr. Pérez se presentó en la CNEE para resolver una controversia que existía entre EEGSA y la CNEE. Eso es falso. La propuesta del Sr. Pérez no tuvo lugar en el contexto de un posible “*settlement*” como TGH pretende venderle a este Tribunal. La propuesta fue hecha el 22 de abril de 2008 cuando la CNEE ni siquiera contaba con el estudio final de EEGSA (que recién se presentó el 5 de mayo de 2008). Es decir, en el momento en que la propuesta fue hecha no había ninguna disputa que pudiese ser “*settled*” como TGH pretende.

151. No es muy difícil establecer que la propuesta del Sr. Pérez constituyó una maniobra irregular. La mejor prueba de ello viene dado por el hecho de que en EEGSA y TGH hicieron todo lo posible para que no quedara rastro de la misma. Nótese que salvo por boca de sus abogados y testigos (y solo porque Guatemala levantó el tema en el caso *Iberdrola*)²²¹, TGH no ha presentado una sola pieza de evidencia contemporánea que discuta esta propuesta, y en especial, la razonabilidad de ofrecer un descuento en el VAD del más del ¡90%! No hay actas de Directorio, ni actas de accionistas, ni cartas, ni correos electrónicos internos, ni una declaración del Sr. Pérez. Nada. Lo único que existe es la presentación en Power Point del Sr. Pérez que fue aportada por Guatemala en el caso *Iberdrola*²²².

152. Como se recordará, la propuesta fue hecha en una reunión sin ninguna agenda pre-establecida, en persona, a través de un documento en un solo ejemplar, sin ningún correo electrónico de introducción ni de seguimiento, sin membrete en el papel y sin mencionar los nombres reales de las personas y las compañías involucradas. Vale la pena recordar la justificación para ello intentada por el Ing. Maté en la Audiencia *Iberdrola*, que exime de mayores comentarios:

²²⁰ Tr. (inglés), Día Uno, 60:21-22, Discurso de Apertura de la Demandante.

²²¹ La existencia de la propuesta del Sr. Pérez surgió en primer lugar en el arbitraje CIADI *Iberdrola* iniciado por dicha compañía contra Guatemala en 2009. Guatemala denunció esta irregular propuesta en su Memorial de Contestación de Demanda en dicho arbitraje, ya que Iberdrola había omitido toda referencia a la misma en su Memorial de Demanda. Con la experiencia del caso *Iberdrola* como antecedente, TGH se anticipó y se refirió a la propuesta del Sr. Pérez en su Memorial de Demanda acompañando la misma copia de la presentación introducida por Guatemala en el caso *Iberdrola*.

²²² Presentación sobre Requisitos de Ingreso del Estudio Tarifario de 22 de abril de 2008, **Anexo R-65**, pág. 2. Bates White, Estudio del Valor Agregado de Distribución para Empresa Eléctrica de Guatemala, S.A. corregido el 5 de mayo, **Anexo R-69**, pág. 3.

P. ¿Hay alguna razón porque no consta el membrete de EEGSA o de Iberdrola en este documento?

R. Pues absolutamente ninguno. Pues porque se utilizó papel en blanco para imprimirlo.

P. Se utilizó papel en blanco para imprimirlo.

R. Sí, era el que estaba en la impresora y se imprimió. Pero no hay ninguna razón. [...].

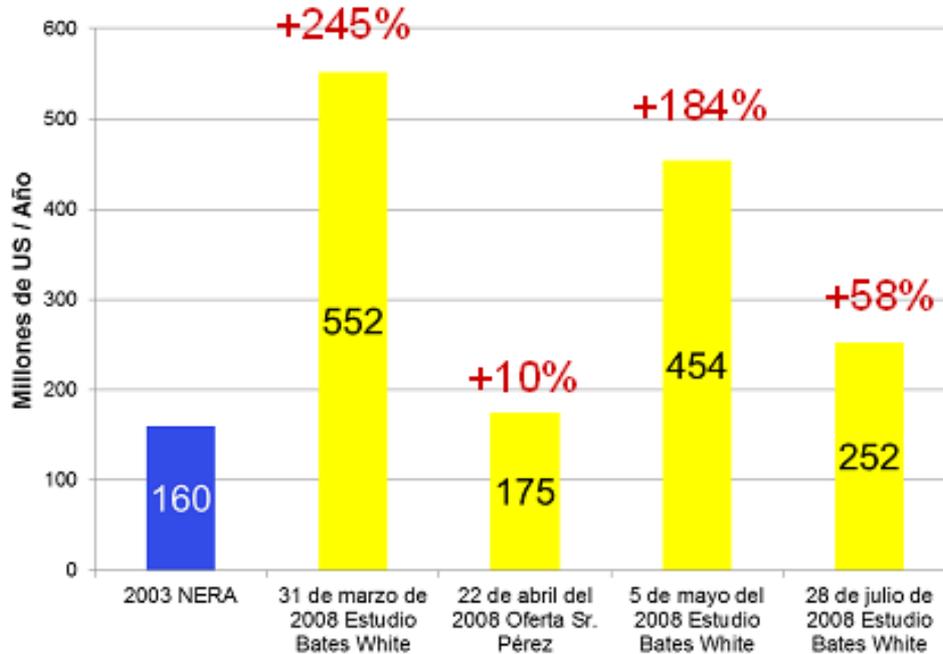
P. ¿Usted puede indicarme en este documento dónde consta una referencia a EEGSA, que utiliza la palabra EEGSA en este documento, en las 15 páginas [...] de esta presentación? [...] ¿Dónde se menciona EEGSA?

R. Pues mire, curiosamente, curiosamente ahora que usted lo dice efectivamente no sé dónde [...] ²²³.

153. El Discurso de Apertura de TGH se focalizó en intentar defender la supuesta legalidad de la propuesta que, como es evidente, es de por sí indefendible. Pero aún más importante que la forma de esta propuesta es su fondo. Las cifras pedidas por EEGSA en sus estudios tarifarios contrastaban enormemente con los valores que el Sr. Pérez estaba solicitando en su “oferta”. La siguiente comparación es más que elocuente:

²²³ Transcripciones audiencia final Caso CIADI No. ARB/09/5 (extractos), **Anexo R-202**, Tr., Día Dos, 373:17-374:14, Maté.

Aumentos del VAD propuestos por EEGSA



154. En ningún momento en este proceso TGH intentó explicar las razones que llevaron a EEGSA a ofrecer un descuento de tal magnitud cuando el proceso de revisión estaba recién comenzando (abril de 2008). El Presidente del Tribunal hizo esta pregunta a la Lic. Callahan:

Did you have a discussion in order to prepare this and to determine the economic basis which allowed you to determine that an increase of 10 percent would be acceptable?²²⁵

155. Sin embargo, la Lic. Callahan dijo no saber nada al respecto²²⁶. De hecho, para encontrar una respuesta a esta pregunta hay que referirse al interrogatorio del Ing. Maté en el caso *Iberdrola*, donde éste reconoció expresamente que las reales expectativas de la compañía respecto de la tarifa a ser fijada se encontraban cercanas a la propuesta del Sr. Pérez y por lo

²²⁴ Presentación sobre Requisitos de Ingreso del Estudio Tarifario de 22 de abril de 2008, **Anexo R-65**, pág. 2. Bates White, Estudio del Valor Agregado de Distribución para Empresa Eléctrica de Guatemala, S.A. corregido el 5 de mayo, **Anexo R-69**, pág. 3.

²²⁵ Tr. (inglés), Día Dos, 557:19-558:1, Callahan.

²²⁶ Tr. (inglés), Día Uno, 558:2-3, Callahan.

tanto a años luz de los montos que se solicitaban en los estudios tarifarios preparados por Bates White:

P. Con el incremento del 10 por ciento fue suficiente para mantener, me imagino, para [EEGSA], el retorno económico que esperaba de esta inversión. [...]

R. Pues, EEGSA consideró en ese momento que el retorno que en ese momento quería tener o se conformaba con tener era el 10 por ciento. Pero era en ese momento. Y eso es lo que ofreció²²⁷.

156. En definitiva, la propuesta del Sr. Pérez dejó en evidencia la falta de transparencia de EEGSA. Más importante aún, la propuesta del Sr. Pérez puso de manifiesto también la falta de credibilidad de los estudios presentados por EEGSA al punto que, tal como lo confirmó su propio Presidente durante la reunión en cuestión, ni en la propia EEGSA confiaban en el trabajo que estaba realizando su consultor²²⁸.

C. LA COMISIÓN PERICIAL ES UN ÓRGANO TÉCNICO, NO VINCULANTE, PARA LA CNEE

1. La Audiencia confirmó que la Comisión Pericial es un órgano “pericial” cuyo rol es dar una opinión técnica no vinculante

157. La Audiencia sirvió para aclarar la naturaleza y el alcance de las funciones de la Comisión Pericial. Como se sabe, el artículo 75 —único artículo de la LGE que refiere a la Comisión Pericial— dispone que debe constituirse una Comisión Pericial para que se pronuncie sobre las discrepancias que persistan entre las partes una vez efectuadas las observaciones de la CNEE sobre el estudio tarifario del distribuidor²²⁹. Como surge claramente de este artículo, la única función que tiene la Comisión Pericial es “pronunciarse” sobre las discrepancias.

²²⁷ Transcripciones audiencia final Caso CIADI No. ARB/09/5 (extractos), **Anexo R-202**, Tr., Día Dos, 393:22-394:9, Maté.

²²⁸ Memorial de Dúplica, párr. 343.

²²⁹ LGE, **Anexo R-8**, artículo 75. Asimismo, dos artículos del RLGE se refieren a la Comisión Pericial. El artículo 98 regula el costo de la contratación del tercer integrante, y el artículo 98 bis (que no se aplicó en la revisión tarifaria de EEGSA) regula ciertos aspectos del procedimiento y los plazos para la integración de la Comisión Pericial²²⁹. Ver RLGE, **Anexo R-36** y Acuerdo Gubernativo No. 145-2008 por el que se añade un nuevo artículo 98 bis al RLGE, de 19 de mayo de 2008, **Anexo R-72**.

158. La Ley del Organismo Judicial Guatemalteco establece que las leyes deben interpretarse primeramente con referencia al texto y luego su contexto²³⁰. En lo referido a la interpretación textual, la ley guatemalteca remite al diccionario de la Real Academia Española (*RAE*)²³¹. TGH y su experto Lic. Alegría han presentado a este tribunal las definiciones de este verbo que parecieran asignarle carácter vinculante²³². Sin embargo, tal como lo ha aceptado durante la Audiencia el propio Lic. Alegría, el “se” que precede al verbo “pronunciará” en el texto del artículo 75 convierte a este verbo en pronominal²³³. Y 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”²³⁴, definición que evidentemente no asigna carácter vinculante al término.

159. Pero en cualquier caso, el análisis no puede limitarse a una definición de diccionario. La regla de interpretación contextual obliga a interpretar la palabra “pronunciarse” junto con la palabra “pericial”, puesto que quien se pronuncia según el artículo 75 es una Comisión Pericial. Este es un análisis tan básico como fundamental: 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”²³⁵. De esta manera se aclara el alcance del “pronunciamiento” puesto que la facultad que le otorga la LGE a la Comisión Pericial es la de emitir un dictamen de experto (pericial) para informar la decisión del órgano administrativo pertinente (CNEE y luego MEM) y eventualmente judicial. Este análisis integrador del texto del artículo 75 —que tal como lo reconoció durante la Audiencia, el Lic. Alegría decidió conscientemente ignorar²³⁶— destruye la tesis de TGH respecto del alcance del pronunciamiento de la Comisión Pericial.

160. Ésta interpretación del alcance del artículo 75, por otra parte, es consistente con la regla del artículo 4 de la Ley de lo Contencioso Administrativo de Guatemala, que expresamente

²³⁰ Memorial de Dúplica, párrs. 282 ss.

²³¹ Memorial de Demanda, párr. 213.

²³² Tr. (castellano), Día Cinco, 1197:7-1198:14, Alegría.

²³³ *Ibid.*, 1243:12-17. Sobre las razones por las cuáles debe aceptarse la acepción puramente pronominal Ver Memorial de Contestación, párr. 535-540 y Memorial de Dúplica, párr. 143 ss.

²³⁴ Diccionario de la Real Academia Española, **Anexo C-50**.

²³⁵ Diccionario de la Real Academia Española, **Anexo R-153**.

²³⁶ Tr. (castellano), Día Cinco, 1244:4-21, Alegría.

impide asignar carácter vinculante a las decisiones de órganos auxiliares, tal como se analiza en los párrafos que siguen.

Pregunta del Tribunal: La relevancia de la Ley de lo Contencioso Administrativo en la vinculación del pronunciamiento de la Comisión Pericial²³⁷

161. Durante la Audiencia se discutió respecto del alcance del pronunciamiento de la Comisión Pericial a la luz de la facultad del artículo 3 de la Ley de lo Contencioso Administrativo (la *LCA*). El Tribunal consultó a las partes respecto del impacto que este artículo podía tener en la presente disputa. El artículo 3 de la Ley de lo Contencioso Administrativo establece:

Artículo 3. Forma. Las resoluciones administrativas serán emitidas por autoridad competente, con cita de las normas legales o reglamentarias en que se fundamenta. Es prohibido tomar como resolución los dictámenes que haya emitido un órgano de asesoría técnica o legal [...]²³⁸.

162. En primer lugar, se advierte que la norma del artículo 3 de la *LCA* se dirige directamente a regular actos de entidades administrativas tales como la *CNEE*. La norma no está dirigida a autoridades judiciales sino a entes de la administración pública. Y en efecto, la *CNEE* es una entidad administrativa que —al decir del artículo 3 de la *LCA*— actúa como “autoridad competente” mediante el dictado de “resoluciones administrativas” que son las que producen efectos jurídicos²³⁹.

163. En lo que hace a la prohibición prevista en el artículo 3 de la *LCA* para que una entidad administrativa adopte como resolución los dictámenes que emita un órgano de asesoría técnica o legal, es claro que ello aplica directamente en el caso de la Comisión Pericial del artículo 75 de la *LGE*, cuyo pronunciamiento en ningún caso puede obligar a la *CNEE* ni producir efectos jurídicos. Tal como ha quedado señalado más arriba, la Comisión Pericial es un “órgano de

²³⁷ Carta del Tribunal a la Demandante y a la Demandada del día 11 de marzo de 2013, pág. 2.

²³⁸ Decreto No. 119-96, Ley de lo Contencioso Administrativo, 20 de diciembre de 1996, **Anexo C-425**, artículo 3.

²³⁹ *LGE*, **Anexo R-8**, artículo 5:

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

asesoría técnica” que, integrada por peritos (expertos), se pronuncia mediante un “dictamen” que en el caso del artículo 75, se denomina pronunciamiento.²⁴⁰

164. Tal como explicara el Lic. Aguilar en sus reportes de experto en este proceso, el artículo 3 de la LCA tiene el propósito de distinguir las funciones que le son asignadas a la autoridad administrativa (en el caso, la CNEE) con relación a las que le corresponde a los órganos de asesoría técnica o legal tales como la Comisión Pericial, cuyas opiniones no pueden ser tomadas como resolución del asunto en cuestión²⁴¹. Los comentarios doctrinarios al artículo 3 de la LCA confirman este entendimiento. El tratadista de Derecho Administrativo Guatemalteco, el Profesor Jorge Mario Castillo González, se refiere a la prohibición de tomar como resolución los dictámenes de peritos prevista en el artículo 3 de la LCA:

[La] prohibición establecida en la Ley de lo Contencioso Administrativo debe aplicar adecuadamente, en el campo administrativo. [...] El dictamen no sustituye a la resolución, por un simple hecho: el dictamen procede del asesor o consultor jurídico o técnico, y la resolución procede del funcionario ejecutivo. El dictamen es opinión y la resolución es decisión.²⁴²

165. La Corte de Constitucionalidad ha incorporado esta interpretación del artículo 3 de la LCA al analizar el alcance de las facultades de la CNEE y la Comisión Pericial en el contexto del artículo 75:

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

[...] Pretender que la Comisión Pericial pudiera tener una función dirimente de un conflicto y reconocerle competencia para emitir una decisión

²⁴⁰ Es evidente que la Comisión Pericial no se pronuncia mediante una “resolución” pues esta corresponde exclusivamente a los “órganos administrativos”, naturaleza de la cual carece la Comisión Pericial.

²⁴¹ Tr. (castellano), Día Cinco, 1269:12-1270:9, Aguilar. El experto Lic. Aguilar discute la norma del artículo 3 de la LCA en sus dos reportes de experto en Lic. Aguilar, **Apéndice RER-3**, párr. 10(j), 50, 51, 67 y 71; Aguilar, **Apéndice RER-6**, párr. 1(e) y 40.

²⁴² J. M. Castillo González, “Derecho Administrativo Teoría General y Procesal”, 19 edición, 2009, Guatemala, **RL-34**, comentario en págs. 649-650.

vinculante, es contrario al decantado principio de legalidad [...] [A]tenidos estrictamente a la LGE, la facultad de aprobar pliegos tarifarios corresponde a la CNEE y de ninguna manera, directa o indirectamente, a una comisión pericial, cuya naturaleza ha sido considerada²⁴³.

166. En conclusión, el texto de la LGE sigue la línea establecida en el artículo 3 de la LCA, al resguardar las facultades de la CNEE y acotar la tarea de la Comisión Pericial a dictar su pronunciamiento, puesto que “[n]i la [LGE] ni el Reglamento citados contienen precepto alguno que indique otra función de la Comisión Pericial, más allá de su pronunciamiento, el cual con su entrega quedó cumplido”²⁴⁴. Es así claro que en todo momento, la CNEE conserva la facultad y la obligación de adoptar la decisión final en relación con la fijación de las tarifas, sin que el pronunciamiento de la Comisión Pericial le imponga limitación alguna en tal sentido.

2. Las reglas de funcionamiento propuestas eran contrarias a la regulación y jamás fueron aprobadas por las partes

167. Durante la Audiencia también quedó en evidencia la falsedad del argumento de TGH respecto de un supuesto acuerdo entre la CNEE y EEGSA sobre las reglas de funcionamiento de la Comisión Pericial, y en particular de la llamada regla 12. No solo la LGE no previó ninguna tarea adicional para la Comisión Pericial una vez dictado el pronunciamiento, sino que tampoco existió ningún acuerdo entre la CNEE y EEGSA en tal sentido. De hecho, la Audiencia dejó en claro que el tratamiento de las reglas de funcionamiento entre las partes jamás pasó de discusiones.

168. Las razones son simples: la regla 12 que proponía EEGSA estipulaba que una vez que la Comisión Pericial emitiera su pronunciamiento, el consultor del distribuidor corregiría el estudio tarifario y lo remitiría a la Comisión Pericial. Ésta lo revisaría y confirmaría si, de acuerdo a su criterio, dicho estudio recogía fielmente su pronunciamiento²⁴⁵. Tal como lo explicó el Ing. Colom durante la Audiencia, la CNEE no podía aprobar una regla de este tenor que implicaba una delegación de facultades de la CNEE²⁴⁶.

²⁴³ Sentencia de la Corte de Constitucionalidad, 18 de noviembre de 2009, **Anexo R-105**, págs. 26 y 29.

²⁴⁴ *Ibid.*, pág. 25.

²⁴⁵ El artículo 75 de la LGE señala que la “Comisión Pericial se pronunciará sobre las discrepancias en un plazo de 60 días contados desde su conformación.” Claramente, solo una vez. LGE, **Anexo R-8**, artículo 75.

²⁴⁶ Tr. (castellano), Día Cinco, 1133:21-1134:8, Colom.

169. La realidad es que la CNEE y EEGSA nunca aprobaron las reglas de funcionamiento²⁴⁷. TGH no puede pretender que Guatemala pruebe un hecho negativo, que las reglas no se acordaron, pero la siguiente admisión del Lic. Calleja durante la Audiencia despeja cualquier duda:

P. Le quiero hacer una pregunta muy concreta. ¿Me puede indicar si existe algún documento suscrito entre la CNEE y EEGSA en donde ambas partes acuerdan sobre las reglas de funcionamiento?

R. Perdón.

P. Algún documento escrito firmado por la CNEE y EEGSA donde ambas partes acuerdan sobre las reglas de funcionamiento. ¿Existe?

R. ¿Entre la CNEE y la Comisión Pericial?

P. Entre CNEE y EEGSA.

R. No²⁴⁸.

170. Consciente de la falta de sustento de su posición, TGH y sus testigos recurrieron durante la Audiencia al argumento de un “acuerdo oral” entre la CNEE y EEGSA respecto de las reglas de funcionamiento²⁴⁹. Sin embargo, tal posición es inverosímil. Primero, porque es falso que siquiera haya existido un acuerdo verbal sobre la regla 12. Pero además, EEGSA y TGH saben muy bien que no hay decisión de la CNEE, en tanto que órgano de la administración, que no sea aprobada por resolución formal. No sólo no existió resolución alguna de la CNEE reflejando este acuerdo sino que los documentos oficiales emitidos por ésta en relación con la Comisión Pericial contradicen la tesis de TGH.

171. Así, el Acta Notarial de Nombramiento de la Comisión Pericial²⁵⁰ en la cuál, según confirmó el Lic. Calleja durante la Audiencia, “se define la tarea de la Comisión Pericial”²⁵¹, no hay siquiera una mención de dichas reglas. Tal como indicó el Ing. Colom:

²⁴⁷ Más allá de que tal como lo indicó el Ing. Colom durante la Audiencia, existió entre la CNEE y EEGSA acuerdo “verbal” sobre las reglas meramente procedimentales, aunque este nunca se formalizó. Tr. (castellano), Día Cinco, 1142:4-9, Colom.

²⁴⁸ Tr. (castellano), Día Dos, 373:1-11, Calleja.

²⁴⁹ *Ibid.*, 373:2-11.

²⁵⁰ Acta Notarial de Nombramiento de la Comisión Pericial de 6 de junio de 2008, **Anexo R-80**.

²⁵¹ Tr. (castellano), Día Dos, 375:10-12, Calleja:

[...] Jamás entraron en vigor [las reglas de funcionamiento]. La única [forma] en que pudieron haber entrado en vigor es a través de una resolución o de algún documento escrito de la [CNEE]. Y de hecho quedó muy claro en el Acta de Constitución de la Comisión Pericial [...] que el rol de esa Comisión Pericial era congruente con lo que el artículo 75 de la ley establecía. Pero jamás las acordamos [a las reglas de funcionamiento] y nunca fue el entendimiento nuestro que así había sido²⁵².

172. Es importante destacar que a pesar de la falta de acuerdo con la CNEE, el Lic. Calleja reenvió al Ing. Bastos — sin notificar o copiar a la CNEE — un correo electrónico con el borrador en discusión que el Ing. Quijivix había enviado el 28 de mayo²⁵³. Consultado sobre el motivo por el cuál no copió al Ing. Quijivix o a la CNEE en su correo, el Lic. Calleja respondió “quizá cometí el descuido de no mandarlo [el email con las reglas] a Melvin [Quijivix], pero íbamos con prisa”²⁵⁴ y que “no le di[o] ninguna importancia”²⁵⁵. Es claro que el correo electrónico en cuestión, ajeno a la CNEE, no puede servir de base para apoyar la posición de TGH de que hubo un acuerdo sobre la regla 12.

173. Por último, vale resaltar que si bien el Lic. Calleja confirmó su entendimiento de que los borradores de reglas anteriores al 28 de mayo intercambiados entre las partes fueron meros “documentos de trabajo”²⁵⁶, intentó sostener que en cambio el borrador de 28 de mayo reflejó un acuerdo entre la CNEE y EEGSA. Sin embargo, el Lic. Calleja no explicó la razón por la cual “borradores” similares deben ser tratados en forma diferente.

174. Y es que como se advierte del cuadro más abajo, todas las versiones de las reglas que fueron circuladas por el Ing. Quijivix indicaron en su encabezado y/o en el Asunto que se trataba de “PROPUESTAS”. No hay nada que distinga el borrador de 28 de mayo de sus predecesores.

P. ¿Está de acuerdo con que en esta sección primera se define la tarea de la Comisión Pericial?

R. Sí.

²⁵² Tr. (castellano), Día Cinco, 1140:7-18, Colom,

²⁵³ Correo electrónico de M. Calleja a C. Bastos de 2 de junio de 2008, **Anexo C-220**.

²⁵⁴ Tr. (castellano), Día Dos, 341:11-12, Calleja.

²⁵⁵ Tr. (castellano), Día Dos, 372:20 Calleja.

²⁵⁶ *Ibid.*, 393:21.

Documento	Fecha	Texto del Asunto en el correo electrónico	Texto encabezando la enumeración de las reglas en discusión
E-mail del Ing. Melvin Quijivix al Lic. Miguel Calleja (D-217) adjuntando nueva versión de las reglas en discusión (D-218)	21 de mayo de 2008	<u>REGLAS PROPUESTAS PARA LA COMISIÓN PERICIAL</u>	REGLAS DE OPERACIÓN <u>PROPUESTAS PARA EL FUNCIONAMIENTO DE LA COMISIÓN PERICIAL</u>
E-mail del Ing. Melvin Quijivix al Lic. Miguel Calleja (D-219) adjuntando nueva versión de las reglas en discusión (D-220)	23 de mayo de 2008	<u>REGLAS CP</u>	REGLAS DE OPERACIÓN <u>PROPUESTAS PARA EL FUNCIONAMIENTO DE LA COMISIÓN PERICIAL</u>
E-mail del Ing. Melvin Quijivix al Lic. Miguel Calleja adjuntando nueva versión de las reglas en discusión (D-112)	28 de mayo de 2008	<u>REGLAS DE OPERACIÓN PROPUESTAS COMISIÓN PERICIAL</u>	REGLAS DE OPERACIÓN <u>PROPUESTAS PARA EL FUNCIONAMIENTO DE LA COMISIÓN PERICIAL</u>

175. Así pues, queda claro que la regla 12 jamás fue aceptada por la CNEE.

D. LA COMISIÓN PERICIAL CONFIRMÓ LAS GRAVES DEFICIENCIAS E INCOMPATIBILIDAD CON EL MARCO REGULATORIO DEL ESTUDIO DE BATES WHITE

1. La Comisión Pericial dictaminó que la CNEE tenía razón en más del 50% de los casos

176. Más allá del carácter vinculante o no del pronunciamiento de la Comisión Pericial, es importante destacar que, como lo explicó el Ing. Moller en la Audiencia, la Comisión Pericial confirmó que la CNEE tuvo razón en más de un 50% de las observaciones y que, por tanto, el estudio de Bates White no cumplía con los Términos de Referencia en la mayoría de los casos²⁵⁷:

En este caso no me recuerdo exactamente. Eran 60-65 desviaciones y los peritos dijeron que efectivamente se había desviado en alrededor de 33-35. O sea en más del 52 por ciento de los planteamientos del regulador los peritos dijeron efectivamente que el consultor se apartó de los Términos de

²⁵⁷ Memorial de Contestación, párr. 390; Memorial de Dúplica, párr. 440.

Referencia. De hecho, con un apartamento que hubiera habido, hubiera sido suficiente para decirle: usted no corrigió el estudio correctamente. Y fueron más, fueron 35 por ahí, 52 por ciento-53 por ciento²⁵⁸.

177. Cabe aclarar que dentro de las discrepancias resueltas a favor de la CNEE se encontraba la referida a las redes subterráneas, la falta de precios de referencia y la no trazabilidad de los modelos, entre otros²⁵⁹. El hecho de que a más de ocho meses de iniciada la revisión tarifaria, y luego de varias rondas de observaciones, la Comisión Pericial dictaminara que EEGSA no tenía razón en más de la mitad de los casos, justificaba la falta de confianza por parte de la CNEE en el estudio tarifario de EEGSA a los fines de determinar las tarifas.

178. TGH alega que EEGSA tenía razón en muchas de las discrepancias y que por lo tanto sus apartamientos de los Términos de Referencia eran justificados²⁶⁰. Pero ello tampoco resulta convincente para apoyar la validez del estudio del 5 de mayo. En especial, porque la presencia del Lic. Giacchino en la Comisión Pericial desnaturalizó la validez de dicho órgano. Y ello queda confirmado cuando se analizan los distintos “sombros” que portó el Lic. Giacchino a lo largo de toda la revisión tarifaria, incluido durante su gestión en la Comisión Pericial.

179. El Lic. Giacchino había indicado en sus declaraciones testimoniales que “cuando [...] se [lo] nominó en la Comisión Pericial [...] actu[ó] en forma independiente”²⁶¹, que “seguía siendo independiente”²⁶² y que “una vez que fu[e] miembro de la Comisión Pericial mantuv[o] [su] independencia”.²⁶³ Sin embargo, el Lic. Giacchino fue incapaz de explicar de qué manera

²⁵⁸ Tr. (castellano), Día Cinco, 1050:4:14, Moller (Énfasis añadido).

²⁵⁹ Informe de la Comisión Pericial, 25 de julio de 2008, **Anexo R-87**, págs. 15-17, 33-36 y 82-83. Tr. (inglés), Día Cinco 893:2-9, Mourre; Tr. (inglés), Día Cinco, 934:4-10, Giacchino; Dúplica, párr. 161.

²⁶⁰ Memorial de Réplica, párr. 129-132 y 182 y ss.

²⁶¹ Tr. (inglés), Día Cinco, 927:4-12, Giacchino:

Q. You didn't think--my question is: Did you think that in your role as on the Expert Commission that you were expanding upon defending and, in general, watching out for the approval of the Tariff Study?

A. No, when I reviewed the Contract, I wasn't thinking about the Experts Committee. And when I was nominated on the Experts Committee, I acted independently. .

²⁶² *Ibid.*, 936:7-12:

Q. When you sent the report to your co-experts, you were wearing your hat as a consultant; correct?

A. I sent the report to the CNEE first, I think, and then I sent it to the--CNEE and EEGSA, and then I sent it to the other two members of the Expert Committee, but I wasn't wearing hats or anything like that I still kept my independence of criteria.

²⁶³ Transcripciones audiencia final Caso CIADI No. ARB/09/5 (extractos), **Anexo R-202**, Tr., Día Dos, 534:4-18, Giacchino:

ello podía ser compatible con su obligación bajo su contrato con EEGSA de “exponer, defender, y en general velar por la aprobación del Estudio Tarifario”²⁶⁴, incluso en el seno de la Comisión Pericial.

180. Es decir, Giacchino no debía ni podía decidir imparcialmente en su rol de miembro de la Comisión Pericial. La mera inclusión de estas obligaciones es inconsistente con el alegado entendimiento de EEGSA, TGH o el propio Lic. Giacchino sobre cualquier “independencia” que hubiera podido tener la Comisión Pericial. Pero la falta de independencia del Lic. Giacchino dentro de la Comisión Pericial se evidenció de forma concreta. A modo de ejemplo, al intentar defender su supuesta “independencia”, el Lic. Giacchino indicó durante la Audiencia que en su carácter de miembro de la Comisión Pericial, había “cambiado de opinión” en algunos casos al revisar los pronunciamientos²⁶⁵. Lo que el Lic. Giacchino omitió informar al Tribunal es que en todas las discrepancias en los que supuestamente “cambió de opinión”, lo que hizo en realidad fue sumarse a la mayoría ya anunciada por los otros dos peritos en relación con la discrepancia en cuestión. Es decir sus cambios de opinión no tuvieron ningún efecto práctico. Esto fue reconocido por el propio Lic. Giacchino en la Audiencia *Iberdrola*:

P. De la cifra de las 16 ocasiones cuando usted pronunció en contra de su propio estudio es la cifra que usted está incluyendo en su declaración. ¿Correcto?

R. Eso es correcto.

P. ¿Usted considera que en su papel dentro de la Comisión Pericial que usted era una persona independiente e imparcial funcionando dentro de la Comisión Pericial?

SEÑOR GIACCHINO: Una vez que fui miembro de la Comisión Pericial mantuve mi independencia. Uno puede ver en las mismas decisiones que hay decisiones donde Bates White proponía una cosa distinta a lo que luego tomé en decisión por unanimidad o a veces por mayoría con otros de los miembros de la Comisión Pericial.

P. Entonces usted se consideró independiente en cuanto a la disputa que usted tuvo que analizar.

R. Sí. En cuanto al análisis de cada disputa mantuve mi independencia.

²⁶⁴ Contrato entre EEGSA y Bates White LLC para la Elaboración de Estudio Tarifario 2008-2013 de Empresa Eléctrica de Guatemala, Sociedad Anónima EEGSA – Bates White LLC, Cláusula Quinta, numeral 12, Obligaciones de la Firma Consultora, **Anexo R-55**. Tal como lo indicó el Lic. Giacchino durante la Audiencia, este contrato inicial fue el único documento que se suscribió con EEGSA regulando su participación en la Comisión Pericial. Ver Tr. (inglés), Día Cinco, 927:17-20, Giacchino.

²⁶⁵ Tr. (inglés), Día Cinco, 930:12-13, Giacchino.

“[...] and then in some cases I changed my mind on some things”.

P. Okay. [...]. En algunas de esas ocasiones su voto fue necesario o esencial para dirimir una discrepancia a favor de la CNEE? Es decir que su voto hizo una diferencia, es decir que ya había -- es decir que usted formó mayoría en contra de su propio estudio.

R. No, en esas 16 ocasiones estamos hablando de decisiones unánimes, es decir, ya había dos miembros, no incluyéndome, que estaban decidiendo a favor de la CNEE, y simplemente yo di también -- o sea, voté de la que misma forma que ellos. Se puede caracterizar que ya había dos votos.²⁶⁶

181. También quedó en evidencia durante la Audiencia que el Lic. Giacchino decidió —en una clara extralimitación de las funciones que le otorgaron las partes y sin informar a la CNEE— anticipar a su equipo de Bates White los pronunciamientos de la Comisión Pericial antes de que se emitiera el mismo. Esto fue confirmado por el Ing. Bastos en términos inequívocos:

R: [D]urante el período en que estuvimos trabajando Bates & White vino corrigiendo todo el informe del consultor de acuerdo a los pronunciamientos que veníamos efectuando.

P: Perdón, señor Bastos. Yo entendí que no había comunicación entre el señor Giacchino y otras personas durante su papel de perito, que su mandato fue que no debe haber una comunicación, ¿pero ahora entiendo que estaba comunicando el señor Giacchino esa información al consultor de EEGSA?

R: Estaba pasando las decisiones que iba tomando la Comisión Pericial²⁶⁷.

182. El Lic. Giacchino no solo anticipó los pronunciamientos a Bates White y EEGSA sin notificar a la CNEE²⁶⁸ sino que además, como éste lo reconoció durante la Audiencia,

²⁶⁶ Transcripciones audiencia final Caso CIADI No. ARB/09/5 (extractos), **Anexo R-202**, Tr., Día Dos, 549:3-549:21, Giacchino (Énfasis añadido).

²⁶⁷ Tr. (castellano), Día Cuatro, 777:15-778:5, Bastos (Énfasis añadido).

²⁶⁸ Tr. (castellano), Día Cinco, 1171-16-1172:12, Colom:

P. [...] Ingeniero Colom: en este procedimiento ha salido a la luz que el señor Giacchino en su carácter de perito de la Comisión Pericial anticipó los futuros pronunciamientos de la Comisión Pericial a su consultora Bates White. Mi pregunta es si a usted le consta si usted o alguien de la CNEE estuvo copiado en esas comunicaciones entre Giacchino y Bates White.
SEÑOR COLOM BICKFORD: No, no me consta, y le aseguraría que no. No lo sabíamos.

P. El señor Giacchino también nos indicó esta mañana que su consultora se puso en contacto con EEGSA en relación con estos mismos pronunciamientos antes de que fueran emitidos oficialmente. La pregunta nuevamente es si a usted le consta si se copió a la CNEE o a usted personalmente en dichas comunicaciones.

R. No, no me consta y nunca fui copiado en ninguna de esas comunicaciones.

existieron contactos unilaterales entre la Comisión Pericial (a través de Bates White) y EEGSA en los cuales la CNEE no participó ni fue informada:

Q. [...] [C]an you say definitively that when those decisions of the Comisión Pericial, the Expert Commission, were being passed to Bates White, that Bates White never once during that period requested information from EEGSA?

A. No, they requested information such as the cost of some rents for buildings and issues like that, that the Experts Committee requested to include that information as part of the tariff proposal, and Bates White did not have it, so they had to contact one person that was within the area in Guatemala that had that information. So, they requested that specific information and got it²⁶⁹.

183. Es claro que ante estas circunstancias, los pronunciamientos de la Comisión Pericial a favor del estudio tarifario de EEGSA en nada cambian la conclusión de que la CNEE no podía utilizar dicho estudio para fijar las tarifas.

2. La Comisión Pericial se excedió en su mandato

184. Más allá de darle la razón en la mayoría de los casos a la CNEE, es cierto también que la Comisión Pericial se excedió en sus funciones. Como Guatemala lo indicó durante este procedimiento, el mandato de la Comisión Pericial tal como surgía de sus documentos constitutivos era verificar el cumplimiento del estudio de Bates White con los Términos de Referencia²⁷⁰. La Comisión Pericial no tenía, sin embargo, facultades para modificar la metodología establecida en dichos Términos de Referencia dado que como ya se ha indicado, de acuerdo a la LGE la determinación de la metodología le corresponde únicamente a la CNEE²⁷¹. A pesar de ello, la Comisión Pericial se extralimitó en sus funciones y, como lo admitió el Lic. Giacchino mismo²⁷², modificó la metodología relativa a la FRC establecida en

²⁶⁹ Tr. (inglés), Día Cinco, 935:5-18, Giacchino.

²⁷⁰ Memorial de Contestación, párrs. 207, 359 y 373, Memorial de Dúplica, párrs. 425 y 431.

²⁷¹ LGE, **Anexo R-8**, Art 4(c).

²⁷² Tr. (inglés), Día Cinco, 958:18-959:5, Giacchino:

PRESIDENT MOURRE: And my question is: changing Factor 2, is that a variation in methodology?

THE WITNESS: There was a variation in the methodology because the premises were changed, so the Factor 2 is the result of a method, and within that method to get there, Mr. Riubrugent was taking certain premises, certain assumptions. So, if you changed the assumptions, you get the different result. So, the change in the methodology there was to change the assumptions”.

los Términos de Referencia, dictaminando que los bienes no se depreciarían durante toda la vida útil sino solo por el período tarifario²⁷³.

Pregunta del Tribunal: ¿La fórmula de la FRC propuesta por la Comisión Pericial cumple con el marco regulatorio?

185. Durante la Audiencia el Tribunal preguntó si la fórmula de la FRC propuesta por la Comisión Pericial cumplía con el marco regulatorio²⁷⁴. La respuesta es negativa. La modificación de la fórmula de la FRC propuesta por la Comisión Pericial no solo fue una clara extralimitación en las funciones de la Comisión Pericial sino que, además, no cumple con la LGE ni el Reglamento. La FRC propuesta por la Comisión Pericial acumula depreciaciones durante los cinco años del estudio tarifario pero luego reajusta la depreciación nuevamente a cero²⁷⁵. La FRC de la Comisión Pericial implica una depreciación promedio del 8,3% a pesar de que los activos han estado en operación por un período mucho mayor de cinco años y el inversor ya ha recuperado parte de dicha inversión en forma de pagos de depreciación durante quince años²⁷⁶.

186. Tal como lo explicó el Ing. Damonte durante la Audiencia, al establecer un valor implícito de depreciación del 8,3% solamente, esta fórmula genera una sobre-remuneración para EEGSA de aproximadamente un 19%:

Yo lo que dije es que el factor recupero de capital calculado, la fórmula que plantea la Comisión Pericial, es incorrecta. Y lo puedo demostrar desde el punto de vista financiero de que es incorrecto. Está mal, tiene errores, no cumple con la validez financiera. Tiene 19 por ciento de sobreestimación del valor presente neto [...] La fórmula de la Comisión Pericial arroja un 19 por ciento de valor presente indebido, o sea, el resultado es como si el VNR [fuera un] 19 por ciento más alto²⁷⁷.

²⁷³ LGE, **Anexo R-8**, artículo 73:

“[...] La anualidad será calculada con la vida útil típica de instalaciones de distribución. [...]”

²⁷⁴ Tr. (inglés), Día Dos, 401:20-22, Mourre.

²⁷⁵ Damonte Dúplica, **Apéndice RER-5**, párr. 186.

²⁷⁶ Tr. (castellano), Día Seis, 1459:9-12, Damonte.

²⁷⁷ Tr. (castellano), Día Seis, 1495:5-20, Damonte (Énfasis añadido); Damonte Dúplica, **Apéndice RER-5**, párr. 189 y Tabla 20; M Abdala y M Schoeters, **Apéndice RER-1**, párrs. 67-71 y Tabla IV; M Abdala y M Schoeters, **Apéndice RER-4**, párrs. 29-30.

187. Asimismo, esta metodología es contraria al artículo 73 de la LGE que dispone que la “anualidad” será calculada “con la vida útil típica de instalaciones de distribución”²⁷⁸. La vida útil de los bienes de distribución ronda, dependiendo del bien en cuestión, entre 25 o 30 años, por lo que mal puede aprobarse una FRC que solo deprecia por los 5 años del período tarifario, como pretendió la Comisión Pericial. La consecuencia de aplicar la FRC de la Comisión Pericial sería remunerar al distribuidor por el costo de reemplazar todos los activos cada cinco años cuando en realidad lo está haciendo solo cada 25 o 30 años.

188. A modo de referencia cabe recordar que en la revisión tarifaria del 2003-2008 el nivel de depreciación aplicado fue de 30% y el valor real de depreciaciones de la base de activos de EEGSA al 2008, según sus estados contables, era de 43,5%²⁷⁹. Cabe señalar que la Comisión Pericial no brindó ninguna explicación sobre la enorme diferencia de valores de su fórmula propuesta y estas últimas cifras. Ello, a pesar de que si bien durante la revisión tarifaria EEGSA se había negado rotundamente a proporcionar sus estados contables a la CNEE²⁸⁰, la Comisión Pericial sí contaba con ellos al momento de emitir su pronunciamiento²⁸¹ y 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”²⁸².

* * * *

189. Por todo lo anterior es claro que el estudio de Bates White del 5 de mayo no podía ser utilizado para fijar las tarifas del período 2008-2013.

²⁷⁸ LGE, **Anexo R-8**, artículo 73: “El costo de capital por unidad de potencia se calculará como la anualidad constante de costo de capital correspondiente al Valor Nuevo de Reemplazo de una red de distribución dimensionada económicamente. La anualidad será calculada con la vida útil típica de instalaciones de distribución y la tasa de actualización que se utilice en el cálculo de las tarifas. El costo de operación y mantenimiento corresponderá al de una gestión eficiente de la red de distribución de referencia.” (Énfasis añadido).

²⁷⁹ Tr. (castellano), Día Seis, 1459:4-1460:7, Damonte; Interrogatorio directo de Mario Damonte, filmina 17.

²⁸⁰ Carta de Ing. Carlos Colom Bickford al Ing. Luis Maté, 30 de octubre de 2007, **Anexo R-236**; Carta de Miguel Calleja al Ing. Carlos Colom Bickford, 6 de noviembre de 2007, **Anexo R-237**, págs. 1-2.

²⁸¹ Correos electrónicos entre M. Peláez y J. Riubrugent, fechas varias, **Anexo C-496**.

²⁸² Tr. (castellano), Día Cuatro, 808:18-21, Bastos.

E. EL ESTUDIO DEL 28 DE JULIO NO CUMPLÍA CON LOS PRONUNCIAMIENTOS DE LA COMISIÓN PERICIAL

190. TGH alega que si bien el estudio del 5 de mayo no podía ser utilizado para fijar las tarifas, la CNEE debería haber utilizado su estudio del 28 de julio “corregido”. Como ya se ha explicado, no existía en el marco regulatorio una estipulación que le permitiera al consultor corregir el estudio y someterlo a “aprobación” de la Comisión Pericial. Los únicos escenarios contemplados en la ley eran (1) que la Comisión Pericial se “pronunciara” sobre las discrepancias y (2) que la CNEE (i) modificara el estudio del distribuidor para adaptarlo a los pronunciamientos de la Comisión Pericial, o (ii) lo rechazara y estableciera las tarifas en base al estudio de su consultor²⁸³.

191. Pero al margen de esta cuestión legal, el estudio de Bates White del 28 de julio no podía servir de base para la determinación de las tarifas porque, como se explica más abajo, éste no incorporaba la totalidad de los pronunciamientos de la Comisión Pericial y además contenía la FRC propuesta por la Comisión Pericial que, como ya vimos, era técnicamente incorrecta.

1. El estudio de Bates White del 28 de julio no incorporaba la totalidad de los pronunciamientos de la Comisión Pericial y continuaba arrojando un VNR y un VAD sobrevaluado

192. A fin de demostrar que el estudio del 28 de julio no incorporó la totalidad de los pronunciamientos de la Comisión Pericial y que sus resultados se encontraban aún muy sobrevaluados, Guatemala le solicitó al Ing. Damonte que tomara el estudio del 5 de mayo e incorporara todos los pronunciamientos de la Comisión Pericial. En base a dichas instrucciones, el Ing. Damonte procedió a incorporar todos los pronunciamientos posibles y económicamente relevantes²⁸⁴. El valor obtenido por el Ing. Damonte fue de US\$ 629 millones en VNR, en lugar de los US\$ 1.053 millones calculados por Bates White²⁸⁵.

193. Respecto del VAD, aun calculado con la FRC de la Comisión Pericial, que como ya explicamos contenía errores técnicos graves, el valor estimado por el Ing. Damonte fue de US\$

²⁸³ RLGE, **Anexo R-36**, artículo 98.

²⁸⁴ Tr. (castellano), 1452:21-1453:12, Damonte.

²⁸⁵ Interrogatorio directo de Mario Damonte, filmina 12. Damonte, **Apéndice RER-2**, párr. 173; Damonte Dúplica, **Apéndice RER-5**, párrs. 195-196, 271.

184 millones por año, en lugar de los US\$ 261 millones por año calculados por Bates White²⁸⁶. Esta sustancial diferencia entre los VNRs y VADs evidencia la gran sobrevaluación del estudio de Bates White.

194. Ahora bien, durante la Audiencia, los abogados de TGH cuestionaron al Ing. Damonte por no haber incorporado todos los pronunciamientos tal cual habían sido dictados²⁸⁷. La razón por la cuál el Ing. Damonte no pudo incorporar la totalidad de los pronunciamientos fue porque en muchos casos la Comisión Pericial había dictaminado que mayor información era necesaria²⁸⁸ o que EEGSA debía justificar que la opción seleccionada era la más eficiente²⁸⁹. Asimismo, como lo explicó el Ing. Damonte en la Audiencia, éste no pudo realizar una auditoría de la optimización del modelo por no ser el modelo auditable. Sin embargo, como bien lo explicó el Ing. Damonte, el resultado de incorporar estos pronunciamientos solo hubiera, en todo caso, llevado el VNR y VAD a valores inferiores a los que éste calculo²⁹⁰. En este contexto, el reporte del Ing. Damonte es, en todo caso, conservador y ello queda evidenciado, por ejemplo, por el hecho que los valores calculados por el Ing. Damonte se encuentran aun por arriba de la oferta realizada por el Sr. Pérez unos meses antes de US\$ 175 millones.

195. Durante la Audiencia los abogados de TGH cuestionaron también el hecho de que el Ing. Damonte no hubiera estudiado y opinado directamente sobre el estudio del 28 de julio²⁹¹. La razón para ello fue explicada por el Ing. Damonte en la Audiencia, dicho ejercicio hubiera sido extremadamente complicado:

El problema, y yo [lo] hice en algunos casos, [es que] resultaba tremendamente mas complicado [...] Imagínense ustedes, tomen el estudio del 28. Bueno, voy a chequear si los 3 millones de dólares de arbitraje que fueron cuestionados por la Comisión están o no están dentro del VAD, que es uno donde finalmente va a llegar. Bueno, tomo, encuentro la planilla, me

²⁸⁶ Interrogatorio directo de Mario Damonte, filmina 14. Damonte, **Apéndice RER-2**, párr. 171, tabla 5; Damonte Dúplica, **Apéndice RER-5**, párr. 195, cuadro.

²⁸⁷ Tr. (castellano), Día Seis, 1503:16-1504:13, Damonte.

²⁸⁸ Informe de la Comisión Pericial de 25 de julio de 2008, **Anexo R-87**, pág. B.1.a ("Precios de Referencia"), F.1 ("Costos de Explotación Propuestos"), F.3 ("Costos Directos") y F.6 ("Costos de Activos no Eléctricos y Materiales").

²⁸⁹ *Ibid.*, Discrepancia B.2 ("Mano de Obra), págs. 48-49 y Discrepancia B.3 ("Vehículos y Montaje), pág. 51.

²⁹⁰ Damonte, **Apéndice RER-5**, párr. 242.

²⁹¹ Tr. (castellano), Día Seis, 1487:16-1488:15, Damonte.

lleva a otra planilla, le cambia el nombre, le cambia la cifra, o sea, en vez de poner 3 millones la pasa a valor mensual, le agrega los intereses como si lo pagara en cuotas, me da un cierto valor y le pone otro nombre, y dice "Gerencia de ingresos", [...]. Y de ese valor luego lo lleva a otra planilla, lo multiplica por 12, obtiene 700 y pico mil dólares al año y ese valor lo mete como servicios profesionales o alguna cosa así. Muy complicado. Me llevó 4-5 horas solamente esa cifra. O sea, realmente el estudio del 28 estaba armado no para facilitarle la revisión al auditor sino más bien para complicársela. Para mí era mucho más fácil, agarrar el del 5 del 5, le cambio y pongo cero, [...] y ahí me da el resultado. ¿Cuánto demoró? Cinco minutos. Y el resultado debería ser igual. Lo hice en varios casos y también con los mismos problemas de poder auditar. Dicen que el modelo está vinculado, qué sé yo. Están los nombres de los vínculos, pero de ahí uno tiene que ir a buscar los archivos. No están en una sola carpeta y uno dice: "Sí, están todos integrados". Nosotros para poder revisar tuvimos que integrar todas las planillas en una sola para poder luego hacer los seguimientos de la tremenda cantidad de vínculos. Son 100 y pico de modelos, 160 planillas"²⁹².

196. Debe destacarse, como lo explicó el Ing. Damonte en la Audiencia, que aún si hubiera realizado el ejercicio de revisar el estudio del 28 de julio contra el pronunciamiento de la Comisión Pericial, el resultado "debería haber sido exactamente igual"²⁹³ a la revisión que él efectuó.

2. La aprobación de Bastos en nada cambia esta conclusión dado que, como lo reconoció en la Audiencia, no revisó el estudio de Bates White de 28 de julio para verificar su consistencia con el pronunciamiento de la Comisión Pericial

197. El 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. Según el Ing. Bastos, su supuesta "aprobación" del estudio tuvo lugar luego de una serie de reuniones entre el 30 y 31 de julio de 2008 con el Lic. Giacchino y su equipo. Las reuniones tuvieron lugar en las oficinas de Bates White en Washington DC, adonde el Ing. Bastos había viajado con todos los gastos pagos por Bates White (es decir, EEGSA).²⁹⁴

198. Más allá de la no pertinencia legal de esta "aprobación", es importante resaltar que en el breve lapso en el que el Ing. Bastos revisó el estudio, éste no pudo más que limitarse a

²⁹² *Ibid.*, 1453:22-1455:11.

²⁹³ *Ibid.*, 1453:18-19.

²⁹⁴ Tr. (castellano), Día Cuatro, 781:3-5 y 782:4-5, Bastos.

“*validar*” lo que el Lic. Giacchino y su equipo le dijeron que habían realizado²⁹⁵. A efectos ilustrativos, mientras que el Ing. Bastos apenas dedicó dos días a la revisión del estudio, el Sr. Barrera reconoció en la Audiencia que su revisión de la incorporación de los pronunciamientos le llevó a él y su equipo alrededor de un mes y medio²⁹⁶. La verificación adecuada de algunos de los pronunciamientos solamente hubiera en sí llevado varios días²⁹⁷.

199. En su interrogatorio, el Ing. Bastos confirmó la liviandad de dicha “aprobación”. El Ing. Bastos comenzó por admitir que no había revisado el informe escrito que contenía la sustancia del estudio tarifario:

P. ¿Cuántas páginas tenía el estudio de Bates White del 28 de julio?

R. Era una carpeta muy voluminosa, casi del tamaño del folder que tengo aquí. No recuerdo la cantidad de páginas, pero yo no revisé papeles escritos; me dediqué a los modelos de computación.

P. ¿Usted no revisó papeles escritos, al informe escrito?

R. No pude dedicarme a revisar el informe escrito²⁹⁸.

200. Según el Ing. Bastos, su falta de revisión del estudio en sí no afectó la calidad de su revisión, puesto que según él sí revisó “cada planilla de los modelos de Excel”:

P. Cuando usted revisó el estudio revisado de Bates White, ¿pudo usted determinar que todos los pasos fueron corroborados y que los modelos [...] podían ser rastreables?

R. Sí, sí lo corroboré. Después de que se presentó el informe, yo estuve -no recuerdo exactamente la fecha- dos días en Washington, en las oficinas de la consultora, viendo cómo había sido incorporada cada una de las decisiones que la Comisión había tomado en los modelos de computación. Específicamente, estuve chequeando en cada planilla de los modelos de

²⁹⁵ *Ibid.*, 780:4-16 y 783:1-784:4.

²⁹⁶ Tr. (inglés), Día Seis, 1361:18-19, Barrera.

²⁹⁷ Basta señalar un ejemplo para entender el alcance de la aprobación del Ing. Bastos. El pronunciamiento No. B.1.a de la Comisión Pericial requería la presentación de precios de referencia internacionales para poder comprobar que los precios incluidos en el modelo de Bates White eran los más eficientes. Para comprobar que el modelo de Bates White del 28 de julio incluía verdaderamente precios eficientes, el Ing. Bastos hubiera debido imprimir una hoja PDF (que supuestamente contenía los 498 precios requeridos) y verificar, precio por precio, los precios contenidos en la base de datos y comprarlos con aquellos incluidos en el modelo de Bates White para decidir si los precios elegidos por éste eran los más eficientes. Ello además, sin contar con una base de datos automatizada como lo había requerido la Comisión Pericial. (Ver Memorial de Dúplica, párr. 161).

²⁹⁸ Tr. (castellano), Día Cuatro, 783:21-784:8, Bastos (Énfasis añadido).

Excel cuáles habían sido las celdas que habían sido cambiadas y cómo habían sido afectados los modelos²⁹⁹.

201. Sin embargo, no es cierto que el Ing. Bastos revisó las planillas de los modelos. Interrogado al respecto en el arbitraje *Iberdrola*, el Ing. Bastos reconoció que no había podido revisar estas planillas y modelos:

En ningún momento he pretendido decir que he podido revisar los 137 modelos Excel y todos sus pasos de cálculo ni las mil y pico de hojas que constituyen el informe final, y lo digo taxativamente [...]. Para mí era imposible corroborar todos los pasos de cálculo del modelo³⁰⁰.

202. Hasta el propio Lic. Giacchino había sugerido que el Ing. Bastos debería al menos haber leído las partes más relevantes del informe³⁰¹. Pero no lo hizo. Si lo hubiera hecho tal vez habría advertido, por ejemplo, que el estudio de 28 de julio de Bates White refería a cinco pronunciamientos como habiendo sido dictados a favor de EEGSA cuando en realidad fueron dictados a favor de la CNEE³⁰². Otra prueba de la liviandad de su revisión es que el Ing. Bastos no pudo explicar porqué EEGSA todavía seguía pidiendo en su estudio de 28 de julio más de US\$ 3 millones en concepto de “honorarios de arbitraje”, cuando la Comisión Pericial había decidido a favor de la CNEE y, por lo tanto, en contra de la inclusión de dicho concepto dentro del VNR, que ni siquiera correspondía a una disputa en curso³⁰³.

203. En definitiva, es claro que la revisión del estudio tarifario del Ing. Bastos en su breve estadía en Washington DC, si existió, fue mínima. En los dos días de “revisión” del Ing. Bastos, no pudo más que limitarse a validar lo que el Lic. Giacchino *le dijo* había realizado. Es

²⁹⁹ *Ibid.*, 747:13-748:4 (Énfasis añadido).

³⁰⁰ Transcripciones audiencia final Caso CIADI No. ARB/09/5 (extractos), **Anexo R-140**, Tr., Día Dos, 635:3-636:4, Bastos (Énfasis añadido).

³⁰¹ Tr. (inglés), Día Cinco, 948:7-15, Giacchino:

Q. And the caveat was the one that you see here that begins, "The extension and complexity of the model in itself have prevented me following in detail all of the calculation steps that have taken place."

A. Yes. There is over 200 files total, so he didn't go through all the 200 files.

Q. Okay.

A. He only went through the modifications to the model.

³⁰² Memorial de Contestación, párr. 431.

³⁰³ Tr. (castellano), Día Cuatro, 793:17-19, Bastos.

BASTOS: Mi respuesta concreta es que no sé por qué están estos 3 millones aquí. No recuerdo por qué se han conservado.

claro que esta aprobación *express* del Ing. Bastos, de ninguna manera permitía usar dicho estudio como base para la determinación de las tarifas.

3. El reporte del Sr. Barrera tampoco cambia esta conclusión dado que fue realizado en base a la información provista por Lic. Giacchino y su “propia” interpretación de los pronunciamientos de la CP

204. Reconociendo la debilidad de la aprobación *express* del estudio de 28 de julio por parte de Ing. Bastos y de la “auto-aprobación” por parte del Lic. Giacchino, TGH decidió contratar al experto Barrera para que certificara que todos los pronunciamientos de la Comisión Pericial habían sido supuestamente incorporados en el estudio del 28 de julio. Por las razones desarrolladas a continuación, la evidencia del Sr. Barrera no sólo confirma que el estudio del 28 de julio no incorporaba la totalidad de los pronunciamientos sino que demuestra que la CNEE no tenía manera de corroborar si efectivamente lo hacía.

205. Primero, tal como el Sr. Barrera lo admitió abiertamente en su reporte³⁰⁴ y lo confirmó oralmente en la Audiencia, para llegar a la conclusión de que “en el estudio de Bates White del 28 de julio de 2008 se implementaron todas las decisiones del Informe de la CP”³⁰⁵, el Sr. Barrera consultó con el mismo Lic. Giacchino³⁰⁶, a quien además conoce desde hace más de 10 años³⁰⁷. Ante estas circunstancias, la opinión categórica del Sr. Barrera pierde toda credibilidad.

206. Segundo, el Sr. Barrera mismo admitió en su reporte —y lo confirmó en la Audiencia— que ciertos pronunciamientos de la Comisión Pericial no habían sido incorporados en el estudio del 28 de julio. A modo de ejemplo, el Sr. Barrera admitió que no todos los precios de referencia internacionales requeridos por la Comisión Pericial habían sido provistos³⁰⁸. Si bien intentó justificar dicha falta indicando que en ciertos casos Bates White había provisto una explicación, admitió que en otros ni siquiera ello había sido señalado en el reporte. Para estos casos, la excusa del Sr. Barrera fue que de todas maneras dichos precios no

³⁰⁴ Barrera, **Apéndice CER-4**, párr. 69.

³⁰⁵ *Ibid.*, párr. 65.

³⁰⁶ Tr. (inglés), Día Seis, 1326:7-1326:16, Barrera.

³⁰⁷ Tr. (inglés), Día Seis, 1325:18-1326:6, Barrera.

³⁰⁸ *Ibid.*, 1363:9-15. Barrera, **Apéndice CER-4**, párr. 79.

eran utilizados en el estudio³⁰⁹. Como quedó demostrado en la Audiencia, el procedimiento que la CNEE hubiera debido realizar para identificar dichos precios, y confirmar que no habían sido utilizados, era extremadamente complicado³¹⁰.

207. Tercero, el Sr. Barrera también reconoció durante la Audiencia que no había verificado que la totalidad del modelo fuera trazable, tal como lo había requerido la Comisión Pericial en su pronunciamiento respecto de la Discrepancia 1³¹¹. Lo único que supuestamente verificó, fue que los cambios realizados por Bates White en el estudio del 28 de julio fueran trazables³¹². Cabe aclarar, sin embargo, que el Ing. Bastos, presidente de la Comisión Pericial, confirmó en la Audiencia que la Discrepancia 1 requería que todo el modelo fuera trazable y no solo las últimas modificaciones como lo sostuvo el Sr. Barrera:

Lo que la Comisión determinó o decidió con respecto a esta discrepancia [1] es que todos estos pasos pudieran ser efectivamente corroborados y que los modelos pudieran ser trazables, es decir, se pudiera seguir el proceso de los datos hasta los resultados³¹³.

208. La necesidad de que la totalidad del estudio sea trazable se justifica en el hecho de que tanto la CNEE como cualquier otro tercero interesado deben poder auditar el estudio tarifario completo. La trazabilidad “parcial” que propone el Sr. Barrera no era suficiente para la CNEE. Cabe recordar que en tanto que autoridad pública responsable de fijar las tarifas para la ciudadanía guatemalteca, ésta tenía la obligación de verificar que los elementos del estudio fueran consistentes con el marco regulatorio. Por lo tanto, es evidente que la revisión limitada realizada por el Sr. Barrera no alcanza para sostener que el estudio del 28 de julio reflejaba la totalidad de los pronunciamientos de la Comisión Pericial.

209. Asimismo, 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, tal como lo confirmó en respuesta a una pregunta del árbitro von Wobeser:

Arbitrator von Wobeser: [...] You only saw whether the recommendations were included or not. They were combinations of the CE?

³⁰⁹ Tr. (inglés), Día Seis, 1363:16-1364:-6, Barrera. Barrera, **Apéndice CER-4**, párr. 79.

³¹⁰ Tr. (inglés), Día Seis, 1364:11-1365:15, Barrera. Barrera, **Apéndice CER-4**, nota al pie 47.

³¹¹ Informe de la Comisión Pericial de 25 de julio de 2008, **Anexo R-87**, Discrepancia 1.

³¹² Tr. (inglés), Día Seis, 1351:14-1352:1 y 1360:8-14, Barrera.

³¹³ Tr. (castellano), Día Dos, 747:3-8, Bastos (Énfasis añadido).

Barrera: Yes, exactly. We did not conduct a review of the May model.

Arbitrator von Wobeser: When you say that they are reasonable, you reached the conclusion that they were reasonable. Based on what?

Barrera: On the basis of what the CE was requesting.

Arbitrator von Wobeser: So, they're reasonable because they included the recommendations, not because of the results obtained?

Barrera: Yes, that's correct.³¹⁴

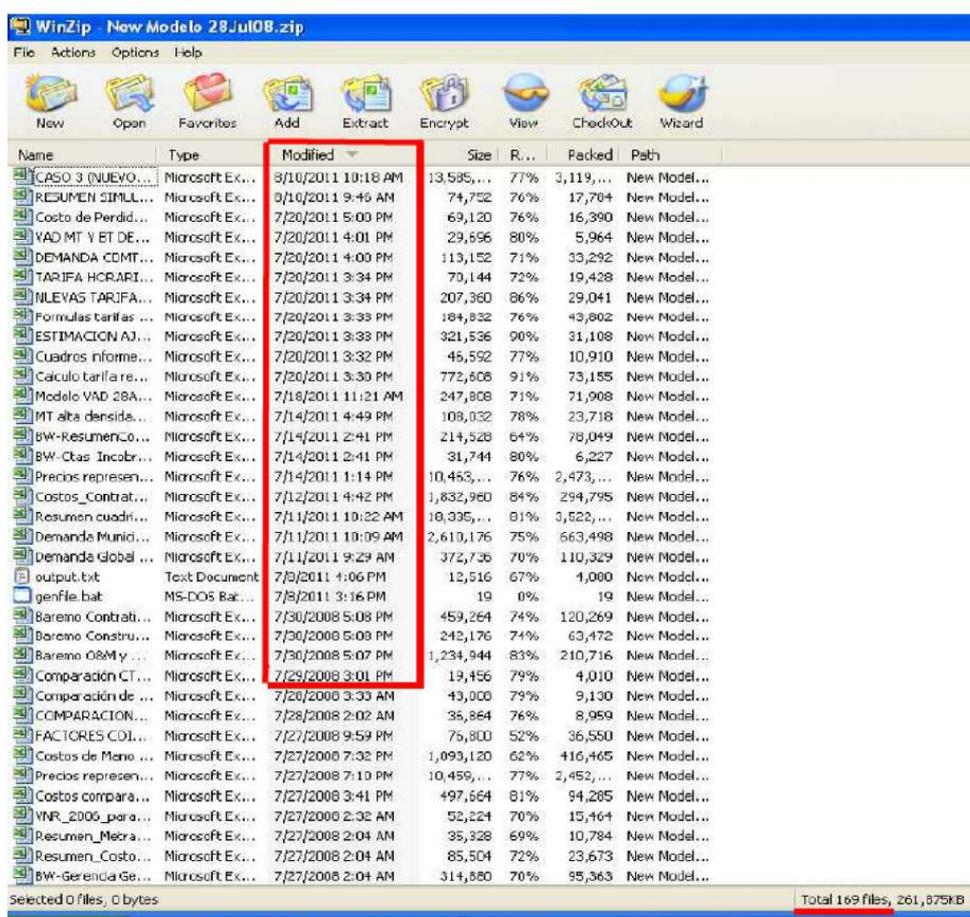
210. Como se explica en detalle más abajo (Sección III.F), contrariamente a lo expresado por el Sr. Barrera, los valores del VNR y del VAD del 28 de julio no eran razonables.

211. Por último, cabe señalar que el Sr. 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. De hecho, quince por ciento de todos los archivos contenidos en el modelo revisado por Barrera tienen fecha de modificación de archivo posterior al 28 de julio³¹⁵. El Sr. Barrera reconoció en la Audiencia no haber verificado las fechas ni haberse percatado de las modificaciones en los modelos sobre los que trabajó³¹⁶.

³¹⁴ Tr. (inglés), Día Seis, 1376:9-1377-1, Barrera (Énfasis añadido).

³¹⁵ Ver Informe de Bates White del 28 de Julio de 2008, **Anexo C-564**. Cuando los archivos son organizados por fecha de modificación, es claro que los siguientes archivos tienen fechas de modificación posteriores al 8 de julio de 2008: CASO 3 (NUEVOS FACTORES, EQUIVALENCIA Y PRECIOS. xls; RESUMEN SIMULACIONES.XLS; Costo de Perdidas Estudio Tarifario.xls; VAD MT Y BT DEF 010508; DEMANDA CDMT Y CDBT 2006-2007-DEF CPercial.xls; TARIFA HORARIA; NUEVAS TARIFAS revmayo2008 DEF.xls; Formulas tarifas 120308 amarillo mod 010508.xls; ESTIMACION AJUSTES TRIMESTRALES AGOSTO.xls; Cuadros informe de tarifas010508.xls; Calculo tarifa reconexiones.xls; Modelo VAD 28Abr08.xls; MT alta densidad.xls; BW-ResumenComercial_v4.xls; BW-Ctas Incobrables v2.XLS; Precios representativos 05May08.xls; Resumen cuadrículas 21Mar08.xls; Demanda Municipios 20080221.xls; Demanda Global 25Jan08.xls; Baremo Contratista – Informe final – 28.07.08.xls; Baremo Construcción y Montaje – Informe Final – 28.07.08.xls; Baremos O&M y Comercial para Informe Final 28.7.08.xls; and Comparación CT en esquina.xls.

³¹⁶ Tr. (inglés), Día Seis, 1368:10-1369:19, Barrera.



212. Ante esta evidencia, el Sr. Barrera trató de justificar tales cambios indicando que, si bien él no había analizado la cuestión ni era especialista en sistemas, creía que era posible que un archivo cambiara su fecha sin que por lo tanto fuera modificado su contenido³¹⁷. Sin embargo, este no es el caso aquí. Mientras que el modelo revisado por el Sr. Barrera (Anexo C-564) contenía 169 archivos³¹⁸, el documento proporcionado a la CNEE (Anexo R-182) contenía solamente 163 archivos³¹⁹.

213. Por lo tanto, es claro que no se trataba únicamente de una mera “apertura y cierre de los archivos” como intentó justificar el Sr. Barrera sino de la incorporación de documentación adicional al modelo.

³¹⁷ *Ibid.*, 1375:10-14.

³¹⁸ Modelo que acompaña el estudio revisado de Bates White de 28 de julio de 2008, **Anexo C-564**; filmina 11, interrogatorio del Sr. Barrera.

³¹⁹ Bates White, Estudio Tarifario del Valor Agregado de Distribución (Planilla) de 28 de julio de 2008, **Anexo R-182**; filmina 12, interrogatorio del Sr. Barrera.

214. Estos son solo algunos ejemplos (resaltados en el limitado tiempo disponible en la Audiencia) pero que por sí solos son suficientes para confirmar que la opinión del Sr. Barrera de que el estudio del 28 de julio incorporaba “completamente” los pronunciamientos de la Comisión Pericial no es correcta ni confiable.

4. El reporte del Sr. Kaczmarek tampoco cambia esta conclusión dado que el mismo fue también basado en los dichos del Lic. Giacchino

215. TGH intentó reforzar su caso solicitándole también al Sr. Kaczmarek que confirmara que el estudio del 28 de julio incorporaba la totalidad de los pronunciamientos de la Comisión Pericial. Así, el Sr. Kaczmarek en varias oportunidades explicó que “*Bates White incorporated in its 28 July 2008 report the Expert Commission’s rulings on the discrepancies*”³²⁰. Sin embargo, como ya se adelantó, el Sr. Kaczmarek reconoció durante su contra-interrogatorio no haber realizado análisis alguno sobre el estudio del 28 de julio y haber hecho dicha afirmación sobre la base de los dichos del propio autor del reporte, el Lic. Giacchino³²¹. Ello incluso a pesar de que los expertos de Guatemala observaran este defecto de su reporte y criticaran la utilización “a ciegas” del estudio del 28 de julio y la FRC de la Comisión Pericial³²².

216. En conclusión, es claro que el estudio del 28 de julio no contenía la totalidad de los pronunciamientos de la Comisión Pericial, seguía sin ser un estudio confiable ni auditable y reflejaba valores de VNR y VAD muy sobrevaluados. Los esfuerzos de TGH por esconder dicha realidad con opiniones de expertos preparadas a los fines de este arbitraje no son suficientes para revertir esta conclusión.

³²⁰ Kaczmarek, **Apéndice CER-2**, párr. 126. Ver también párrs. 13, 101, 113, 125.

³²¹ Tr. (inglés), Día Seis, 1521:2-8, Kaczmarek:

Q. [...] [B]asically you take that [it] is correct because it’s Giacchino opinion?

A. Yes, that’s correct. I understand that Guatemala contests that, but I’ve not offered any opinion because I haven’t done any work to check whether or not all of the Expert Commission’s findings were incorporated.

³²² M Abdala y M Schoeters, **Apéndice RER-1**, párr. 4 (b) y párr. 48; M Abdala y M Schoeters, **Apéndice RER-4**, párr. 6.

F. A DIFERENCIA DE LAS TARIFAS PRETENDIDAS POR EEGSA, LAS TARIFAS FIJADAS POR LA CNEE FUERON RAZONABLES

1. Las tarifas de Sigla fueron razonables y consistentes con las tendencias de la región

217. Al recibir la CNEE la confirmación de la Comisión Pericial que el estudio del 5 de mayo no respetaba los Términos de Referencia respecto de más del 50% de las discrepancias, la CNEE tenía solo dos alternativas de acuerdo al marco regulatorio: corregir el estudio de 5 de mayo si fuera posible o usar el estudio preparado por el consultor independiente Sigla³²³. Como ya ha quedado acreditado, la primera opción no era viable. Según el pronunciamiento de la Comisión Pericial el estudio de 5 de mayo no era auditable y realizar su auditoría y las modificaciones pertinentes hubiera llevado al menos un par de meses³²⁴. Recordemos que el Sr. Barrera admitió durante la Audiencia haber trabajado con un grupo de cuatro personas durante un mes y medio, y con la ayuda y guía del Lic. Giacchino³²⁵ para intentar incorporar los pronunciamientos

218. En tales circunstancias, la CNEE no tuvo más remedio que acudir al estudio paralelo del consultor Sigla. Recordemos que el estudio independiente de la CNEE tenía por objeto justamente ser una válvula de escape para evitar que los distribuidores pusieren al ente regulador contra la pared forzándole a aprobar un único estudio disponible aunque el mismo no contara con las garantías necesarias para servir de base a la fijación de tarifas quinquenales. Esto ni siquiera era algo nuevo en la regulación. Como bien lo explicó el experto Lic. Aguilar, la facultad de la CNEE de tener su propio estudio estaba incorporada en el artículo 5 de la LGE desde un principio:

Por consiguiente el tema acá es que se aprobó un pliego tarifario y la opinión jurídica que lo está sustentando es que se aprobó con base en un estudio que es lo que siempre ha señalado la ley para garantizar la objetividad de las tarifas, que la Comisión siempre debe basarse en un estudio. Ese estudio puede contratarlo ella o puede ser el que desarrolla obligatoriamente el distribuidor. Hay una parte muy importante. Todos se han centrado en el artículo 74 y 75 pero han desatendido el artículo 5 de la

³²³ Tr. (castellano), Día Cinco, 1069:20-1070:14, Moller.

³²⁴ Damonte, **Apéndice RER-2**, nota al pie 63.

³²⁵ Tr. (inglés), Día Seis, 1361:1-1362-13, Barrera.

génesis de la ley que le da la facultad a la CNEE de contratar sus propios estudios³²⁶.

219. En particular, el artículo 5 provee³²⁷:

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

220. Ante esta clara disposición legal, cualquier argumento de TGH respecto una supuesta arbitrariedad de la CNEE por utilizar el estudio de su consultor debe ser rechazado.

221. Los argumentos de supuesta arbitrariedad quedan desestimados además cuando se recuerda que Sigla no era un consultor *ad hoc* de la CNEE sino que fue seleccionado entre los consultores que podían ser también contratados por los distribuidores y contaba con experiencia e idoneidad similar a la de Bates White³²⁸. De hecho, Sigla había provisto servicios a EEGSA en la revisión tarifaria 2003-2008 y la propia EEGSA había reconocido haber quedado muy satisfecha con su trabajo³²⁹. Asimismo, el estudio de Sigla se hizo en base a los Términos de Referencia y la información disponible proporcionada por EEGSA. Tal como lo hizo con el estudio de Bates White, la CNEE proporcionó comentarios a los estudios de etapa de Sigla³³⁰. Finalmente, Sigla también preparó similares estudios para las empresas Deorsa y Deocsa (que no hubo necesidad de utilizar para fijar sus tarifas), lo que demuestra la transparencia y consistencia en el accionar de la CNEE. Lo cierto es que en más de 40 revisiones tarifarias³³¹, esta fue la única vez en la que se generaron discrepancias con el distribuidor que no pudieron ser resueltas y que requirieron que la CNEE aplique el estudio del consultor independiente.

222. Más allá de la legalidad del estudio de Sigla, sus valores eran razonables. Así, el VNR de Sigla es consistente con los VNRs de la región como bien surge del estudio de

³²⁶ Tr. (castellano), Día Cinco, 1290:7-19, Aguilar (Énfasis añadido).

³²⁷ LGE, **Anexo R-8**, artículo 5.

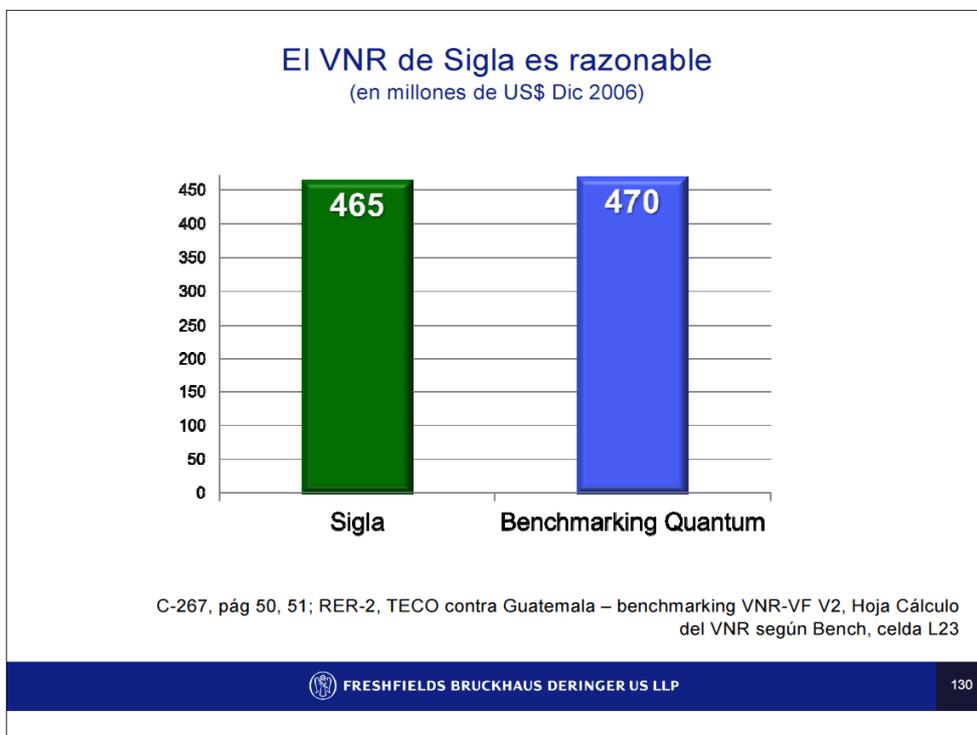
³²⁸ Tr. (castellano), Día Cinco, 1070:10-14, Moller.

³²⁹ Sigla S.A. – Electrotek S.A, Oferta Técnica para participar en el Supervisión de los Estudios de Caracterización de la Carga (ECC) y de los Componentes del Valor Agregado de Distribución (EVAD), 15 de octubre de 2007, **Anexo R-45**, págs. 46-47, (adjuntando carta de Miguel Francisco Calleja, Gerente de Planificación y Control, a Luis Sbertoli, Presidente de Sigla, 13 de octubre de 2005).

³³⁰ Tr. (castellano), Día Cinco, 1167:11-17, Colom.

³³¹ Tr. (castellano), Día Uno, 114:5-8, Discurso de Apertura de la Demandada.

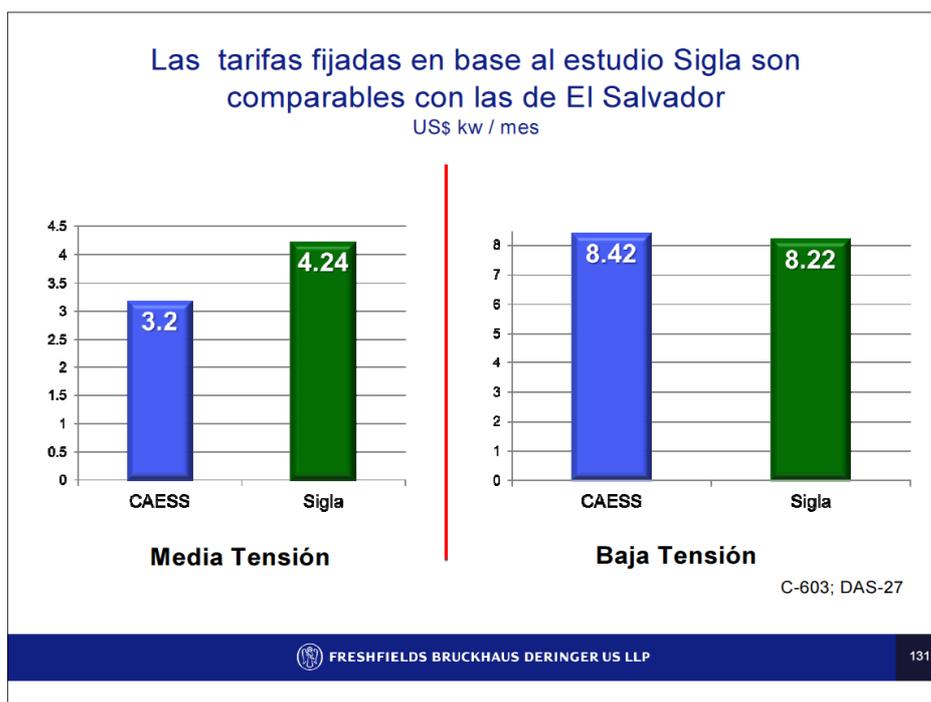
benchmarking preparado por el Ing. Damonte comparando VNRs de más de 60 compañías de la región³³²:



223. Asimismo, las tarifas fijadas por la CNEE en base al estudio tarifario de Sigla resultaron razonables a la luz de las tarifas aplicadas en CAESS del El Salvador, empresa utilizada como referencia por Guatemala para fijar las primeras tarifas de EEGSA, sobre las cuales Tecó realizó sus proyecciones³³³:

³³² Discurso de Apertura de la Demandada, filmina 130. Damonte, **Apéndice RER-2**, párr. 255.

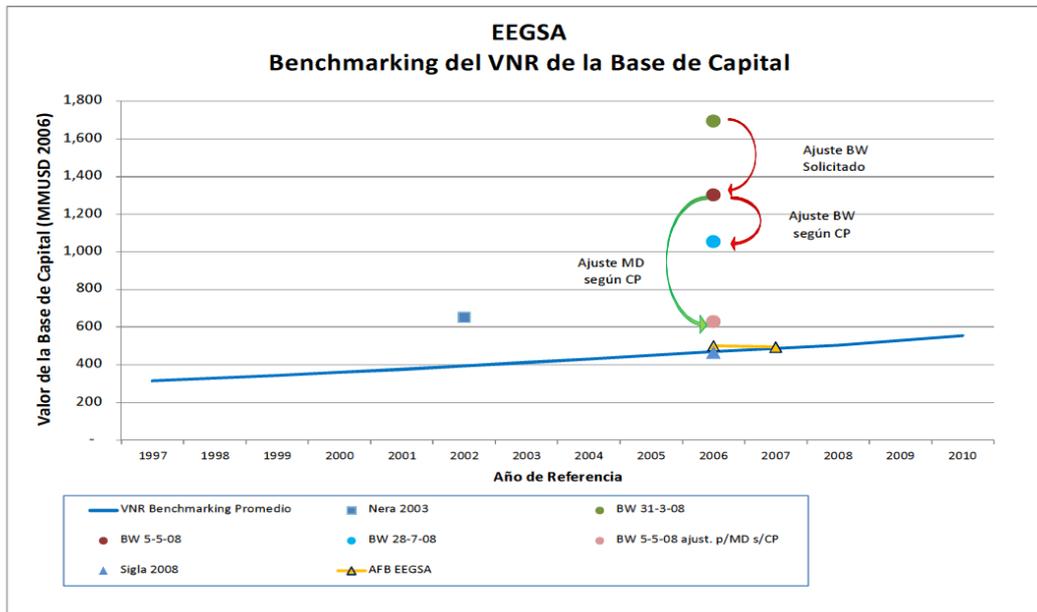
³³³ Discurso de Apertura de la Demandada, filmina 131. Tr (castellano), Día Uno, 188:32-189:12. Dúplica, párr. 464.



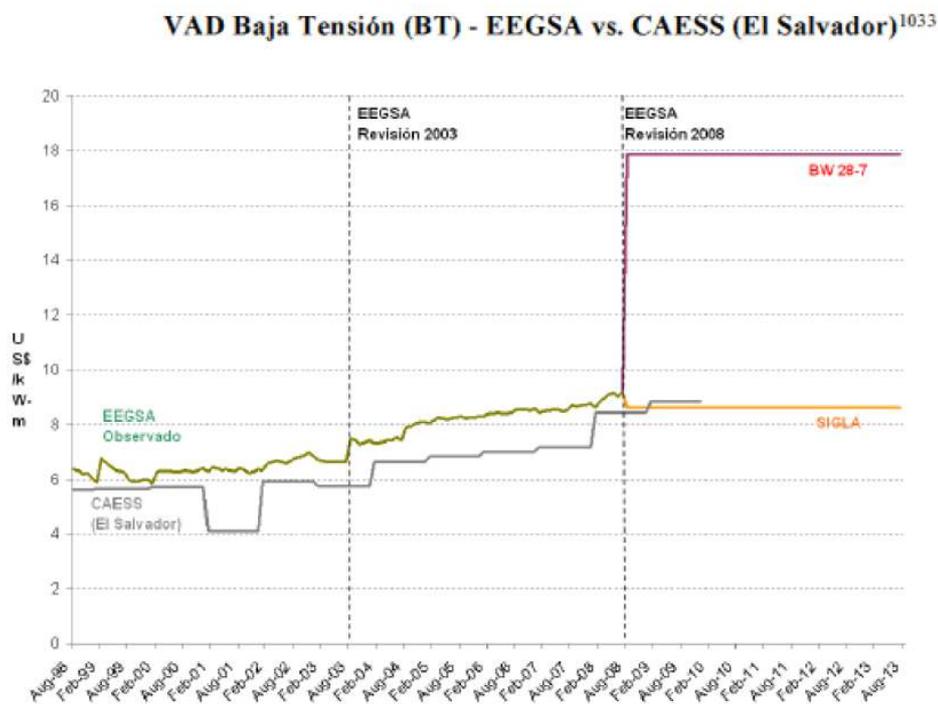
2. Las tarifas pretendidas por EEGSA en el estudio del 28 de julio eran excesivas

224. Contrariamente a los valores de VNR y de VAD propuestos por Sigla, los valores de VNR y de VAD propuestos por Bates White eran excesivos y muy alejados de los valores de la región. Como lo refleja el estudio de benchmarking del Ing. Damonte, el VNR de Bates White del 28 de julio se encontraba un 124% por encima de la media de la región³³⁴:

³³⁴ Damonte, Apéndice RER-2, Gráfico 5.



225. Asimismo, las tarifas que EEGSA pretendía aplicar hubieran sido también muy superiores a aquellas de CAESS³³⁵, como se ve en el gráfico más abajo:



³³⁵ M Abdala y M Schoeters, **Apéndice RER-1**, Sección IV.2.2.

226. Más importante aún, la evolución del VAD pretendida por EEGSA excedía con creces los valores proyectados por Teco al momento de realizar su oferta en la privatización. Tal como se muestra a continuación, al momento de la inversión, el consultor del consorcio proyectó que, en cada revisión tarifaria, habría reducciones del VAD en términos reales, una vez que se incluyeran en el cálculo los factores de eficiencia³³⁶:

EEGSA - EMPRESA ELÉCTRICA DE GUATEMALA, S.A.
Base Case Scenario - VALUES IN NOMINAL TERMS

7. Commercial assumptions

	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017
a. Demand variables																				
Adjustment factor for population growth	1.00	1.00	1.00	1.00	1.00	1.00	1.00	1.00	1.00	1.00	1.00	1.00	1.00	1.00	1.00	1.00	1.00	1.00	1.00	1.00
Adjustment factor for number of inhabitants/dwelling	1.00	1.00	1.00	1.00	1.00	1.00	1.00	1.00	1.00	1.00	1.00	1.00	1.00	1.00	1.00	1.00	1.00	1.00	1.00	1.00
Adjustment factor for electrification index	1.006	1.006	1.006	1.006	1.006	1.006	1.006	1.006	1.006	1.006	1.006	1.006	1.006	1.006	1.006	1.006	1.006	1.006	1.006	1.006
Adjustment factor for unitary Residential consumption	1.00	1.00	1.00	1.00	1.00	1.00	1.00	1.00	1.00	1.00	1.00	1.00	1.00	1.00	1.00	1.00	1.00	1.00	1.00	1.00
Adjustment factor for unitary Commercial consumption	1.00	1.00	1.00	1.00	1.00	1.00	1.00	1.00	1.00	1.00	1.00	1.00	1.00	1.00	1.00	1.00	1.00	1.00	1.00	1.00
Guatemala GDP growth	4.5%	4.5%	4.1%	4.1%	4.2%	4.2%	4.2%	4.2%	4.2%	4.2%	4.2%	4.2%	4.2%	4.2%	4.2%	4.2%	4.3%	4.3%	4.3%	4.3%
Adjustment to losses adjustment factor	1.000	0.964	0.927	0.891	0.855	0.818	0.818	0.818	0.818	0.818	0.818	0.818	0.818	0.818	0.818	0.818	0.818	0.818	0.818	0.818
Adjustment factor for energy losses	455	455	455	455	455	455	455	455	455	455	455	455	455	455	455	455	455	455	455	455
Hours of utilization per month																				
b. Other variables																				
Fee to market operator (% of energy purchases)	0.3%	0.3%	0.3%	0.3%	0.3%	0.3%	0.3%	0.3%	0.3%	0.3%	0.3%	0.3%	0.3%	0.3%	0.3%	0.3%	0.3%	0.3%	0.3%	0.3%
Fee to Regulator (% of energy revenues)	0.3%	0.3%	0.3%	0.3%	0.3%	0.3%	0.3%	0.3%	0.3%	0.3%	0.3%	0.3%	0.3%	0.3%	0.3%	0.3%	0.3%	0.3%	0.3%	0.3%
Fee for connection	90	90	90	90	90	90	90	90	90	90	90	90	90	90	90	90	90	90	90	90
Fee for reconnection	150	150	150	150	150	150	150	150	150	150	150	150	150	150	150	150	150	150	150	150
c. Tariff calculation variables																				
Real adjustment to VAD calculation	0.0%	0.0%	0.0%	0.0%	0.0%	3.0%	0.0%	0.0%	0.0%	0.0%	2.1%	0.0%	0.0%	0.0%	0.0%	2.1%	0.0%	0.0%	0.0%	0.0%
Correction factor for VAD	1.000	1.000	1.000	1.000	1.000	0.970	0.970	0.970	0.970	0.970	0.950	0.950	0.950	0.950	0.950	0.930	0.930	0.930	0.930	0.930
Correction factor for fixed charge	0.0%	0.0%	0.0%	0.0%	0.0%	2.0%	0.0%	0.0%	0.0%	0.0%	1.1%	0.0%	0.0%	0.0%	0.0%	2.0%	0.0%	0.0%	0.0%	0.0%
Real adjustment to fixed charge calculation	1.000	1.000	1.000	1.000	1.000	0.980	0.980	0.980	0.980	0.980	0.970	0.970	0.970	0.970	0.970	0.950	0.950	0.950	0.950	0.950
Correction factor for fixed charge	1.000	1.117	1.218	1.315	1.420	1.534	1.641	1.756	1.879	2.011	2.151	2.302	2.463	2.636	2.820	3.017	3.229	3.455	3.697	3.955
IPC (local, no indexation in 1998)																				
Exchange rate (average in year, no change in 1998)	6.200	6.586	6.970	7.341	7.698	8.071	8.423	8.750	9.090	9.443	9.810	10.191	10.586	10.998	11.425	11.868	12.329	12.808	13.305	13.822
d. Efficiency factor scenarios																				
Early efficiency factor:	3.0%																			
Year of application:	2001																			

	2003	2008	2013
	Generico	Base	Strict
Car. Fij.	1.0%	2.0%	3.0%
VAD	2.0%	3.0%	5.0%

	2008	2013	
	Generico	Base	Strict
Car. Fij.	1.0%	1.1%	2.0%
VAD	1.0%	2.1%	3.0%

	2008	2013	
	Generico	Base	Strict
Car. Fij.	1.0%	2.0%	2.0%
VAD	1.0%	2.1%	3.0%

227. Finalmente, cabe indicar a fines comparativos, que en la revisión tarifaria 2013-2018 que actualmente se encuentra en curso los niveles de aumento de VAD requeridos por el inversor en su primer estudio tarifario son de alrededor de 15%³³⁷. Este valor contrasta notablemente con el incremento del 250% requerido por Bates White en base a su primer estudio de 31 de marzo de 2008 e incluso del 58% pretendido de acuerdo al último estudio del 28 de julio.

3. Las principales diferencias entre los VNRs y VADs de Sigla y de Bates White radican en el diseño de las unidades constructivas

228. El Tribunal arbitral se mostró interesado durante la Audiencia por entender las grandes diferencias entre los VNRs y VADs presentados por Bates White el 28 de julio y los de

³³⁶ Modelo de Valuación de Dresdner Kleinwort Benson, **Anexo R-160**, pág. 43.

³³⁷ Ver párr. 355 ss.

Sigla³³⁸. Como bien lo confirmaron los expertos Damonte y Barrera durante la Audiencia, la principal diferencia entre los valores de ambos estudios radica en el diseño de las unidades constructivas, es decir, en el cómo se construye la red de la empresa modelo. El Sr. Barrera explicó:

So, I think that there are a number of reasons why the two VNRs are different, but mostly they have to do with the construction units.³³⁹

229. El Ing. Damonte confirmó:

Nuevamente las grandes diferencias que usted va a ver de cálculos, las va a encontrar, no en el precio, sino en el diseño de las unidades constructivas. Como yo le decía antes: tiene ladrillo, tiene la casa. Le dijeron que la casa tiene que ser para tres personas, pero hizo una casa de 500 metros, el otro hizo una de 100 metros. ¿Cuál es la realidad? La realidad es la casa que estaba exigiendo el reglamento³⁴⁰.

230. Por lo tanto, los puntos más cuestionados por TGH en este arbitraje, como por ejemplo, la 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.

Pregunta del Tribunal: ¿Qué importancia tienen los precios de materiales en la diferencia del VAD presentado por Sigla y Bates White?

231. Ello dicho, en la Audiencia el Tribunal preguntó específicamente qué porción de las diferencia de valores entre el VAD de Sigla y de Bates White se puede atribuir a la depreciación frente a otros factores, como los materiales, es decir, el precio del aluminio y el cobre³⁴¹.

232. Primeramente es importante señalar la depreciación no afecta el VNR sino únicamente el VAD y que los precios del aluminio y del cobre, afectan principalmente el VNR. Explicaremos entonces primeramente el efecto de los precios en el VNR y luego el efecto del FRC en el VAD.

³³⁸ Tr. (inglés), Día Dos, 400:2-21.

³³⁹ Tr. (inglés), Día Seis, 1466:4-7, Barrera.

³⁴⁰ Tr. (castellano) Día Seis, 1510:18-1511:8, Damonte.

³⁴¹ Tr. (inglés), Día Dos, 400:2-21, Mourre.

233. Como ya se explicó, la diferencia entre el VNR calculado por Sigla y por Bates White de US\$ 542,8 millones³⁴², se debe mayormente a la diferencia en el diseño de las unidades constructivas, es decir, el precio de cada unidad y la cantidad de unidades necesarias para satisfacer la demanda de EEGSA. A continuación, se describe la diferencia en el valor de los componentes más importantes de las empresas modelos preparadas por cada consultor y las razones de tales diferencias:

- Bates White incluye en su estudio del 28 de julio el doble de Centros de Transformación (CT) que Sigla, lo que agrega un costo de US\$ 172,9 millones al VNR final³⁴³.
- El costo unitario de las Líneas Urbanas de media y baja tensión es dos a tres veces mayor en el estudio de Bates White que en el de Sigla, lo que deriva en una diferencia de US\$ 133,9 millones en los VNRs.
- El costo unitario de las Acometidas Rurales y Urbanas de media tensión en el estudio de Bates White es el doble que en el de Sigla lo que redunda en una diferencia de US\$ 88,8 millones.
- El costo unitario de las Acometidas y los Medidores de baja tensión es el doble que el de los costos unitarios del estudio de Sigla, y Bates White tiene el doble de acometidas de media tensión y son un 40% más caras, lo que redunda en una diferencia de US\$ 56 millones.
- Bates White tiene seis veces más reguladores de tensión y son 50% más caros, y cuatro veces más equipos para Grandes Usuarios y cada uno cuesta el doble, lo que redunda en una diferencia de US\$ 50,2 millones.
- El costo unitario de las líneas de media tensión en el estudio de Bates White es el doble que en el de Sigla. Bates White además incluye líneas subterráneas adicionales que no están contempladas en el estudio de Sigla, lo que redunda en una diferencia de US\$ 40,9 millones.

234. Estas diferencias se resumen en el siguiente cuadro³⁴⁴:

³⁴² SIGLA (*VNR Año Base = 468.5 Mill US\$ sin incluir Capital de Trabajo y Donaciones o VNR Año Base = 511.2 Mill US\$ incluyendo Capital de Trabajo y Donaciones*) y el estudio calculado por Bates & White en su informe del 28 de julio de 2008 (*VNR Año Base = 1,011.3 Mill US\$ sin incluir Capital de Trabajo y Donaciones o VNR Año Base = 1,053.98 Mill US\$ incluyendo Capital de Trabajo y Donaciones*).

³⁴³ El estudio de Bates & White duplica los Centros de Transformación necesarios al negarse a ubicarlos en la esquina (desde donde pueden salir cuatro líneas eléctricas) y emplazarlos en cambio en el medio de cada calle, desde donde se pueden tender solo dos líneas eléctricas. Cabe destacar que la Comisión Pericial se pronunció a favor de la CNEE sobre este punto, y solicitó a Bates White “chequear la alternativa elegida en el estudio con otra que emplaza el centro de transformación cercano al cruce partiendo la red de baja tensión con cuatro salidas, una por calle”. La Comisión Pericial además reconoció que el sistema de distribución real de EEGSA tenía un promedio de 4,04 alimentadores por Centro de Transformación (Informe de la Comisión Pericial, 25 de julio de 2008, **Anexo R-87**).

Concepto	diferencia VNR (MMUSD 2006) BW- Sigla	% del total	Razón
Total Transformación Urbana	173	31.9%	BW tiene el doble de CT's
Total Redes Urbanas (BT y MT)	134	24.7%	El costo unitario BW es entre 2 y 3 veces
Total Acometidas y Medidores BT	52	9.5%	El costo unitario de las acometidas BT de BW es el doble
Total Alimentadores Rurales de MT	49	9.1%	EL costo unitario de las líneas troncales de BW es más del doble
Total Alimentadores Urbanos de MT	47	8.7%	idem anterior
Total Redes No Urbanas	41	7.5%	EL costo unitario de las redes MT rurales de BW es más del doble y además tiene redes subterráneas que Sigla no tiene
Total Equipos de MT	28	5.1%	BW tiene 6 veces mas reguladores de tensión y 50% mas caros
Total Instalaciones Adicionales para GU	23	4.2%	BW tiene 4 veces mas GU y al doble de precio
Total Acometidas y Medidores MT	4	0.8%	BW tiene el doble de acometidas y 40% mas caros
Total Transformación Rural	(8)	-1.4%	BW tiene 10% menos CT y 10% mas baratos
Total VNR	543	100.0%	

235. Otro ejemplo elocuente de la sobrevaluación del VNR del 28 de julio es su gran diferencia en las unidades constructivas respecto de las reales. Recordemos que los mismos expertos de TGH reconocen que la empresa real no puede divergir demasiado de la empresa modelo³⁴⁵. Pues esta regla no se cumple en el presente caso. A modo de ejemplo, mientras que el estudio del 28 de julio incluía en la empresa modelo 463 reguladores de tensión, EEGSA solo tiene en realidad 10 reguladores de tensión³⁴⁶. Este elemento solo refleja una sobre estimación del VNR de US\$ 30,69 millones³⁴⁷.

236. Contrariamente a lo alegado por TGH, la diferencia entre los precios de las materias primas, y en particular del aluminio, utilizados por Bates White y Sigla no es un factor determinante de la diferencia en los VNRs. Como se puede ver a continuación, los precios de los cables de aluminio de Bates White son inferiores a los de Sigla y similares a los de Deorsa y Deocsa³⁴⁸:

³⁴⁴ Ver filmina de interrogatorio directo de Mario Damonte, filmina 20.

³⁴⁵ Barrera, **Apéndice CER-4**, párrs, 23, 38, 41, 61.

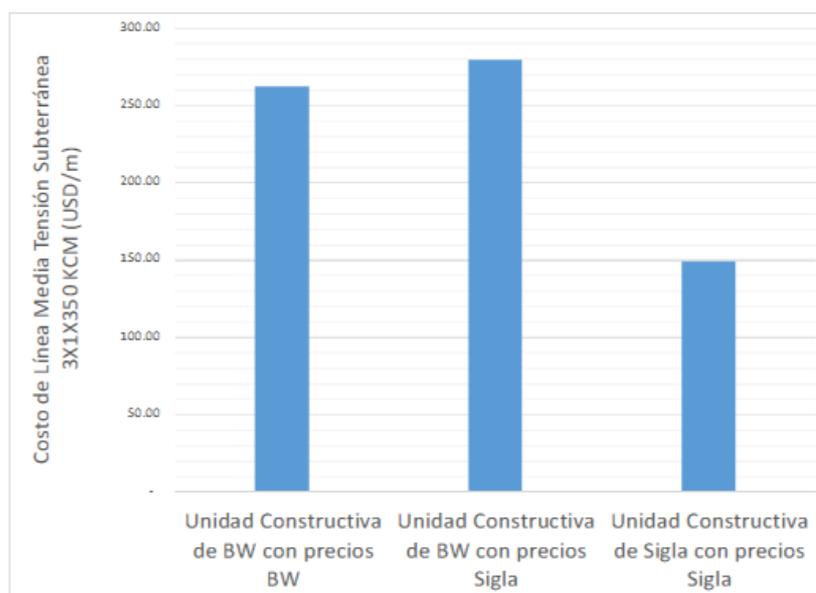
³⁴⁶ Carta de EEGSA al Ing. Colom de 17 de septiembre de 2007, **Anexo R-235**.

³⁴⁷ 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/09/05, **Anexo R-181**, párr. 300.

³⁴⁸ Ver filmina de interrogatorio directo de Mario Damonte, filmina 18. Tr. (castellano), Día Seis, 1457:12-15, Damonte.

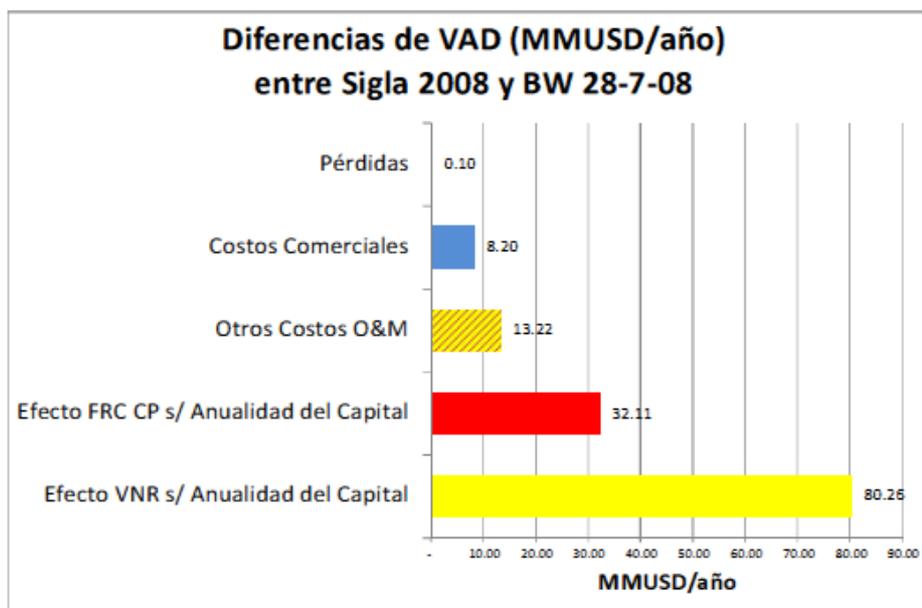
Precio de línea entorchada triplex AWG 1/0 urbana (USD/m)	
BW	13,151
Deocsa Deorsa	13,483
Sigla	16,576

237. Como ya se ha explicado, lo relevante no son los precios unitarios de los materiales sino cómo esos materiales son usados por los consultores en las respectivas unidades constructivas. Como puede verse en el gráfico más abajo, si a la unidad constructiva de Bates White le aplicamos los precios de Sigla, el valor de la unidad constructiva prácticamente no cambia (ver columnas uno y dos), mientras que cuando aplicamos los mismos precios a la unidad constructiva de Sigla (columna 3), el valor de la misma decrece drásticamente³⁴⁹:



³⁴⁹ *Ibid.*, filmina 19.

238. Habiendo aclarado las diferencias más importantes en los VNRs, vemos en el gráfico más abajo ahora las principales diferencias entre el VAD del 28 de julio de Bates White y de Sigla³⁵⁰:



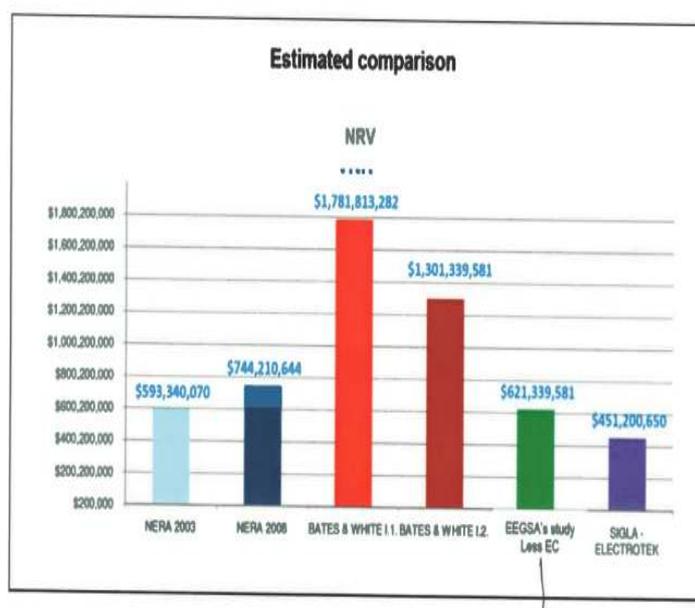
239. Como puede observarse en el gráfico, la mayor diferencia de valores de VADs surge en relación con el VNR utilizado para calcular el VAD. Cuanto más elevado es el valor del VNR, más elevado será el VAD resultante. En cuanto al impacto puro de aplicar una u otra FRC, como puede verse en el gráfico, es mucho menor. Las restantes diferencias surgen de los costos y las pérdidas contempladas en cada uno de los estudios.

Pregunta del Tribunal: ¿Por qué la cifra del VNR de EEGSA de 2003 presentada por las partes es diferente?

240. Finalmente, a fin de clarificarle al Tribunal por qué las cifras del VNR de la Demandante en la diapositiva 88 de su Discurso de Apertura difieren un poco de las cifras presentadas por la Demandada³⁵¹, cabe observar primeramente que la diapositiva 88 presentada por la Demandante contiene cifras correspondientes a distintas fechas y, por lo tanto, no son directamente comparables entre sí.

³⁵⁰ *Ibid.*, filmina 22 y 23. Tr. (castellano), Día Seis, 1457:9-22, Damonte.

³⁵¹ Tr. (castellano), Día Uno, 121:23-122:5.



241. En cuanto a la cifra de VNR de US\$ 1.695 millones presentada por la Demandada en su Discurso de Apertura³⁵², esta corresponde al VNR de retorno de EEGSA a diciembre del 2006, tal como surge del estudio de Bates White del 31 de marzo del 2008, expresado en US\$ de diciembre de 2006³⁵³. En cambio, los US\$ 1.781,8 millones de la diapositiva 88 de la Demandante corresponden al mismo VNR mencionado por la Demandada, pero se le han sumado las inversiones realizadas durante el año 2007³⁵⁴. La cifra de US\$ 744 millones de la diapositiva 88 de la Demandante, por su parte, proviene de la CNEE³⁵⁵ y representa (en US\$ de diciembre 2006) el VNR calculado en el estudio de NERA de 2003, de US\$ 584 millones, expresado en US\$ de abril de 2002, y reflejado en el estudio tarifario de julio de 2003 de NERA³⁵⁶.

³⁵² Tr. (castellano), Día Uno, 121:22-26, Discurso de Apertura de la Demandada.

³⁵³ Bates White, Estudio de Valor Agregado de Distribución para EEGSA: Informe Etapa D: Anualidad de la Inversión, 31 de marzo de 2008, **Anexo R-61**, pág. 24.

³⁵⁴ *Ibid.*, Capítulo V, segundo párrafo, Resultados, pág. 29.

³⁵⁵ Análisis del Dictamen de la Comisión Pericial, **Anexo C-547**, pág. 8.

³⁵⁶ NERA, Informe de Etapa C: Proceso de Expansión y Cálculo del Componente de Capital, 30 de julio de 2003, **Anexo C-73**, págs. 1, 7, 10.

4. El impacto directo a la tarifa del consumidor no es tan relevante como el impacto en el retorno que EEGSA hubiera obtenido en caso de aprobarse el estudio del 28 de julio

Pregunta del Tribunal: ¿Qué impacto tiene la diferencia del VAD en el consumidor?

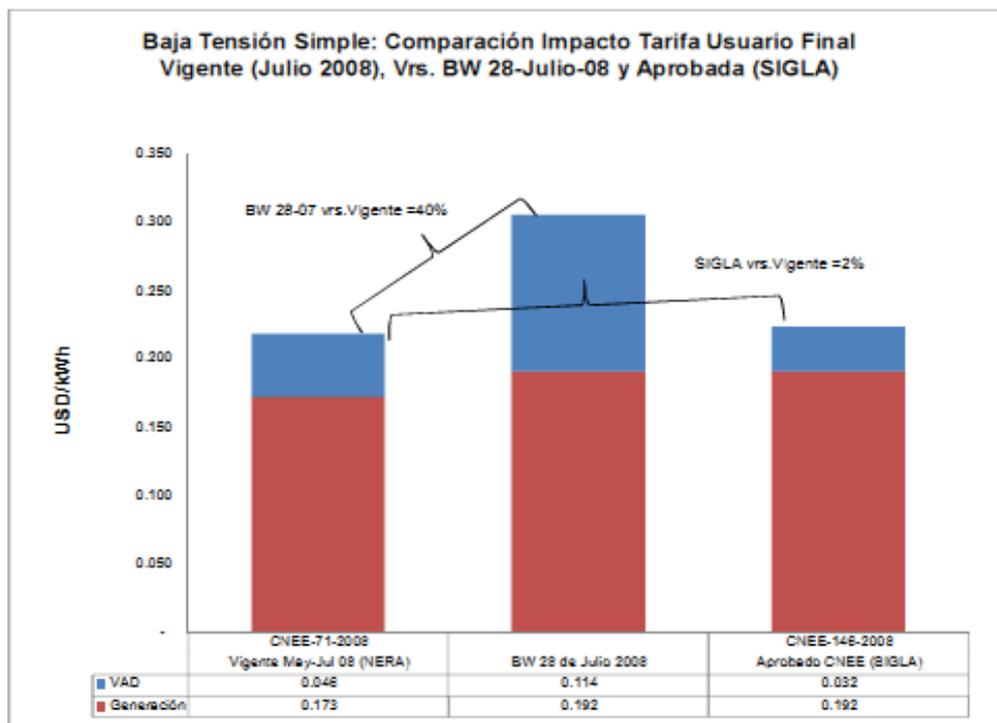
242. Durante la Audiencia, el Tribunal preguntó cómo variaría la tarifa pagada por el consumidor, suponiendo que en lugar de aplicarse el VAD de Sigla (US\$ 160 millones anuales), la CNEE hubiera aplicado el de Bates White (US\$ 252 millones anuales)³⁵⁷.

243. Como lo dispone el artículo 83 del Reglamento, el VAD es solo un componente de la tarifa final que se cobra a los consumidores. A modo de ejemplo, para las tarifas de baja tensión, mientras que el VAD representa el 14% de la tarifa total facturada a los consumidores, el transporte representa un 4%, las pérdidas un 7% y los costos de generación un 74%, por lo que un aumento en el VAD no genera directamente un aumento proporcional en la tarifa. Ahora bien, sobre la base del estudio del VAD de Sigla, las tarifas cobradas a un usuario típico en la categoría Baja Tensión Simple (que representa la mayoría de los consumidores de EEGSA) aumentaron en 2008 en un 2% en relación con las tarifas vigentes al final del período tarifario anterior. Si se hubiera adoptado el estudio del VAD del 28 de julio de Bates White, las tarifas hubieran aumentado un 40% respecto de las tarifas vigentes al final del período tarifario anterior para los mismos usuarios³⁵⁸. En el siguiente gráfico se muestra la comparación³⁵⁹:

³⁵⁷ Tr. (inglés), Día Uno, 226:13-227:10 y Tr. (inglés), Día Dos, 409:22-410:9, Mourre.

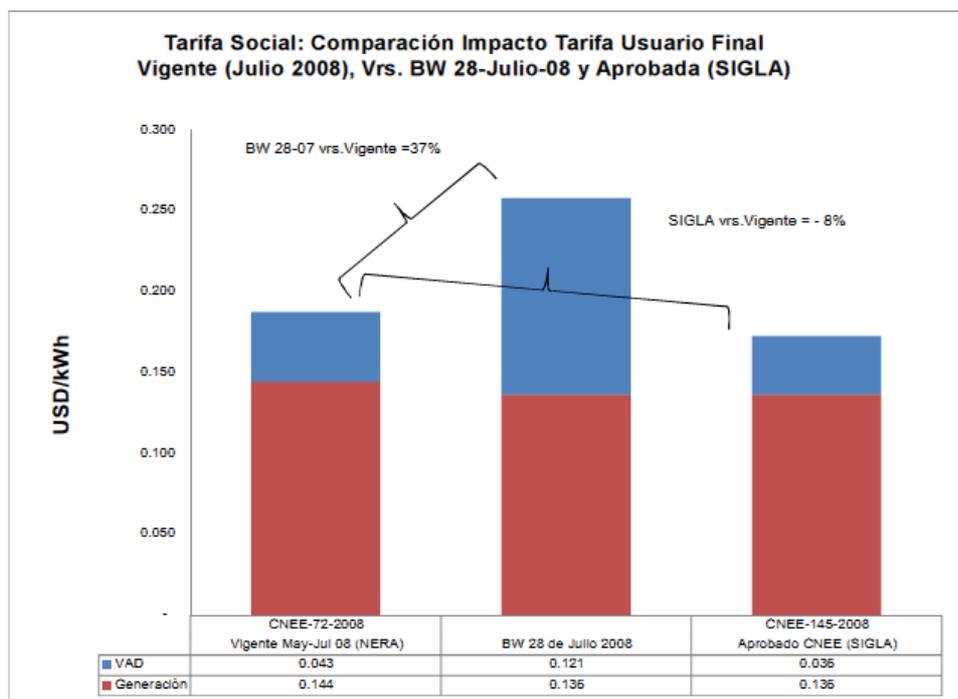
³⁵⁸ Incluimos los gráficos para las tarifas BTS y BTSS porque son las más representativas. Juntas, estas tarifas representan 98.9% de los usuarios de EEGSA y 70,9% de la energía vendida por EEGSA. Bates White, Estudio Tarifario del Valor Agregado de Distribución (Planilla) de 28 de julio de 2008, **Anexo R-182**, Cuadros 4 y 5.

³⁵⁹ Calculado en base de tarifas monómicas de usuario promedio, con base a datos de los siguientes resoluciones o estudios: Resolución CNEE 71-2008, 30 de abril de 2008, **Anexo R-240**, inciso I.III, pág. 3 (convertido a US\$ con el cambio de 7.59615 Q/US\$ con tipo de cambio al 30 de junio de 2008); Bates White, Estudio Tarifario del Valor Agregado de Distribución: Etapa I: Estudio Tarifario, 28 de julio de 2008, **Anexo C-263**, págs. 93-94; Resolución CNEE-146-2008, 30 de abril de 2008, **Anexo C-274**.



244. En el siguiente gráfico se muestran los resultados de la categoría Baja Tensión Social Simple³⁶⁰:

³⁶⁰ Calculado en base a tarifas monómicas de usuario promedio, en base a datos de las siguientes resoluciones o estudios: Resolución CNEE 71-2008, 30 de abril de 2008, **Anexo R-240**, inciso I.IV, pág 4 (convertidos a US\$ con el tipo de cambio de 7.59615 Q/US\$ con tipo de cambio al 30 de Junio de 2008); Bates White, Estudio Tarifario del Valor Agregado de Distribución: Etapa I: Estudio Tarifario, 28 de julio de 2008, **Anexo C-263**, págs. 93-94; Resolución CNEE-145-2008, **Anexo C-274**.



5. La tasa de retorno de otros distribuidores ha sido más que satisfactoria como resultado de las tarifas aprobadas en 2008 por la CNEE

Pregunta del Tribunal: ¿Cómo es que Deorsa y Deocsa sobrevivieron con aparentes tarifas bajas?

245. Durante la Audiencia, el Tribunal arbitral preguntó a las partes, ¿cómo lograron Deorsa y Deocsa sobrevivir con aparentes tarifas bajas, sin ir a la quiebra?³⁶¹ Pues bien, según los registros públicos de Deorsa y Deocsa, la tasa interna de retorno de estas empresas entre 2006 y 2010 ha sido del 10,4%. Entre 2009 y 2010, la tasa alcanzó el 13,2%³⁶². En el siguiente cuadro puede apreciarse los márgenes operativos positivos de estas compañías:

³⁶¹ Tr. (inglés), Día Dos, 558:17-19, Mourre.

³⁶² Ver también Deocsa 2006 y 2007 balance auditado por Deloitte, **Anexo R-238**, págs. 3 y 4; Deocsa 2007 y 2008 balance auditado por Price Waterhouse, **Anexo R-242**, pág. 4; Deocsa 2008 y 2009 balance auditado por Price Waterhouse, **Anexo R-245**, págs. 3-5; Deocsa 2009 y 2010 balance auditado por Price Waterhouse, **Anexo R-247**, págs. 3-5; Deorsa 2006 y 2007 balance auditado por Deloitte, **Anexo R-239**, págs. 3-4; Deorsa 2007 y 2008 balance auditado por Price Waterhouse, **Anexo R-243**, págs. 3-5; Deorsa 2008 y 2009 balance auditado por Price Waterhouse, **Anexo R-246**, pág. 4; Deorsa 2009 y 2010 balance auditado por Price Waterhouse, **Anexo R-248**, págs. 3-5.

	Ref.	2006	2007	2008	2009	2010
<i>En miles de US\$</i>						
DEORSA						
Ingresos de Explotacion	<i>a</i>	114,660	140,390	171,566	167,232	181,355
Gastos de Explotacion	<i>b</i>	97,730	119,687	145,341	147,277	158,956
Utilidad en operacion	$c = a + b$	16,930	20,704	26,225	19,955	22,399
Margen Operativo	c / a	15%	15%	15%	12%	12%
Depreciaciones y amortizaciones	<i>d</i>	3,416	3,824	6,831	5,907	6,664
EBITDA	$c + d$	20,346	24,528	33,056	25,862	29,062
DEOCSA						
Ingresos de Explotacion	<i>a</i>	146,460	183,641	208,511	206,493	234,542
Gastos de Explotacion	<i>b</i>	123,202	154,935	179,042	179,698	200,618
Utilidad en operacion	$c = a + b$	23,258	28,706	29,469	26,795	33,923
Margen Operativo	c / a	16%	16%	14%	13%	14%
Depreciaciones y amortizaciones	<i>d</i>	4,142	4,647	7,776	6,647	7,976
EBITDA	$c + d$	27,399	33,353	37,245	33,442	41,899

246. Es claro así que las tarifas aprobadas para estas distribuidoras, calculadas siguiendo los mismos parámetros y Términos de Referencia aplicables a EEGSA, eran perfectamente viables.

IV. GUATEMALA NO HA VIOLADO EL ESTÁNDAR MÍNIMO INTERNACIONAL

A. EL TEST BAJO EL DR-CAFTA ES DENEGACIÓN DE JUSTICIA Y ARBITRARIEDAD MANIFIESTA

Preguntas del Tribunal: ¿Cuáles son las diferencias entre el estándar de trato justo y equitativo y el estándar mínimo internacional? ¿Cómo interaccionan las reclamaciones y defensas de las partes con el texto del artículo 10.5, que prevé el "derecho internacional consuetudinario" incluyendo el trato justo y equitativo y la protección y seguridad plenas?³⁶³

247. En la Audiencia, TGH insistió en que no hay diferencias significativas entre lo que se ha dado en llamar el estándar autónomo de trato justo y equitativo de base puramente convencional, y el estándar mínimo internacional del derecho consuetudinario internacional³⁶⁴.

³⁶³ Tr. (inglés), Día Uno, 386: 1-21, Park; Tr. (inglés), Día Uno, 387: 2-6, Moure; Tr. (inglés), Día Dos, 413:8-415-1; Carta del Tribunal a la Demandante y a la Demandada del día 11 de marzo de 2013, pág. 2.

³⁶⁴ Tr. (inglés), Día Uno, 113:18-114:5, Discurso de Apertura de la Demandante.

Así, TGH continúa citando precedentes que no interpretan ni aplican el estándar mínimo, sino la regla de trato justo y equitativo desligada de la costumbre internacional³⁶⁵. Esto es un serio error puesto que desconoce la obligación que establece el artículo 10.5 del Tratado. No sólo Guatemala, sino también las partes no contendientes (Estados miembros del DR-CAFTA), han puesto de manifiesto el carácter muy limitado de la obligación a la que se comprometieron, contrariamente a lo que argumenta TGH.

1. El texto del Tratado limita la protección al estándar mínimo internacional

248. El punto de partida para todo análisis del estándar aplicable es el texto del artículo 10.5 del Tratado. El mismo garantiza únicamente “el nivel mínimo de trato a los extranjeros según el derecho internacional consuetudinario” y aclara que “los conceptos de ‘trato justo y equitativo’ y ‘protección y seguridad plenas’ no requieren un tratamiento adicional o más allá de aquél exigido por ese nivel, y no crean derechos substantivos adicionales”.

249. El Anexo 10-B añade que el “‘derecho internacional consuetudinario’ referido [...] resulta de una práctica general y consistente de los Estados, seguida por ellos en el sentido de una obligación legal.”

250. Así pues, el Tratado garantiza únicamente el nivel mínimo de trato del derecho internacional, no el estándar autónomo de trato justo y equitativo. Además, 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.

³⁶⁵ Tr. (inglés), Día Uno, 116: 6, Discurso de Apertura de la Demandante, refiriéndose a *ADC Affiliate Limited y ADC & ADMC Management Limited c. República de Hungría* (Caso CIADI No. ARB/03/16) Laudo, 2 de octubre de 2006, **Anexo CL-3** [ADC] y *Duke Energy Electroquil Partners & Electroquil S.A. c. República de Ecuador* (Caso CIADI No. ARB/04/19) Laudo, 18 de agosto de 2008, **Anexo CL-20**; Tr. (inglés), Día Uno, 125: 1-5, Discurso de Apertura de la Demandante, mencionando de nuevo ADC; Tr. (inglés), Día Uno, 125: 6-9, Discurso de Apertura de la Demandante, refiriéndose a *ATA Construction, Industrial and Trading Company c. Reino de Jordania* (Caso CIADI No. ARB/08/2) Laudo, 18 de mayo de 2010, **Anexo CL-58**. Ver también Tr. (inglés), Día Uno, 124: 7-14, Discurso de Apertura de la Demandante, mencionando los casos contra Argentina *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. y LG&E International Inc. c. República Argentina* (Caso CIADI No. ARB/02/1) Decisión sobre Responsabilidad, 3 de octubre de 2006, **Anexo CL-27**; *Enron Corporation & Ponderosa Assets, L.P. c. República Argentina* (Caso CIADI No. ARB/01/3) Laudo, 22 de mayo de 2007, **Anexo CL-21**; *Sempra Energy International c. República Argentina* (Caso CIADI No. ARB/02/16) Laudo, 28 de septiembre de 2007, **Anexo CL-43**; *BG Group Plc. c. República Argentina* (Caso CNUDMI) Laudo, 24 de diciembre de 2007, **Anexo CL-9**; y *National Grid P.L.C. c. República Argentina* (Caso CNUDMI) Laudo, 3 de noviembre de 2008, **Anexo CL-33**.

251. TGH, sin embargo, 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.

2. Los Estados miembros al DR-CAFTA, incluyendo los Estados Unidos, han explicado en este arbitraje lo que significa el estándar mínimo internacional, que no es lo que dice TGH

252. Este es un caso muy especial dada la participación de los Estados miembros del DR-CAFTA como partes no contendientes³⁶⁶. Es decir que los mismos Estados que negociaron el DR-CAFTA explicaron al Tribunal su entendimiento del documento que habían suscrito. Sus explicaciones fueron consistentes entre si. ¿Qué debería preferir este Tribunal – la interpretación de las partes suscriptoras o la interpretación de una tercera parte beneficiaria del Tratado que no participo en su redacción? La interpretación de las partes no contendientes suscriptoras del DR-CAFTA debe regir. ¿Y cuál es dicha interpretación? Vale la pena recordar las partes relevantes de los escritos de las partes no contendientes³⁶⁷.

253. Los Estados Unidos, por ejemplo, advirtieron en su escrito que la regla es el estándar mínimo internacional y no el autónomo de trato justo y equitativo, de modo que la jurisprudencia respecto a este último (que repetidamente cita TGH) no es aplicable³⁶⁸:

4. These provisions demonstrate the States Parties' intention that Article 10.5 articulate a standard found in customary international law – i.e., the law that develops from State practice and *opinio juris* – rather than an autonomous, treaty-based standard. Although States may decide, expressly by treaty, to extend protections under the rubric of “fair and equitable treatment” and “full protection and security” beyond that required by customary international law, that practice is not relevant to ascertaining the content of the customary international law minimum standard of treatment.² Arbitral decisions interpreting “autonomous” fair and equitable treatment and full protection and security provisions in other treaties, outside the context of customary international law, do not constitute evidence of the content of the customary international law standard required by Article 10.5.

254. Sobre el contenido del estándar mínimo, y la carga de la prueba respecto del mismo, que recae enteramente en el demandante, los Estados Unidos además explicaron³⁶⁹:

³⁶⁶ Todos menos Costa Rica y Nicaragua que, sin embargo, no se han opuesto a las presentaciones públicas realizadas por sus socios.

³⁶⁷ Presentación de los Estados Unidos de América, párr. 4; Escrito de Parte No-Contendiente de la República de El Salvador, párr. 17; Escrito de Parte No-Contendiente de la República de Honduras, párrs. 6, 8; Escrito de Parte No-Contendiente de la República de Honduras, párrs. 9, 10 y Escrito de Parte No-Contendiente de la República Dominicana, párrs. 3, 8 y 10.

³⁶⁸ Escrito de Parte No Contendiente de los Estados Unidos de América, 23 de noviembre de 2012, párr. 4.

6. States may modify or amend their regulations to achieve legitimate public welfare objectives and will not incur liability under customary international law merely because such changes interfere with an investor's "expectations" about the state of regulation in a particular sector.⁴ Regulatory action violates "fair and equitable treatment" under the minimum standard of treatment where, for example, it amounts to a denial of justice, as

that term is understood in customary international law, or manifest arbitrariness falling below the international minimum standard.⁵

7. The burden is on the claimant to establish the existence and applicability of a relevant obligation under customary international law that meets the requirements of State practice and *opinio juris*.⁶ "The party which relies on a custom," therefore, "must prove that this custom is established in such a manner that it has become binding on the other Party."⁷ Once a rule of customary international law has been established, the claimant must show that the State has engaged in conduct that violated that rule.⁸ Determining a breach of the minimum standard of treatment "must be made in the light of the high measure of deference that international law generally extends to the right of domestic authorities to regulate matters within their borders."⁹

255. Como se puede observar, los Estados Unidos coinciden plenamente en que el estándar protege sólo contra la denegación de justicia y la arbitrariedad manifiesta y acuerda un margen amplio de deferencia a la actividad regulatoria de las autoridades domésticas. El demandante tiene el deber de establecer el contenido del estándar que se invoca y ello pasa necesariamente por probar la costumbre internacional al respecto. TGH hace caso omiso de la posición de su propio Gobierno, y pretende ignorar sus obligaciones respecto de la carga de la prueba.

256. Otros Estados miembros del DR-CAFTA confirmaron también el carácter restringido de la protección que otorga el estándar mínimo internacional. Por ejemplo el Salvador afirmó³⁷⁰:

³⁶⁹ Escrito de Parte No Contendiente de los Estados Unidos de América, 23 de noviembre de 2012, párrs. 6, 7.

³⁷⁰ Escrito de Parte No Contendiente de la República de El Salvador, 5 de octubre de 2012, párr. 17.

17. Como se ha expuesto en este escrito, El Salvador interpreta que: 1) el concepto de "trato justo y equitativo" en el Artículo 10.5 del DR-CAFTA se utiliza y debe entenderse solamente con referencia al Nivel Mínimo de Trato de conformidad con el derecho internacional consuetudinario; 2) el derecho internacional consuetudinario solamente puede establecerse en base a la práctica de los Estados seguida por ellos en el sentido de que existe una obligación legal (*opinio juris*); 3) la carga de la prueba para establecer la existencia de una norma de derecho internacional consuetudinario corresponde a la Parte que aduce su existencia, en base a la práctica de los Estados y *opinio juris*, no en base a decisiones de tribunales arbitrales; 4) el texto del Artículo 10.5 solamente incluye la aplicabilidad del concepto de "trato justo y equitativo" al contexto de denegación de justicia, a menos que una parte demuestre lo contrario en base a la práctica general y consistente de los Estados y *opinio juris*; 5) el concepto de "trato justo y equitativo" que forma parte del Nivel Mínimo de Trato en el Artículo 10.5 del Tratado es muy diferente del concepto autónomo con el mismo nombre; y 6) el concepto de "trato justo y equitativo" en el Artículo 10.5 del Tratado no incluye la protección de las expectativas legítimas del inversionista ni tampoco otorga protección contra medidas meramente arbitrarias.

257. Por su parte Honduras describió el estándar como sigue³⁷¹:

6. Por lo tanto, los términos del Artículo 10.5 del Tratado reflejan claramente la intención de los Estados Parte de adoptar el concepto más restrictivo posible de "trato justo y equitativo" como parte del nivel mínimo de trato conforme al derecho internacional consuetudinario.

[...]

³⁷¹ Escrito de Parte No Contendiente de la República de Honduras, sin fecha, párrs. 6, 8-10.

8. Para determinar cuál es el estado actual del derecho internacional consuetudinario es necesario referirse a la práctica de los Estados, no a decisiones de tribunales arbitrales que no han examinado el nivel mínimo de trato. Desde los tiempos de la Corte Permanente de Justicia ha quedado establecido que la parte que alega la existencia de una norma de derecho internacional consuetudinario corre con la carga de la prueba para demostrar que existe una práctica general y consistente de los Estados seguida por un sentimiento de obligación legal que ha generado la norma alegada.

9. Debido al origen del "Nivel Mínimo de Trato" en el derecho internacional consuetudinario, como un "piso" absoluto que complementa la obligación de los Estados de otorgar a los extranjeros al menos el mismo nivel de trato que los Estados otorgan a sus propios nacionales, solamente acciones de carácter chocante, excesivo, ultrajante, de parte de un Estado, pueden violar el nivel mínimo de trato, incluyendo el trato justo y equitativo como un concepto incluido en el nivel mínimo de trato.

10. La República de Honduras considera válidos los siguientes ejemplos específicos de conducta que puede violar el nivel mínimo de trato: una grave denegación de justicia, una arbitrariedad manifiesta, una injusticia flagrante, una completa falta de debido proceso, una discriminación manifiesta, o la ausencia manifiesta de las razones para una decisión.¹ Sin embargo, debido a que el enfoque debe ser en la conducta del Estado, la República de Honduras no considera válido ni necesario hacer referencia a las expectativas de los inversionistas para decidir si se ha violado el nivel mínimo de trato.

258. En modo parecido, la República Dominicana entendió lo siguiente³⁷²:

De esto se deriva que el "Trato Justo y Equitativo" establecido en el Tratado tiene que ser visto como parte del "Nivel Mínimo de Trato otorgado a los extranjeros según el Derecho Internacional Consuetudinario", siendo este concepto muy distinto al estándar de "Trato Justo y Equitativo" incorporado de manera autónoma en muchos tratados de protección de inversión, y que no presenta vinculación con el Nivel Mínimo de Trato bajo el Derecho

[...]

8. En consecuencia, en opinión de la República Dominicana, para violar el estándar del Nivel Mínimo de Trato bajo el Derecho Internacional Consuetudinario incluido en el Artículo 10.5 del Tratado, una medida atribuible al Estado debe ser lo suficientemente atroz, como para caer por debajo de los estándares aceptados internacionalmente. De esta manera sólo as conductas manifiestamente arbitrarias, de repudio flagrante y conductas muy graves pueden ser reclamadas bajo el amparo del 10.5 del DR-CAFTA, y no solo el simple incumplimiento o la simple arbitrariedad.

[...]

10. Tomando en cuenta que el enfoque debe ser la práctica y conducta del Estado, la República Dominicana señala también que resulta erróneo incluir las expectativas de los inversionista: sobre el trato que espera recibir en base a lo que ha sido ofrecido, para decidir si el Estado ha cumplido con el Nivel Mínimo de Trato. 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 evalúa el trato que un Estado otorga a un inversionista. De ser un

³⁷² Escrito de Parte No Contendiente de la República Dominicana, 2 de octubre de 2012, párrs. 3, 8, 10.

259. Como dijo El Salvador durante la Audiencia, la interpretación restrictiva del estándar mínimo internacional, respecto al de tratamiento justo y equitativo, no es excesivamente “*harsh or extreme*”, puesto que “[a]rticle 10.5 was always intended to offer a very limited protection—a floor, if you will—in the acceptable level of treatment to covered investments. This is why it is called ‘Minimum Standard of Treatment’”³⁷³. Tal interpretación no significa en absoluto dejar al inversor extranjero sin protección. Como dijo también El Salvador, este estándar es sólo una de las protecciones sustantivas del Tratado:

We should also keep in mind that Article 10.5 is not the only protection that CAFTA affords to covered investments. CAFTA includes protections related to national treatment, most favored nation treatment, and expropriation. CAFTA even allows an investor to bring claims to international arbitration for alleged breaches of investment agreements, and investment authorizations; that is, for alleged breaches of contracts with the State. So, Article 10.5 is not the only protection available to a CAFTA investor. However, if an investor chooses to bring a claim for an alleged breach of Article 10.5 in areas other than denial of justice and Full Protection and Security, that Claimant has the burden to prove the existence of such obligation under customary international law in accordance with Annex 10-B³⁷⁴.

260. El hecho de que tanto los Estados Unidos, como El Salvador y la República Dominicana consideraran oportuno intervenir en la propia Audiencia para recalcar su posición³⁷⁵, demuestra la importancia que reviste la cuestión de la interpretación restrictiva del estándar, y que las afirmaciones de TGH sobre su carácter amplio son incompatibles con el Tratado. Nótese que los Estados decidieron intervenir en este procedimiento en forma libre y sin ser partes contendientes.

261. Como explicaron los Estados Unidos en la Audiencia:

[T]he United States exercises its right as a non-disputing party to make submissions on questions of treaty interpretation, whether or not the investor is a United States investor. [...] [W]e exercised our right under the Treaty to draw the Tribunal's attention to the Treaty Parties' shared understanding that the customary international law Minimum Standard of Treatment in Article 10.5 results from a general and consistent practice of States that they follow from a

³⁷³ Tr. (inglés), Día Cinco, 814:17-22, El Salvador.

³⁷⁴ *Ibid.*, 815:9- 816:2.

³⁷⁵ Tr. (inglés), Día Cinco, 822:2-824:7, Estados Unidos; Tr. (inglés) Día Cinco, 808:18-816:14, El Salvador, y Tr. (inglés), Día Cinco, 817:2-821:20, República Dominicana.

sense of legal obligation. The burden, we noted, rests with the Claimant to establish the existence and applicability of a relevant obligation³⁷⁶.

262. Los Estados parte al DR-CAFTA han querido ilustrar al Tribunal cuál fue su voluntad común y entendimiento mutuo al comprometerse al respeto del estándar mínimo internacional. Esta 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. Este arbitraje versa sobre la aplicación del Tratado, y el contenido del Tratado es el que los Estados que han creado dicha obligación quieren que sea, y dicen que es.

263. Los Estados decidieron intervenir debido a la posición tan amplia sobre el estándar aplicable que sugiere TGH. No hay que olvidar que el Tratado no es un tratado antiguo, sino que fue firmado en el 2004, momento en el que el debate sobre el contenido del estándar mínimo de trato del derecho consuetudinario internacional, su supuesta evolución y el trato justo y equitativo estaban plenamente vigentes. La posición restrictiva que recoge el Tratado refleja la tendencia más actual, sobretudo en la región de Norte y Centroamérica. Recuérdense las notas interpretativas de la comisión de libre comercio del TLCAN de 2001³⁷⁷, la práctica de los Estados Unidos en sus tratados bilaterales más recientes, como podemos ver en su modelo de TBI del 2004³⁷⁸, y también la práctica actual de Canadá y México³⁷⁹: Por lo tanto, la elección del estándar mínimo en el Tratado fue una decisión consciente y deliberada de los Estados parte al Tratado, y debe ser respetada.

264. Como dijo el tribunal en *Glamis Gold*:

The State Parties to the NAFTA can always choose to negotiate a higher standard against which their behavior will be judged. It is very clear, however, that they have not yet done so and therefore a breach of Article 1105 still

³⁷⁶ Tr. (inglés), Día Cinco, 822:12-16 y 822:21-823:7, Estados Unidos (Énfasis añadido).

³⁷⁷ Comisión de Libre Comercio del TLCAN, *Notas interpretativas de ciertas disposiciones del Capítulo 11* (Washington D.C., 31 de julio de 2001).

³⁷⁸ TBI modelo de los Estados Unidos de 2004, **Anexo RL-19**, artículo 5.

³⁷⁹ Tratado de Libre Comercio Canadá-Colombia (firmado el 21 de noviembre de 2008, en vigor el 15 de agosto de 2011), artículo 805; Acuerdo entre los Estados Unidos Mexicanos y la República de Panamá para la Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones (Ciudad de México, Distrito Federal, firmado el 11 de octubre de 2005, en vigor el 14 de diciembre de 2006), artículo 6.

requires acts that exhibit a high level of shock, arbitrariness, unfairness or discrimination³⁸⁰.

3. El estándar mínimo es distinto y menos exigente para el Estado que el estándar autónomo de trato justo y equitativo y protege sólo contra la denegación de justicia y la arbitrariedad manifiesta

265. Durante la Audiencia los árbitros preguntaron sobre las diferencias entre el estándar de trato justo y equitativo y el estándar mínimo internacional, así como el contenido de este último³⁸¹. El Presidente del Tribunal preguntó también por qué el estándar mínimo internacional es un estándar menor que el de trato justo y equitativo³⁸².

266. En primer lugar conviene aclarar que, como ya se ha dicho en la sección anterior, la carga de la prueba respecto de acreditar el contenido del estándar recae en la parte demandante, TGH. En segundo lugar, 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. Como explica UNCTAD en su reciente estudio sobre este tema:

A high threshold has been emphasized in the context of application of the minimum standard of treatment under customary international law. The classic early tests of the MST required a violation to be “egregious” or “shocking” from the international perspective. Even though the world has moved on, and the understanding of what can be considered egregious or shocking has changed, these terms still convey a message that only very serious instances of unfair conduct can be held in breach of the MST.

[...]

A second approach, using a somewhat lower threshold, has been taken by tribunals applying an unqualified FET standard (the one not linked to the customary law MST). These tribunals have – albeit to a lesser extent – also tended to express a significant degree of deference for the conduct of sovereign States³⁸³.

³⁸⁰ *Glamis Gold Ltd. c. Estados Unidos de América* (Caso CNUDMI) Laudo, 8 de junio de 2009, **Anexo CL-23**, párr. 829.

³⁸¹ Tr. (inglés), Día Uno, 386: 1-21, Park; Tr. (inglés), Día Uno, 387: 2-6, Mourre; Tr. (inglés), Día Dos, 413:8-415-1; Carta del Tribunal a la Demandante y a la Demandada del día 11 de marzo de 2013, pág. 2.

³⁸² Tr. (inglés), Día Uno, 387: 2-11, Mourre.

³⁸³ United Nations Conference on Trade and Development, *Fair and Equitable Treatment*, UNCTAD/DIAE/IA/2011/5, 2012, **Anexo RL-26**, págs. 86-87 (Énfasis añadido).

267. Además, en sus recomendaciones a los Estados de como redactar una cláusula de trato justo y equitativo, UNCTAD explica:

A reference to the MST [minimum standard of treatment] assumes that tribunals examining FET claims will hold the claimant to this demanding standard. [...] [T]he main feature of this approach remains a high liability threshold that outlaws only the very serious breaches³⁸⁴.

268. Por lo tanto, 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 serias³⁸⁵.

269. Esto ha sido reafirmado por la jurisprudencia³⁸⁶. Por ejemplo, el tribunal en *Thunderbird c. México* afirmó:

Notwithstanding the evolution of customary law since decisions such as *Neer Claim* in 1926, the threshold for finding a violation of the minimum standard of treatment still remains high, as illustrated by recent international jurisprudence. For the purposes of the present case, the Tribunal views acts that would give rise to a breach of the minimum standard of treatment prescribed by the NAFTA and customary international law as those that, weighed against the given factual context, amount to a gross denial of justice or manifest arbitrariness falling below acceptable international standards³⁸⁷.

270. El requisito de la gravedad ha sido aplicado aún más recientemente por otros tribunales, como en el caso *Glamis Gold c. Estados Unidos*:

[T]o violate the customary international law minimum standard of treatment codified in Article 1105 of the NAFTA, an act must be sufficiently egregious and shocking – a gross denial of justice, manifest arbitrariness, blatant unfairness, a complete lack of due process, evident discrimination, or a manifest lack of reasons – so as to fall below accepted international standards and constitute a breach of Article 1105(1)³⁸⁸.

³⁸⁴ *Ibid.*, págs. 105-106 (Énfasis añadido).

³⁸⁵ Memorial de Contestación, párrs. 464-467.

³⁸⁶ Ver, por ejemplo, *Cargill, Incorporated c. Estados Unidos Mexicanos* (Caso CIADI No. ARB[AF]/05/2) Laudo, 18 de septiembre de 2009, **Anexo CL-12**, párr. 296; *Glamis Gold Ltd. c. Estados Unidos de América* (Caso CNUDMI) Laudo, 8 de junio de 2009, **Anexo CL-23**, párrs. 616-617.

³⁸⁷ *International Thunderbird Gaming Corporation c. Estados Unidos Mexicanos* (Caso CNUDMI) Laudo, 26 de enero de 2006, **Anexo CL-25**, párr. 194 (Énfasis añadido, notas a pie de página omitidas).

³⁸⁸ *Glamis Gold Ltd. c. Estados Unidos de América* (Caso CNUDMI) Laudo, 8 de junio de 2009, **Anexo CL-23**, párr. 616.

271. En síntesis, el estándar mínimo es más deferente hacia el Estado y censura sólo conductas particularmente graves y serias.

272. En contraste con esta regla, el principio de trato justo y equitativo ha sido interpretado en forma más amplia. Muy posiblemente esto se debe a que en muchos TBIs el principio de trato justo y equitativo aparece como desligado de la costumbre internacional. De este modo los tribunales arbitrales no se han visto condicionados por el deber de examinar el contenido del derecho internacional general sobre el trato a los extranjeros. En cambio, los tribunales han tenido libertad de incorporar lo que consideraban propio de las nociones de “*fairness*” y “*equity*”, como por ejemplo las expectativas legítimas³⁸⁹, que es una doctrina propia de algunos Derechos domésticos, pero en muchos casos, sin embargo, de aplicación muy limitada.

273. En cualquier caso, estas interpretaciones amplias no pueden aplicarse aquí. Los Estados miembros del DR-CAFTA han elegido comprometerse sólo respecto del estándar mínimo internacional del derecho consuetudinario internacional. Además, los Estados han identificado expresamente el contenido del estándar, y coinciden en limitarlo a la denegación de justicia y, a lo sumo, a la arbitrariedad manifiesta. Como veremos a continuación, la arbitrariedad manifiesta exige la existencia de un elemento de voluntariedad en la conducta arbitraria.

4. El concepto de arbitrariedad manifiesta

274. La arbitrariedad ha sido definida por la Corte Internacional de Justicia (*CIJ*) en el caso *ELSI*. Tal definición de arbitrariedad, por parte de la CIJ, es la comúnmente aceptada hoy en día en la jurisprudencia. La definición es como sigue:

Arbitrariness is not so much something opposed to a rule of law, as something opposed to the rule of law. This idea was expressed by the Court in the *Asylum* case, when it spoke of “arbitrary action” being “substituted for the rule of law” (*Asylum, Judgment, I.C.J. Reports 1950*, p. 284). It is a wilful disregard of due process of law, an act which shocks, or at least surprises, a sense of juridical propriety³⁹⁰.

275. TGH se refiere a esta decisión pero no la analiza con detenimiento. Hay varias consideraciones que hacer. Primero, la arbitrariedad no es una mera violación de una norma

³⁸⁹ *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. c. Estados Unidos Mexicanos* (Caso CIADI No. ARB (AF)/00/2) Laudo, 29 de mayo de 2003, párr. 154.

³⁹⁰ *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI) (USA v. Italy)* [1989] ICJ Rep 15, 20 de julio de 1989, **Anexo RL-1**, párr. 128.

jurídica sino un comportamiento antijurídico. La arbitrariedad es el desprecio por los principios del Estado de derecho, es decir el principio de sometimiento de todos los poderes públicos al imperio de la ley. Una mera ilegalidad interna (que aquí ni siquiera existe de todas formas) no da lugar a arbitrariedad:

Yet it must be borne in mind that the fact that an act of a public authority may have been unlawful in municipal law does not necessarily mean that that act was unlawful in international law, as a breach of treaty or otherwise. A finding of the local courts that an act was unlawful may well be relevant to an argument that it was also arbitrary; but by itself, and without more, unlawfulness cannot be said to amount to arbitrariness. [...]³⁹¹

276. Lo que es necesario es que la violación sea deliberada, intencional y consciente, que es la que surge precisamente del concepto de “*willful disregard*” aludido por la CIJ en la cita anterior. En su pregunta a las partes sobre el contenido del estándar mínimo internacional, el árbitro Park mencionó precisamente la voluntariedad como posible elemento que permitiera distinguir entre una violación de dicho estándar y el trato injusto e inequitativo³⁹². Efectivamente, la arbitrariedad requiere un elemento de intencionalidad, distinto del de la simple negligencia. Dicha voluntariedad es lo que permite calificar una mera ilegalidad como de violación de los principios básicos de juridicidad y de sometimiento del poder público al imperio de la ley.

277. En segundo lugar, hay que examinar qué cuestiones consideró relevantes la CIJ en *ELSI* para determinar la existencia de una arbitrariedad. Recordemos que la CIJ examinaba la conformidad de la decisión del alcalde de Palermo (Italia) de ordenar la intervención de una empresa de accionistas estadounidenses que atravesaba por graves dificultades financieras con las obligaciones de Italia bajo el Tratado de Amistad y Cooperación entre los Estados Unidos e

³⁹¹ *Ibid.*, párr. 124.

³⁹² Tr. (inglés), Día Uno, 386:1-22, Park:

ARBITRATOR PARK: I would just pose one question to both sides, and I think we're going to have a chance for questions on Friday also. So if you want to wait until Friday to answer it, that's fine. And it has to do with the methodology that the Tribunal ought to use in approaching customary international law in this context. If I'm correct, and I might not be, both sides seem to say that the fact that a regulator makes a mistake is not enough to create liability. On the other hand, both sides seem to accept that if the mistake is big enough, egregious enough, atrocious enough, then at some point the magnitude of that mistake does potentially create liability. And my question would be whether or not, in trying to distinguish between the mistakes that can create liability and the mistakes that cannot, there must be an element of intentionality, that the regulator intended to do something wrong; or is it enough that there be simple negligence in the regulatory act? Is that question clear to both sides?

Italia. La CIJ consideró las siguientes cuestiones para determinar que la intervención no era arbitraria:

[I]t was nonetheless within the competence of the Mayor of Palermo, according to the very provisions of the law cited in it; one finds the Court of Appeal of Palermo, which did not differ from the conclusion that the requisition was *intra virus*, ruling that it was unlawful as falling into the recognized category of administrative law of acts of “*excesso di potere*”. Furthermore, here was an act belonging to a category of public acts from which appeal on juridical grounds was provided in law (and indeed in the event used, not without success). Thus, the Mayor's order was consciously made in the context of an operating system of law and of appropriate remedies of appeal, and treated as such by the superior administrative authority and the local courts. These are not at all the marks of an “arbitrary” act³⁹³.

278. Es decir, una medida no es arbitraria cuando, aun siendo criticable o incluso claramente ilegal, haya sido tomada en el ejercicio de las funciones de la autoridad incriminada, y “*in the context of an operating system of law and of appropriate remedies of appeal*”³⁹⁴. Es por ello que como dijeron los Estados Unidos en su escrito como parte no contendiente:

Determining a breach of the minimum standard of treatment “must be made in the light of the high measure of deference that international law generally extends to the right of domestic authorities to regulate matters within their borders”³⁹⁵.

279. Exactamente estos mismos conceptos son los que Guatemala ha ilustrado a lo largo de este caso, en el que ha citado abundante jurisprudencia mostrando como el derecho internacional consuetudinario (e incluso el tratamiento justo o equitativo) nunca censura medidas regulatorias, sobre las que ya se han pronunciado los tribunales locales, como en este caso.

280. La arbitrariedad debe ser manifiesta. Esta cuestión no acarrea mayor problema. El calificativo “manifiesto/a” es comúnmente interpretado y aplicado en derecho internacional: en el caso de los comités de anulación del CIADI, si se “extralimita[n] manifiestamente en sus

³⁹³ *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI) (USA v. Italy)* [1989] ICJ Rep 15, 20 de julio de 1989, **Anexo RL-1**, párr. 129.

³⁹⁴ *Ibid.*

³⁹⁵ Escrito de Parte No Contendiente de los Estados Unidos de América, 23 de noviembre de 2012, párr. 7.

facultades”³⁹⁶, o por manifiesta falta de independencia e imparcialidad, en el caso de recusaciones de árbitros en el marco del CIADI³⁹⁷.

281. Como dijeron los dos árbitros en el caso *Suez y otros c. Argentina*, en relación a la recusación del árbitro Kaufmann-Kohler en dicho asunto:

At the outset, it must be recalled that Article 57 of the ICSID Convention requires a “manifest lack of the qualities required” of an arbitrator. The term “manifest” means “obvious” or “evident.” Christoph Schreuer, in his *Commentary*, observes that the wording *manifest* imposes a “relatively heavy burden of proof on the party making the proposal [...]” to disqualify an arbitrator³⁹⁸.

282. Es decir la arbitrariedad debe resultar obvia, evidente, y no meramente posible, o incluso probable. Las medidas manifiestamente arbitrarias son las que hayan sido tomadas ostensible, palmaria o deliberadamente sin base jurídica o proceso legal alguno.

283. Una mera apariencia de arbitrariedad (que en este caso tampoco existe) no es suficiente, como entendió el tribunal en *Glamis Gold*:

[T]he Tribunal notes the standard articulated above as to when an act is so manifestly arbitrary as to breach a State’s obligations under Article 1105: this is not a mere appearance of arbitrariness—a tribunal’s determination that an agency acted in way with which the tribunal disagrees or a State passed legislation that the tribunal does not find curative of all the ills presented; rather, this is a level of arbitrariness that, as *International Thunderbird* put it, amounts to a “gross denial of justice or manifest arbitrariness falling below acceptable international standards.” The act must, in other words, “exhibit a manifest lack of reasons.”³⁹⁹

5. La doctrina de las expectativas legítimas no es aplicable en el contexto del estándar mínimo internacional

284. Tanto Guatemala como las partes no contendientes han querido dejar muy claro en sus presentaciones ante este Tribunal que la doctrina de las expectativas legítimas no es aplicable

³⁹⁶ Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre estados y nacionales de otros estados (apertura para firma el 18 de marzo del 1965, en vigor el 14 de octubre de 1966), artículo 52(1)(b).

³⁹⁷ *Ibid.*, artículo 57.

³⁹⁸ *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. e InterAguas Servicios Integrales del Agua S.A. c. República Argentina* (Caso CIADI No. ARB/03/17) Decisión sobre Recusación de un Miembro del Tribunal Arbitral, 22 de octubre de 2007, **Anexo RL-33**, párr. 34.

³⁹⁹ *Glamis Gold Ltd. c. Estados Unidos de América* (Caso CNUDMI) Laudo, 8 de junio de 2009, **Anexo CL-23**, párrs. 803.

en el contexto del estándar mínimo internacional. Como afirmaron los Estados Unidos en su escrito: “*States may modify or amend their regulations to achieve legitimate public welfare objectives and will not incur liability under customary international law merely because such changes interfere with an investor’s ‘expectations’ about the state of regulation in a particular sector*”⁴⁰⁰.

285. De este modo, si bien algunos tribunales han utilizado el lenguaje de las expectativas legítimas, incluso en el ámbito del estándar mínimo, el razonamiento para determinar la existencia de una violación no es distinto al de la existencia de una arbitrariedad manifiesta. Por ejemplo en *Glamis Gold*, aun examinándose las expectativas legítimas del inversor, el tribunal falló como sigue:

[T]he Tribunal first notes that it is not for an international tribunal to delve into the details of and justifications for domestic law. If Claimant, or any other party, believed that Solicitor Leshy’s interpretation of the undue impairment standard was indeed incorrect, the proper venue for its challenge was domestic court. In the context of this claim, this Tribunal may consider only whether the [conduct] occasioned “a gross denial of justice, manifest arbitrariness, blatant unfairness, a complete lack of due process, evident discrimination, or a manifest lack of reasons”⁴⁰¹.

286. Es decir, las expectativas basadas en cuál debe ser la interpretación correcta de un marco regulatorio no son suficientes en ningún caso. Estos temas son para la jurisdicción local. Para una reclamación internacional debe probarse la arbitrariedad manifiesta en la posición del Estado. Como también explicaron los Estados Unidos: “*Regulatory action violates [...] the minimum standard of treatment where, for example, it amounts to [...] manifest arbitrariness*”⁴⁰².

287. No puede sorprender, por lo tanto, que TGH siga 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. En cualquier caso, si 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

⁴⁰⁰ Escrito de Parte No Contendiente de los Estados Unidos de América, 23 de noviembre de 2012, párr. 6.

⁴⁰¹ *Glamis Gold Ltd. c. Estados Unidos de América* (Caso CNUDMI) Laudo, 8 de junio de 2009, **Anexo CL-23**, párr. 762.

⁴⁰² Escrito de Parte No Contendiente de los Estados Unidos de América, 23 de noviembre de 2012, párr. 6.

estabilidad jurídica, y no protegen contra cualquier cambio regulatorio sino contra alteraciones fundamentales de los aspectos esenciales de la regulación. Esto ya se ha explicado en anteriores escritos y será reiterado brevemente más abajo.

288. Como dijo el tribunal en *Mobil c. Canadá*:

This applicable standard does not require a State to maintain a stable legal and business environment for investments, if this is intended to suggest that the rules governing an investment are not permitted to change, whether to a significant or modest extent. Article 1105 may protect an investor from changes that give rise to an unstable legal and business environment, but only if those changes may be characterized as arbitrary or grossly unfair or discriminatory, or otherwise inconsistent with the customary international law standard. In a complex international and domestic environment, there is nothing in Article 1105 to prevent a public authority from changing the regulatory environment to take account of new policies and needs, even if some of those changes may have far-reaching consequences and effects, and even if they impose significant additional burdens on an investor. Article 1105 is not, and was never intended to amount to, a guarantee against regulatory change, or to reflect a requirement that an investor is entitled to expect no material changes to the regulatory framework within which an investment is made. Governments change, policies changes and rules change. These are facts of life with which investors and all legal and natural persons have to live with. What the foreign investor is entitled to under Article 1105 is that any changes are consistent with the requirements of customary international law on fair and equitable treatment. Those standards are set, as we have noted above, at a level which protects against egregious behavior. It is not the function of an arbitral tribunal established under NAFTA to legislate a new standard which is not reflected in the existing rules of customary international law. The Tribunal has not been provided with any material to support the conclusion that the rules of customary international law require a legal and business environment to be maintained or set in concrete.⁴⁰³

289. En síntesis, las expectativas legítimas no son el instrumento adecuado para juzgar si la conducta del Estado se mantiene o no dentro de los límites del estándar mínimo internacional. El concepto de expectativas legítimas no exime de examinar qué nivel de gravedad debe revestir la conducta del Estado para ser violatoria del derecho internacional. En concreto, las 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.

⁴⁰³ *Mobil Investments Canada Inc. y Murphy Oil Corporation c. Canadá* (Caso CIADI No. ARB (AF)/07/4) Decisión sobre Responsabilidad y Quantum (versión pública), 22 de mayo de 2012, **Anexo RL-37**, párr. 153.

290. En efecto, la doctrina de las expectativas legítimas ha sido criticada en general por enfocarse erróneamente en el inversor o inversión protegida, y no en la conducta del Estado que resultaría violatoria de dichas expectativas, y en consecuencia del Derecho internacional. Como lo expresó el árbitro Pedro Nikken en su opinión separada en el asunto *Suez y otros c. Argentina*:

“Trato justo y equitativo” es, ante todo, un “trato”, es decir, un comportamiento, una conducta de cada Estado Parte, cuando se encuentre en la posición de receptor de la inversión. Esa conducta debe ser “justa y equitativa”. En *su esencia* el trato justo y equitativo es un estándar de *conducta o comportamiento* del Estado frente a la inversión extranjera [...] nunca podría perder su esencia como *un estándar de conducta o comportamiento del Estado con respecto a las inversiones extranjeras*, que no se debe traducir automáticamente en una fuente de derechos subjetivos de los inversionistas. Los TBIs contienen un catálogo de obligaciones de los Estados con respecto a sus inversiones respectivas, y no una declaración de derechos de los inversionistas. [...] No hay nada en el texto de los TBIs, ni en su contexto ni en su objeto y fin que indique que los Estados Partes estuvieran refiriendo la obligación de dispensar trato justo y equitativo a las inversiones protegidas a conceptos ajenos a los de su propio comportamiento, como lo son las llamadas “expectativas legítimas” de los inversionistas⁴⁰⁴.

291. Es decir, el concepto 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 a ser tenida en cuenta. La doctrina no explica cuál es la conducta del Estado que constituye una violación del Derecho internacional, que es lo que debe ser analizado por un tribunal arbitral. Con otras palabras, el enfoque sobre las expectativas legítimas no permite calibrar adecuadamente los límites por ejemplo de voluntariedad, el abuso de poder, o la manifiesta falta de base jurídica que la acción del Estado debe mostrar para que exista violación del estándar mínimo internacional. La doctrina puede conducir en muchos casos a una responsabilidad prácticamente objetiva, a una afirmación excesiva del deber de garantizar la estabilidad regulatoria que ningún principio de Derecho internacional impone.

B. GUATEMALA NO HA COMETIDO NINGUNA ARBITRARIEDAD MANIFIESTA

292. En 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

⁴⁰⁴ Opinión Separada del Árbitro Pedro Nikken en *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., y Vivendi Universal S.A. c. República Argentina* (Caso CIADI No. ARB/03/19) y *AWG Group c. República Argentina* (Caso CNUDMI), Decisión de Responsabilidad, 30 de julio de 2010, **Anexo RL-35**, párrs. 4, 19-20 (Énfasis en el original).

determinar por ella misma si el estudio tarifario del distribuidor podía ser utilizado para fijar las tarifas, o si las mismas debían ser fijados sobre la base de otro estudio tarifario independiente. Téngase en cuenta que, como ya se ha explicado, no 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. Tampoco se dice en ningún lugar que las tarifas deban ser determinadas sobre la base de dicho estudio tarifario. De hecho la disposición que existía en el proyecto de ley en este sentido fue eliminada.

293. Por el contrario, 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. También dicen que la CNEE puede encargar sus propios estudios tarifarios a consultoras independientes, como siempre lo aconsejó el padre de la LGE, el Ingeniero Bernstein. La CNEE a menudo aprueba las tarifas sobre la base de los estudios del VAD que realizan las consultoras contratadas por ella⁴⁰⁵. Por lo tanto, no puede ser de ningún modo anormal que CNEE considerara que a ella le correspondía decidir en última instancia las consecuencias que se derivaban del pronunciamiento de la Comisión Pericial. Así lo reconoció en modo categórico la Corte de Constitucionalidad en sus dos sentencias en este caso, y TGH no acusa a la Corte de arbitrariedad manifiesta (que equivaldría a denegación de justicia)⁴⁰⁶.

294. Vale la pena también no perder de vista las abundantes irregularidades que caracterizaron la actuación de EEGSA y de su consultora Bates White durante el proceso de revisión tarifaria: invocación por Bates White de su presunto derecho a apartarse de los Términos de Referencia en nada menos que 423 ocasiones, cálculo del VAD que triplicaba el de la revisión tarifaria anterior, ofertas “por fuera del estudio” del Sr. Pérez rebajando el incremento del VAD a un mero 10%, insistencia en líneas eléctricas enterradas cuando la LGE

⁴⁰⁵ Ver Resolución CNEE 184-2008 de 25 de septiembre de 2008, aprobando el Estudio Tarifario elaborado por la Asociación de empresas conformada por Mercados Energéticos Consultores, Sociedad Anónima y Geotecnología, Construcción y Servicios Sociedad Anónima (GEOCONSA), correspondiente a Empresa Eléctrica Municipal Zacapa, **Anexo R-241**; Resolución CNEE 16-2009 de 28 de enero de 2009, aprobando el Estudio Tarifario elaborado por la Asociación de empresas conformada por Mercados Energéticos Consultores, Sociedad Anónima y Geotecnología, Construcción y Servicios Sociedad Anónima (GEOCONSA), correspondiente a Empresa Hidroeléctrica Municipal de Retalhuleu **Anexo R-244**.

⁴⁰⁶ Sentencia de la Corte de Constitucionalidad (Expedientes acumulados 1836-1846-2009) Apelación Directa de Sentencia de Amparo, 18 de noviembre de 2009, **Anexo R-105**, Secciones I y II; y Sentencia de la Corte de Constitucionalidad (Expediente 3831-2009) Apelación de Amparo, 24 de febrero de 2010, **Anexo R-110**, Secciones I y II.

las excluye, negativa de Bates White a vincular las planillas del estudio y hacerlo trazable y auditable, su constante objeción a entregar la base de datos de precios en soporte a su estudio, el contrato de Bates White con EEGSA que hacía que Bates White debiera plegarse a la voluntad de EEGSA en la elaboración y resultados del estudio del VAD, el hecho de que EEGSA y Bates White planearan en el propio contrato que hubiera una Comisión Pericial en esta revisión tarifaria, cuando nunca la había habido en Guatemala, etc. Se trata de claros elementos, incluyendo muchos defectos que reconoció la Comisión Pericial, que indican la falta de objetividad y confiabilidad del estudio de EEGSA.

295. Por lo tanto, la CNEE tenía no sólo la potestad, sino la obligación, de decidir si el estudio de Bates White se ajustaba al marco regulatorio. Ningún otro órgano podía asumir tal función.

296. Así pues, la actuación de la CNEE fue legal, pero aunque no lo hubiera sido, en ningún momento podría calificarse como de *arbitraria*, y mucho menos *manifiestamente arbitraria*. La CNEE actuó en todo momento de acuerdo con una interpretación, por lo menos plausible (y en realidad correcta), de la LGE y del Reglamento. Es más, durante todo el proceso de revisión tarifaria la CNEE consultó con asesores externos, especialmente en temas técnicos complejos como la FRC, minimizando aún más cualquier margen de arbitrariedad. Es probable que EEGSA y TGH hayan tenido un “desengaño” (por utilizar las palabras del laudo *Azinian*). Sin embargo, el derecho internacional no protege contra meros desengaños, sino contra arbitrariedades manifiestas, y aquí no ha habido ninguna.

C. GUATEMALA NO HA VIOLADO NINGUNA EXPECTATIVA LEGÍTIMA DE TGH

1. Las expectativas legítimas requieren compromisos específicos dirigidos concretamente al inversor, inequívocos y repetidos

Pregunta del Tribunal: ¿Qué tipo de “representations”, es decir promesas o garantías, pueden dar lugar a expectativas legítimas?

297. Durante la Audiencia el tribunal preguntó qué tipo de “representations”, es decir promesas o garantías, pueden dar lugar a expectativas legítimas⁴⁰⁷. Sin perjuicio que Guatemala sostiene que la doctrina de expectativas legítimas no aplica al estándar mínimo de

⁴⁰⁷ Carta del Tribunal a la Demandante y a la Demandada del día 11 de marzo de 2013, pág. 2.

trato, si dicho estándar aplicara, las “*representations*” debían ser específicas y dirigidas al inversor en cuestión.

298. Guatemala ya ha aportado abundante jurisprudencia que ilustra el carácter específico que deben asumir las promesas o compromisos del Estado hacia el inversor. Un ejemplo es el laudo *Glamis Gold*, en el que el tribunal explicó la necesidad de promesas específicas e intencionales con el propósito de atraer concretamente la inversión del demandante, estableciendo casi una relación de carácter contractual:

[A]s the Tribunal has explained in its discussion of the 1105 legal standard, a violation of Article 1105 based on the unsettling of reasonable, investment-backed expectation requires, as a threshold circumstance, at least a quasi-contractual relationship between the State and the investor, whereby the State has purposely and specifically induced the investment⁴⁰⁸.

299. Guatemala también ha citado jurisprudencia que se refiere a situaciones de cambios regulatorios que es lo que (erróneamente) imputa TGH a Guatemala en este caso. Como dijo el tribunal en *EDF c. Rumania*, aplicando el estándar mas amplio de trato justo y equitativo:

The idea that legitimate expectations, and therefore FET, imply the stability of the legal and business framework, may not be correct if stated in an overly-broad and unqualified formulation. The FET might then mean the virtual freezing of the legal regulation of economic activities, in contrast with the State’s normal regulatory power and the evolutionary character of economic life. Except where specific promises or representations are made by the State to the investor, the latter may not rely on a bilateral investment treaty as a kind of insurance policy against the risk of any changes in the host State’s legal and economic framework. Such expectation would be neither legitimate nor reasonable.

Further, in the Tribunal’s view, the FET obligation cannot serve the same purpose as stabilization clauses specifically granted to foreign investors⁴⁰⁹.

300. En el mismo sentido falló el tribunal en *AES c. Hungría*, también relativo al estándar más protectorio de trato justo y equitativo:

⁴⁰⁸ *Glamis Gold Ltd. c. Estados Unidos de América* (Caso CNUDMI) Laudo, 8 de junio de 2009, **Anexo CL-23**, párr. 766.

⁴⁰⁹ *EDF Services Ltd c. Rumania* (Caso CIADI No. ARB/05/13) Laudo, 8 de octubre de 2009, **Anexo RL-13**, párrs. 217-218 (Énfasis añadido).

A legal framework is by definition subject to change as it adapts to new circumstances day by day and a state has the sovereign right to exercise its powers which include legislative acts.

[...]

In this case, however, the Tribunal observes that no specific commitments were made by Hungary that could limit its sovereign right to change its law (such as a stability clause) or that could legitimately have made the investor believe that no change in the law would occur.

[...]

In these circumstances, absent a specific commitment from Hungary that it would not reintroduce administrative pricing during the term of the 2001 PPA, Claimants cannot properly rely on an alleged breach of Hungary's Treaty obligation to provide a stable legal environment based on the passage of Act XXXV and the Price Decrees. This is because any reasonably informed business person or investor knows that laws can evolve in accordance with the perceived political or policy dictates of the times⁴¹⁰.

301. TGH cita el laudo en *Total c. Argentina*, que se refiere al trato justo y equitativo y no al estándar mínimo internacional, pero que, como los laudos citados arriba, también afirmó el requisito de los compromisos específicos:

[L]os estados signatarios de los TIB no renuncian a sus facultades reglamentarias ni limitan sus prerrogativas para modificar la legislación con el fin de adaptarla [...] [E]l régimen legal vigente en el país anfitrión al momento de la inversión no está *per se* cubierto por una “garantía” de estabilidad por el simple hecho de que el país anfitrión celebró un TBI con el país del inversor extranjero. Se requiere una disposición específica en el TBI mismo o alguna “promesa” del país anfitrión a este efecto para convertir dicha expectativa en legítima [...] Las declaraciones efectuadas por el país anfitrión son exigibles y justifican que el inversor se ampare en ellas únicamente cuando han sido realizadas respecto de un inversor particular [...] las disposiciones legislativas, reglamentaciones de naturaleza unilateral o administrativas, que son de alcance general, no pueden ser interpretadas como compromisos específicos inmunes a cambios subsiguientes de la legislación aplicable. [...]

A la luz de los principios anteriormente expuestos, el Tribunal disiente de los argumentos de Total en cuanto a que el régimen legal (las normas sobre precios) que la Argentina modificó hubiera sido objeto de una “promesa” de la Argentina, que era vinculante para ella y en la que Total tenía derecho a confiar (“expectativa legítima”) como una cuestión de derecho internacional. Resulta

⁴¹⁰ *AES Summit Generation Limited e AES-TISZA ERÖMÜ KFT c. Hungría* (Caso CIADI No. ARB/07/22) Laudo, 23 de septiembre de 2010, **Anexo RL-24**, párrs. 9.3.29, 9.3.31, 9.3.34 (Énfasis añadido).

irrelevante en este aspecto si los cambios “radicales” de la Ley de Energía Eléctrica que reclama Total también constituyen una violación a la legislación argentina y/o representan un ejercicio de las facultades de la Secretaría de Energía en exceso de las disposiciones de la Ley de Energía Eléctrica [...]”⁴¹¹

302. Además de ser específicas, las promesas o compromisos deben ser inequívocos y reiterados. Como explicó el tribunal en *Duke c. Perú* “for the conduct or representation of a State entity to be invoked as grounds for estoppel, it must be unequivocal,”⁴¹². En palabras del tribunal en *Unglaube c. Costa Rica*:

[T]he unilateral expectations of a party, even if reasonable in the circumstances, do not in and of themselves satisfy the requirements of international investment law. To satisfy such requirements Claimants must demonstrate reliance on specific and unambiguous State conduct, through definitive, unambiguous and repeated assurances, and targeted at a specific person or identifiable group⁴¹³.

303. Otro ejemplo es el caso *Feldman c. México* en el que el tribunal rechazó las expectativas legítimas porque “las garantías en las que presuntamente se basó el Demandante (garantías que México niega haber dado) fueron, en el mejor de los casos, ambiguas”⁴¹⁴, a diferencia por ejemplo de las del caso *Metalclad* en el que “las garantías que el gobierno mexicano le proporcionó al inversionista [...], fueron definitivas, inequívocas y expresadas en repetidas oportunidades”⁴¹⁵.

304. El supuesto habitual de expectativas legítimas sobre la ausencia de alteraciones de un marco regulatorio, que reiteramos es la alegación errónea que hace TGH, es la de una cláusula de estabilidad jurídica, como se deriva de las citas de los casos *EDF* y *AES* anteriores. En las palabras del tribunal en *Parkerings*:

It is each State’s undeniable right and privilege to exercise its sovereign legislative power. A State has the right to enact, modify or cancel a law at its own discretion. Save for the existence of an agreement, in the form of a

⁴¹¹ *Total S.A. c. República Argentina* (Caso CIADI No. ARB/04/1) Decisión sobre Responsabilidad, 27 de diciembre de 2010, **Anexo CL-70**, párrs. 309, 310. Ver también párrs. 117, 119, 120 respecto a las medidas relativas al sector del gas (Énfasis añadido).

⁴¹² *Duke Energy International Peru Investments No. 1, Ltd. c. Perú* (Caso CIADI No. ARB/03/28), 18 de agosto de 2008, **Anexo CL-20**, párr. 249.

⁴¹³ *Marion Unglaube c. República de Costa Rica* (Caso CIADI No. ARB/08/1) Laudo, 16 de mayo de 2012, **Anexo RL-36**, párr. 270.

⁴¹⁴ *Marvin Feldman c. México* (Caso CIADI No. ARB(AF)/99/1) Laudo Final, 16 de diciembre de 2002, **Anexo RL-5**, párr. 149.

⁴¹⁵ *Ibid.*, párr. 148.

stabilisation clause or otherwise, there is nothing objectionable about the amendment brought to the regulatory framework existing at the time an investor made its investment. As a matter of fact, any businessman or investor knows that laws will evolve over time. [...]

[...] [A]n investor must anticipate that the circumstances could change, and thus structure its investment in order to adapt it to the potential changes of legal environment.⁴¹⁶

305. Como veremos a continuación, TGH no acredita ninguna expectativa basada en promesas o compromisos de Guatemala que cumplan, ni remotamente, con ninguno de estos requisitos.

Pregunta del Tribunal: ¿Un memorándum de venta puede contener una promesa que dé lugar a una expectativa legítima?

306. El Tribunal también preguntó si un memorándum de venta, como el de la privatización de EEGSA, puede contener una garantía de esta naturaleza⁴¹⁷. La respuesta es que no. Una afirmación aislada en un memorándum de venta, que no sea reforzada y confirmada por el marco regulatorio y contractual, en principio no cumple ni con el requisito de especificidad, ni con los de carácter inequívoco, reiterado y definitivo que pueden generar expectativas legítimas.

307. TGH 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. Pero en estos casos, los memorándums 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. Por ejemplo, en *Enron c. Argentina* el tribunal citó el memorándum de venta solo como elemento de apoyo:

This conclusion is based first on the examination of the legal and regulatory framework. If the Gas Decree and the Basic Rules of the License unequivocally refer to the calculation of tariffs in US dollars, and such feature was also explained

⁴¹⁶ *Parkerings-Compagniet AS c. Lituania* (Caso CIADI No ARB/05/8) Laudo, 11 de septiembre de 2007, **Anexo RL-10**, párrs. 332-333 (Énfasis en el original).

⁴¹⁷ Ver párr. 297 anterior. Carta del Tribunal a la Demandante y a la Demandada del día 11 de marzo de 2013, pág. 2.

in the same terms by the Information Memorandum, there cannot be any doubt about the fact that this is the central feature governing the tariff regime⁴¹⁸.

308. Los asuntos de la emergencia argentina se centran en realidad en otros aspectos del marco regulatorio y contractual. Por ejemplo, TGH cita un párrafo del asunto *Suez y otros c. Argentina*, pero el párrafo en su globalidad apoya la tesis de Guatemala de que un mero memorándum de venta no puede genera expectativas protegidas por un TBI. Tales expectativas requieren compromisos mucho más específicos, claros y reiterados:

El Contrato de Concesión y el marco jurídico de la Concesión arriba descritos cumplen claramente las condiciones propuestas en los casos a los que acaba de hacerse referencia. Establecen las condiciones ofrecidas por la Provincia a la fecha en que las Demandantes realizaron su inversión; no fueron establecidos unilateralmente, sino en virtud del acuerdo celebrado por las autoridades provinciales y las Demandantes, y tenían existencia real y eran exigibles. Al igual que todo inversor racional, las Demandantes concedieron gran importancia al régimen de tarifas estipulado en el Contrato de Concesión y en el marco regulatorio. De hecho, su capacidad de obtener ganancias dependía en forma decisiva de ello. La importancia del régimen tarifario quedó de manifiesto aun antes de que tuviera lugar la licitación, como lo demuestran, *inter alia*, las circulares aclaratorias emitidas por la Provincia en respuesta a las cuestiones planteadas por los licitantes sobre los términos del artículo 11.4.4.2 del Contrato Modelo en lo relativo a revisiones de tarifas, en particular con respecto a modificaciones cambiarias y de costos financieros. Más tarde, esas modificaciones se incluyeron en el Contrato de Concesión, documento que ciertamente encierra las legítimas expectativas de las Demandantes, así como las de Argentina. En vista del papel cardinal que el Contrato de Concesión y el marco jurídico de la Concesión dieron al establecimiento de la Concesión, y el cuidado y la atención que la Argentina dedicó a la creación de ese marco, las expectativas de las Demandantes de que Argentina hubiera de respetar el Contrato de Concesión a lo largo de los 30 años de vida de esta última eran legítimas, razonables y justificadas. Fue confiando en ese marco jurídico que las Demandantes invirtieron fondos considerables en la Provincia de Santa Fe. Y no cabe duda de que la Provincia reconoció, a la fecha en que otorgó la Concesión a las Demandantes, que sin esa creencia en la confiabilidad y estabilidad del marco jurídico, las Demandantes nunca habrían accedido a invertir en el sistema de agua y desagües cloacales de Santa Fe, así como tampoco lo habría hecho, a decir verdad, ningún inversor⁴¹⁹.

⁴¹⁸ *Enron Corporation & Ponderosa Assets, L.P. c. República Argentina* (Caso CIADI No. ARB/01/3) Laudo, 22 de mayo de 2007, **Anexo CL-21**, párr. 128.

⁴¹⁹ *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. e InterAgua Servicios Integrales del Agua S.A. c. República Argentina* (Caso CIADI No. ARB/03/17) Decisión de Responsabilidad, 30 de julio de 2010, **Anexo RL-17**, párr. 212. (Énfasis añadido).

2. TGH no acredita ninguna expectativa legítima que Guatemala haya podido violar

309. Guatemala reitera que TGH no puede acreditar ninguna presunta expectativa legítima que habría adquirido o que se le habrían generado en el momento de la privatización de EEGSA, cuando TGH ni siquiera existía. Este punto ha sido ya explicado en ocasiones anteriores y no será repetido en esta fase⁴²⁰.

310. En cualquier caso, cabe preguntarse cuáles son las expectativas legítimas que TGH dice tener y de qué compromisos específicos, inequívocos y reiterados otorgados por Guatemala surgirían. Es curioso que, ni en los escritos ni durante la Audiencia, TGH haya hecho una descripción o enumeración de dichas expectativas.

311. Vale la pena recordar que, en relación a la alegación de TGH de cambios normativos, TGH no puede invocar ninguna garantía de estabilidad jurídica. Más bien al contrario: Guatemala avisó en todo momento a EEGSA y a sus accionistas de la posibilidad e modificaciones al marco regulatorio. En los Contratos bajo los que opera EEGSA, y por lo tanto TGH, se aceptan plenamente todos los cambios legislativos y reglamentarios:

[S]e obliga a cumplir con todas las disposiciones previstas en la [LGE] y su Reglamento o modificaciones que estos sufran y demás reglamentos y normas que sean de aplicación general [...] ⁴²¹.

312. Durante este arbitraje, TGH ha insistido reiteradamente en un solo y único fundamento relativo a sus presuntas expectativas generadas en el momento de la privatización de EGAS en el Memorandum de Venta. Tal fundamento sería una sola palabra del Memorándum preparado por un banco, Salomon Smith Barney, donde se dice “[I]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”⁴²². La palabra que habría dado lugar a todas sus expectativas legítimas en este caso es “resuelva”, que

⁴²⁰ Véase por ejemplo Dúplica, párrs. 173-181.

⁴²¹ Contrato de Autorización para los Departamentos de Guatemala, Sacatepéquez y Escuintla, suscrito entre EEGSA y el Ministerio de Energía y Minas, 15 de mayo de 1998, **Anexo C-31**, Cláusula 20; Contrato de Autorización Definitiva de Distribución de Energía Eléctrica para los Departamentos de Chimaltenango, Santa Rosa y Jalapa, 2 de febrero de 1999, **Anexo R-20**, Cláusula 20 (Énfasis añadido).

⁴²² Salomon Smith Barney, “EEGSA: Memorándum de Venta”, mayo de 1998, **Anexo R-16**, pág. 63. Memorial de Réplica, párr . 264. Tr. (inglés) Día Cinco 1172:19-1173:19, Alegría.

indicaría según TGH que la Comisión Pericial debía tener la última palabra sobre la aprobación del estudio Bates White y el VAD aplicable a EEGSA en la revisión tarifaria de 2008.

313. Con todo el respeto, esta posición es absurda. Nótese como ni la palabra “resuelva”, ni la frase en la que está contenida, nada dicen sobre que las facultades de la CNEE en materia tarifarias sean limitadas o que la Comisión Pericial tenga poderes decisorios vinculantes, ni tampoco sobre que sea ésta quien apruebe los estudios tarifarios. Al contrario, el Memorándum es claro respecto a las facultades de la CNEE para aprobar los estudios del VAD y fijar las tarifas⁴²³. El verbo “resolver” de por sí no indica carácter vinculante, y tiene que ser interpretado en modo compatible con el verbo “pronunciarse” y con el término “pericial”, que son los que se utilizan en la Ley misma. No hay ningún documento en el expediente que muestre el entendimiento que TGH (o más bien del Grupo Teco, porque TGH ni siquiera existía en ese momento) intenta aplicar ahora. La única razón invocada para la inversión por el grupo Teco en el momento en que se efectuó fue la integración vertical de su negocio de generación de electricidad⁴²⁴.

314. Guatemala no puede hacerse responsable de que TGH (o más bien, otra compañía del grupo Teco) al parecer interpretó el marco regulatorio en modo totalmente equivocado. En Guatemala no hubo ningún compromiso específico de ningún órgano respecto a que el marco jurídico guatemalteco pudiera interpretarse en el modo como lo hace TGH en este arbitraje. De hecho, se hubiera esperado que el grupo Teco hubiera contratado abogados locales para aconsejarle sobre el marco regulatorio aplicable. Pero a pesar de múltiples solicitudes de documentos respecto al alegado “*due diligence*” efectuado por el grupo Teco, TGH no pudo presentar un solo documento mostrando que hubiera buscado o recibido algún consejo sobre el marco regulatorio local en el momento de la inversión⁴²⁵. La realidad es que TGH inventó la supuesta expectativa del grupo Teco con este arbitraje como veremos a continuación.

⁴²³ Salomon Smith Barney, “EEGSA: Memorándum de Venta”, mayo de 1998, **Anexo R-16**, págs. 54-55, donde se explica: “Las funciones básicas de la [CNEE] son, entre otras [...] fijar las tarifas que determina la ley [...]. La Comisión, formalmente un órgano técnico del MEM con independencia funcional y presupuestaria, es el órgano regulador y fiscalizador del sector eléctrico. Las funciones básicas de la Comisión son: (1) hacer cumplir la Ley [...], (4) regular las tarifas de transmisión y distribución [...]”.

⁴²⁴ “TECO Energy, Inc., Acción respecto a la privatización de una empresa de servicio eléctrica en Guatemala”, Libro de Actas de Junta Administrativa, julio de 1998, **Anexo C-32**, pág. 2.

⁴²⁵ Guatemala solicitó la documentación de cualquier *due diligence* en su solicitud de documentos (**Anexo R-142**, Documentación A.2), TGH no presentó ni un solo documento, ni relativo al *due diligence* supuestamente

315. Es curioso como todo el enfoque en las expectativas legítimas de TGH no se corresponde con los hechos, según los propios testigos de TGH explicaron en sus declaraciones durante la Audiencia. Así por ejemplo, el testigo Gillette, la persona de Teco responsable de la participación de Teco en la privatización de EEGSA reconoció como sigue:

- (a) Nunca participó en ningún roadshow⁴²⁶.
- (b) No sabe nada sobre qué miembros de su equipo participaron en algún roadshow⁴²⁷.
- (c) No recordaba haber visto ningún *due diligence* sobre la regulación⁴²⁸.
- (d) No reviso ningún material promocional del proceso de licitación⁴²⁹.
- (e) No podía mostrar ningún *briefing* de su equipo que participó en la licitación⁴³⁰.
- (f) Refirió que el proceso de obtención de información sucedió a través de “*casual inputs in [...] informal ways*”⁴³¹.
- (g) No recordaba haber mantenido discusiones con el equipo legal⁴³².
- (h) Admitió no haber recibido asesoría legal de abogados de Guatemala⁴³³, incluso en cuestiones claves⁴³⁴.
- (i) Nunca vio el Contrato de Autorización⁴³⁵.

realizado cuando invirtió en 2005, ni tampoco de 1998 cuando entraron en EEGSA otras compañías del grupo.

⁴²⁶ Tr. (inglés), Día Dos 443:5-444:11, Gillette.

⁴²⁷ *Ibid.*, 445:2-10.

⁴²⁸ *Ibid.*, 460:19-462:5.

⁴²⁹ *Ibid.*, 449:7-11, y 454:4-9.

⁴³⁰ *Ibid.*, 451:11-22 y 452:17-22.

⁴³¹ *Ibid.*, 457:17-458:12 y 466:10-467:1.

⁴³² *Ibid.*, 459:12-460:10.

⁴³³ *Ibid.*, 460:19-461:2.

⁴³⁴ *Ibid.*, 469:1-471:4 y 473:16-474:2.

⁴³⁵ *Ibid.*, 464:22-465:2.

(j) Afirmó que su entendimiento sobre el marco regulatorio estaba basado en su experiencia en Estados Unidos⁴³⁶.

316. Por su parte, la testigo Lic. Callahan reconoció abiertamente no saber nada sobre revisiones tarifarias ni haber visto nada al respecto en la fecha de la inversión⁴³⁷.

317. TGH no ha presentado ni un solo documento, ni relativo al *due diligence* supuestamente realizado cuando invirtió en 2005, ni tampoco de 1998 cuando entraron en EEGSA otras compañías del grupo⁴³⁸. Parece extraño que una compañía norteamericana de esta sofisticación no buscara asesoría jurídica al hacer una inversión de esta magnitud. Más extraño aún si se tienen en cuenta las afirmaciones categóricas de TGH de que la inversión en Guatemala se hizo confiando en que la decisión vinculante sobre el VAD correspondería a la Comisión Pericial, en caso de discrepancias entre EEGSA y el regulador, cuando la LGE no lo dice y sí deja en claro que es la CNEE quién aprueba el VAD y las tarifas. TGH habría debido asesorarse en algún modo en este sentido. En realidad 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 Teco⁴³⁹.

318. En síntesis, las alegaciones de TGH sobre expectativas legítimas no son más que académicas, dado que no puede acreditar ninguna tal expectativa, y ni mucho menos basada en garantías o promesas específicas, inequívocas y reiteradas por parte de Guatemala.

319. Incluso respecto de cualquier expectativa sobre la evolución del VAD que hubiera podido tener el Consorcio que compró EEGSA en 1998, y del que formaba parte Teco (no TGH), hay que señalar que la valuación que hizo Dresdner Kleinwort Benson (***Valuación de DKB***) —preparada por entidades financieras con el fin de obtener una financiación del 60% del

⁴³⁶ *Ibid.*, 460:4-18.

⁴³⁷ Tr. (inglés), Día Dos, 580:11-19, Callahan.

⁴³⁸ Nótese además que de acuerdo al procedimiento de oferta pública de las acciones de EEGSA, las empresas interesadas podían realizar consultas o pedir aclaraciones respecto del marco regulatorio aplicable a la actividad. Teco no consideró necesario efectuar consulta u observación alguna respecto del rol del regulador y/o sus poderes y atribuciones. Tampoco efectuó consulta alguna referida al rol de la Comisión Pericial, la naturaleza de su pronunciamiento o el procedimiento a seguirse luego de emitido tal pronunciamiento (Ver Memorial de Contestación, párr. 228).

⁴³⁹ TECO Energy, Inc., Acción respecto a la privatización de una empresa de servicio eléctrica en Guatemala”, Libro de Actas de Junta Administrativa julio de 1998, **Anexo C-32**.

precio de compra ofertado—proyectaba ingresos de EEGSA en función del VAD de 1998, es decir un VAD establecido sobre la base de una empresa comparable en El Salvador, CAESS. Posteriormente, se esperaba una reducción del VAD en términos reales, como puede verse en la Valuación DKB, al momento de cada revisión tarifaria, debido a la expectativa de que el regulador encontraría fuentes de eficiencia que provocarían la baja de las tarifas⁴⁴⁰.

Pregunta del Tribunal: ¿Cómo fue calculado el precio de compra de EEGSA?

320. A este respecto, durante la Audiencia el Tribunal preguntó sobre cómo el Consorcio calculó el precio de compra⁴⁴¹. Como se puede ver, se calculó el valor de la empresa sobre la base de los flujos de efectivo esperados⁴⁴² y no sobre el valor de los activos. La valuación DKB indica claramente que la “metodología de valuación utilizada” es la de FED o método de flujo de efectivo descontado⁴⁴³. Dichos ingresos tenían en cuenta la disminución del VAD en cada revisión tarifaria.

321. Que la valuación se hizo en base a los flujos esperados, y teniendo muy en cuenta las tarifas ya existentes en 1998, queda claro de la diapositiva 8 de la Presentación de Gestión para la Privatización de EEGSA (la *Presentación de Gestión*). La evaluación económica del caso base tomó en cuenta únicamente las “ganancias operativas anuales”, los “ingresos netos anuales” y el “pago de dividendos”, cada uno de los cuales incluye los flujos de efectivo esperados para EEGSA⁴⁴⁴:

⁴⁴⁰ Modelo de Valuación de Dresdner Kleinwort Benson, 10 de agosto de 1998, **Anexo R-160**, pág. 43.

⁴⁴¹ Tr. (inglés), Día Dos, 402:11-403:20, Mourre.

⁴⁴² Modelo de Valuación de Dresdner Kleinwort Benson, **Anexo R-160**, pág. 8.

⁴⁴³ *Ibid.*, pág. 4.

⁴⁴⁴ EEGSA “EEGSA Privatización, Presentación de Gestión”, 9 de Julio de 1998, **Anexo R-161**, pág. 8.

BUSINESS MODEL		
Base Case Economics	EEGSA	
	1998	1999
•Annual Operating Profits	\$47M	\$47M
•Annual Net Income	\$32M	\$36M
•Dividend Payout ⁽¹⁾	\$21M	\$20.5M ⁽²⁾

(1)Based on 100% distribution of the lesser of available cash or net income
(2)Assumes debt repayments by EEGSA in 1999 are refinanced

•Target IRR Discussion



322. Por lo tanto, la Presentación de Gestión estableció que el modelo de negocio se proyecta sobre los “*flujos de efectivo y utilidades del proyecto*” y “proporciona *el precio de compra en base a la TIR objetivo*”⁴⁴⁵:

Business Model

- 20 Year Model of Annual Expenses and Revenues developed by Dresdner with input from experts in each functional business area
- Provides projection of project cash flows and earnings
- Provides Purchase Price based upon Targeted IRR



323. Reiteramos que, tal como coinciden ambas partes, el Consorcio esperaba obtener flujos de efectivo de las tarifas aprobadas, y en el momento en que el Consorcio preparó su oferta, las tarifas de 1998 ya estaban vigentes. Por lo tanto fueron un factor determinante del precio de

⁴⁴⁵ EEGSA “EEGSA Privatización, Presentación de Gestión”, 9 de Julio de 1998, **Anexo R-161**, pág. 6.

compra ofertado. Por otra parte, el precio de compra ofrecido por el Consorcio sugiere que hubo otros factores, como las sinergias, que afectaron su valuación de la empresa⁴⁴⁶.

Pregunta del Tribunal: ¿Cuál es la diferencia entre la valoración hecha por Price Waterhouse en 1991 y el precio pagado efectivamente en 1998 para la privatización de EEGSA?

324. Otra pregunta del Tribunal relacionada con la anterior se refiere a la diferencia entre la valoración hecha por Price Waterhouse en 1991 y el precio pagado efectivamente en 1998⁴⁴⁷.

En el informe de 1991 de Price Waterhouse se proporcionaban dos valuaciones:

- La valuación de los activos o “el valor contable” (USD59,6 M);
- La valuación del valor esperado del flujo de efectivo mediante el método FED, que determinaba⁴⁴⁸:
 - Caso I: USD13,9 MM (sin tomar en cuenta futuros aumentos tarifarios. Este valor representaba solo el 23% del valor contable).
 - Caso II: USD57 MM.
 - Caso III: USD57 MM.

325. En primer lugar, el *valor contable* de 1991 no puede compararse con el precio de la privatización dado que, como ya se explicó, el valor contable no se tomó en cuenta al calcular el precio de compra⁴⁴⁹.

326. En segundo lugar, la valuación de los *flujos de efectivo* de 1991 tampoco puede compararse con el precio de valuación de 1998 dado que estas valuaciones se basaron en:

⁴⁴⁶ Ver párr. 6 de este escrito y “TECO Energy, Inc., Acción respecto a la privatización de una empresa de servicio eléctrica en Guatemala”, Libro de Actas de Junta Administrativa, julio de 1998, **Anexo C-32**, pág. 2.

⁴⁴⁷ Tr. (inglés), Día Dos, 402:4-403:20, Mourre.

⁴⁴⁸ Price Waterhouse, *Estudio de la Empresa Eléctrica de Guatemala*, 11 de enero de 1991, **Anexo C-7**, págs. 24-25. En el Caso I, se supone que las tarifas de la empresa eléctrica permanecerán a los niveles proyectados por EEGSA. En el Caso II, se toma como supuesto que se permitirá subir las tarifas de la empresa eléctrica a un nivel que haría que los inversores paguen el valor contable de la propiedad. En el Caso III, se supone que el gobierno proveerá financiación de deuda para una parte de la empresa a un costo de deuda subsidiado para mantener las tarifas bajas.

⁴⁴⁹ *Ibid.*, pág. 19. Como ya se mencionó, el valor de los activos no es relevante para la determinación del precio de oferta, que se lleva a cabo exclusivamente sobre la base de los flujos de efectivo. Por otra parte, no puede determinarse si ese valor refleja el valor real de la infraestructura en ese momento. De hecho, es muy posible que las normas contables de una empresa estatal en Guatemala en 1991 no siguieran normas estándar de contabilidad.

- **Diferentes marcos regulatorios.** En 1991, el marco regulatorio era completamente diferente del vigente en 1998. Ni la LGE ni el Reglamento habían sido promulgados. El informe de Price Waterhouse expresamente reconocía esto, dado que en su valuación se hacía la siguiente salvedad: “[s]i bien este tipo de regulación / método de establecer precios podría no ser utilizado si EEGSA se privatiza”.
- **Diferentes condiciones de mercado.** Price Waterhouse utiliza un costo de capital (capital propio) del 25%⁴⁵⁰, y menciona que un inversor puede tener una tasa de descuento aún mayor⁴⁵¹. Al momento de la privatización, el Consorcio consideró un costo de capital propio del 15,1%⁴⁵² (y un CPPC del 12,3%). Esta diferencia en la tasa de descuento tiene un impacto significativo sobre el valor. Esto se debe principalmente a que las condiciones económicas generales en Guatemala eran mucho peores en 1991 que en 1998. Por ejemplo, las tasas de inflación eran del 70% en 1991⁴⁵³ frente a un 7% en 1997⁴⁵⁴.
- **Operaciones de la empresa.** Price Waterhouse proyectó una empresa significativamente más pequeña. Por ejemplo, para el año 1998, Price Waterhouse proyectó que los ingresos serían de GTQ860 millones⁴⁵⁵, mientras que antes de la privatización, la Valuación de DBK proyectó ingresos de GTQ1.628 millones para ese mismo año⁴⁵⁶. Incluso en las hipótesis más optimistas, PWC estimó ingresos por GTQ944-964 millones para el año 1998⁴⁵⁷. Por otra parte, la valuación de PWC considera solo 10 años de flujos de efectivo, mientras que la oferta se calculó a perpetuidad, lo que implica un valor mayor. La Valuación de DBK proporcionada por la Demandante demuestra la importancia de los flujos de efectivo perpetuos⁴⁵⁸.
- **Tarifas más elevadas.** Las tarifas vigentes en 1991 y utilizadas para proyectar el flujo de efectivo futuro en la proyección de Price Waterhouse eran notablemente inferiores a las vigentes en 1998. De hecho, entre 1991 y 1998, se implementaron varios aumentos tarifarios, tal como se indica en un informe del Congreso Norteamericano sobre América Latina. Como se describe en dicho informe, entre 1991 y 1993 solamente, las tarifas aumentaron casi un 160%, y de nuevo en 1998 en la primera revisión tarifaria, que fijó una tarifa similar a la de El Salvador.

⁴⁵⁰ *Ibid.*, pág. 23.

⁴⁵¹ *Ibid.*, pág. 26.

⁴⁵² Escenario de base de EEGSA de Dresdner Kleinwort, 1998, **Anexo C-418**, pág. 1.

⁴⁵³ Price Waterhouse, *Estudio de la Empresa Eléctrica de Guatemala*, 11 de enero de 1991, **Anexo C-7**, pág. 18.

⁴⁵⁴ Empresa Eléctrica de Guatemala S.A. Memorandum Informativo Preliminar preparado por Salomon Smith Barney, abril de 1998, **Anexo C-27**, pág. 70.

⁴⁵⁵ Price Waterhouse, *Estudio de la Empresa Eléctrica de Guatemala*, 11 de enero de 1991, **Anexo C-7**, pág. 24, exhibit 4.

⁴⁵⁶ Modelo de Valuación de Dresdner Kleinwort Benson, **Anexo R-160**, pág. 28.

⁴⁵⁷ Price Waterhouse, *Estudio de la Empresa Eléctrica de Guatemala*, 11 de enero de 1991, **Anexo C-7**, pág. 24, exhibits 5 y 6.

⁴⁵⁸ Ver Carta de Britt Doughtie a Néstor Martínez de 22 de junio de 1998, **Anexo R-234**, párr. 2.

D. LAS EXPECTATIVAS LEGÍTIMAS SÓLO SON VIOLADAS ANTE DEROGACIONES FUNDAMENTALES DEL MARCO REGULATORIO EN CONTRA DE COMPROMISOS ESPECÍFICOS

Pregunta del Tribunal: ¿Qué tipo de cambio en el marco jurídico puede considerarse como violatorio de expectativas legítimas del inversor?

327. El Tribunal también preguntó en la Audiencia qué tipo de cambio en el marco jurídico puede considerarse como violatorio de expectativas legítimas del inversor⁴⁵⁹. Al respecto, cabe reiterar que la doctrina de las expectativas legítimas no debe de aplicarse en este caso, que versa sobre el estándar mínimo internacional, y en el que además no ha habido ningún compromiso específico, promesa o garantía de estabilidad jurídica ni en ningún otro sentido. En cualquier caso, Guatemala ya ha explicado en anteriores escritos que la frustración de dichas expectativas exige que el marco jurídico haya sido derogado en lo fundamental, lo cual tampoco se ha dado aquí. TGH simplemente ignora la cuestión.
328. Ejemplos claros en este sentido son los asuntos relativos a la legislación de emergencia argentina de 2002, en los que Argentina había abolido legislativamente las disposiciones sobre el cálculo de las tarifas en los servicios públicos, algo que aquí no ha ocurrido. En *CMS*, por ejemplo, el tribunal dijo:

Las medidas de que se reclama en efecto transformaron y modificaron totalmente el entorno jurídico y empresarial en relación al cual la decisión de invertir fue adoptada y llevada a la práctica. El análisis anteriormente hecho acerca del régimen tarifario y su relación con el patrón dólar y sus mecanismos de ajuste, demuestra inequívocamente que esos elementos ya no están presentes en el régimen que regula las actividades de negocios del Demandante.

[...]

El problema no es que sea necesario congelar el marco jurídico pues éste siempre puede evolucionar y ser adaptado a los cambios de las circunstancias, pero tampoco es que pueda eliminarse ese marco por completo cuando se han asumido compromisos específicos en sentido contrario. El derecho aplicable a las inversiones extranjeras y su protección ha sido

⁴⁵⁹ Tr. (inglés), Día Dos, 413:10-16, von Wobeser.

desarrollado con el objetivo específico de evitar esos efectos jurídicos adversos⁴⁶⁰.

329. En la misma línea, en *LG&E c. Argentina* el tribunal falló como sigue:

Específicamente, fue injusto e inequitativo sancionar una ley revocando la garantía [...] relativa al cálculo de las tarifas en dólares americanos para luego ser convertidos a pesos. [...]

Argentina actuó de manera injusta e inequitativa cuando prematuramente abandonó el sistema de ajuste de tarifas por PPI y congeló las tarifas [...] se rehusó a reasumir los ajustes, [...] Los antecedentes han demostrado que el ajuste por PPI, que inicialmente sólo iba a ser pospuesto, fue abandonado por completo y luego derogado mediante “negociación”.

[...]

Asimismo, la Resolución N° 38/02, publicada el 9 de marzo de 2002, en la cual se ordenó a ENARGAS suspender todas las revisiones de las tarifas y abstenerse de hacer cualquier ajuste de tarifas o precios, constituye una violación del estándar del trato justo y equitativo.

[...] en el presente caso, este Tribunal estima que Argentina se extralimitó desmontando totalmente el marco jurídico establecido, el cual había sido establecido precisamente para atraer a los inversionistas⁴⁶¹.

330. Del mismo modo podemos citar el laudo *BG Group c. Argentina*:

Argentina [...] alteró completamente el entorno legal y comercial con la adopción de medidas radicales, comenzando en 1999 [...] La derogación por parte de Argentina del régimen de tarifas, del mecanismo de ajuste y de la aplicación del dólar estaba y está en contradicción con el Marco Regulatorio y con los compromisos específicos otorgados por Argentina, en los cuales BG se basó cuando decidió realizar la inversión. Con ello, Argentina violó los principios de estabilidad y previsibilidad inherentes al principio de trato justo y equitativo.

⁴⁶⁰ *CMS Gas Transmission Company c. República Argentina* (Caso CIADI No. ARB/01/8) Laudo, 12 de mayo de 2005, **Anexo CL-17**, párrs. 275, 277 (Énfasis añadido).

⁴⁶¹ *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. y LG&E International Inc. c. República Argentina* (Caso CIADI No. ARB/02/1) Decisión sobre Responsabilidad, 3 de octubre de 2006, **Anexo CL-27**, párrs. 134, 136, 138-139 (Énfasis añadido).

[...]

[...] la Ley de Emergencia y la legislación posterior se promulgaron para promover un nuevo pacto con las licenciatarias, impidiendo la aplicación y ejecución del Marco Regulatorio original. [...]

En resumen, [...] Argentina modificó fundamentalmente el Marco Regulatorio de inversiones [...] ⁴⁶².

331. También son relevantes los laudos citados arriba en los que queda claro que “*any reasonably informed business person or investor knows that laws can evolve in accordance with the perceived political or policy dictates of the times*”⁴⁶³, y que un inversor “*may not rely on a bilateral investment treaty as a kind of insurance policy against the risk of any changes in the host State’s legal and economic framework. Such expectation would be neither legitimate nor reasonable*”⁴⁶⁴.

332. Así pues, está claro que son sólo alteraciones fundamentales del marco jurídico las que son censuradas como violatorias de expectativas legítimas. No hay tal violación en un caso en el que a lo sumo habría (si TGH tuviera razón, que no la tiene) un incumplimiento de la regulación. Tampoco cuando a lo sumo haya habido reformas parciales del marco regulatorio que no hayan derogado o abolido las premisas básicas de la regulación, como son las reformas del artículo 98 del Reglamento.

V. LA AUDIENCIA DEMOSTRÓ QUE EL RECLAMO DE DAÑOS DE TGH NO ES CREÍBLE

A. EL ESCENARIO CONTRA-FÁCTICO DEL EXPERTO SR. KACZMAREK CARECE DE TODO SUSTENTO

333. Como fue clarificado en la Audiencia, este Tribunal solo debe considerar las posiciones de las partes respecto de los daños si, luego de analizar los argumentos expuestos hasta ahora por Guatemala, aún considera que tiene jurisdicción para decidir las cuestiones regulatorias discutidas durante este proceso arbitral, y considera también que la CNEE no actuó conforme a

⁴⁶² *BG Group Plc. c. República Argentina* (Caso CNUDMI) Laudo Final, 24 de diciembre de 2007, **Anexo CL-9**, párrs. 307, 309-310 (Énfasis añadido).

⁴⁶³ *AES Summit Generation Limited e AES-TISZA ERÖMŰ KFT c. Hungría* (Caso CIADI No. ARB/07/22) Laudo, 23 de septiembre de 2010, **Anexo RL-24**, párr. 9.3.34.

⁴⁶⁴ *EDF Services Ltd c. Rumania* (Caso CIADI No. ARB/05/13) Laudo, 8 de octubre de 2009, **Anexo RL-13**, párr. 217.

derecho cuando determinó las tarifas en base al estudio de Sigla⁴⁶⁵. En el caso que así fuera, como veremos a continuación, en la Audiencia quedó de todas maneras demostrada la falta de credibilidad del reclamo de daños de TGH.

334. Como se explicó en la Audiencia, dado que las partes están esencialmente de acuerdo sobre el valor de EEGSA en el escenario actual, el principal foco de desacuerdo entre los expertos de las partes es el escenario contra-fáctico⁴⁶⁶. Mientras que el experto Sr. Kaczmarek calcula un valor contra-fáctico para EEGSA de US\$ 1.479 millones, los expertos Dr. Abdala y Lic. Schoeters estiman dicho valor en US\$ 562,4 millones⁴⁶⁷.

335. A fin de realizar el cálculo del valor de EEGSA en el escenario contra-fáctico, el experto Sr. Kaczmarek utiliza como base el estudio de Bates White del 28 de julio. Como ya se explicó, el Sr. Kaczmarek, tomó ese valor por considerar que el estudio del 28 contenía la totalidad de los pronunciamientos de la Comisión Pericial y, por lo tanto, hubiera debido ser utilizado por la CNEE para fijar las tarifas 2008-2013⁴⁶⁸. Como el Sr. Kaczmarek mismo lo admitió durante la Audiencia, sin embargo, él no realizó ninguna verificación de esta circunstancia ni en general de la validez del estudio del 28 de julio:

I've not offered any opinion because I haven't done any work to check whether or not all of the Expert Commission's findings were incorporated⁴⁶⁹

336. El Sr. Kaczmarek simplemente tomó los dichos del mismo autor del estudio, el Lic. Giacchino, como buenos⁴⁷⁰. Esta circunstancia sola alcanzaría para desestimar la totalidad del análisis de Sr. Kaczmarek en su escenario contra-fáctico. A todo evento, como ya se ha explicado en la Sección III.E más arriba, la realidad es que el estudio del 28 de julio no contenía la totalidad de los pronunciamientos de la Comisión Pericial y por lo tanto no podría haber sido nunca utilizado como base para fijar las tarifas. Además, el estudio del 28 de julio incorporaba la FRC de la Comisión Pericial que, como ya explicamos, contenía graves errores técnicos y no se había previsto en la regulación.

⁴⁶⁵ Tr. (inglés), Día Seis, 1527:22-1528:7, Abdala.

⁴⁶⁶ *Ibid.*, 1528:22-1529:3.

⁴⁶⁷ *Ibid.*, 1529:3-7. M Abdala y M Schoeters, **Apéndice RER-4**, párr. 32; Kaczmarek, **Apéndice CER-5**, párr. 140 y Tabla 13.

⁴⁶⁸ Tr. (inglés), Día Seis, 1520:22-1521:8, Kaczmarek.

⁴⁶⁹ *Ibid.*, 1521:5-8.

⁴⁷⁰ *Ibid.*, 1521:2-4.

337. Asimismo, como lo explicó el Dr. Abdala en la Audiencia, el modelo del Sr. Kaczmarek proyecta inversiones muy por debajo de las necesidades de la empresa (US\$ 46.2 millones por año), pero más importante aún inferiores a las incluidas en el modelo de Bates White (US\$ 76.5 millones por año)⁴⁷¹. Cabe resaltar que este elemento no es casual ni inocente. El efecto inmediato de incluir costos de mantenimiento y expansión más reducidos manteniendo el nivel tarifario requerido en el estudio de Bates White es generar un aumento en los fondos disponibles de la empresa, y así aumentar el valor de los daños reclamados por TGH⁴⁷². Como lo explicó el Dr. Abdala en la Audiencia, este punto solo representa más de US\$ 400 millones del valor de EEGSA calculado por el Sr. Kaczmarek en el escenario contra-fáctico⁴⁷³.

338. Contrariamente a lo realizado por el Sr. Kaczmarek, los expertos Dr. Abdala y Lic. Schoeters calcularon el valor de EEGSA en el escenario contra-fáctico sobre la base del ejercicio independiente realizado por el Ing. Damonte. El Ing. Damonte incorporó los pronunciamientos de la Comisión Pericial al estudio de Bates White del 5 de mayo, a la excepción de la FRC, la cuál reemplazó por una fórmula técnicamente correcta. El nivel de depreciación implícito en la fórmula del Ing. Damonte para el cálculo del retorno es de 29,6%⁴⁷⁴. Cabe señalar que este valor es conservador dado que (i) es muy cercano al aplicado en 2003 (30%); (ii) menor que el nivel de amortización contable real de EEGSA de 43,5% y (iii) menor al aplicado a Deorsa y Deocsa de 42,2%⁴⁷⁵.

339. Como lo explicó el Dr. Abdala en la Audiencia⁴⁷⁶, un punto de referencia importante para que el Tribunal pueda considerar la razonabilidad de los valores de la empresa en el escenario contra-fáctico tan disímiles provistos por los expertos de las partes es comparar la base de activos con el valor de la base tarifaria contable. La base de activos es la porción no depreciada del VNR, que como se aprecia en el siguiente grafico asciende a US\$ 1.030,8 millones en el caso del Sr. Kaczmarek (calculada en base a un VNR de US\$ 1.102,2 millones de Bates White del 28 de julio de 2008), y a US\$ 491,9 millones en el caso de Abdala y

⁴⁷¹ Tr. (inglés), Día Seis, 1529:10-1530-8, Abdala.

⁴⁷² *Ibid.*, 1531:17-20.

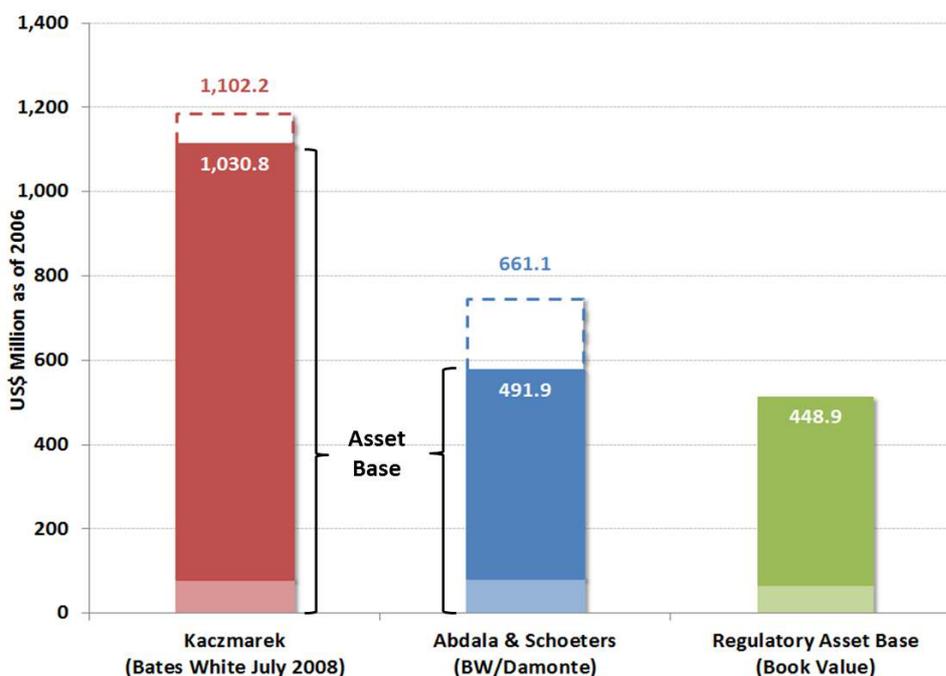
⁴⁷³ Tr. (inglés), Día Seis, 1531:4-22, Abdala.

⁴⁷⁴ Tr. (castellano), Día Seis, 1459:4-7, Damonte; interrogatorio directo de Mario Damonte, filmina 17.

⁴⁷⁵ Tr. (castellano), Día Seis, 1458:17-20, Damonte; interrogatorio directo de Mario Damonte, filmina 17.

⁴⁷⁶ Tr. (inglés), Día Seis, 1536:21-1537:6, Abdala; interrogatorio directo de Manuel Abdala, filmina 6.

Schoeters (calculada sobre un VNR de US\$ 661,1 millones de acuerdo al estudio del Ing. Damonte). Cuando se realiza la comparación con la base tarifaria contable de EEGSA de US\$ 448,9 millones puede verse que mientras que la base de activos utilizada para calcular el retorno de EEGSA de acuerdo al estudio del Ing. Damonte es consistente con la base de activos real de EEGSA, la del Sr. Kaczmarek es muy superior⁴⁷⁷:



340. Si bien el sistema regulatorio guatemalteco no está basado en la base tarifaria contable, la realidad es que ningún regulador remuneraría el inversor por una base regulatoria muy alejada de los valores realmente invertidos.

B. EL TEST DE RAZONABILIDAD DE KACZMAREK CONTIENE ERRORES INSALVABLES

341. A fin de tratar de demostrar la razonabilidad de su cálculo de valor de firma, el Sr. Kaczmarek presentó al Tribunal un test de razonabilidad basado en la TIR de TGH desde el inicio de su inversión⁴⁷⁸. Sin embargo, como fue señalado en la Audiencia, dicho test contiene errores insalvables.

⁴⁷⁷ Interrogatorio directo de Manuel Abdala, filmina 7.

⁴⁷⁸ Tr. (inglés), Día Seis, 1521:9-17, Kaczmarek.

Pregunta del Tribunal: ¿Existe un desacuerdo entre las partes sobre la TIR?

342. Primero, y clarificando una pregunta del Tribunal sobre si existe un desacuerdo entre las partes sobre si la TIR es garantizada respecto de EEGSA o de TGH⁴⁷⁹, es importante resaltar que la regulación guatemalteca no garantiza un retorno, sino una oportunidad de obtener un retorno regulado. Ahora bien, esa garantía de “oportunidad” de obtener un retorno corresponde al distribuidor (EEGSA) y no a su accionista (TGH)⁴⁸⁰. Como lo explican en su reporte los expertos de Guatemala, el retorno del accionista puede verse afectado por políticas de distribución de dividendos, financiamientos, y otras decisiones de empresa y por eso no puede servir para medir el retorno en este caso⁴⁸¹.

343. Segundo, como el Sr. Kaczmarek lo admitió durante la Audiencia, a pesar de que no existe norma alguna en el marco regulatorio que asegure un retorno sobre el valor inicial pagado en la privatización, el test de razonabilidad presentado por el Sr. Kaczmarek incluye dichos valores. Tal como lo explicó el experto Kaczmarek en la Audiencia:

Q. And to do that [IRR] analysis, basically, you take as an initial point the price offered by TECO in the privatization; is that correct?

Kaczmarek: That's correct, with one adjustment, yes.

Q. Could you point to me anywhere in the law where it says that the initial price after privatization was going to be guaranteed--as the basis of the guaranteed return?

Kaczmarek: I don't argue, and I agree with Compass Lexicon's statement that there's no guarantee of return. But if you operate efficiently, then, of course, since there is no competition, the prices are fixed; you should be able to earn your return⁴⁸².

344. Como ya ha sido explicado, la LGE solo garantiza una remuneración de entre el 7 y el 10% sobre el valor de la base de activos de la empresa modelo, no sobre los valores invertidos

⁴⁷⁹ Tr. (inglés), Día Dos, 404:5-408:4.

⁴⁸⁰ M Abdala y M Schoeters, **Apéndice RER-4**, párrs. 59-64. Las partes también están en desacuerdo sobre la naturaleza prospectiva del cálculo de la TIR. Mientras que Kaczmarek calcula una TIR histórica para Tecoco, el Dr. Abdala y el Lic. Schoeters calculan una TIR prospectiva para EEGSA, de agosto de 2008 en adelante. El enfoque del Dr. Abdala y el Lic. Schoeters coincide con lo que deberá hacer un regulador al momento de la revisión tarifaria, es decir, debe buscar una tasa de retorno objetivo para EEGSA, a futuro, y no para el accionista, de forma retroactiva.

⁴⁸¹ M Abdala y M Schoeters, **Apéndice RER-4**, párr. 60.

⁴⁸² Tr. (inglés), Día Seis, 1521:14-1522:4, Kaczmarek.

por el distribuidor y, mucho menos sobre el valor ofertado en la privatización. El valor ofertado por Teco en la privatización, como ha quedado demostrado en este procedimiento, se vio fuertemente influenciado por posibilidades de integración del negocio de Teco en Guatemala y posicionamiento del grupo en la región⁴⁸³. Incluso, cabe señalar que el valor pagado por Teco fue superior en casi unos US\$ 100 millones al aconsejado por sus propios asesores financieros⁴⁸⁴. Es claro que los usuarios de Guatemala son ajenos a estas decisiones empresarias y la tarifa no puede, por lo tanto, garantizar un retorno sobre estos valores.

345. Asimismo, la lógica del Sr. Kaczmarek no solo no se condice con el marco regulatorio pero además no resiste mayor análisis. Como bien lo reconoció el experto durante la Audiencia, su lógica hace depender el retorno del inversor directamente de los valores ofertados⁴⁸⁵ —si Teco hubiera ofrecido más dinero por EEGSA, su TIR sería menor y si hubiera ofrecido menos dinero su TIR sería mayor— en forma completamente independiente de todo accionar del regulador o de su desempeño en la operación. Es claro que el sistema regulatorio de Guatemala no funciona de este modo. Más aún, la lógica aplicada por el Sr. Kaczmarek resultaría en un incentivo perverso para los oferentes, quienes ofrecerían valores altos al solo fin de recibir un retorno sobre esos montos. Ciertamente, esto no es lo que previó el legislador en el sistema regulatorio guatemalteco.

346. Además de este error conceptual en el test de TIR, en la Audiencia quedó demostrado que el Sr. Kaczmarek había incluso incluido un valor de inversión inicial de Teco que era mayor al reflejado en los estados contables de la compañía. El Sr. Kaczmarek reconoció en la Audiencia no haber revisado los estados contables:

Q. Did you see this document [Teco's financial statements] when you incorporated the initial price in your calculation?

Kaczmarek: I don't recall seeing it⁴⁸⁶.

⁴⁸³ Memorial de Dúplica, párrs. 267-271.

⁴⁸⁴ *Comparar* Modelo de Valuación de Dresdner Kleinwort Benson, **Anexo R-160**, pág. 26 (valuación de EEGSA de US\$420 millones) *con* Acta Notarial de Adjudicación autorizada por la Notaria Laura Vargas Florido, 14 de abril de 2000, **Anexo 14 a RER-5** (Teco ofreció US\$520 millones).

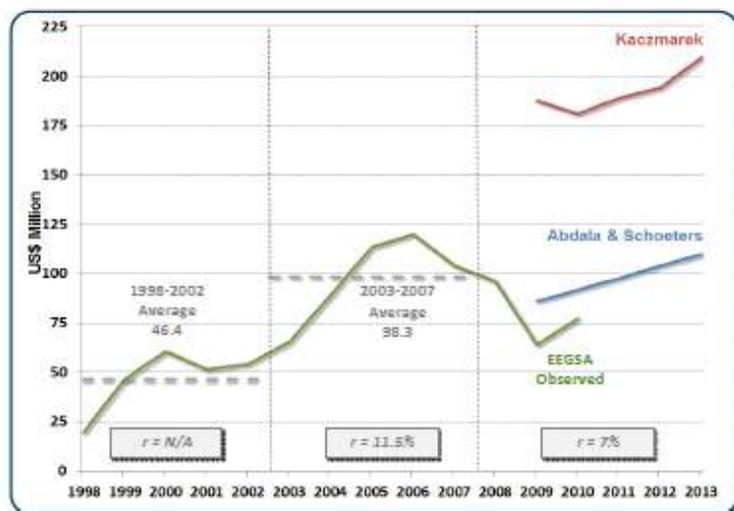
⁴⁸⁵ Tr. (inglés), Día Seis, 1521:14-17, Kaczmarek.

⁴⁸⁶ *Ibid.*, 1523:12-14.

347. Este error, más allá de resultar en un cálculo erróneo de la TIR de TGH por parte del Sr. Kaczmarek, demuestra esencialmente la falta de rigor del experto. Es inconcebible que un experto pueda dar una opinión como la que ofreció el Sr. Kaczmarek, sin haber al menos verificado los estados contables de la compañía y las cifras incorporadas en su reporte.

348. Sin perjuicio de lo anterior, y si bien como ya hemos explicado la LGE no asegura una rentabilidad sobre los montos reales invertidos sino sobre la base de capital óptima de la empresa modelo, para el caso en que el Tribunal quisiera saber cuál fue el nivel de retorno real de EEGSA durante los años de operación, los expertos de Guatemala presentaron un test de razonabilidad del retorno de EEGSA basado en los EBITDAs de los estados contables de EEGSA de 1998 a 2010. Los resultados pueden verse en el gráfico más abajo⁴⁸⁷:

Reasonability Test 2 – EEGSA Profitability EBITDA (1998-2013)



349. Tal como lo explicó el Dr. Abdala en la Audiencia, en el primer período tarifario no hubo tasa de retorno explícitamente establecida a los fines de la revisión. Ello dicho, como ya se explicó, las expectativas de Teco de acuerdo a las proyecciones de su consultor Dresdner 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. A pesar de ello, en la realidad el retorno de

⁴⁸⁷ Tr. (inglés), Día Seis, 1541:4-12, Abdala; interrogatorio directo de Manuel Abdala, filmina 8.

EEGSA se incrementó en el primer quinquenio alcanzando un promedio de US\$ 46,4 millones por año. En 2003 la tasa de retorno legal fue establecida por la CNEE en un 11,5% y EEGSA experimentó un incremento llegando a un promedio de US\$ 98,3 millones anuales. Por último, en 2008 la CNEE fijó la tasa de retorno en un 7%, lo cuál implicó una reducción del 4,5% de la tasa aplicada en 2003 y, consecuentemente del retorno de EEGSA. Cabe aclarar, sin embargo, que esta reducción fue realizada dentro del margen de discrecionalidad permitido por la LGE a la CNEE. Recordemos que la CNEE puede fijar la rentabilidad entre un 7 y un 13%⁴⁸⁸. La rentabilidad de EEGSA bajo estas circunstancias de todas maneras se mantuvo cercana a los US\$ 75 millones, lo cual es incluso superior a los niveles promedio de US\$ 46.4 millones del primer período tarifario⁴⁸⁹.

350. Como surge claramente del gráfico presentado, los niveles de rentabilidad que EEGSA hubiera obtenido de aplicarse el estudio tarifario del 28 de julio tal como lo propone la valuación del Sr. Kaczmarek, llevarían la rentabilidad de la empresa a niveles exorbitantes. El retorno promedio de US\$ 98 millones anuales del quinquenio anterior se incrementaría a casi el doble, llegando a entre US\$ 180 y 200 millones anuales en promedio⁴⁹⁰. Es claro que la propuesta del Sr. Kaczmarek no es razonable ni correcta. A fines comparativos, la propuesta de máxima de los expertos de Guatemala para el caso de que el Tribunal considere que el estudio de Sigla no debía ser utilizado para fijar las tarifas⁴⁹¹, llevaría la rentabilidad de EEGSA durante el quinquenio a un promedio de entre US\$ 85 y 120 millones anuales, lo cual se encuentra en línea con la rentabilidad del período tarifario inmediato anterior, aún cuando la tasa legal de rentabilidad es menor en el período tarifario bajo análisis⁴⁹².

351. Por último, la razonabilidad de la propuesta del Dr. Abdala y la irrazonabilidad de la propuesta del Sr. Kaczmarek puede ser también evaluada comparando la evolución de las

⁴⁸⁸ LGE, **Anexo R-8**, artículo 79.

⁴⁸⁹ Tr. (inglés), Día Seis, 1539:17-1541:3, Abdala.

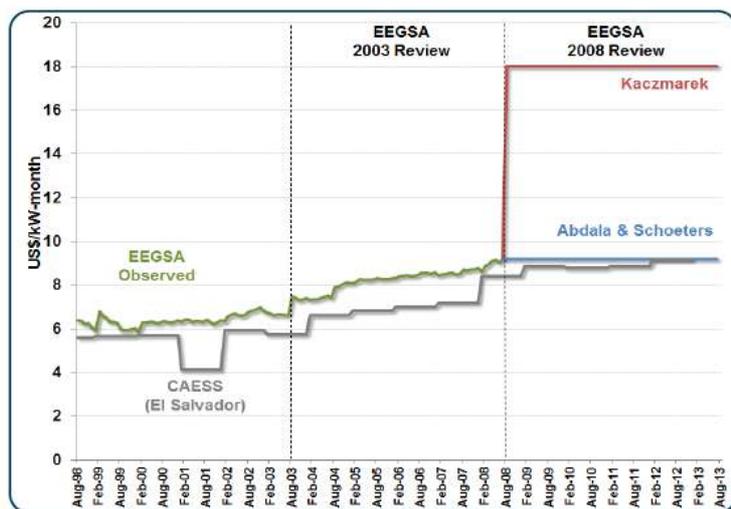
⁴⁹⁰ *Ibid.*, 1540:7-1941:3; interrogatorio directo de Manuel Abdala, filmina 8.

⁴⁹¹ Como lo explicó el Dr. Abdala en la Audiencia, su recomendación de daños para el caso que el Tribunal considerara que el estudio del Sigla no era apto para la fijación tarifaria es de entre cero y US\$ 8 millones de daños. Tr. (inglés), Día Seis, 1541:20-1542:4, Abdala.

⁴⁹² Tr. (inglés), Día Seis, 1541:6-14, Abdala.

tarifas de EEGSA en cada escenario con las de las de CAESS, compañía utilizada como referencia al fijar las tarifas al momento en que Teco realizó sus proyecciones⁴⁹³:

Reasonability Test 3 – VAD Benchmark Benchmark with CAESS (El Salvador) – Low Voltage



Source: Based on Abdala & Schoeters Second Report, Graph I.

352. Como puede verse en el gráfico, mientras que la propuesta del Sr. Kaczmarek se encuentra fuera de toda relación con las tarifas anteriores, la propuesta de los expertos de Guatemala se mantiene en línea con ella.

353. Finalmente, como fuera explicado anteriormente, la regulación guatemalteca sólo garantiza la oportunidad de obtener el retorno regulado sobre la base de activos en el quinquenio bajo análisis, pero no considera un ajuste retroactivo a retornos pasados. El test de TIR presentado por el Sr. Kaczmarek, sin embargo, incorrectamente asume que la regulación guatemalteca garantiza un retorno sobre el valor inicial pagado en la privatización, y considerando el periodo 1998-2010. Dado esto, los expertos Dr. Abdala y Lic. Schoeters presentaron el test de TIR corrigiendo dicho supuesto, esto es, calculando la TIR prospectiva para el quinquenio bajo análisis (2008-2013). Los expertos Dr. Abdala y Lic. Schoeters obtienen una TIR de 7.3%, siendo ésta superior a la tasa de retorno regulado del 7%⁴⁹⁴. Esto demuestra que el ejercicio realizado por los expertos Dr. Abdala y Lic. Schoeters es consistente

⁴⁹³ Tr. (inglés), Día Seis, 1542:5-22, Abdala; interrogatorio directo de Manuel Abdala, filmina 9.

⁴⁹⁴ Interrogatorio directo de Manuel Abdala, filminas 12 y 17

con la regulación guatemalteca tanto en el nivel de retorno regulado del 7% como en considerar que la misma sólo garantiza la “oportunidad” de obtener el retorno regulado.

C. EL POSIBLE AUMENTO DEL VAD EN LA REVISIÓN TARIFARIA 2013-2018 DEMUESTRA QUE LAS PROYECCIONES A PERPETUIDAD DEL EXPERTO KACZMAREK SON INCORRECTAS

354. Como fue puesto de manifiesto en la Audiencia, el modelo del Sr. Kaczmarek no solo contiene proyecciones durante los 50 años del contrato, sino que además asume que habrá renovaciones automáticas de este contrato a perpetuidad⁴⁹⁵. El problema principal de este enfoque es que en realidad es imposible saber qué sucederá con las tarifas en el futuro. El hecho de que en la revisión tarifaria 2013-2018 se esté discutiendo un aumento tarifario eventual de un 15%, pone de manifiesto que en realidad las “medidas” no pueden ser consideradas más allá del quinquenio respectivo.

Pregunta del Tribunal: ¿Se puede asumir que las tarifas fijadas en el periodo 2008-2013 se aplicarán por siempre?

355. Esto responde directamente a la inquietud manifestada por el Tribunal respecto de si es correcto asumir a los fines del cálculo de daños que las tarifas fijadas en el período 2008-2013 van a mantenerse fijas por siempre⁴⁹⁶. Claramente no es correcto, ya que como puede verse hay posibilidades de incrementos en este quinquenio⁴⁹⁷ y posiblemente lo mismo ocurra en los próximos quinquenios. En este contexto, y dado que las medidas de las cuales se queja TGH sólo fueron implementadas como tales en el quinquenio 2008-2013, los daños de TGH, en caso de corresponder, deberían limitarse únicamente a dicho quinquenio.

356. Si el modelo FCD del experto Sr. Kaczmarek fuera limitado sólo al período 2008-2013, tanto en el escenario real como en el escenario contra-fáctico, los alegados daños de TGH (calculados como la diferencia entre el valor presente neto de los flujos de fondos libres bajo cada escenario) disminuirían de US\$ 226,6 millones a US\$ 47,9 millones, es decir, una

⁴⁹⁵ Tr. (inglés), Día Seis, 1530:16-20, Abdala. Tr. (inglés), Día Seis, 1602:11-1604:1, Kaczmarek. El Sr. Kaczmarek también utiliza la estrategia relativa en el escenario real sobre las ganancias de 2009 relacionadas a Sigla, y por lo tanto implícitamente perpetúa la brecha entre las tarifas de acuerdo con el estudio de Bates White de julio de 2008 y el estudio de Sigla en esta metodología.

⁴⁹⁶ Tr. (inglés), Día Seis, 1602:21-1603:9, Moure; Carta del Tribunal a la Demandante y a la Demandada del día 11 de marzo de 2013.

⁴⁹⁷ “EEGSA propone alza de 15 por ciento al VAD”, El Periódico, 13 de mayo de 2013, **Anexo R-249**.

disminución del 78% aproximadamente. Tal como fue explicado por el Dr. Abdala en la Audiencia⁴⁹⁸:

Like any damages eventually if you were to do a DCF versus DCF, DCF but-for and DCF actual, then you have to control for the fact that we don't know the outcome in 2013, and thus there is no reason to assume that the gap between tariffs that we are modeling for the 2008-2013 period should be prolonged over perpetuity, and that's one of the issues as well in the Sr. Kaczmarek model because, I mean, he has just confirmed as this cap forever.

D. LA VENTA DE TGH A EPM

357. Guatemala explicó que el hecho que TGH no hubiera intentado vender su participación por más de dos años luego de las medidas y que solo haya procedido a vender por sugerencia de su socio Iberdrola, es evidencia suficiente de que el efecto catastrófico de las medidas alegado por TGH es una falacia⁴⁹⁹. En la Audiencia ello quedó confirmado por la Lic. Callahan quien no solo reconoció no haber realizado ningún intento para mitigar el supuesto efecto de las medidas, sino que reconoció además que EEGSA continuaba teniendo resultados positivos luego del 2008⁵⁰⁰.

⁴⁹⁸ Tr. (inglés), Día Seis, 1604:21-1605:7, Abdala. En el caso del cálculo de los alegados daños realizado por los expertos Dr. Abdala y Lic. Schoeters, por el contrario, no es posible restringir el periodo de análisis dado que dichos expertos no han modelado el escenario real. En el cálculo de daños realizado por los expertos Dr. Abdala y Lic. Schoeters, por el contrario, no puede restringirse el periodo de análisis solo al quinquenio 2008-2003 porque que el modelo DCF del escenario real no va más allá de la fecha de desinversión de TGH. En particular, el escenario real propuesto por los expertos de Guatemala se basa en el flujo de caja real generado por EEGSA entre el 1 de agosto de 2008 (la fecha de la revisión tarifaria) y octubre de 2010 (fecha en la que TGH desinvirtió su participación en EEGSA), más el precio de venta que Teco recibió por su tenencia accionaria en EEGSA, M Abdala y M Schoeters, **Apéndice RER-1**, Sección III.2.4.b. El precio de venta incluye las expectativas de la evolución futura de las tarifas. Por lo tanto, el uso de este valor evita la necesidad de hacer asunciones sobre la evolución futura de las tarifas en el escenario real.

⁴⁹⁹ Tr. (castellano), Día Uno, 106:11-107:12, Discurso de Apertura de la Demandada.

⁵⁰⁰ Tr. (inglés), Día Dos, 580:20-584:18, Callahan, y específicamente, 584:12-18:

Q: [...] Why is that? TECO Energy is a sophisticated energy company. Why wouldn't it be in a position to identify potential buyers of an asset such as this?

A. Not necessarily.

Q. But it didn't even try, did it?

A. No, we did not put -- we did not put our piece up to be marketed.

Tr. (inglés), Día Dos, 577:22-578:4 Callahan:

Q. [...] You spend some time in your Statement explaining the negative effect of those tariffs on EEGSA's income. But is it right that, notwithstanding the reduced VAD, EEGSA did remain in positive income after you did that analysis?

A. They did, yes.

Pregunta del Tribunal: ¿Existe evidencia del valor atribuido a EEGSA en la venta a EPM?

358. El Tribunal preguntó durante la Audiencia si existía evidencia del valor atribuido a EEGSA en la venta a EPM⁵⁰¹. El capital accionario de DECA II, la empresa propietaria del 80,88% del capital de EEGSA, se vendió a EPM por US\$ 605 millones. Teniendo en cuenta la deuda neta de DECA II, este valor implica un valor de empresa de DECA II de US\$ 647,9 millones⁵⁰². No obstante, la oferta no incluyó una indicación expresa del valor atribuido a EEGSA. Por lo tanto, no existe ninguna prueba directa en posesión de la Demandada del valor asignado a EEGSA en el precio de compra.

359. Ello dicho, el asesor de la Demandante en la venta a EPM, Citigroup, realizó un ejercicio de valuación mediante el método de FCD y de valoración por múltiplos, atribuyendo valores individuales a cada una de las empresas que componen DECA II (incluida EEGSA)⁵⁰³. De los distintos métodos de valuación utilizados por Citigroup para valorar DECA II, el valor obtenido con el método de FCD es el más cercano al valor real de la operación⁵⁰⁴. Utilizando la valuación de FCD de Citigroup, el valor de empresa correspondiente a EEGSA inferido en el precio de compra es de aproximadamente US\$ 582 millones⁵⁰⁵.

360. Además de la prueba contemporánea de Citigroup, ambos peritos en cuantificación de daños en este arbitraje han valuado EEGSA sobre la base del precio de la operación utilizando

⁵⁰¹ Carta del Tribunal a la Demandante y a la Demandada del día 11 de marzo de 2013.

⁵⁰² Ver Kaczmarek, **Apéndice CER-2**, Tabla 24, y Carta de EPM a Iberdrola, TPS y EDP, del 6 de octubre de 2010, **Anexo C-352**, pág. 11 (Annex 2).

⁵⁰³ Ver Opinión de Citigroup con respecto a la justicia de 14 de octubre de 2010, **Anexo C-531**.

⁵⁰⁴ Citigroup valuó el capital de DECA II en USD572-670 millones con el método de FED, en USD541-626 millones con el método de operaciones comparables, y en USD465-560 millones con el método de “empresas seleccionadas”. El precio de venta de USD605 millones está más cerca al punto medio del rango de valuación determinado con el método de FED. Ver Opinión de Citigroup con respecto a la justicia de 14 de octubre de 2010, **Anexo C-531**, pág. 6.

⁵⁰⁵ Citigroup valuó la participación de DECA II en el capital de EEGSA en un valor mínimo y máximo de US\$373,3 millones y US\$448,2 millones respectivamente, y valuó el capital total de DECA II en un valor mínimo y máximo de US\$572,1 millones y US\$669,6 millones, respectivamente. Esto significa que Citigroup consideró que EEGSA representaba un 65,3% como mínimo y un 66,9% como máximo del capital total de DECA II, y en ese rango el punto medio sería un 66,1%. Utilizando este 66,1%, podemos calcular que US\$399,9 millones del precio de venta de US\$605 millones correspondían a EEGSA (US\$605 millones x 66,1%). Como DECA II era propietaria del 80,88% del capital de EEGSA, el valor implícito del 100% del capital de EEGSA es de US\$494,4 millones (US\$399,9 millones / 80,88%). Por último, si agregamos la deuda neta de EEGSA de US\$87,6 millones, obtenemos un valor de empresa para EEGSA de US\$582 millones. Ver M Abdala y M Schoeters, **Apéndice RER-1**, párr. 82; Opinión de Citigroup con respecto a la justicia de 14 de octubre de 2010, **Anexo C-531**, págs. 6-7, y Modelo de NCI Corregido, hoja “Precio de EPM”, celdas J80:87, **Anexo DAS-27**.

la participación de EEGSA en el EBITDA de DECA II como método para estimar la contribución de EEGSA al valor total de la operación. Si bien ambos peritos están de acuerdo con respecto a la metodología, existe una ligera divergencia sobre el período de tiempo utilizado para los datos subyacentes al calcular los ratios EBITDA⁵⁰⁶. Mientras que el Sr. Kaczmarek utiliza información sobre el EBITDA correspondiente a los 12 meses del año calendario 2009, el Dr. Abdala y el Lic. Schoeters utilizan los datos más recientes disponibles al momento de la venta a EPM (es decir, la información de los últimos 12 meses anteriores a la venta de DECA II, de octubre de 2009 a septiembre de 2010). El valor de empresa de EEGSA resultante de utilizar esta metodología es de US\$ 498 millones según el cálculo del Sr. Kaczmarek y de US\$ 518,2 millones según el Dr. Abdala y el Lic. Schoeters⁵⁰⁷.

Pregunta del Tribunal: ¿Cómo la tarifa del 2008 fue tomada en cuenta al establecer el precio de venta a EMP?

361. Ahora bien, respecto de la pregunta del Tribunal arbitral sobre cómo la tarifa del 2008 fue tomada en cuenta al establecer el precio de venta a EMP⁵⁰⁸, la realidad es que sólo los compradores y los vendedores, y no Guatemala, conocen esta realidad.

362. Sin perjuicio de ello, es razonable asumir que el precio de compra de EPM refleja el nivel tarifario real del VAD de 2008 (ajustado por inflación), al menos hasta el año 2013. El comunicado de prensa de EPM presentado en la Audiencia por Guatemala⁵⁰⁹, sugiere que ésta esperaba un cambio mínimo en el nivel del VAD en el futuro, lo que a su vez sugiere que, contrariamente a lo alegado por TGH, las tarifas de 2008 eran suficientes para sustentar operaciones rentables de EEGSA. Esto también se ve respaldado por el precio de US\$ 620

⁵⁰⁶ Ver M Abdala y M Schoeters, **Apéndice RER-1**, párr. 81.

⁵⁰⁷ Ver Kaczmarek, **Apéndice CER-2**, Tablas 23 y 24, y M Abdala y M Schoeters, **Apéndice RER-1**, párr. 81.

⁵⁰⁸ Tr. (inglés), Día Dos, 402:20-403:20, Mourre:

PRESIDENT MOURRE: Another question is -- it regards the sale to TCM to Energía de Medellín in 2010. There is an exhibit which has been discussed yesterday, which is R-133, which is the interview of the CEO, I believe, of Energía De Medellín; and there is a question there which says: "The shareholders argued that there would be low revenue and profitability due to the VAD. Despite this issue, you decided to buy." And the answer is: "This is reflected in the value of the transaction. We bought on the basis that the current tariff model and layout is the one that exists. So there is an assumption that the tariff, as established in 2008, would remain the same for future tariff periods." And my question is: Why was there such an assumption, given that the tariff is reviewed every five years? How was the 2008 tariff, which is in this interview referred to as being low, how was that taken into account in the sale -- in fixing the sale -- the sale price to Energía de Medellín?

⁵⁰⁹ Discurso de Apertura de la Demandada, filmina 30; "No llevamos bandera, respetamos el arraigo", Prensa Libre, 23 de octubre de 2010, **Anexo R-133**.

millones pagado por los activos de DECA II, de la cual EEGSA es el principal activo y por el leve aumento tarifario requerido por EEGSA en la revisión de 2013.

* * *

363. De acuerdo a lo anterior, aun en el caso que este Tribunal considerara que Guatemala es responsable internacionalmente por su conducta durante la revisión tarifaria 2008-2013, no puede condenarla a pagar los daños estimados por el Lic. Kaczmarek. En dicho caso, este Tribunal debe basarse en la valuación realizada por los expertos de Guatemala, quienes estimaron que si la CNEE hubiera debido aprobar tarifas en base al estudio tarifario del 5 de mayo de 2008 corregido según los pronunciamientos de la Comisión Pericial en lugar de en base al estudio Sigla, los supuestos daños de TGH rondarían entre cero y US\$ 8,1 millones en US\$ de octubre de 2010⁵¹⁰.

VI. PETITORIO

La República de Guatemala respetuosamente solicita a este Tribunal:

(a) DECLARAR que no tiene jurisdicción sobre la controversia planteada por TGH;

(b) Alternativamente y en subsidio a la petición (a) anterior, RECHAZAR en el fondo todas y cada una de las reclamaciones de TGH; en cualquiera de ambos casos, adicionalmente:

(c) OTORGAR cualquier otra satisfacción a Guatemala que el Tribunal estime oportuna y conveniente;

(d) ORDENAR que TGH pague todos los costos de este procedimiento arbitral, incluyendo los honorarios y gastos del Tribunal y el CIADI, así como todos los honorarios y gastos incurridos por Guatemala para su representación legal en este arbitraje, con intereses previos y posteriores a la emisión del laudo, y hasta su efectivo pago. Lo anterior, de conformidad al escrito sobre reclamación de costos que Guatemala presentará oportunamente.

⁵¹⁰ M Abdala y M Schoeters Dúplica, **Apéndice RER-4**, párr. 78, Tabla VI.

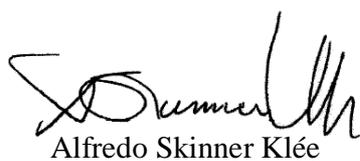
Respetuosamente presentado por la República de Guatemala el 10 de junio de 2013.



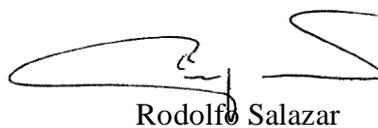
Nigel Blackaby



Alejandro Arenales



Alfredo Skinner Klée



Rodolfo Salazar